

O RECONHECIMENTO DO DIREITO À TERRA DOS QUILOMBOLAS A PARTIR DO MULTICULTURALISMO DOS DIREITOS HUMANOS

THE ACKNOWLEDGMENT OF PROPERTY TO THE DESCENDENTS OF THE ANCIENT *QUILOMBOS* IN THE HUMAN RIGHTS MULTICULTURALISM

Autor: Emanuel de Melo Ferreira

RESUMO

O reconhecimento do direito à terra para a comunidades remanescentes dos antigos quilombos é uma exigência do constitucionalismo fraternal, expressamente positivado nos termos do art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Os quilombolas constituem relevante minoria, sendo que a inclusão de tais atores sociais afigura-se como essencial para a concretização dos objetivos da República, em especial a construção de uma sociedade sem preconceitos. O presente texto tem o objetivo de investigar os limites da aplicação do mencionado dispositivo, analisando: o conceito arqueológico e moderno de quilombos; as transformações no significado da igualdade e da propriedade ao longo dos paradigmas liberal, social e fraternal do constitucionalismo; o multiculturalismo dos direitos humanos de Boaventura de Sousa Santos. Finalmente, o estudo dos critérios de identificação de tais comunidades é essencial, pois é a partir da correta caracterização de tais atores sociais que a proteção constitucional pode incidir. O texto busca demonstrar o desacerto da caracterização do quilombo como realidade arqueológica estanque, bem como assentar a correção do critério da auto-atribuição como legítimo meio para a abertura de um diálogo intercultural.

PALAVRAS-CHAVE: quilombolas; multiculturalismo; auto-atribuição.

ABSTRACT

The acknowledgment of property to the descendents of the ancient *quilombos* consists in a demand of the fraternal constitutionalism, as expressed in the art. 68 of the Brazilian Constitution's transitory dispositions. That group consists in a relevant minority, which justifies the inclusion of them as social actors essentials to the concretization of the Republic objectives. The present text has the proposal of investigating the limits to application of the art. 68, analyzing: the classic and modern concept of *quilombos*; the transformation in the understanding of equality and property; the human rights multiculturalism of Boaventura de Sousa Santos. At last, the study of the *quilombos'* recognition criterions is essential to achieve the correct characterization of them, in the way of obtaining the Constitution protection. This text aims to demonstrate that: 1) the classical concept of *quilombos* is wrong; 2) the self-declaration criterion of identification is a correct way to achieve a multicultural dialogue.

KEY-WORDS: *quilombos*; multiculturalism; self-declaration.

1. Introdução

Sabe-se que a Constituição Federal de 1988 previu em seu art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) o direito dos remanescentes das comunidades dos quilombos à propriedade de tais terras, cabendo ao Poder Público a demarcação de tais áreas e a expedição do respectivo título. É claro o intuito fraternal e emancipatório de tal norma consagradora de direitos fundamentais.

Tal dispositivo, no entanto, encerra certos problemas de ordem prática, como no ponto referente à identificação dos sujeitos do mencionado direito. Ante a ausência de lei nacional sobre o assunto, o Poder Executivo, dando cumprimento direto à Constituição, tem expedido Decretos regulamentando o assunto. Nesse sentido, está em vigor o Decreto nº 4.887¹, de 20 de novembro de 2003, o qual revogou o Decreto nº 3.912 de 10 de setembro de 2001.

O Decreto atualmente em vigor aponta os seguintes critérios para identificação dos remanescentes das comunidades dos quilombos, de acordo com seu art. 2º: 1) a auto-atribuição; 2) a trajetória histórica própria no contexto do coletivismo; 3) territorialidade; 4) a presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida.

O presente trabalho propõe-se a analisar essa caracterização do grupo étnico quilombola a partir da concepção multicultural de direitos humanos de Boaventura de Sousa Santos. Buscar-se-á sustentar que somente com a superação do debate ideológico entre universalismo e relativismo cultural dos direitos humanos, através do multiculturalismo, minorias como as que ora se estuda poderão ser tratadas com a devida consideração e respeito.

¹ Não se desconhecem as diversas alegações de inconstitucionalidade que pairam sobre tal Decreto. Nesse sentido, a ADI nº 3239, da relatoria do aposentado Ministro César Peluso, ataca os seguintes pontos daquela regulamentação: 1) inconstitucionalidade formal do Decreto autônomo, havendo necessidade de lei para regular o tema; 2) inconstitucionalidade dos critérios de identificação postos, notadamente a auto-atribuição, devendo-se prestigiar os rígidos critérios objetivos do Decreto anterior; 3) desnecessidade de desapropriação da área demarcada. O presente artigo parte da premissa de que tal Decreto é constitucional, forte nos seguintes argumentos, todos sintetizados no Parecer, da lavra de Daniel Sarmiento, apresentado pelo Ministério Público Federal na mencionada ADI: 1) formalmente, o Decreto em vigor simplesmente regulamenta norma de direito fundamental, o qual tem aplicabilidade imediata; além disso, tal decreto não seria autônomo, por regulamentar a Lei 9.784/99, bem como a Convenção 169 da OIT; 2) materialmente, o critério da auto-atribuição, adiante analisado aprofundadamente, prestigia o direito à diferença, levando em conta a visão de mundo da minoria, não se admitindo uma interpretação hegemônica dos conceitos alheios. Em relação à necessidade de desapropriação, entende-se que ADI deve ser julgada procedente, pois a Constituição, de fato, não condicionou a emissão do título de propriedade à desapropriação, sendo necessária, no entanto, indenização ao antigo proprietário. As questões em torno da inconstitucionalidade formal e da desnecessidade de desapropriação não serão abordadas no presente estudo, ante a completa falta de pertinência com o objeto da investigação ora proposta. Para um aprofundamento no tema, ver: SARMENTO, Daniel. *Territórios quilombolas e Constituição: a ADI 3.239 e a Constitucionalidade do Decreto 4.887/03*. Disponível em: http://6ccr.pgr.mpf.gov.br/documentos-e-publicacoes/docs_artigos/Territorios_Quilombolas_e_Constituicao_Dr._Daniel_Sarmiento.pdf. Acessado em: 23 de novembro de 2012.

Sendo assim, o texto desenvolver-se-á a partir de uma apresentação necessária acerca dos direitos dos remanescentes das comunidades quilombolas, delimitando-se o conceito de quilombo. Nesse ponto, uma breve análise sobre as diversas concepções do direito à propriedade e à igualdade será lançada, chegando-se às contemporâneas concepções fraternais.

Em seguida, os critérios de identificação acima elencados serão analisados à luz do multiculturalismo, com especial atenção para a auto-atribuição, numa perspectiva, principalmente, voltada para a proteção dos direitos humanos. Demonstrar-se-á como o referido critério de identificação converte-se no ponto de partida do diálogo intercultural proposto por Boaventura, realçando-se, ainda, que os demais critérios identificatórios estão todos previstos na Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), em plena vigência no Brasil.

Finalmente, buscar-se-á sustentar que a concretização do art. 68 do ADCT somente será possível se o paradigma acerca da busca arqueológica da reconstrução de fatos for substituído pelo paradigma da construção argumentativa da verdade. Parte-se, assim, da premissa básica cada vez mais repetida de que a verdade substancial é algo inatingível pelo homem.

2. Os quilombos e a Constituição fraternal – ressignificando o direito de propriedade e a isonomia

2.1 O constitucionalismo liberal, social e fraternal

Uma das marcas mais belas da Constituição Federal de 1988 é seu nítido caráter fraternal². A primeira ideia que vem à mente quando se pensa em fraternidade é a de ajuda desinteressada ao próximo, reconhecendo-se alguma dificuldade deste em se manter,

² A Constituição usa de modo indistinto, as expressões solidariedade e fraternidade. Logo no preâmbulo estão consignadas certas aspirações que compreendem valores supremos de uma sociedade *fraterna*. O termo qualifica, portanto, a sociedade. Em seguida, no famoso art. 3º, quando a Constituição fixa os objetivos da República Federativa do Brasil, tem-se, em seu inciso I, a meta de se construir uma sociedade, livre, justa e *solidária*. Percebe-se, agora, que não é mais a expressão “fraterna” que qualifica a sociedade, mas sim a palavra “solidária”. Quisesse a Constituição dotar de significado diverso ambas as expressões, teria, tanto no preâmbulo, como no art. 3º, colocado as duas expressões conjuntamente, nestes termos: “construir uma sociedade, livre, justa, solidária e fraterna”. Pensar de modo diverso levaria ao absurdo de se sustentar que a Constituição quer uma sociedade solidária, mas não fraterna, em total contradição com o preâmbulo, o qual, apesar de não ser norma jurídica, deve ser levado em conta como vetor interpretativo do texto constitucional. Como não fez tal distinção, sua intenção foi de apresentar os vocábulos como sinônimos. No presente texto, ambas as expressões serão aplicadas indistintamente. Para um estudo sobre a evolução histórica dos conceitos ver: FERREIRA, Emanuel de Melo. *A evolução da solidariedade: das sociedades clássicas à principiologia constitucional*. In: Anais do XIX Congresso Nacional do CONPEDI, Florianópolis/SC: Fundação Boiteux, 2010, p. 5985-5993.

pelo menos momentaneamente, através de suas próprias forças. Esse é o fundamento básico, por exemplo, das ações afirmativas.

O constitucionalismo e o Estado de Direito, no entanto, não surgiram preocupados com tais considerações de amor ao próximo. Nesse sentido, para se compreender o constitucionalismo fraternal do Estado Democrático de Direito, deve-se traçar uma breve evolução, do constitucionalismo liberal ao social, com as respectivas marcas no Estado Liberal e Social.

É conhecido o marco inicial do constitucionalismo clássico, apontado por diversos autores a partir das revoluções americana de 1776 e francesa de 1789. Tal abordagem, no entanto, encontra-se incompleta, como sustenta Dalmo de Abreu Dallari. Para o autor, o constitucionalismo precede às mencionadas revoluções, nestes termos:

O constitucionalismo nasceu durante disputas medievais pelo predomínio sobre terras e populações, com a afirmação de lideranças e costumes próprios de cada região. Aqui nasceu a Constituição costumeira, que aos poucos foi sendo reconhecida como fato e como direito, passando a ser invocada como base e fundamento da organização social, dos direitos individuais e do poder político. A consciência da existência de uma constituição, como expressão da individualidade e da história de um povo, surgiu e se desenvolveu no quadro das lutas contra o Absolutismo, tendo papel de extrema relevância na busca de redução ou eliminação de fatores de dominação e na luta pela abolição de privilégios.³

Tendo como característica básica a confecção de uma Constituição escrita, é célebre a lição liberal francesa no sentido de que “qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”, nos termos do art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. O constitucionalismo liberal representou a ruptura com o absolutismo monárquico, não mais se reconhecendo privilégios em razão do nascimento, pelo que consagrou a liberdade e igualdade sob o aspecto formal, no sentido de que todos são iguais perante a lei. Exigia-se, unicamente, um absentismo estatal para a proteção dos direitos civis.⁴

A interpretação meramente formal da igualdade seria o objeto do maior descontentamento da sociedade com o constitucionalismo liberal, quando do agravamento das sérias tensões sociais surgidas com o desenvolvimento da Revolução Industrial. Ficou evidente a necessidade de se prover um mínimo de igualdade material aos indivíduos, considerando que, de fato, há desigualdade entre os homens. A fórmula liberal, assim, aplicada isoladamente, consistiria

³ DALLARI, Dalmo de Abreu. *A Constituição na vida dos povos – da idade média ao século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2010. p, 35

⁴ BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011. p, 40. Segundo o autor: “Na doutrina do liberalismo, o Estado foi sempre o fantasma que atemorizou o indivíduo. O poder, de que não pode prescindir o ordenamento estatal, aparece, de início, na moderna teoria constitucional como o maior inimigo da liberdade.”

em mera retórica. Ganha força, desse modo, uma concepção material dos direitos, determinando uma postura ativa, prestacional, do Estado no sentido de promover, por exemplo, a igualdade material entre os indivíduos.

É na terceira fase dessa evolução, no entanto, quando se vai encontrar a justificativa para o reconhecimento de direito às minorias, como mulheres, crianças, idosos, índios e remanescentes das comunidades dos quilombos. O constitucionalismo fraternal é aquele que reconhece a diferença entre os homens e não tenta assimilá-lo, mas sim respeitá-lo. Fixam-se regras básicas de convivência, como o respeito aos direitos fundamentais e à democracia e, uma vez cumpridas essas condições, aquela minoria, substancialmente diferente da maioria, tem total direito de viver sua vida de acordo com suas crenças e convicções.

Carlos Ayres Britto sintetiza o constitucionalismo fraternal do seguinte modo:

Efetivamente, se considerarmos a evolução histórica do Constitucionalismo, podemos facilmente ajuizar que ele foi liberal, inicialmente, e depois social. Chagando, nos dias presentes, à etapa fraternal da sua existência. Desde que entendamos por Constitucionalismo Fraternal esta fase em que as Constituições incorporam às franquias liberais e sociais de cada povo soberano a dimensão da Fraternidade; isto é, **a dimensão das ações estatais afirmativas**, que são atividades assecuratórias da abertura de oportunidades para os segmentos sociais historicamente desfavorecidos, como, por exemplo, os negros, os deficientes físicos e as mulheres (para além, portanto, da mera proibição de preconceitos). De par com isso, o constitucionalismo fraternal alcança a dimensão da luta pela afirmação do valor do Desenvolvimento, do Meio Ambiente ecologicamente equilibrado, da Democracia e até de certos aspectos do urbanismo como direitos fundamentais. Tudo na perspectiva de se fazer da interação humana uma verdadeira comunidade. Isto é, **uma comunhão de vida**, pela consciência de que, estando todos *em um mesmo barco*, não têm como escapar da mesma sorte ou destino histórico.

Se a vida em sociedade é uma vida plural, pois o fato é que *ninguém é cópia fiel de ninguém*, então que esse pluralismo do mais largo espectro seja plenamente aceito. Mais até que plenamente aceito, que ele seja cabalmente experimentado e proclamado como valor absoluto. E nisso é que se exprime o núcleo de uma sociedade fraterna, pois uma das maiores violências que se pode cometer contra seres humanos é negar suas individualizadas preferências estéticas, ideológicas, profissionais, religiosas, partidárias, geográficas, sexuais, culinárias, etc. Assim como não se pode recusar a ninguém o direito de experimentar o Desenvolvimento enquanto situação de compatibilidade entre a riqueza do País e a riqueza do povo. Autosustentadamente ou sem dependência externa”.⁵ (destaques no original)

Especificamente no âmbito do reconhecimento do direito à propriedade aos remanescentes das comunidades quilombolas, percebe-se, no contexto do constitucionalismo fraternal, o acerto do constituinte de 1988 em consagrar a norma prevista no art. 68 do ADCT.

Levando em conta o passado de forte exclusão vivido pelas comunidades quilombolas ou seus remanescentes, seu passado de resistência à opressão bem como suas especiais e próprias formas de fazer, viver e criar, tem-se a caracterização de um grupo com cultura própria, diferente da maioria circundante. Além disso, a íntima relação com a terra em que

⁵ BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 216-217.

habitam ou pretendem habitar torna ainda mais necessária a existência do art. 68, pois, como se sabe, muitas das consequências nefastas da escravidão perduram até hoje.

2.2 A ressignificação do direito à igualdade e de propriedade

Traçada a evolução do constitucionalismo liberal, social e democrático, deve-se ter em mente que os direitos consagrados nos mais diversos ordenamentos jurídicos sofrem nova leitura sempre que se tem o advento de um novo paradigma. No presente texto, é essencial a análise da mudança de entendimento operada em torno da igualdade e da propriedade.⁶

Em relação à igualdade, o estudo se justifica porque é a partir do reconhecimento da diferença entre os diversos grupos formadores da sociedade brasileira que se pode cogitar da implementação de políticas públicas e consequente concretização de direitos fundamentais que tratem com o devido respeito essas minorias. Com isso, busca-se afastar qualquer tendência de assimilação dessas minorias pela maioria hegemônica.

Nesse sentido, a igualdade evoluiu de um aspecto meramente formal, como antes mencionado, para uma concepção material e, finalmente, fraternal ou inclusiva.⁷ A igualdade liberal contentava-se com a mera afirmação legal de que todos são iguais perante a lei, sendo um avanço em face do fim dos privilégios de classe. Esse avanço, no entanto, foi parcial, seja por não se ter conferido direitos políticos à ampla maioria da população ou por não se ter levado em consideração as graves diferenças econômicas existentes entre os homens.⁸

A primeira releitura ao princípio da igualdade foi determinada pelo advento do Estado Social, como assenta Daniel Sarmento, nestes termos:

O advento do Estado Social, já no século XX, provocou no mundo todo uma releitura do princípio da igualdade. A crescente intervenção estatal na seara das relações econômicas foi acompanhada por uma preocupação maior com a igualdade material. Aos poucos, os Estados e as constituições vão reconhecendo novos direitos voltados para a população mais pobre, que envolviam prestações positivas e demandavam uma atuação mais ativa dos poderes públicos, voltada para a garantia de condições mínimas de vida para todos. O culto à autonomia da vontade no campo

⁶ O tema se insere no estudo das “gerações” de direitos fundamentais e da recorrente crítica a essa nomenclatura, preferindo-se a expressão “dimensões”, a fim de afastar qualquer interpretação que leve à conclusão de que a nova geração revoga as conquistas da geração anterior, de acordo o principal teórico brasileiro sobre o assunto, Paulo Bonavides. Evidentemente, o objeto do presente artigo não é analisar as diversas dimensões de direitos fundamentais. Sobre o tema, conferir: BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 15ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 560-577.

⁷ Flávia Piovesan assim sintetiza essa evolução: “Destacam-se, assim, três vertentes no que tange à concepção da igualdade: a) a igualdade formal, reduzida à fórmula ‘todos são iguais perante a lei’ (que, a seu tempo, foi crucial para a abolição de privilégios); b) igualdade material, correspondente ao ideal de justiça social e distributiva (igualdade orientada pelo critério socioeconômico); c) a igualdade material, correspondente ao ideal de justiça enquanto reconhecimento de identidades (igualdade orientada por critérios como os de gênero, orientação sexual, idade, raça, etnia e demais critérios)”. PIOVESAN, Flávia. *Direito internacional dos direitos humanos e igualdade étnico-racial*. In.: *Ordem jurídica e igualdade étnico-racial*. PIOVESAN, Flávia; SOUZA, Douglas Martins (coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 30.

⁸ SARMENTO, Daniel. *A igualdade étnico-racial no direito constitucional brasileiro: discriminação “de facto”, teoria do impacto desproporcional e ação afirmativa*. In: *Livre e iguais: estudos de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 143.

negocial e a proteção exacerbada da propriedade privada cederam espaço para um direito mais intervencionista, que se valia com frequência cada vez maior de normas cogentes para proteção das partes vulneráveis, como se vê, por exemplo, no Direito do Trabalho, novo ramo da ciência jurídica que se emancipou do Direito Civil na era do *Welfare State*.⁹ (destaque no original)

O aspecto prestacional da atividade estatal levou a uma verdadeira inflação legislativa, uma vez que o Estado havia se alargado nas suas funções e finalidades, na tentativa de alcançar os novos objetivos postos pelo bem estar social. A proteção ao trabalhador, como mencionado por Daniel Sarmento, foi uma das marcas do período, criando-se um sistema de previdência social para a superação de certos infortúnios, bem como garantindo, através da lei, direitos que pudessem tornar menos desigual a relação empregador-trabalhador. Veja-se, portanto, que o fundamento básico da leitura social da igualdade era o reconhecimento de desigualdades econômicas entre os homens.

No final do século XX o estágio atual da isonomia começa a ganhar contornos cada vez mais nítidos. Sem negar o avanço da doutrina social, a qual reconheceu as diferenças econômicas entre os homens, constata-se que o Estado Social não dispendera a mesma atenção com outras minorias, diferenciadas das classes hegemônicas em face, por exemplo, de possuírem uma cultura própria.¹⁰

Nesse sentido, somente nesta terceira fase evolutiva os remanescentes das comunidades de quilombos poderiam reivindicar o reconhecimento de seus direitos. Afastando-se de uma concepção integracionista, a qual reconhecia a diferença, mas não a respeitava, tem-se o surgimento do multiculturalismo como forma de alcançar o constitucionalismo fraternal antes estudado.

Em relação ao direito à propriedade, a simples leitura do art. 68 do ADCT já demonstra que esses remanescentes de antigas comunidades quilombolas apresentam íntima relação com a terra em que ocupam ou ocupavam, a ponto de se justificar a emissão do correspondente título de propriedade sobre a mesma. Percebe-se que a aquisição desse direito não se dá de maneira ordinária, como ocorre, por exemplo, através da compra e venda. Somente através da ressignificação do direito de propriedade se pode justificar tal estado de coisas.

Nesse sentido, não se devem confundir os conceitos de direito à propriedade e direito de propriedade. Através do primeiro, busca-se responder à seguinte indagação: quem pode ser considerado proprietário de um bem? Liga-se, portanto, à possibilidade dada pelo ordenamento jurídico de converter certos indivíduos em sujeitos de direito de propriedade, uma vez que eles cumpram certas condições. O segundo conceito, por sua vez, busca enfrentar outro

⁹ Idem. p, 144.

¹⁰ Idem. p, 145.

questionamento: qual o regime jurídico e conteúdo da propriedade? A saber: uma vez determinado quem pode ser titular do direito, deve-se analisar quais os poderes, direitos e deveres agora submetidos ao proprietário e ao restante da sociedade.^{11 12}

Como será visto adiante, é no constitucionalismo de terceira geração que a diferença entre o direito à propriedade e direito de propriedade ganha mais relevo. Nesse terceiro paradigma, até mesmo grupos étnicos historicamente discriminados terão reconhecido seu direito à propriedade.

Iniciando a linha evolutiva, tem-se que propriedade liberal é concebida como absoluta. Através dela, o sujeito pode usar, gozar, dispor da coisa, bem como persegui-la de quem injustamente a possua ou detenha sem qualquer limitação de ordem interna. Eventuais restrições decorreriam, unicamente, de imposições administrativas, como as decorrentes do poder de polícia, sendo, portanto, externas ao direito de propriedade.¹³ Essa concepção informou a declaração de direitos do homem e do cidadão de 1789, o Código Civil Napoleônico e o Código Civil brasileiro de 1916.

Para João Luis Nogueira Matias, o caráter absoluto do direito de propriedade liberal somente pode ser compreendido a partir da ideologia vinculada ao contexto de sua época. Em verdade, todas as concepções acerca do direito de propriedade são históricas, não podendo se desvincular esse direito de sua realidade subjacente. Nesse sentido:

A condição absoluta da propriedade somente pode ser entendida como forma de superação da realidade pré-revolucionária, portanto vinculada ao contexto de sua época, o que explica os seus excessos. A manutenção desta perspectiva parcial,

¹¹ ROCHA, Carmén Lúcia Antunes. *O princípio constitucional da função social da propriedade*. In.: Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, número 2, julho/dezembro de 2003, p. 543-594. “Direito de propriedade é o regime jurídico que incide sobre a propriedade, quer dizer, sobre a ligação havida entre o proprietário e o bem objeto submetido à sua vontade e disposição, nos termos juridicamente havido como válidos. O que se denomina direito de propriedade é, pois, um regime de direito, conjunto de deveres, direitos e responsabilidades decorrentes do uso (ou do não uso), do dispor ou do fruir de algo que se sujeita a uma destinação e que, afetando determinada finalidade havida como própria no sistema jurídico, há que se cumprir segundo os desígnios do proprietário e os ditames da norma jurídica”. Em relação ao direito à propriedade: “Na segunda expressão se contém o direito que determinado sistema assegura a todos os que cumpram os requisitos e condições previstos no ordenamento de virem a se tornar proprietários de bem, ou seja, de vir a titularizar o direito de propriedade”. A autora ainda aponta a diferenciação entre aqueles conceitos e o de propriedade em si considerado. Nesse sentido: “Do latim *proprietas*, propriedade significa algo inerente a uma pessoa ou objeto especificado, quer dizer, atributo que singulariza, identificando a pessoa ou o bem, aquilo que configura característica determinante e distintiva concernente a alguém ou a alguma coisa. Desse sentido etimológico surgiu a compreensão de ser a propriedade algo que identifica, distingue e caracteriza um bem ou a relação deste com outro, ou o cuidado de uma pessoa sobre um bem”.

¹² João Luis Nogueira Matias, partindo do texto constitucional, também faz a diferenciação estudada. Como se sabe, a Constituição prevê o direito de propriedade no artigo 5º, caput e incisos XXII e XXIII, bem como no artigo 170, incisos II e III. A partir dessa divisão é possível entender a diferenciação discriminada, no sentido de que se protege “a propriedade como forma de realização pessoal (direito à propriedade) e como instrumento para exercício da atividade econômica (direito de propriedade)”. MATIAS, João Luis Nogueira. *O fundamento econômico e as novas formas de propriedade*. In: *Estudos de direito de propriedade e meio ambiente*. MATIAS, João Luis Nogueira; WACHOWICZ, Marcos (coord.) Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. p. 107-108.

¹³ TEPEDINO, Gustavo. *A função social da propriedade e o meio ambiente*. Revista Trimestral de Direito Civil, v. 37. p. 133, 2009.

entretanto, somente pode ser justificada pelo aspecto ideológico de que se revestiu a doutrina liberal. Os seus excessos formataram as linhas básicas de sua modificação.¹⁴

O paradigma do Estado Social introduz um limite interno ao direito de propriedade, consubstanciado na função social da propriedade. A concepção liberal, nos termos antes descritos, preocupava-se unicamente com a caracterização estrutural da propriedade, no sentido de se atribuir poderes ao proprietário. Tais poderes provinham do conteúdo do direito, que era econômico e jurídico. O primeiro consistia na prerrogativa de usar, gozar e dispor da coisa, enquanto o segundo representava a faculdade de repelir a ingerência alheia sobre ela.¹⁵

Com o reconhecimento da função social da propriedade, esta perde seu caráter absoluto, devendo cumprir certos fins para gozar de proteção constitucional. Essa mudança de paradigma é assim caracterizada por Gustavo Tepedino:

A propriedade, portanto, não seria mais aquela atribuição de poder tendencialmente plena, cujos confins são definidos externamente, ou, de qualquer modo, em caráter predominantemente negativo, de tal modo que, até uma certa demarcação, o proprietário teria espaço livre para suas atividades e para a emanção de sua senhoria sobre o bem. A determinação do conteúdo da propriedade, ao contrário, dependerá de centros de interesses extraproprietários, os quais vão ser regulados no âmbito da relação jurídica de propriedade.

Tal conclusão oferece suporte teórico para a correta compreensão da função social da propriedade, que terá, necessariamente, uma configuração flexível, mais uma vez devendo-se refutar os apriorismos ideológicos e homenagear o dado normativo. A função social modificar-se-á de estatuto para estatuto, sempre em conformidade com os preceitos constitucionais e com a concreta regulamentação dos interesses em jogo.¹⁶

Em tal sustentação, o autor demonstra outra característica marcante do direito fundamental de propriedade: o caráter normativo de seu âmbito de proteção. Isso significa que o conteúdo desse direito será aquele definido pelo legislador. No caso brasileiro, a propriedade, com sua função social, está delineada no art. 186 da Constituição, bem como no art. 1228 do Código Civil.¹⁷

¹⁴ MATIAS, João Luis Nogueira. Ob. cit. p, 101-102.

¹⁵ TEPEDINO, Gustavo. Ob. cit. p, 130-131.

¹⁶ TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p, 337-338.

¹⁷ O caráter mutável e de conformação legislativa do direito de propriedade é também assentando na doutrina estrangeira. Nesse sentido, Bodo Pieroth e Bernhard Schlink, analisando o artigo 14 da Lei Fundamental Alemã, apontam que: “A propriedade, no sentido do art. 14º, n. 1, frase 1, abrange, num determinado *momento*, tudo o que o *direito ordinário* define como propriedade neste dado momento temporal. Da referência ao momento determinado resulta a *mutabilidade* do conceito de propriedade e, assim, também da proteção da propriedade. Daí resulta também que alterações do direito ordinário, relevante do ponto de vista da propriedade, determinam simultaneamente o conteúdo e o limite, isto é, podem definir ao mesmo tempo o âmbito de proteção e constituir ingerências: verifica-se uma ingerência, por parte do novo direito, na propriedade fundada no antigo direito antes do momento da alteração; depois do momento da alteração, a propriedade é fundada apenas no novo direito e é

O inegável avanço acerca do reconhecimento de uma função social da propriedade também padecia da mesma visão parcial da isonomia material, a saber, uma preocupação marcadamente econômica, no sentido de se garantir a propriedade aos mais pobres, que dela quisessem tirar seu sustento.

Com o constitucionalismo fraternal, a propriedade ganha novas funções, além da social. Assim, a propriedade passa a ter uma função ambiental, porque informada por este direito fundamental típico da terceira geração¹⁸. Essa funcionalização, no entanto, não se reduz a essa nova ressignificação unicamente na seara ambiental. Retomando os conceitos de direito de propriedade e de direito à propriedade, tem-se que este último conceito vai encontrar sua maior consagração na terceira fase do constitucionalismo.

Reconhecendo-se a acepção de direito à propriedade como aquele direito fundamental de todos (não importando a raça, cor, sexo ou etnia) possuírem algo que possam classificar como “seu”, já se começa a perceber o avanço lançado pelo novo paradigma, o qual não se prende unicamente às questões econômicas. Não se quer com isso dizer que no âmbito do Estado Social inexistia o direito à propriedade. O que se sustenta é que esse direito ganhou uma amplitude ainda maior no constitucionalismo fraternal a ponto de se garantir a propriedade para grupos étnicos historicamente perseguidos. Certamente um alargamento conceitual desse tipo não fora concebido no paradigma anterior.

A imposição ao Poder Público da emissão de títulos de propriedade aos remanescentes das comunidades de quilombos, admitindo-se que tais comunidades¹⁹, após preenchimento de certos requisitos, tornem-se sujeitos do direito de propriedade alarga sobremaneira o conceito de direito à propriedade. Some-se a isso o fato de o art. 68 do ADCT sequer prevê a necessidade de desapropriação para a destinação de tais áreas àqueles sujeitos. A transferência decorre diretamente da Constituição, sendo o procedimento administrativo unicamente declaratório. É a consagração da propriedade fraternal.

correspondentemente definida à partida”. (destaques no original) PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*. Tradução: Antônio Francisco de Sousa e Antônio Franco. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 322-323. No mesmo sentido, partindo da análise dos mencionados autores, Gilmar Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco e Inocência Coelho, referindo-se ao direito de propriedade, sustentam seu caráter institucional e de direito subjetivo: “Como essa categoria de direito fundamental apresenta-se, a um só tempo, como garantia institucional e como **direito subjetivo**, confia-se ao legislador, primordialmente, o mister de definir, em essência, o próprio conteúdo do *direito regulado*. Fala-se, nesses casos, de *regulação* ou de *conformação* em lugar de *restrição*”. (destaques no original). MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo G. Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 423.

¹⁸ Deve-se ter sempre em mente a crítica antes lembrada em torno da nomenclatura “gerações” de direitos.

¹⁹ Havia certa polêmica sobre quem deve ser o titular de tais títulos, os indivíduos ou a comunidade em si. Prevalece o entendimento de que a titulação da terra deve ser feita de modo coletivo, conforme adiante abordado.

3. O conceito de quilombos: necessidade de superação do paradigma arqueológico em face dos direitos culturais dos quilombolas

Sem dúvida alguma a delimitação conceitual do termo “quilombos” é essencial para a compreensão do art. 68 do ADCT e dos critérios postos no Decreto 4.887/2003 para identificação dos remanescentes daquelas áreas. Sobre o tema, duas principais correntes conceituais se apresentam: a primeira propõe uma leitura arqueológica do termo, nos moldes em que classicamente concebido, enquanto a segunda apregoa uma evolução interpretativa.

3.1 O conceito arqueológico de quilombo

O termo quilombo possui definição clássica, atrelada à legislação repressiva do período imperial brasileiro. Nesse sentido, quilombo foi concebido como: “toda habitação de negros fugidos, que passem de cinco, em parte despovoada, ainda que não tenham ranchos levantados e nem se achem pilões nele”. Tal conceito, de acordo com a informação de Alfredo Wagner Berno de Almeida, foi formulado como uma “resposta ao rei de Portugal”, em face de consulta feita ao Conselho Ultramarino, em 1740.²⁰

O mencionado autor aponta os cinco elementos informadores do conceito, analisando-os nos seguintes termos:

o primeiro é a fuga, isto é, a situação de quilombo sempre estaria vinculada a escravos fugidos. O segundo é que quilombo sempre comportaria uma quantidade mínima de “fugidos”, a qual tem que ser exatamente definida — e nós vamos verificar como é que ocorrem variações dessa quantidade no tempo. Em 1740, o limite fixado correspondia a “que passem de cinco”. O terceiro consiste numa localização sempre marcada pelo isolamento geográfico, em lugares de difícil acesso e mais perto de um mundo natural e selvagem do que da chamada “civilização”. Isso vai influenciar toda uma vertente empirista de interpretação, com grandes pretensões sociológicas, que conferiu ênfase aos denominados “isolados negros rurais”, marcando profundamente as representações do senso comum, que tratam os quilombos fora do mundo da produção e do trabalho, fora do mercado. Esse impressionismo gerou outro tipo de divisão, que descreve os quilombos marginalmente, fora do domínio físico das *plantations*. O quarto elemento refere-se ao chamado “rancho”, ou seja, se há moradia habitual, consolidada ou não, enfatizando as benfeitorias porventura existentes. E o quinto seria essa premissa: “nem se achem pilões nele”. Que significa “pilão” nesse contexto? O pilão, enquanto instrumento que transforma o arroz colhido em alimento, representa o símbolo do autoconsumo e da capacidade de reprodução. Sob esse aspecto, gostaria de sublinhar que foi a partir de uma pesquisa sobre conflitos envolvendo famílias camponesas, que representam simultaneamente unidades familiares de trabalho/produção e de consumo, que cheguei às denominadas *terras de preto*. Um dado de pesquisa é que nessas situações sociais o pilão traduz a esfera de consumo e contribui para explicar tanto as relações do grupo com os comerciantes que atuam nos mercados rurais quanto sua contradição com a grande plantação monocultora. Aliás, ao contrário do que imaginaram os defensores do “isolamento” como fator de garantia do território, foram essas transações comerciais da produção agrícola e extrativa dos quilombos que ajudaram a consolidar suas fronteiras físicas, tornando-

²⁰ ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. *Os quilombos e as novas etnias*. In: *Quilombos – identidade étnica e territorialidade*. O'DWYER, Eliane Cantorino (Org.). Rio de Janeiro: Fundação FGV, 2002. p. 47.

as mais viáveis porquanto acatadas pelos segmentos sociais com que passavam a interagir.²¹ (destaques no original)

O conceito proposto, como será visto, sofreu diversas impugnações, apresentando variações que culminaram, hodiernamente, com o reconhecimento dos quilombolas como entidade étnica sujeita à proteção estatal. Uma dessas variações é apontada no trecho transcrito, referindo-se à diminuição do número de escravos fugidos para fins de caracterização dos quilombos. Além disso, o próprio conceito como um todo fora abandonado quando do advento da República, como se, num passe de mágica, simplesmente não mais existissem os quilombos.²²

No contexto das críticas lançadas ao conceito, pode-se assentar que a ideia de fuga como único meio de formação dessas comunidades é incompleta.²³ Não foram raras operações como as de doação, principalmente em face da crise econômica que atingiu o preço de produtos como algodão e cana-de-açúcar, fazendo com que diversos engenhos fossem desarticulados, com o consequente abandono ou doação de tais bens, pelos grandes proprietários, aos escravos. Além disso, estes, simplesmente, ocupavam tais terras abandonadas, existindo, ainda hoje, testamentos e inventários comprovando essa forma de aquisição da propriedade.²⁴

Outra crítica feita ao conceito refere-se à necessária distância entre o quilombo e o restante da sociedade, notadamente da casa do senhor de engenho. Novamente, o argumento econômico serve para justificar a presente impugnação, pois, como a diminuição do poder dos grandes proprietários, estes não mais puderam conter o avanço e crescimento daquelas comunidades, as quais puderam se desenvolver até bem próximo dos antigos locais de opressão, como a casa-grande. O caso Frechal é um exemplo dessa constatação, pois tal quilombo fora constituído a 100 metros da casa-grande.²⁵

²¹ Idem. p, 48-49. O intuito de Alfredo Wagner Berno de Almeida, no seu artigo ora em estudo, é desconstruir esse conceito “frigorificado” de quilombo. Para tanto, o autor lança diversas impugnações ao longo do texto, demonstrando que, mesmo antes de se pensar as comunidades quilombolas como entidades étnicas sujeitas à proteção estatal, aquele conceito clássico já não se sustentava, ante, por exemplo, as transformações econômicas que acabaram por diminuir os poderes dos senhores de engenho, fazendo com que estes perdessem, gradativamente, a possibilidade de impor sua vontade violentamente aos escravos fugidos.

²² Idem. p, 53.

²³ ROTHENBURG, Walter Claudius. *Direitos dos descendentes de escravos (remanescentes das comunidades de quilombos)*. In.: *Igualdade, diferença e direitos humanos*. SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p, 449.

²⁴ ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. Ob. cit. p, 63.

²⁵ Idem. p, 54. Os efeitos da crise economia são bem analisados pelo autor, nestes termos: “Caso nos empenhemos numa releitura das fontes documentais e arquivísticas, veremos que há indícios dessa idéia de quilombo enquanto processo de produção autônomo, no momento em que os preços dos produtos do sistema de monocultura agrário-exportador estavam em declínio no mercado internacional. Esse quadro propiciava situações de autoconsumo e de autonomia a pouca distância da casa-grande. Tratava-se de famílias de escravos

As duas últimas características do conceito em estudo, quais sejam, a habitualidade da moradia dos ocupantes dos quilombos bem como a utilização de tais terras para sua subsistência, não se afiguram, em si mesmas, incorretas. Nesse sentido, como será analisado adiante quando da proposição de releitura daquele conceito, a especial forma de interação entre as comunidades quilombolas e a terra configura-se um traço marcante para a caracterização delas como entidades étnicas, cujos direitos culturais devem ser protegidos.

3.2 O moderno conceito de quilombo

Já se demonstrou que o conceito clássico de quilombo não resiste às críticas antes apontadas, concernentes na origem exclusiva na fuga dos escravos, na necessária distância entre o quilombo e a casa-grande e na fixação fechada de um número mínimo de ocupantes do território.

A ressignificação do conceito de quilombo culmina com a caracterização das comunidades a ele ligada como entidades étnicas, ou seja, minorias com próprias maneiras de fazer, viver e criar que bem as diferenciam da sociedade que a circunda. Jorge Miranda aponta a dificuldade em se definir o termo “cultura”. Mesmo assim, o autor aponta o conteúdo do mesmo: “tudo aquilo que tem significado espiritual e, simultaneamente, adquire relevância coletiva; tudo que se reporta a bens não económicos; tudo que tem ver com obras de criação ou de valorização humana, contrapostas às puras expressões da natureza”.²⁶

Não é difícil encontrar nos direitos dos remanescentes das comunidades de quilombos e no próprio termo “quilombos” a caracterização apresentada pelo autor português mencionado. Inicialmente, deve-se consignar que a relação daqueles sujeitos com a terra em que ocupam ou exploram não é caracterizada pela marca individual, mas sim coletiva. Nesse sentido, o próprio art. 17 do Decreto nº 4.887/2003 reconhece, corretamente, que os títulos de propriedade serão expedidos de forma coletiva, cabendo às associações legalmente constituídas a representação das comunidades.²⁷

Além disso, o intuito da propriedade quilombola não é o aumento do patrimônio de seus membros. A tais comunidades, na sua ampla maioria formada por pessoas

que mantinham uma forte autonomia em relação ao controle da produção pelo grande proprietário, que não era mais o organizador absoluto da produção diante das dificuldades com a queda do preço de seu produto básico”.

²⁶ MIRANDA, Jorge. *Notas sobre cultura, Constituição e direitos culturais*. Disponível em: <http://www.fd.ul.pt/Portals/0/Docs/Institutos/ICJ/LusCommune/MirandaJorge.pdf>. Acessado em: 30 de novembro de 2012.

²⁷ “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”.

pobres, é deferido, unicamente, o direito de propriedade para fins de exploração para sua própria subsistência. É nesse sentido que o mencionado art. 17 determina a obrigatoriedade de cláusula de inalienabilidade em tais títulos de propriedade, fortalecendo a ideia de que o aspecto econômico e patrimonial, para as comunidades remanescentes de quilombos, é totalmente secundária. Não se quer com isso sustentar que eventuais excedentes encontráveis na exploração sustentável das áreas não possam ser objeto de apropriação pela comunidade. A busca por melhores condições de vida, com a aplicação do superávit fruto de excedentes da produção, não está vedada, pelo que se busca garantir o desenvolvimento das comunidades.

Finalmente, as mencionadas formas próprias de criar, fazer e viver de tais comunidades transformam a relação ordinária e marcadamente patrimonial que a maioria da sociedade apresenta em relação à natureza. Como criação tipicamente humana, essas novas formas de enxergar os bens ambientais credenciam, mais uma vez e de acordo com o último conteúdo proposto por Jorge Miranda, o reconhecimento da cultura própria dos quilombolas.

Essas características agora apontadas como as mais relevantes para a caracterização moderna dos quilombos foram levadas em conta, com extrema seriedade, pela Associação Brasileira de Antropologia (ABA), como apontado por Eliane Cantorino O'Dwyer. A autora, após assentar a necessidade “de se perceberem os fatos a partir de uma outra dimensão que venha a incorporar o ponto de vista dos grupos sociais que aspiram à vigência do direito atribuído pela Constituição Federal”, transcreve o entendimento básico daquela associação sobre a caracterização dos remanescentes das comunidades de quilombos, nestes termos:

“o termo quilombo tem assumido novos significados na literatura especializada e também para grupos, indivíduos e organizações. Ainda que tenha um conteúdo histórico, o mesmo vem sendo ‘ressemantizado’ para designar a situação presente dos segmentos negros em diferentes regiões e contextos do Brasil. (...) Contemporaneamente, portanto, o termo quilombo não se refere a resquícios arqueológicos de ocupação temporal ou de comprovação biológica. Também não se trata de grupos isolados ou de uma população estritamente homogênea. Da mesma forma, nem sempre foram constituídos a partir de movimentos insurrecionais ou rebelados mas, sobretudo, consistem em grupos que desenvolveram práticas cotidianas de resistência na manutenção e reprodução de seus modos de vida característicos e na consolidação de um território próprio. (...) No que diz respeito à territorialidade desses grupos, a ocupação da terra não é feita em termos de lotes individuais, predominando seu uso comum. A utilização dessas áreas obedece à sazonalização das atividades, sejam agrícolas, extrativistas ou outras, caracterizando diferentes formas de uso e ocupação dos elementos essenciais ao ecossistema, que tomam por base laços de parentesco e vizinhança, assentados em relações de solidariedade e reciprocidade”.²⁸

²⁸ O'DWYER, Eliane Cantorino. *Introdução - os quilombos e a prática profissional dos antropólogos*. In: *Quilombos – identidade étnica e territorialidade*. O'DWYER, Eliane Cantorino (Org.). Rio de Janeiro: Fundação FGV, 2002. p, 18-19. No mesmo sentido, Daniel Sarmiento aponta que: “Para comunidades tradicionais, a terra possui um significado completamente diferente da que ele apresenta para a cultura ocidental

As características culturais do grupo estão todas claramente postas no mencionado documento: 1) origem não necessariamente insurrecional, mas marcada pela existência de grupos que resistem no sentido de manter suas próprias formas de vida; 2) territorialidade; 3) coletividade e sustentabilidade no uso dos recursos naturais; 4) solidariedade entre os membros.

Essa evolução das comunidades quilombolas, com o reconhecimento do direito a diferença delas, aponta para o constitucionalismo fraternal e para a caracterização dos direitos humanos numa perspectiva multicultural. É esse novo paradigma, por exemplo, que vai tornar essencial e legitimador a aceitação do critério da auto-atribuição como requisito para a identificação das comunidades remanescentes e consequente reconhecimento do seu direito de propriedade.

Como o reconhecimento desses direitos somente é possível numa perspectiva multicultural, é a partir desse ideário que serão analisados os critérios identificadores dos remanescentes das comunidades quilombolas. É a concepção multicultural dos direitos humanos que justifica o reconhecimento do direito à diferença, com o consequente respeito que maioria hegemônica tem de ter com as minorias.

4. Da identificação dos remanescentes das comunidades de quilombos a partir do multiculturalismo de Boaventura de Souza Santos

Como dito anteriormente, o Decreto nº 4.887/2003 aponta os seguintes critérios para identificação dos remanescentes das comunidades dos quilombos, de acordo com seu art. 2º: 1) a auto-atribuição; 2) a trajetória histórica própria no contexto do coletivismo; 3) territorialidade; 4) a presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida.

Tal regulamentação é amplamente informada pelo multiculturalismo dos direitos humanos, pois expressamente reconhece os quilombolas como grupo diferente da maioria e não pretende assimilá-los a ela. Para a compreensão do dispositivo e, principalmente, do critério da auto-atribuição, é essencial compreender em que consiste a concepção multicultural de direitos humanos, no contexto do debate entre o universalismo e o

hegemônica. Não se trata apenas da moradia, que pode ser trocada pelo indivíduo sem maiores traumas, mas sim do elo que mantém a união do grupo, e que permite a sua continuidade no tempo através de sucessivas gerações, possibilitando a preservação da cultura, dos valores e do modo peculiar de vida da comunidade étnica”. SARMENTO, Daniel. A garantia do direito à posse dos remanescentes de quilombos antes da desapropriação. Disponível em: http://6ccr.pgr.mpf.gov.br/institucional/grupos-de-trabalho/quilombos-1/documentos/Dr_Daniel_Sarmiento.pdf. Acessado em: 29 de novembro de 2012.

relativismo dos direitos humanos. O referencial teórico básico, como anunciado, será o texto “Uma concepção multicultural de direitos humanos”, de Boaventura de Souza Santos.²⁹

4.1 O debate ideológico entre universalismo e relativismo dos direitos humanos

É conhecido o debate acerca do caráter universal ou relativo dos direitos humanos, no sentido de que as proposições destes, encartadas, por exemplo, na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948, teriam uma pretensão de vincular todas as culturas de modo uniforme ou se o entendimento específico de cada cultura autorizaria uma compreensão diferenciada deles.

A posição relativista é assim sintetizada por Flávia Piovesan:

Para os relativistas, a noção de direito está estritamente relacionada ao sistema político, econômico, cultural, social e moral vigente em determinada sociedade. Sob esse prisma, cada cultura possui seu próprio discurso acerca dos direitos fundamentais, que está relacionado às específicas circunstâncias culturais e históricas de cada sociedade. Nesse sentido, acreditam os relativistas, o pluralismo cultural impede a formação de uma moral universal, tornando-se necessário que se respeitem as diferenças culturais apresentadas por cada sociedade, bem como seu peculiar sistema moral. A título de exemplo, bastaria citar as diferenças de padrões morais e culturais entre o islamismo e o hinduísmo e o mundo ocidental, no que tange ao movimento dos direitos humanos. Como ilustração, caberia mencionar a adoção da prática da clitorectomia e da mutilação feminina por muitas sociedades da cultura não ocidental.³⁰

O universalismo, por sua vez, decorre “da dignidade humana, na qualidade de valor intrínseco à condição humana. Defende-se, nesta perspectiva, o mínimo ético irreduzível – ainda que se possa discutir o alcance desse ‘mínimo ético’ e dos direitos nele compreendidos”.³¹ Nessa perspectiva, pode-se assentar que o universalismo está mais preocupado com o indivíduo, suas liberdade e autonomia, enquanto o relativismo tem como premissa maior o coletivismo.³²

Analisando a evolução histórica dos direitos humanos desde a Segunda Guerra Mundial, percebe-se como as divergências ideológicas entre ocidente capitalista e oriente comunista enfraqueceram o discurso dos direitos humanos como normas jurídicas

²⁹ SANTOS, Boaventura de Souza. *Uma concepção multicultural de direitos humanos*. In.: Contexto Internacional, nº 23, p, 7-34. Disponível em: http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concepcao_multicultural_direitos_humanos_ContextoInternacional01.PDF.

³⁰ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Direito Constitucional internacional*. 13ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p, 215-216. André de Carvalho Ramos, após também citar o exemplo da clitorectomia, lembra outro caso, referente à “draconiana lei californiana do chamado ‘three strikes and you’re out’, que pune severamente criminosos reincidentes, mesmo que os crimes sejam de menor potencial ofensivo, o que violaria o direito ao devido processo legal e à proporcionalidade entre crime e pena.” Percebe-se, assim, como as sustentações contra o universalismo pode ser levadas a cabo por qualquer País. RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p, 148.

³¹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p, 44.

³² PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Direito Constitucional internacional*. p, 216.

vinculantes. Enquanto o ocidente estava mais preocupado com a consagração e respeito unicamente dos direitos de “primeira geração”, como os civis e políticos, o bloco comunista fazia o mesmo, mas em relação aos direitos de “segunda geração”, como os sociais e econômicos. A guerra fria, assim, foi palco de uma cisão até mesmo no campo dos direitos humanos. O tema é assim desenvolvido por Malcolm Shaw:

De modo geral, a visão ocidental (dos Países do Primeiro Mundo) dos direitos humanos no contexto do direito internacional tende a concentrar-se mais nos direitos civis e políticos básicos dos indivíduos, ou seja, naqueles direitos que tomam a forma de limitações ao poder que o governo pode exercer sobre os governados. Entre esses direitos incluem-se o devido processo legal, as liberdades de expressão, de reunião e de religião e a participação política no processo de governo. O consentimento dos governados é visto como um elemento crucial nesse processo. A abordagem soviética, por sua vez, também reconhecia quanto os direitos e liberdades básicas eram importantes para a paz e segurança internacionais, mas dava grande ênfase ao papel do Estado. Com efeito, este era visto como a própria fonte dos princípios de direitos humanos.

(...)

Em outras palavras, o ponto focal não era o indivíduo (como nas concepções de direitos humanos dos países ocidentais de Primeiro Mundo), mas unicamente o Estado. Os direitos humanos não eram diretamente regulados pelo direito internacional, e os indivíduos não eram sujeitos de direito internacional. Os direitos humanos, implementados pelo Estado, eram um assunto pertencente essencialmente à ordem interna dos Estados.

(...)

Em outras palavras, a União Soviética estava perfeitamente disposta a assinar os mais diversos acordos internacionais sobre direitos humanos, pressupondo que a obrigação recairia somente sobre o Estado, sem nenhum vínculo direto com o indivíduo, e que a mesma obrigação poderia ser interpretada pelos diversos países à luz de seus diversos sistemas socioeconômicos. A chave dessa abordagem era a supremacia ou centralidade do Estado. Além disso, a abordagem soviética dava saliência aos direitos econômicos e sociais, minimizando a importância tradicional dos direitos civis e políticos.”³³

A interdependência dos direitos humanos, isto é, a característica que reafirma a inexistência de hierarquia entre eles, não importando sua “geração”, bem com sua universalidade, foi reafirmada na Convenção de Viena de 1993, a qual, logo em seu artigo 1º, assenta que:

A Conferência Mundial sobre Direitos Humanos reafirma o empenho solene de todos os Estados em cumprirem as suas obrigações no tocante à promoção do respeito universal, da observância e da proteção de **todos** os Direitos Humanos e liberdades fundamentais para todos, em conformidade com a Carta das Nações Unidas, com outros instrumentos relacionados com os Direitos Humanos e com o Direito Internacional. **A natureza universal destes direitos e liberdades é inquestionável.** (sem destaques no original)

Apesar dessa reafirmação do caráter universal dos direitos humanos, fato é que ambas as posições podem ser usadas retórica e ideologicamente, como arma para esconder a real motivação dos beneficiários de tal uso. Assim, o discurso universalista pode ser usado de maneira hegemônica, para impor concepções de mundo aos mais fracos. Por outro lado, o

³³ SHAW, Malcolm N. *Direito internacional*. Tradução de: Marcelo Brandão Cipolla, Lenita Ananias do Nascimento, Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 206-207.

relativismo pode ser usado para esconder as mais brutais violações aos direitos humanos, as quais restariam invisíveis e incontroláveis pela sociedade internacional em nome da proteção falaciosa da cultura de certo povo. É a partir dessa constatação que Boaventura de Souza Santos vai pensar numa concepção multicultural de direitos humanos, com forma de superar o debate entre universalismo e relativismo cultural.

4.2 O multiculturalismo de Boaventura de Sousa Santos

É conhecido o texto básico do autor sobre o tema, intitulado “Uma concepção multicultural de direitos humanos”, através do qual ele busca superar os entraves entre relativismo e universalismo dos direitos humanos partindo da seguinte indagação: levando em conta o vácuo deixado pelo socialismo, no caminho para a emancipação do ser humano, seria possível a utilização dos direitos humanos como ferramenta para se alcançar tal fim? Sua resposta é um “sim muito condicional”.³⁴

No mencionado estudo, o autor, inicialmente, desenvolve suas ideias sobre globalização, seguindo na sustentação sobre as condições e possibilidades dos direitos humanos enquanto guias emancipatórios, finalizando com a construção de uma hermenêutica voltada para o multiculturalismo, a hermenêutica diatópica. O desenvolvimento do trabalho parte do reconhecimento de três tensões dialéticas vividas no mundo contemporâneo, baseadas no confronto entre: 1) regulação e emancipação social; 2) sociedade civil e Estado; 3) o Estado-nação e a globalização. As questões culturais envolvendo os direitos humanos são intensificadas no contexto da globalização, razão pela qual o autor aprofunda suas ideias a partir da análise desse fenômeno.³⁵

Analisando criticamente o início de seu texto, já é possível perceber a riqueza do mesmo no que tange a essa análise sobre a globalização. Boaventura não se limita a fazer um estudo de tal fenômeno unicamente sobre o prisma econômico, voltado para a transnacionalização da economia e do mercado financeiro, como normalmente ocorre. O autor não se contenta com essa ideia, partindo para uma análise da globalização sobre o prisma social, político e cultural. Para o autor, não existe uma única globalização, mas sim diversas formas de globalização, a justificar a leitura da expressão no plural.

Procurando defini-la, tem-se a globalização como “processo pelo qual determinada condição ou entidade local consegue estender a sua influência a todo o globo e,

34 SANTOS, Boaventura de Sousa. Ob. cit. p, 8.

35 “A política de direitos humanos é basicamente uma política cultural. Tanto assim é que poderemos mesmo pensar os direitos humanos como sinal do regresso do cultural, e até mesmo do religioso, em finais de século. Ora, falar de cultura e de religião é falar de diferença, de fronteiras, de particularismos. Como poderão os direitos humanos ser uma política simultaneamente cultural e global?” Idem. p, 9.

ao fazê-lo, desenvolve a capacidade de designar como local outra condição social ou entidade rival”.³⁶ Há uma relação, assim, entre localização e globalização, no sentido de que, por exemplo, a globalização do *fast food* americano leva, necessariamente, à localização da feijoada brasileira, a ponto de torná-la cada vez mais um particularismo da cultura brasileira.

A globalização não é, necessariamente, uma forma de neocolonialismo. Boaventura diferencia quatro formas de globalização: 1) o localismo globalizado, pelo qual uma prática local consegue se expandir pelo resto do mundo, localizando seu antagonista; 2) o globalismo localizado, que é a imposição de certas práticas pelos Países mais ricos aos mais pobres, como, por exemplo, o *dumping* ecológico; 3) o cosmopolitismo, consistente na reunião de pessoas ou ideias, a nível global, sem intermediação estatal necessária, voltada para a difusão de práticas não hegemônicas, como se vê em ONG’s e organizações transnacionais de direitos humanos; 4) o patrimônio comum da humanidade, ou seja, temas que, pela própria natureza, são globais como o próprio planeta, como os fundos marinhos ou a preservação da Amazônia. As duas primeiras formas de globalização são hegemônicas ou “de-cima-para-baixo”, enquanto as duas últimas são contra-hegemônicas ou “de-baixo-para-cima”.³⁷

A fim de se admitir os direitos humanos como instrumento para o cosmopolitismo, afastando-o de seu uso hegemônico, o autor propõe o preenchimento de cinco condições. Inicialmente, deve-se superar do debate entre universalismo e relativismo cultural. Para ele:

Trata-se de debate intrinsecamente falso, cujos conceitos polares são igualmente prejudiciais para uma concepção emancipatória de direitos humanos. Todas as culturas são relativas, mas o relativismo cultural enquanto atitude filosófica é incorreto. Todas as culturas aspiram preocupações e valores universais, mas o universalismo cultural, enquanto atitude filosófica, é incorreto. Contra o universalismo, há que propor diálogos interculturais sobre preocupações isomórficas. Contra o relativismo, há que desenvolver critérios políticos para distinguir política progressista de política conservadora, capacitação de desarme, emancipação de regulação.³⁸

Em segundo lugar, deve-se reconhecer que todas as culturas apresentam concepções de dignidade da pessoa humana, mas nem todas no contexto dos direitos humanos. A terceira e quarta premissa também estão diretamente relacionadas com a dignidade da pessoa humana: deve-se entender que todas as culturas são incompletas e, portanto, apresentam noções incompletas de dignidade da pessoa humana (terceira); essas diferentes percepções de dignidade da pessoa humana apresentam grau de reciprocidade

³⁶ Idem. p. 10.

³⁷ Idem. p. 13-15.

³⁸ Idem. p. 18.

diferenciado, devendo-se preferir aquela que apresenta um círculo mais alargado de reconhecimento de direitos. Finalmente, a quinta premissa diz respeito ao reconhecimento da diferença e da igualdade entre os homens, concepções essas (diferença e igualdade) tão variáveis conforme a cultura.

O autor não tergiversa, quando, ao analisar a hermenêutica diatópica, retoma a análise dessas duas últimas condições para sustentar que a concepção cultural que mais atribui direitos aos homens, ampliando o círculo de reciprocidade, é a concepção marxista de direitos humanos, pois leva a igualdade para além do mero aspecto político, albergando o domínio social e econômico. Além disso, as questões interculturais envolvendo igualdade e diferença entre os homens devem ser resolvidas a partir da seguinte construção, a qual já se constitui passagem clássica em qualquer análise sobre o direito à igualdade: “uma vez que todas as culturas tendem a distribuir pessoas e grupos de acordo com dois princípios concorrentes de igualdade e diferença, as pessoas e os grupos sociais têm o direito de ser iguais quando a diferença os inferioriza, e o direito a ser diferentes quando a igualdade os descaracteriza”.³⁹

Essa compreensão de diversidade e diferenças entre as culturas somente é possível a partir de uma interpretação dos fenômenos envolvidos que siga um método hermenêutico diatópico. A hermenêutica diatópica normatiza a interpretação no contexto do diálogo intercultural, levando em conta, seriamente, as diferenças e semelhanças entre as culturas. No entanto, o papel desse método não é busca a igualdade, mas sim frisar as desigualdades entre as culturas. Assim está caracterizado esse procedimento:

A hermenêutica diatópica baseia-se na ideia 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 a que a aspiração à totalidade induz a que se tome a parte pelo todo. O objectivo da hermenêutica diatópica não é, porém, atingir a completude – um objectivo 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. Nisso reside o seu carácter diatópico.⁴⁰

Boaventura tem plena consciência de que a hermenêutica diatópica pode se utilizada para fins hegemônicos ou de flagrante violação dos direitos humanos, escudando-o através do rótulo do multiculturalismo. Para evitar tal manipulação, o autor propõe um acordo

³⁹ Idem. p, 28. O autor nomeia essas duas construções como imperativos interculturais, estudando-as no contexto da hermenêutica diatópica, como premissa básica para que este modelo interpretativo seja utilizado, de fato, com finalidade emancipatória e não como uma fraude hegemônica. Adiante o tema será novamente abordado, mas, para fins de esclarecimento acerca das duas últimas premissas emancipatórias dos direitos humanos, fez-se necessário esse pequeno adiantamento.

⁴⁰ Idem. p, 21. Os topoi são “os lugares comuns retóricos mais abrangentes de uma determinada cultura”. O autor aponta, ainda, que: “compreender determinada cultura a partir dos topoi de outra cultura pode revelar-se muito difícil, se não mesmo impossível”. Idem. p, 20.

multicultural prévio, estampado em dois imperativos multiculturais. Esses imperativos, conforme mencionado anteriormente são: 1) preferência pela cultura que mais amplie o círculo de reciprocidade de direitos, destinando-os a um maior número de pessoas; 2) no contexto do direito à igualdade, admissão desta, quando a diferença inferiorize as pessoas, e reconhecimento da diferença, quando a igualdade as descaracterize.

Esse diálogo intercultural, se cumpridas as premissas emancipatórias dos direitos humanos e os imperativos interculturais da hermenêutica diatópica, servem para justificar, por exemplo, o critério da auto-atribuição no contexto da identificação dos remanescentes das comunidades de quilombos.

4.3 Os critérios de identificação dos remanescentes das comunidades de quilombos e a busca pela verdade possível

Os critérios de identificação dos remanescentes das comunidades de quilombos previstos no art. 2º do Decreto nº 4.887/2003 vieram superar o anacrônico sistema previsto no Decreto nº 3.912/2001. A evolução merece ser, sucintamente, analisada.

O antigo Decreto nº 3.912/2001, em seu artigo 1º, previa que “somente pode ser reconhecida a propriedade sobre as terras que: I – eram ocupadas por quilombos em 1888; II – estavam ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos em 5 de outubro de 1988”. Percebe-se, claramente, como a anterior regulamentação partia do conceito arqueológico de quilombo. Desse modo, as críticas anteriormente lançadas são plenamente aplicáveis à presente definição.

Além delas, é possível tecer mais algumas considerações acerca do anacronismo das datas propostas. A fixação da ocupação em 1888, levando em conta a simbólica data da abolição da escravidão, chega a ser ingênua, se não fora, deliberadamente, adotada com fins unicamente destinados a evitar a real concretização do art 68. Ora, é de todos conhecida a lição histórica de que, em diversas províncias brasileiras, como o Ceará, a escravidão já havia sido abolida desde 1884. Diga-se, ainda, que soa, no mínimo, estranho um prazo de usucapião de 100 anos, reconhecendo que, nos termos da lei civil, o maior prazo é de 15 anos.⁴¹ Sendo assim, ante a total imprestabilidade em se fixar a data da abolição da escravidão, a mesma deve ser totalmente desconsiderada.

A fixação do segundo marco, de igual modo, afigura-se incorreta. É certo que o texto do art. 68 garante o direito de propriedade para aqueles remanescentes das antigas

⁴¹ SARMENTO, Daniel. *Territórios quilombolas e Constituição: a ADI 3.239 e a Constitucionalidade do Decreto 4.887/03*. Disponível em: http://6ccr.pgr.mpf.gov.br/documentos-e-publicacoes/docs_artigos/Territorios_Quilombolas_e_Constituicao_Dr._Daniel_Sarmiento.pdf. Acessado em: 23 de novembro de 2012.

comunidades que *estejam ocupando* tais áreas. Valendo-se dessa disposição verbal no gerúndio, o Decreto nº 3.912/2001 entendeu por bem fixar aquele outro marco temporal, referente à promulgação da Constituição. Novamente, a imprecisão e a desvinculação com a realidade social é manifesta, pois um grupo que, eventualmente, tenha sido expulso de suas terras, até mesmo violentamente, não pode ser privado do direito à área, mesmo não a ocupando em 5 de outubro de 1988. É evidente que um sujeito não pode ter seu direito sonogado em face de fato de outrem, ainda mais diante de eventual violência. Além do mais, ambas as datas são inconstitucionais por apontarem restrições ao art. 68 sem qualquer autorização constitucional, chegando, praticamente, a inviabilizar sua concretização.⁴² Como se sabe, as normas constitucionais, principalmente as consagradoras de direitos fundamentais devem ser interpretadas de modo a que se retire a máxima efetividade das mesmas, garantindo-se direitos na máxima amplitude possível.⁴³ A regulação ora criticada parte, no entanto, de uma mínima eficácia do texto.

Não bastassem essas inconstitucionalidades, as disposições do Decreto antigo, por não respeitarem a auto-atribuição, a territorialidade, a coletividade e tradição de resistência à opressão daqueles grupos, afigurar-se-ia manifestamente inconvenção,⁴⁴ por violarem frontalmente as disposições da Convenção nº 169 da OIT, a qual, por ter natureza de tratado internacional sobre direitos humanos, tem caráter supra-legal, de acordo com o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF).⁴⁵ As questões em torno da inconvenção, no entanto, não foram levantadas diante da revogação do Decreto ora em comento e também porque esse entendimento do STF somente foi adotado em 2008, após, portanto, a publicação do Decreto.

⁴² Deborah Duprat bem analisou essas inconstitucionalidades nestes termos: “Ao dispor 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*, o art. 68 do ADCT não apresenta qualquer marco temporal quanto à antiguidade da ocupação, nem determina que haja uma coincidência entre a ocupação originária e a atual. O fundamental, para fins de se assegurar o direito ali previsto, é que de comunidades remanescentes de quilombos se cuide e que, concorrentemente, se lhe agregue a ocupação das terras enquanto tal. Assim, os dois termos — remanescentes de comunidades de quilombos e ocupação de terras — estão em relação de complementaridade e acessoriedade, de tal forma que a compreensão de um decorre necessariamente do alcance do outro. E estes, e apenas estes, são necessários à interpretação do comando constitucional. O que não se admite, certamente, é que um mero decreto — o que sequer à lei se autoriza —, numa visão unilateral, opere um reducionismo no conteúdo de sentido da norma”. (destaques no original). PEREIRA, Deborah Macedo Duprat de Brito. *Breves Considerações sobre o Decreto No 3.912/01*. In.: *Quilombos – identidade étnica e territorialidade*. O’DWYER, Eliane Cantorino (Org.). Rio de Janeiro: Fundação FGV, 2002. p. 283.

⁴³ SANTILI, Juliana. *Socioambientalismo e novos direitos – proteção jurídica à diversidade biológica e cultural*. São Paulo: Editora Peirópolis. p. 172.

⁴⁴ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O Controle de Convencionalidade das Leis*. Disponível em: <http://www.lfg.com.br>. Acessado em: 30 de novembro de 2012.

⁴⁵ RE 466.343.

A busca pela verdade no caso, a saber, caracterizar corretamente um sujeito como remanescente de comunidade quilombola não pode, a pretexto de se alcançar uma verdade absoluta, fixar critérios manifestamente contrários aos direitos culturais de uma minoria étnica. A busca por essa verdade deve ser também ressignificada, partindo-se da premissa, hoje cada vez mais difundida no direito processual, de que a verdade é algo em si inatingível.

Provar um fato ocorrido contemporaneamente, tentando reconstruí-lo a partir dos meios de prova admitidos pelo Direito já é algo problemático, imagine-se buscar, unicamente por critérios estritamente objetivos, provar um fato ocorrido há mais de 100 anos. Esses problemas à reconstrução dos fatos, no processo civil, são de diversas ordens, como a subjetividade do testemunho de quem os tiver presenciado ou mesmo a vedação posta pelo ordenamento acerca da admissibilidade de provas ilícitas. Evidentemente, tal vedação é correta, mas, juntamente com o problema anterior, ela leva a uma conclusão inafastável: não se pode alcançar uma verdade absoluta através de qualquer procedimento. O que se deve buscar, assim, é uma verdade possível, construída argumentativamente pelas partes envolvidas no litígio.⁴⁶

O alcance a essa verdade possível, negado pelo Decreto anterior, é garantido pelo atual. Como dito anteriormente, o art. 2º do Decreto nº 4.887/2003 fixa os seguintes critérios para identificação dos remanescentes: “Consideram-se remanescentes das comunidades dos quilombos, para os fins deste Decreto, os grupos étnico-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.”

Como será estudado adiante, a atual regulamentação, além de fixar aqueles critérios subjetivos e objetivos para a identificação dos remanescentes das comunidades de quilombos, prevê a participação de eventuais prejudicados no procedimento de demarcação, garantindo-se o contraditório necessário para a construção dialogada da verdade.⁴⁷ A busca por essa verdade possível na caracterização dos quilombolas, no entanto, não pode se converter em instrumento para acobertar fraudes, devendo essa preocupação ser levada a sério quando da análise dos critérios postos para identificação.

⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 48-50.

⁴⁷ Art. 7º, §2º. Além do mais, tratando-se de processo administrativo, incidem as normas constitucionais garantidoras do devido processo legal e as disposições da Lei nº 9.874/99, a qual regulamenta o processo administrativo no âmbito federal.

4.3.1 A auto-atribuição como ponto de partida do diálogo intercultural

A auto-atribuição consiste na oitiva prévia do grupo beneficiário de determinado direito, normalmente consagrado para minorias, como forma de legitimar a caracterização destes como sujeitos de direito, dando especial destaque para essa declaração como forma de não se impor uma verdade hegemônica da maioria sobre a vida dessa minoria. A auto-atribuição está prevista no art. 1º, item 2 da Convenção 169 da OIT, o qual expressamente consigna que: “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”.

Após lançadas as considerações anteriores sobre o multiculturalismo e, principalmente, sobre as condições para os direitos humanos atingirem seu potencial emancipatório, fica fácil justificar a legitimidade do presente critério. Ele assume o caráter de ponto de partida necessário para o diálogo intercultural, o qual decorre, como visto, da constatação de que as culturas apresentam diferentes e incompletas concepções de dignidade da pessoa humana.

Não se desconhece a diferenciação que a doutrina constitucional faz entre direitos fundamentais e direitos humanos, situando os primeiros na ordem interna de determinado Estado (como previsto na Constituição) e os segundos na ordem internacional (como consagrado nos tratados). Nesse sentido, poder-se-ia objetar que a questão de identificação dos quilombolas, por ser assunto de direito interno, não deveria sofrer os influxos da teoria multicultural dos direitos humanos, a qual, na própria formulação de Boaventura de Sousa Santos, está situação no contexto da globalização e internacionalização do discurso daqueles direitos.

Essa eventual objeção, de caráter meramente formal, não poderia proceder. É certo que a questão quilombola, numa análise a partir unicamente do art. 68, poderia se apresentar como questão de direito de unicamente interno, não atraindo as preocupações do multiculturalismo. No entanto, toda questão de direito fundamental (analisada, portanto, sob o ângulo interno) também se afigura como um problema de direitos humanos à medida em que, caso o Estado em questão não atue, será possível o acionamento de cortes internacionais de direitos humanos. Além disso, o paradigma da soberania absoluta dos Estados está superado, admitindo-se intervenções internacionais (não meramente estrangeiras) com a finalidade de proteger os direitos humanos.

Mas não é só. É certo que a concepção multicultural dos direitos humanos, como formulada por Boaventura de Sousa Santos, preocupa-se com o desenvolvimento dos

direitos humanos no contexto da globalização, num cenário que coloca em jogo dominadores e dominados, tendências hegemônicas e contra-hegemônicas. Ora, qual seria a situação dos remanescentes das antigas comunidades de quilombos, aqui no Brasil, senão a de um grupo historicamente dominado e excluído, como se a maioria da sociedade brasileira impusesse, hegemonicamente, um globalismo localizado a esta minoria? Sendo assim, é manifesta a aplicabilidade do multiculturalismo à hipótese.

Admitindo-se sua utilização, deve-se, igualmente, admitir como legítimo o critério da auto-atribuição, pois é através dele que o Estado e a sociedade circundante, os quais formam a maioria que pode tender à opressão, conseguirão entender os remanescentes de quilombos a partir de sua própria linguagem. Trata-se, assim, do início de um diálogo intercultural.

Veja-se que não se trata, por outro lado, de um diálogo acabado. Uma das críticas feitas ao presente critério é a possibilidade de manipulações e fraudes pelas partes beneficiárias. Tal crítica é verdadeira no sentido de que, realmente, tais vícios podem ocorrer, cabendo ao Direito combatê-los.⁴⁸ No entanto, essa objeção erra quando busca, pura e simplesmente, a proscrição desse critério de identificação, pois, como será visto adiante, ele não é o único critério posto.⁴⁹ Diz-se, assim, que o diálogo intercultural não se encerra com a auto-atribuição porque aqueles outros critérios previstos (territorialidade, coletividade e passado de resistência à opressão) também devem ser objeto do diálogo. Com a análise desses últimos critérios objetivos, afasta-se a preocupação acerca das fraudes, sempre num contexto, relembre-se, de que a verdade absoluta é inatingível.

4.3.2 A territorialidade

Feita a auto-atribuição pelo grupo, iniciar-se-ão as investigações históricas e antropológicas sobre os demais critérios, a fim de, numa perspectiva multicultural, analisar a existência daqueles traços objetivos antes postos. Um deles é a territorialidade, a qual

⁴⁸ ROTHENBURG, Walter Claudius. *Direitos dos descendentes de escravos (remanescentes das comunidades de quilombos)*. Ob. cit. p, 459.

⁴⁹ Sobre o tema, Daniel Sarmiento assim se manifesta: “É importante ressaltar que a auto-definição é um dos critérios adotados pelo Decreto 4.887/03, mas não o único. Trata-se de um critério extremamente importante, na medida em que parte da correta premissa de que, na definição da identidade étnica, é essencial levar em conta as percepções dos próprios sujeitos que estão sendo identificados, sob pena de se cancelarem leituras etnocêntricas ou essencialistas dos observadores externos provenientes de outra cultura, muitas vezes repletas de preconceito. A idéia básica, que pode ser reconduzida ao próprio princípio da dignidade da pessoa humana, é de que na definição da identidade, não há como ignorar a visão que o próprio sujeito de direito tem de si, sob pena de se perpetrarem sérias arbitrariedades e violências, concretas ou simbólicas”. SARMENTO, Daniel. *Territórios quilombolas e Constituição: a ADI 3.239 e a Constitucionalidade do Decreto 4.887/03*. Disponível em: http://6ccr.pgr.mpf.gov.br/documentos-e-publicacoes/docs/artigos/Territorios_Quilombolas_e_Constituicao_Dr._Daniel_Sarmiento.pdf. Acessado em: 23 de novembro de 2012.

consiste, como também já frisado anteriormente, na especial relação entre o grupo étnico e a terra em que ocupa.⁵⁰ Carlos Ari Sundfeld assim disserta sobre a territorialidade:

Outro parâmetro importante na identificação das comunidades quilombolas é a percepção de como as terras são utilizadas pelas mesmas. A territorialidade é um fator fundamental na identificação dos grupos tradicionais, entre os quais se inserem os quilombolas. Tal aspecto desvenda a maneira como cada grupo molda o espaço em que vive, e que se difere das formas tradicionais de apropriação dos recursos da natureza. São as terras de uso comum, em especial as “terras de preto”, cuja ocupação não é feita de forma individualizada, e sim em um regime de uso comum.⁵¹

Assim, mesmo que determinada comunidade se auto-declare como remanescente de quilombo, se não restar caracterizada, cabalmente, qualquer relação especial da mesma com a terra em que ocupa ou pretenda ocupar, aquela não poderá titularizar o direito previsto no art. 68. Evidentemente que uma desocupação violenta ou coativa não tem o condão de afastar esse especial vínculo com a terra.

4.3.3 A coletividade do grupo no contexto de sua evolução histórica própria

Reportando-se, novamente, àqueles critérios caracterizados de dada cultura, anunciados por Jorge Miranda, tem-se que a especial forma de criar, fazer e viver de determinado grupo étnico encontra-se especialmente protegido pelo Direito. No caso brasileiro, os arts. 215 e 216 da Constituição especificamente tratam do tema, buscando promover a proteção dos grupos com trajetória histórica própria, os quais, a partir dessas características, são considerados como formadores da sociedade brasileira. Essas especiais formas de vida e de trajetória histórica são caracterizadas pelo coletivismo. Novamente, cita-se Carlos Ari Sundfeld, o qual sustenta que a identidade coletiva:

Trata-se de identificar a forma pela qual o grupo remanescente de quilombo conseguiu manter o seu modo de vida, resistindo às influências externas e mantendo os seus traços culturais e habitacionais ao longo das gerações. A partir da identificação desse modo de vida, conclui-se, em regra, que a titulação deve recair não só sobre os espaços que o grupo mora e cultiva, mas também sobre aqueles necessários ao lazer, à manutenção, da religião, à perambulação entre as famílias do grupo e também aqueles destinados ao estoque de recursos naturais.⁵²

⁵⁰De acordo com o art. 13.1 da Convenção 169 da OIT, tem-se a consagração do critério da territorialidade e do coletivismo, adiante analisado: “Na aplicação das disposições desta Parte da Convenção, os governos respeitarão a importância especial para as culturas e valores espirituais dos povos interessados, sua relação com as **terras** ou **territórios**, ou ambos, conforme o caso, que ocupam ou usam para outros fins e, particularmente, os aspectos **coletivos** dessa relação”.

⁵¹ SUNDFELD, Carlos Ari. *Comunidades quilombolas – direito à terra (artigo 68 do ato das disposições constitucionais transitórias)*. Brasília: Fundação Cultural Palmares/Ministério da Cultura: Editorial Abaré, 2002. p, 78-79.

⁵² Idem. p, 79.

O coletivismo, por ser tão marcante nesses grupos, justifica até mesmo a titulação da terra de forma coletiva, como informado anteriormente. Sendo assim, se determinado grupo: 1) se auto-declara como remanescente de comunidade quilombola; 2) apresenta forte vínculo com sua terra; 3) mas apresenta tendência de explorá-la individualmente, em manifesto confronto com sua trajetória histórica própria, conforme apurado em laudos periciais específicos, não fará jus à proteção constitucional nos termos do art. 68. Eventualmente, o grupo poderá ser caracterizado como população tradicional, a merecer proteção a partir do art. 215 e 216 da constituição.

4.3.4 Presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida

O último critério objetivo elencado enuncia uma presunção. E nem poderia ser diferente, pois buscar uma comprovação cabal sobre um fato ocorrido, possivelmente, há mais de 100 anos, qual seja, a luta negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida,⁵³ afigurar-se-ia um verdadeiro absurdo.

Não é por acaso que o Decreto prevê esse critério como o último. Nesse sentido, casos os “testes” anteriores tenham sido favoráveis ao reconhecimento do grupo como quilombola, a presunção de ancestralidade negra relacionada à resistência será, tranquilamente, também favorável. Tal presunção somente cederá frente a uma fortíssima argumentação contrária, escudada em estudos históricos robustos. É difícil imaginar, nessa situação favorável ao pleito, uma ocorrência prática em que a presunção ora em estudo seria desfavorável.

Por outro lado, a expressão “ancestralidade” não pode, também ela, ser entendida de modo estanque, referindo-se unicamente àqueles antepassados que se opuseram à opressão até 1888, por exemplo. Nesse sentido, demonstrando que a opressão aos quilombolas não pode ser analisada estanquemente até 1888, Leinard Ayer de Oliveira aponta, no contexto da fixação da data de 1888 como mera invenção, que:

Queremos mostrar primeiramente que a data de 1888, embora seja um marco formal para os negros no Brasil, não tem importância central no que diz respeito aos quilombos. Eles se formam por escravos libertos e insurretos e negros livres antes e depois da abolição. Enquanto vigora a escravidão, os quilombos cumprem a função de abrigar as populações negras, configurando um tipo de resistência. Finda a escravidão, e sabemos que a Lei Áurea só vem formalizar uma realidade conquistada pelas populações negras uma vez que quase todos os escravos já se haviam liberto

⁵³ Esse passado de perseguições, como é evidente, contribuiu para a formação das tradições do grupo, encontrando tal critério guardado no art. 1.1 da Convenção 169 da OIT: “A presente Convenção aplica-se a povos tribais em países independentes cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros segmentos da comunidade nacional e cuja situação seja regida, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou **tradições** ou por uma legislação ou regulações especiais”.

quando da assinatura da lei, os quilombos serão o único espaço onde muitos negros, excluídos pela nova ordem que se configura, poderão sobreviver física e culturalmente. Os quilombos continuam representando a resistência negra. É, portanto, perfeitamente lógico falar-se em quilombos mesmo após 1888.⁵⁴

Sendo assim, esse passado de ancestralidade não precisa se reportar a tempos imemoriais ou, necessariamente, até 1888. Mesmo após essa data houve opressão histórica aos ancestrais do grupo.

5. Conclusão

O presente texto procurou demonstrar como o constitucionalismo fraternal tem a capacidade de ressignificar diversos conceitos, como o de quilombo, acarretando consequências impensáveis até bem pouco tempo atrás, quando se viva unicamente o paradigma do Estado Social. A principal consequência estudada ao longo do texto foi a consagração de um direito à diferença e à inclusão, nos moldes preconizados pela proteção internacional dos direitos humanos, notadamente postos na Convenção 169 da OIT.

Outra ressignificação relevante apontada no texto diz respeito ao conceito de quilombo. Pelo que se expôs, é fácil concluir que o conceito clássico ou colonial, eminentemente repressivo, deve ser superado, ante seu insustentável caráter arqueológico. Um novo conceito deve ser aceito, reconhecendo os quilombos como local de reprodução cultural de um grupo étnico com próprias formas de expressão, de fazer, de viver e de criar, bem diferenciadas da maioria da sociedade.

Esses novos significados são ainda mais realçados no contexto do multiculturalismo como teoria capaz de superar o debate entre universalismo e relativismo dos direitos humanos. Após a síntese do texto básico de Boaventura de Sousa Santos sobre o tema, demonstrou-se como o critério da auto-atribuição converte-se em verdadeiro propiciador do diálogo intercultural, abrindo as portas para a cultura hegemônica entender a da minoria.

Finalmente, conclui-se que a proeminência do critério da auto-atribuição não pode, necessariamente, colocá-lo num grau hierárquico superior aos demais critérios no sentido de que bastaria o reconhecimento do acerto da auto-atribuição para a automática proteção constitucional incidir. A fim de evitar eventuais fraudes, o critério da auto-atribuição pode ceder ante fortíssima carga argumentativa proveniente de um juízo negativo sobre a territorialidade, coletivismo e sobre a presunção de ancestralidade ligada à luta contra a repressão. A auto-atribuição determina, portanto, que a consciência da própria comunidade

⁵⁴ OLIVEIRA, Leinard Ayer de. *Sobre as datas e as competências no Decreto nº 3.912/2001*. In.: *Quilombos – a hora e a vez dos sobreviventes*. São Paulo: Comissão pró-Índio de São Paulo, 2001. p. 31.

sobre sua constituição possa ser externada e levada a sério no diálogo proposto, não se convertendo em critério automático para a incidência do art. 68 do ADCT .

6. Referências bibliográficas

ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. *Os quilombos e as novas etnias*. In: *Quilombos – identidade étnica e territorialidade*. O'DWYER, Eliane Cantorino (Org.). Rio de Janeiro: Fundação FGV, 2002.

BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *A Constituição na vida dos povos – da idade média ao século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2010.

FERREIRA, Emanuel de Melo. *A evolução da solidariedade: das sociedades clássicas à principiologia constitucional*. In: *Anais do XIX Congresso Nacional do CONPEDI*, Florianópolis/SC: Fundação Boiteux, 2010, p. 5985-5993.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

MATIAS, João Luis Nogueira. *O fundamento econômico e as novas formas de propriedade*. In: *Estudos de direito de propriedade e meio ambiente*. MATIAS, João Luis Nogueira; WACHOWICZ, Marcos (coord.) Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. p. 101-102

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O Controle de Convencionalidade das Leis*. Disponível em: <http://www.lfg.com.br>. Acessado em: 30 de novembro de 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo G. Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRANDA, Jorge. *Notas sobre cultura, Constituição e direitos culturais*. Disponível em: <http://www.fd.ul.pt/Portals/0/Docs/Institutos/ICJ/LusCommune/MirandaJorge.pdf>. Acessado em: 30 de novembro de 2012.

O'DWYER, Eliane Cantorino. *Introdução - os quilombos e a prática profissional dos antropólogos*. In: *Quilombos – identidade étnica e territorialidade*. O'DWYER, Eliane Cantorino (Org.). Rio de Janeiro: Fundação FGV, 2002. p. 18-19.

OLIVEIRA, Leinard Ayer de. *Sobre as datas e as competências no Decreto nº 3.912/2001*. In: *Quilombos – a hora e a vez dos sobreviventes*. São Paulo: Comissão pró-Índio de São Paulo, 2001.

PEREIRA, Deborah Macedo Duprat de Brito. *Breves Considerações sobre o Decreto No 3.912/01*. In: *Quilombos – identidade étnica e territorialidade*. O'DWYER, Eliane Cantorino (Org.). Rio de Janeiro: Fundação FGV, 2002.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*. Tradução: Antônio Francisco de Sousa e Antônio Franco. São Paulo: Saraiva, 2012.

PIOVESAN, Flávia. *Direito internacional dos direitos humanos e igualdade étnico-racial*. In: *Ordem jurídica e igualdade étnico-racial*. PIOVESAN, Flávia; SOUZA, Douglas Martins (coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Direito Constitucional internacional*. 13ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ROCHA, Carmén Lúcia Antunes. *O princípio constitucional da função social da propriedade*. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, número 2, julho/dezembro de 2003, p, 543-594.

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Direitos dos descendentes de escravos (remanescentes das comunidades de quilombos)*. In.: Igualdade, diferença e direitos humanos. SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p, 445-471.

SANTILI, Juliana. *Socioambientalismo e novos direitos – proteção jurídica à diversidade biológica e cultural*. São Paulo: Editora Peirópolis. p, 172.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Uma concepção multicultural de direitos humanos*. In.: Contexto Internacional, nº 23. p, 7-34. Disponível em: http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concepcao_multicultural_direitos_humanos_ContextoInternacional01.PDF.

SARMENTO, Daniel. *Territórios quilombolas e Constituição: a ADI 3.239 e a Constitucionalidade do Decreto 4.887/03*. Disponível em: http://6ccr.pgr.mpf.gov.br/documentos-e-publicacoes/docs_artigos/Territorios_Quilombolas_e_Constituicao_Dr._Daniel_Sarmiento.pdf. Acessado em: 23 de novembro de 2012.

SARMENTO, Daniel. A garantia do direito à posse dos remanescentes de quilombos antes da desapropriação. Disponível em: http://6ccr.pgr.mpf.gov.br/institucional/grupos-de-trabalho/quilombos-1/documentos/Dr_Daniel_Sarmiento.pdf. Acessado em: 29 de novembro de 2012.

SARMENTO, Daniel. *A igualdade étnico-racial no direito constitucional brasileiro: discriminação “de facto”, teoria do impacto desproporcional e ação afirmativa*. In: *Livre e iguais: estudos de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SHAW, Malcolm N. *Direito internacional*. Tradução de: Marcelo Brandão Cipolla, Lenita Ananias do Nascimento, Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Comunidades quilombolas – direito à terra (artigo 68 do ato das disposições constitucionais transitórias)*. Brasília: Fundação Cultural Palmares/Ministério da Cultura: Editorial Abaré, 2002.

TEPEDINO, Gustavo. *A função social da propriedade e o meio ambiente*. Revista Trimestral de Direito Civil, v. 37. p. 127-148, 2009

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.