

TITULAÇÃO DAS TERRAS QUILOMBOLAS: EFETIVIDADE E (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA REGULAMENTAÇÃO

TITLING OF QUILOMBO'S LAND: EFFECTIVENESS AND (UN)CONSTITUTIONALITY OF THE REGULAMENTATION

*Germene Mallmann**

RESUMO

O presente artigo analisa, mediante uma abordagem social e jurídica, na perspectiva de Carlos Eduardo Marques e Luís Roberto Barroso, a questão da efetividade da titulação proprietária das terras ocupadas pelas comunidades remanescentes de quilombos, previsto no artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, bem como a constitucionalidade do Decreto 4887/2003, que regulamenta o procedimento para tais titulações. Para tanto, utilizando-se de conceitos interdisciplinares, em especial da antropologia, investiga a identificação e a resignificação dos quilombos no contexto da atualidade, o significado dos territórios para as comunidades tradicionais, o instituto da função social da propriedade e da posse. Também é analisado o entendimento dado pela relatoria da Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 3239/DF sobre o procedimento para titulação das áreas quilombolas.

PALAVRAS-CHAVE: quilombo, titulação, função social, efetividade

ABSTRACT

This article analyzes, through a social and legal approach, from the theoretical perspective of Carlos Eduardo Marques and Luís Roberto Barroso, the issue the effectiveness of titling of areas occupied by remnants communities of Quilombo promoted by Article 68 of the Temporary Constitutional Provisions of the 1988 Federal Constitution, as well as the constitutionality of act 4887/2003, which regulates the procedure for such titrations. Therefore, using interdisciplinary concepts, especially anthropology, investigates the identification and meaning of quilombo in today's context, as well as the meaning of the territories for traditional communities, the institute of the social function of property and possession. The article also analyzes the understanding given by the magistrate at the Supreme Court in the Direct Unconstitutionality Action nº. 3239/DF about the procedure for titling the quilombo's areas.

KEYWORDS: quilombo, titling, social function, effectiveness

** Acadêmica do 10º período do curso de Direito da UNICURITIBA – Centro Universitário Curitiba. Bacharel em Secretariado Executivo Bilíngue. Pós-Graduada em Administração de Empresas. Integrante do grupo de pesquisa “Estado, modelo econômico e apropriação de bens na sociedade pós moderna” do mestrado da UNICURITIBA.*

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, acompanhando a tendência mundial de reconhecimento do multiculturalismo, determinou o tombamento de todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos, reconhecendo-os como patrimônio histórico e cultural brasileiro (art. 216, § 5º). Ainda, no artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias nosso texto constitucional dispôs 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 reconhecimento de direitos dos quilombolas operou-se no plano jurídico, ao lhes serem garantidos, pelo constituinte, o direito de propriedade, no pressuposto de que isso bastaria para a preservação da cultura e para a inserção social deste grupo, historicamente subintegrado e excluído da sociedade.

Contudo, diante da dificuldade de identificação dos destinatários da norma e do procedimento a ser adotado para as titulações, fez-se necessária uma regulamentação infraconstitucional, que, passados mais de 20 anos da promulgação da Constituição Federal, se materializou mediante a edição do Decreto nº 3912/2001, revogado pelo vigente Decreto 4887/2003, o qual é objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3239/DF, ainda em trâmite no Supremo Tribunal Federal, a qual questiona o critério de auto-atribuição das comunidades como remanescente de quilombo, a eventual ilegitimidade de autonomia do chefe do executivo para regulamentar texto constitucional via decreto, assim como a suposta criação de nova modalidade de desapropriação.

O objetivo desta pesquisa é confrontar os principais pontos estudados pela Antropologia e pelo Direito sobre a cultura e o território quilombola, com o entendimento do relator da ADI, Ministro Cezar Peluso, cujo voto foi proferido em abril de 2012, assim como levantar os aspectos principiológicos e a efetividade da norma constitucional.

Nesta perspectiva, utiliza-se do método dialético proposto por Hegel, de interpretação dinâmica e totalizante da realidade, que considera os fatos dentro de um contexto social, cultural, político, econômico e jurídico.

Esta pesquisa possui uma feição interdisciplinar, na medida em que, ao explorar conceitos de diferentes áreas do conhecimento promove a adequada interconexão, colimando o objetivo de enriquecer a investigação do problema de pesquisa.

O artigo desdobra-se em três partes. Inicialmente são analisados os aspectos jurídicos da regulamentação da norma constitucional. Em seguida, tendo como referencial teórico

Carlos Eduardo Marques, Francisco Cardozo Oliveira e Laura Beck Varela, o texto analisa quem são os titulares do direito, como identificá-los e qual a importância da posse e da propriedade na preservação dos direitos culturais das comunidades tradicionais. Por fim, com base no pensamento de Luís Roberto Barroso e Konrad Hesse, são analisados aspectos principiológicos da norma constitucional e sua efetividade.

O tema revela-se atual e importante pelo conflito de culturas e interesses que suscita; sendo que a Ação Direita de Inconstitucionalidade (3239) que envolve a questão, ainda está pendente de julgamento pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal.

ASPECTOS FORMAIS E MATERIAIS DA REGULAMENTAÇÃO DO ARTIGO 68 DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS

Toda Constituição, conforme ensina José Afonso da Silva¹, tem força imperativa de regra, não havendo cláusula com valor moral de conselhos ou aviso. O autor também foi o responsável pela notável classificação tricotômica das normas constitucionais em normas de eficácia plena, contida e ilimitada. As primeiras são dotadas de normatividade suficiente para produção imediata de todos os efeitos jurídicos; as segundas, de eficácia contida, possuem também normatividade capaz de produzir efeitos imediatos, porém o legislador infraconstitucional poderá restringir seu âmbito de eficácia. Por fim as terceiras, de eficácia limitada, não receberam elementos suficientes para produção plena de seus efeitos, cabendo ao legislador ordinário sua complementação. Walter Claudius Rothemburg² defende a aplicabilidade plena e imediata do artigo 68 do ADCT, pois segundo ele,

Estão suficientemente indicados, no plano normativo, o *objeto* do direito (a propriedade definitiva das terras ocupadas), seu *sujeito ou beneficiário* (os remanescentes das comunidades dos quilombos), a *condição* (a ocupação tradicional das terras), o *dever* correlato (reconhecimento da propriedade e emissão dos títulos respectivos) e o *sujeito passivo ou devedor* (o Estado, Poder Público).

¹ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 2ª edição. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1982. p.489

² ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos dos Descendentes de Escravos (Remanescentes das Comunidades de Quilombos) In: SARMENTO, Daniel, IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Igualdade, Diferença e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.461

Porém, o artigo 68 do ADCT é uma norma aberta que demanda, de fato, a regulamentação do procedimento para identificação e demarcação dos territórios remanescentes de quilombo.

O Decreto nº 3912/2001, primeiro editado com esta finalidade, determinava em seu artigo 1º, § único que:

Para efeito do disposto no caput, somente pode ser reconhecida a propriedade sobre terras que:

I - eram ocupadas por quilombos em 1888; e

II - estavam ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos em 5 de outubro de 1988.

A regulamentação prevista no decreto 3912/2001 inovou juridicamente ao introduzir no ordenamento a usucapião com prazo centenário. Neste cenário, seria mais fácil para os quilombolas buscar a titulação de terras por usucapião prevista no artigo 1238 do Código Civil segundo a qual, para se adquirir a propriedade, é suficiente a comprovação da posse por 15 anos, ou seja, 85 anos a menos que o disposto na referida norma.

O decreto 3912/2001 foi revogado pelo vigente decreto nº 4887, editado em 20 de novembro de 2003. A legislação ordinária vigente relacionada com a questão quilombola se restringe à Lei 7668/88, que autoriza a criação, pelo Poder Executivo, da Fundação Cultural Palmares, esta responsável pela legitimação das comunidades quilombolas, e à Lei 9649/98, que estabelece as atribuições do Ministério da Cultura, entre elas a aprovação da delimitação e demarcação das terras com reminiscência de quilombos. São comandos normativos que, apesar de indispensável à execução do artigo constitucional, não regulamentam o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que trata o art. 68 do ADCT, como o faz o decreto 4887/2003. Não há, portanto, relação imediata entre o decreto e as leis mencionadas. Assim, por se tratar de ato normativo autônomo, o decreto está sujeito ao controle concentrado de constitucionalidade.

O texto constitucional, no artigo 84, inciso VI, determina as matérias cujas disposições, mediante decreto, são de competência privativa do Presidente da República.

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery³ ensinam que pelo decreto autônomo “o Chefe do Poder Executivo determina o *modus faciendi* do comando que resulta da *lei*, para que possa ser fielmente cumprida, conforme já é tradicional das Constituições brasileiras anteriores”. Conclui-se que existe realmente um vício formal no decreto 4887/2003, vez que regulamenta texto constitucional, independente de lei. A regulamentação da titulação das terras ocupadas pelos quilombolas é matéria que deve ser levada para discussão e votação no Congresso Nacional e consequente produção legislativa.

A IDENTIFICAÇÃO DOS REMANESCENTES DE QUILOMBO NA ATUALIDADE

As normas constitucionais que se referem aos remanescentes de quilombo fomentaram uma discussão acadêmica acirrada sobre quem são os detentores do direito. A antropologia teve papel fundamental nesta busca conceitual, surgiram diversas correntes de definição de quilombo, classificadas por Carlos Eduardo Marques⁴ como:

- a) Corrente marxista-leninista, segundo a qual os quilombos são identificados pela negação ao sistema escravista. A premissa da qual se parte é filosófica e política: a busca pela liberdade e igualdade, pela transformação social, a ruptura com o sistema opressor. Essa corrente surgiu num contexto de ditadura militar e apesar da importante investigação histórica, não se aprofundou no fenômeno em si.
- b) Corrente tecnicista que procurou identificar características comuns aos quilombos como dimensão espacial, atividades econômicas desenvolvidas, número de integrantes para em seguida classificá-los em pequenos ou grandes, de subsistência ou agrícolas.
- c) Por fim a corrente arqueológica busca resíduos da presença de negros, inclusive em terras ainda ocupadas por seus descendentes, de conteúdos etnográficos e culturais.

³ NERY JUNIOR, Nelson, NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal Comentada e legislação constitucional**. 2ª edição. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009.

⁴ MARQUES, Carlos Eduardo. De Quilombos a Quilombolas: notas sobre um processo histórico-etnográfico. **Revista de Antropologia da USP**, São Paulo, v.52, n.1, p.342-343, 2009.

Contudo, a necessidade atual é pelo conteúdo contemporâneo “ressemantizado” do fenômeno, que analisa como sua autonomia foi construída em paralelo com o modo de vida coletivo. Neste sentido, Carlos Eduardo Marques⁵ afirma:

Quilombo, a partir dessa nova ressignificação, não é apenas uma tipologia de dimensões, atividades econômicas, localização geográfica, quantidade de membros e sítio de artefatos de importância histórica. Ele é uma comunidade e, enquanto tal, passa a ser uma unidade viva, um *locus* de produção material e simbólica. Institui-se como um sistema político, econômico, de parentesco e religioso que margeia ou pode ser alternativo à sociedade abrangente.

Assim, a antropologia estabeleceu critérios fundamentais para a identificação dos destinatários da norma, como a heterogeneidade da ocupação, a manutenção e reprodução de modos de vida. Além da autodeclaração e da indissociabilidade entre identidade e território.

Nesta seara, o artigo 2º do decreto 4887, conceitua que “consideram-se remanescentes das comunidades quilombolas, 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”. Posteriormente, o Decreto n.º 6040 de 07 de fevereiro de 2007, que instituiu a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais no Brasil, no seu art. 3.º definiu uma espécie de auto-reconhecimento, nos seguintes termos: “I - Povos e Comunidades Tradicionais: grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição; II - Territórios Tradicionais: os espaços necessários a reprodução cultural, social e econômica dos povos e comunidades tradicionais, sejam eles utilizados de forma permanente ou temporária, observado, no que diz respeito aos povos indígenas e quilombolas, respectivamente, o que dispõem os artigos 231 da Constituição e 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e demais regulamentações”.

A premissa de autodeclaração ou de autoidentificação está contida na Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre povos indígenas e tribais, cujas

⁵ MARQUES, op. Cit., p. 344.

determinações foram incorporadas à legislação brasileira pelo Decreto Legislativo 143/2002 e Decreto 5.051/2004. O artigo 1º da referida Convenção afirma o seguinte (g.n.):

1. A presente convenção aplica-se:

a) aos povos tribais em países independentes, cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros setores da coletividade nacional, e que estejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial;

b) aos povos em países independentes, considerados indígenas pelo fato de descenderem de populações que habitavam o país ou uma região geográfica pertencente ao país na época da conquista **ou da colonização** ou do estabelecimento das atuais fronteiras estatais e que, seja qual for sua situação jurídica, conservam todas as suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas, ou parte delas.

2. A **consciência de sua identidade** indígena ou **tribal** deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos que se aplicam as disposições da presente Convenção.

Desta leitura observa-se que a Convenção 169 da OIT apresenta três critérios fundamentais para o reconhecimento dos grupos indígenas ou tribais: 1) a existência de condições sociais, culturais e econômicas diferenciadora do restante da sociedade nacional; 2) a existência de costumes e tradições e 3) autoidentificação. Critérios estes que vão ao encontro dos estabelecidos pelos estudos antropológicos desenvolvidos no Brasil para identificar as comunidades remanescentes de quilombo.

Por outro lado, na visão da relatoria da Ação Direta de Inconstitucionalidade⁶, os destinatários da norma são

os que subsistiriam nos locais tradicionalmente conhecidos como quilombos, na sua acepção histórica, em 05 de outubro de 1988, ou seja, aqueles que, tendo buscado abrigo nestes locais, antes ou logo após a abolição, lá permaneceram até a promulgação da CF/88.

Interessante observar que foi adotado pelo Ministro relator o critério histórico arqueológico de identificação, assim como o da usucapião centenária. Importante ressaltar que o trabalho de juristas e antropólogos no resgate e ressignificação dos quilombos foi reconhecido pela relatoria como “respeitável”, mas “de natureza metajurídica” e sem comprometimento com o texto constitucional.

Também o critério de autoatribuição e autodefinição para caracterizar quem seriam os remanescentes das comunidades de quilombolas, apesar de legitimado pela convenção 169

⁶ BRASIL. Informativo 662 do Supremo Tribunal Federal. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo662.htm> Acesso em 06 mar 2013

da OIT e pelo Decreto 6040/2007, foi reputado como inconstitucional pela relatoria da ADI. Ocorre que o autorreconhecimento permite explicitar e localizar interesses latentes de difícil percepção para uma racionalidade disposta a operar mediante lógica classificatória e conceitual, seja ela inspirada em interesses de dominação ou em interesses técnico-científicos.

FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE E DA PROPRIEDADE: O SIGNIFICADO DOS TERRITÓRIOS PARA AS CULTURAS TRADICIONAIS

A Constituição Federal de 1988 regulou a função social da propriedade como direito fundamental (art. 5º, XXII) e como princípio da ordem econômica (art. 170, III), que se concretiza por quem *utiliza* os bens e não necessariamente por quem é o titular do documento de propriedade, ou seja, a função social da propriedade aproxima a noção da posse, de utilização da terra.

Francisco Cardozo Oliveira alerta para a ausência de menção à função social da posse na Constituição brasileira. Para o autor, “antes da propriedade, é a posse que está mais estritamente ligada à realidade fática e que, por conseguinte, detém maior potencial de funcionalização”⁷. Desta forma, a natureza finalística da apropriação de bens, determinada pelas necessidades humanas e pelas relações sociais, faz da função social elemento imprescindível da posse e talvez por isso não tenha sido mencionada expressamente na Carta Magna; ou ainda, em função dos ditames da economia de mercado na qual a possibilidade da prevalência do valor de uso ante o valor de troca impediria o sistema de trocas, fonte de lucros.

A essência da função social não está relacionada apenas com finalidades econômicas imediatas, mas sim com a promoção da dignidade da pessoa humana, da cidadania plena e da redução de desigualdades. A legislação brasileira em vários dispositivos disciplina as diretrizes que concretizam o exercício da função social como os artigos 182 e 186 da Constituição Federal de 1988. O primeiro regula a política de desenvolvimento urbano e o

⁷ OLIVEIRA, Francisco Cardozo. **Hermenêutica e Tutela da Posse e da Propriedade**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 245.

segundo elenca os requisitos que devem ser cumpridos simultaneamente para o cumprimento da função social na propriedade rural.

Em pelo menos outros três diplomas legais, sem mencionar as leis estaduais e municipais, também fartas, a função social está disciplinada. De acordo com Francisco Cardozo Oliveira⁸, são eles:

A lei 8629/1993, que trata da regulamentação dos dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária e do cumprimento da função social no campo (art. 9º). A lei 10257/2001 que disciplina o Estatuto da Cidade e a apropriação do solo urbano. O artigo 39, da lei 10257/2001, fixa o parâmetro para o cumprimento da função social na cidade. E ainda o Código Civil de 2002 (lei 10406/2001), que, a partir do artigo 1196 e do artigo 1228, contem cláusulas gerais de interpretação para a tutela da posse e da propriedade.

As normas fornecem critérios interpretativos da função social que são analisados nos casos concretos sob uma ótica ampliada, na qual se examina a realidade fática, os interesses dos proprietários e dos não proprietários, dos possuidores e dos não possuidores, a configuração da realidade socioeconômica, guiados pelos valores dos fins sociais da lei e do bem comum. Trata-se, como dito, de uma análise dialética e valorativa entre realidade e ordenamento, que considera o conteúdo material da posse, os diferentes sujeitos envolvidos, e é capaz de alterar o fluxo de riquezas produzidas⁹.

Enquadra-se nesta concepção de funcionalização da propriedade e consideração dos elementos fáticos e socioeconômicos da posse, a proteção constitucional dada aos remanescentes de quilombo. Para as comunidades quilombolas, a utilização da terra, o vínculo com o território reclamado, é instrumento de promoção da cidadania, de preservação de valores culturais e sociais, de fonte de subsistência, de reconhecimento social e cultural. A titulação proprietária a estes grupos concretiza o princípio da função social, atribui uma cidadania efetiva, afastada da antiga hierarquização no modo de concessão de direitos, que impede o avanço das desigualdades socioeconômicas.

Na demarcação das áreas de terras de remanescentes de comunidades quilombolas não se leva em conta apenas uma posse física de uma determinada área do território. Está em causa uma espécie de posse funcionalizada na direção de atender finalidades relacionadas à necessidade de reprodução social, econômica e cultural dos remanescentes de comunidades quilombolas delimitada, em última instância, por critérios de auto-reconhecimento ou de auto-

⁸ OLIVEIRA, op. Cit., p. 251.

⁹ Ibid., p.89-94.

atribuição. Justifica-se, portanto, a preocupação das perícias antropológicas de identificar um conjunto de vivências e de experiências constitutivas das comunidades quilombolas, ao longo do tempo, de modo a permitir quantificar a área de território necessária para a reprodução social, econômica e cultural dos quilombos. Tanto é assim que o próprio § 2.º do art. 2.º do Decreto n.º 4887/2003 considera terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos as utilizadas para a garantia de sua reprodução física, social, econômica e cultural.

A antropologia defende que o direito de propriedade das comunidades remanescentes de quilombo sobre seus territórios, é uma forma de preservar a cultura e o modo de vida coletivo do grupo, por isso, de acordo com o artigo 17 do decreto 4887/2003, o título outorgado às comunidades é coletivo, pró-indiviso, com obrigatória inserção de cláusula de inalienabilidade, imprescritibilidade e de impenhorabilidade

Neste aspecto, novamente a relatoria da ADI neutralizou os argumentos oferecidos pela antropologia, rechaçando os atributos de inalienabilidade, imprescritibilidade e de impenhorabilidade ao título de propriedade das terras quilombolas, e assim acabou por revelar o apego cultural que ainda perdura ao modelo de propriedade individual surgido no Brasil pela Lei de Terras de 1850.

Acontece que nos últimos 200 anos, o modelo de posse e propriedade sofreu profunda alteração, abandonou seu caráter absoluto e individual para ater-se ao princípio da função social. Esta nova concepção considera os interesses relacionados à posse, ao controle da apropriação de terras e à garantia de direitos sociais. A propriedade pode ser atualmente um instrumento de instauração de novas relações sociais e de produção de bens. Novas formas proprietárias são reconhecidas, agora adequadas a direitos subjetivos, considerando a dignidade essencial seja dos proprietários ou de quem detenha a posse objetivando atingir a finalidade específica da função social.

Função social da propriedade é cláusula aberta e não pode ser entendida de modo unívoco. A determinação de seu conteúdo envolve atividade legislativa e interpretativa, guiadas pelos artigos 1º, 3º e 5º da CRFB/1988.

Depreende-se que o modelo de propriedade, nas últimas décadas, abandonou seu caráter absoluto e individual para ater-se ao princípio constitucional da função social da propriedade que contempla, além da função econômica, valores mais amplos como dignidade da pessoa humana e justiça social. Seus elementos estão vinculados à realidade social e histórica, o que legitima as comunidades quilombolas a receberem o título proprietário das terras ocupadas, conforme previsto no artigo 68 do ADCT, pois garante a dignidade de um grupo étnico vulnerável e a proteção ao patrimônio histórico-cultural.

O direito civil contemporâneo, ao tratar da propriedade, abandona a abordagem reducionista, de interesses egoístas do indivíduo e resgata a pessoa em sua dimensão existencial, cidadão, membro da coletividade para a qual deve se voltar o aproveitamento econômico dos bens.

O Código Civil Brasileiro de 2002 não define a função social, porém no § 1º, artigo 1228 ao dispor “o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas” impõe delimitações ao seu exercício, e deveres a serem cumpridos na esfera econômica, social, ambiental e cultural, que visam a proteção de direitos coletivos.

O direito de propriedade no ordenamento jurídico brasileiro contemporâneo transita entre a realidade fática e a realidade normativa, extrapola a relação entre a coisa e o proprietário e passa a considerar também os interesses dos não-proprietários, que deixam de ser apenas sujeitos passivos universais, indeterminados e passam a poder exigir dos proprietários, no cumprimento da função social da propriedade, que lhe sejam dadas condições de acesso aos bens, à propriedade.

O direito de propriedade se caracteriza menos pelo seu conteúdo estrutural e mais pela sua destinação do bem sobre o qual incide, ou ainda por sua potencialidade econômica. Segundo Eroulths Cortiano Junior, “o exercício dos poderes proprietários é variável e não cabe mais no abstrato modelo de usar, fruir e gozar”¹⁰. Surge a noção pluralista do instituto (mais propriedades e novas propriedades). Também a noção de sujeito de direito mudou, não é mais anônimo, neutro e titular de patrimônio e sim de pessoa concreta. Substitui-se o abstrato individualista pelo antropocêntrico. Uma constante dialética entre norma e realidade, a partir de uma perspectiva crítica e interdisciplinar torna palpáveis conceitos que antes eram abstratos, aproximando-se das relações de vida em sociedade.

Laura Beck Varela e Marcos de Campos Ludwig apontam semelhanças entre a função social da propriedade e a boa-fé objetiva, ambas tidas como “cânone hermenêutico e integrativo, fonte de deveres jurídicos e limites ao exercício de direitos subjetivos”, porém esclarecem que boa-fé objetiva é uma espécie de cláusula geral com efeitos inter partes, de

¹⁰ CORTIANO Junior, Eroulths **O Discurso Jurídico da Propriedade e suas Rupturas** – Uma Análise do Ensino do Direito de Propriedade. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.158.

“técnica essencialmente destinada à atividade judicial”¹¹, diferente da função social da propriedade que se aproxima da natureza de princípio jurídico, com efeitos erga omnes.

O direito de propriedade hodierno abandonou a concepção analítica de usar, fruir e gozar para sofrer as delimitações, não no direito e sim em seu exercício, impostas pelo cumprimento da função social, em observância aos interesses sociais, entre outros. A compreensão desta delimitação é fundamental para resolver eventuais disputas em torno das terras reivindicadas pelos remanescentes de quilombo.

Para concretizar a titulação prevista no artigo 68 do ADCT é fundamental que a propriedade seja considerada no aspecto de cumprimento da função social. A situação vivida pelos quilombolas é de posse, instituto que antecede a propriedade e que também deve ser exercido de maneira a atender a função social.

INTERPRETAÇÃO E EFETIVIDADE DA TITULAÇÃO DE TERRAS ÀS COMUNIDADES REMANESCENTES DE QUILOMBO

Em seu voto, o relator da ADI afirmou que as terras a serem tituladas às comunidades remanescentes de quilombo devem se limitar às ocupadas desde antes ou logo após a abolição até 05 de outubro de 1988. Sobre o esforço da antropologia em resgatar toda a extensão do território significativo para as comunidades, o relator disse se tratar de uma “ocupação presumida”. Ele também levantou a questão dos terceiros interessados nas áreas reivindicadas pelos quilombolas, os quais não poderiam ser destituídos de seus bens sem lei específica e sem a garantia do devido processo legal, pois isso provocaria verdadeiro quadro de desestabilização social. Ele equiparou os requisitos para titulação com os da usucapião, destacando ser incabível a desapropriação de terras particulares, prevista no artigo 13 do Decreto 4887/2003, uma vez que os quilombolas já as teriam como usucapidas. Essa interpretação dada ao artigo 68 do ADCT foi nomeada por juristas e antropólogos de “usucapião centenária”. Por fim foi ressaltada a inconstitucionalidade de usucapir imóveis públicos (artigos 183, §3º e 191, § único, ambos da CFRB/1988) e, quanto à desapropriação de imóveis privados prevista no decreto, o ministro afirmou que além de não disciplinada em

¹¹ VARELA, Laura Beck; LUDWIG, Marcos de Campos. Das Propriedades à Propriedade: Construção de um Direito. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A Reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 778.

lei, nos termos da Constituição (art. 5º, XXIV), não se amoldaria às hipóteses previstas, de necessidade ou utilidade pública e de interesse social.

Tais pressupostos para a desapropriação são conceituados por Hely Lopes Meireles¹² da seguinte forma:

a) necessidade pública surge quando a Administração defronta situações de emergência que, para serem resolvidas satisfatoriamente, exigem transferência urgente de bens de terceiro para o seu domínio; b) utilidade pública apresenta-se quando a transferência de bens de terceiros para a Administração é conveniente, embora não seja imprescindível; c) interesse social ocorre quando as circunstâncias impõem a distribuição ou o condicionamento da propriedade para melhor aproveitamento, utilização ou produtividade em benefício da coletividade ou de categorias sociais merecedoras de amparo específico do Poder Público.

O ministro relator não concedeu às titulações quilombolas o atributo de interesse social tampouco da função social da propriedade (artigo 5º, XXIII, CRFB/1988) que é um elemento integrador que determina uma destinação compatível e harmoniosa do instituto com o interesse público, legitimando assim a desapropriação que é a transferência da propriedade de um terceiro para o poder público, por razões de utilidade ou necessidade pública ou interesse social. Percebe-se que o direito à titulação proprietária dos quilombolas, além de atravessar procedimentos administrativos e jurídicos, se depara ainda com interesses antagônicos.

O artigo 68 do ADCT demanda uma interpretação extensiva, pois é uma norma que assegura direitos. Entretanto, o entendimento de nossa Suprema Corte é o de que as normas contidas no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Carta de 1988 demandam interpretação restritiva ou estrita. Exemplos disso são as decisões proferidas no RE 140.616-DF¹³, sobre o artigo 8º, ADCT que assegurava a promoção de carreira aos anistiados do regime militar, na qual o Supremo Tribunal Federal interpretou restritivamente a norma constitucional esclarecendo que a promoção seria devida apenas na modalidade merecimento e não na de antiguidade. Outro caso foi a ADI 41-1/DF¹⁴ que confrontou o artigo 129, IX da Constituição Federal, que proíbe membros do Ministério Público de atuar como representantes de entidades públicas, com o artigo 29, § 5º do ADCT que permitiu aos membros do Ministério Público Estadual representar a União em causas de natureza fiscal. A decisão do STF afirmou que o artigo 29, § 5º do ADCT “por ser norma de direito excepcional, só admite interpretação estrita, não sendo aplicável por analogia, e, portanto,

¹² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006.

¹³ RTJ, 145:942, 1993, RE 140.616-DF, relator Ministro Paulo Brossard

¹⁴ RT, 678:220, 1990, ADIn 41-1/DF, relator Ministro Moreira Alves

não indo além dos casos nela expressos, nem se estendendo para abarcar as conseqüências lógicas desses mesmos casos”.

A interpretação constitucional deve ordenar fenômenos múltiplos, influenciados pelo contexto social, político, econômico e institucional de determinado momento. Luís Roberto Barroso ensina que “nenhum método deve ser absolutizado”. Para o autor:

A interpretação se faz a partir do texto da norma (interpretação gramatical), de sua conexão (interpretação sistemática), de sua finalidade (interpretação teleológica) e de seu processo de criação (interpretação histórica)¹⁵

A Constituição de 1988 foi orientada pelos parâmetros da socialidade. Com base na natureza singular do presente, abarcou conteúdos sociais, culturais, políticos e econômicos, visando concretizar os objetivos listados no artigo 3º.

O artigo 68 do ADCT é dotado de eficácia jurídica, porém faz-se necessária a análise de sua eficácia social, isto é, as mudanças efetivas no mundo dos fatos que seu cumprimento é capaz de produzir. Para Luís Roberto Barroso “a efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social”¹⁶.

Para a efetividade das normas constitucionais, incluindo o reconhecimento dos direitos dos quilombolas, a Constituição adquire sua “força normativa” mediante o envolvimento e o compromisso de todos os agentes sociais envolvidos. Konrad Hesse¹⁷ afirma que:

A força vital e a eficácia da Constituição assentam-se na sua vinculação às forças espontâneas e às tendências dominantes do seu tempo, o que possibilita o seu desenvolvimento e a sua ordenação objetiva. Mas, a força normativa da Constituição não reside, tão-somente, na adaptação inteligente a uma dada realidade. A Constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa, que se assenta na natureza singular do presente. Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela poderá impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional -, não só a vontade de poder, mas também a vontade de Constituição.

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009. p.129

¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 6 ed. atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.85.

¹⁷ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p.18-19.

O não reconhecimento dos direitos dos remanescentes de quilombos revela que a nação brasileira, ao questioná-los, ainda não expressou a “vontade de Constituição” alegada por Hesse, tampouco a efetividade, a qual requer o cumprimento espontâneo da norma. A regulamentação do artigo 68, ADCT contraria interesses poderosos, o que explica a relutância do Estado em acionar os mecanismos suficientes para sua concretização, seja na demora havida em regulamentar o artigo, seja no conteúdo do voto do relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3239.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa propôs o problema em torno da constitucionalidade do decreto 4887/2003 que regulamenta o disposto no artigo 68 do ADCT e a efetividade do direito à titulação proprietária dos territórios ocupados pelas comunidades remanescentes de quilombo.

Para enfrentar o problema proposto a pesquisa direcionou-se para quatro perspectivas básicas, as quais foram confrontadas com o voto do relator da ADI 3239: 1) aspectos formais da regulamentação do artigo constitucional, 2) a ressemantização do conceito de remanescentes de quilombo, 3) o instituto da função social da posse e da propriedade em especial dos territórios ocupados pelas comunidades quilombolas, 4) o interesse social que reveste a titulação das áreas ocupadas e as mudanças sociais efetivas que a titulação é capaz de operar.

Sobre a regulamentação do artigo 68 do ADCT, de fato a Ação Direta de Inconstitucionalidade deverá ser julgada procedente, pois de acordo com o artigo 84 inciso VI da CF/1988 o chefe do Executivo não está legitimado para regulamentar norma constitucional, devendo a matéria seguir o trâmite legislativo.

A respeito da ressignificação de quilombo, que inclui o problema do território, a pesquisa revelou, ao contrário do voto proferido pelo Ministro relator da ADI, que cabe às pessoas que vivem em coletividade em um território específico, a autodeclaração como pertencentes à comunidade quilombola. Laudos antropológicos determinam a extensão da ocupação coletiva. Observou-se que nestes laudos de identificação predomina a corrente arqueológica, de natureza etnográfica, que busca resíduos da presença de negros em terras ainda ocupadas por seus descendentes.

A interpretação ressemantizada de quilombo, conforme demonstrado, baseia-se em critérios político-organizativos que abrangem elementos subjetivos e objetivos, como trajetória comum, manutenção e reprodução do modo de vida coletivo desenvolvido em um determinado território.

Assim, além da análise histórica, deve-se considerar principalmente a indissociabilidade entre identidade e território coletivo, sem, contudo, ignorar as influências sofridas por outras culturas e pela própria antropologia, que mediante a investigação local detém o poder de instrumentalizar a identificação e o reconhecimento de direitos destes grupos.

Quanto ao modelo de propriedade, a pesquisa demonstrou que, nas últimas décadas, ele abandonou seu caráter absoluto e individual para ater-se ao princípio da função social da propriedade que contempla, além da função econômica, valores mais amplos como dignidade da pessoa humana e justiça social. Seus elementos estão vinculados à realidade social e histórica, o que legitima as comunidades quilombolas a receberem o título proprietário das terras ocupadas, conforme previsto no artigo 68 do ADCT, pois garante a dignidade de um grupo étnico vulnerável e a proteção ao patrimônio histórico-cultural.

O direito de propriedade constitui um dos elementos centrais na luta por reconhecimento de direitos na sociedade moderna, na medida em que ele opera a regulação das trocas e a distribuição da riqueza produzida. O direito de propriedade, portanto, não se limita a dar visibilidade a uma determinada cultura, como no caso dos remanescentes das comunidades quilombolas; antes, ele é elemento constitutivo da forma de socialidade integrada ao processo de evolução social característico da modernidade. A titulação proprietária reconhecida aos remanescentes de comunidades quilombolas deve ser capaz de assegurar-lhes a devida integração ao conjunto da vida social, assim como aos benefícios dos regimes proprietários típicos da atualidade.

Eventuais conflitos pela propriedade das terras, que normalmente envolvem proprietários não-quilombolas, devem ser resolvidos mediante a ponderação de interesses, norteado pelo princípio da função social.

A regulamentação do artigo 68 do ADCT previu a concessão do título como coletivo, em nome da associação quilombola, pró-indiviso, com cláusula de inalienabilidade, impenhorabilidade e imprescritibilidade. Essas limitações foram tidas como inconstitucionais no voto do relator da ADI 3239. O risco efetivo destas limitações é que elas comprometam a integração social e econômica destas comunidades tituladas visto que impedem os

quilombolas de terem acesso às linhas de crédito e consequentemente, de obterem recursos e financiamentos para a exploração econômica das áreas e acesso às inovações tecnológicas.

Para a efetividade de direitos das comunidades remanescentes de quilombo, capaz de operar efeitos concretos de função social, de realização do Direito, é necessária a “força normativa da constituição”, a disposição espontânea e generalizada de realizar a norma constitucional, mediante o compromisso e o envolvimento da sociedade como um todo para reconhecer a identidade quilombola. Somente assim poderemos concretizar, mediante a titulação de terras aos quilombolas, os objetivos fundamentais da República, dispostos no artigo 3º da Constituição Federal.

Bibliografia:

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009

_____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 6ª edição atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 05 de outubro de 1988.

_____. Decreto 4.887, de 20 de novembro de 2003. Regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que trata o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 21 de novembro de 2003.

_____. Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004. Promulga a convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre povos indígenas e tribais. . **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 19 de abril de 2004.

_____. Decreto 6.040, de 7 de fevereiro de 2007. Institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 8 de fevereiro de 2007.

_____. Informativo 662 Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo662.htm>. Acesso em 06 mar 2013

CORTIANO Junior, Eroulths **O Discurso Jurídico da Propriedade e suas Rupturas** – Uma Análise do Ensino do Direito de Propriedade. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

MARQUES, Carlos Eduardo. De Quilombos a Quilombolas: notas sobre um processo histórico-etnográfico. **Revista de Antropologia da USP**, São Paulo, v.52, n.1, p.342-343, 2009

NERY JUNIOR, Nelson, NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal Comentada e legislação constitucional**. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, Francisco Cardozo. **Hermenêutica e Tutela da Posse e da Propriedade**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos dos Descendentes de Escravos (Remanescentes das Comunidades de Quilombos) In: SARMENTO, Daniel, IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Igualdade, Diferença e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

VARELA, Laura Beck; LUDWIG, Marcos de Campos. Das Propriedades à Propriedade: Construção de um Direito. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A Reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.