OS QUILOMBOLAS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: DA PROTEÇÃO À IDENTIDADE CULTURAL AO DIREITO FUNDAMENTAL ÀS *TERRAS DE PRETO*

QUILOMBOLAS IN THE 1988 CONSTITUTION: THE PROTECTION OF CULTURAL IDENTITY AND THE FUNDAMENTAL RIGHT TO *BLACKLANDS*

*Pedro Bastos de Souza*¹

RESUMO

O direito dos afrodescendentes quilombolas está ligado à territorialidade, em uma relação de inclusão. Não se trata aqui de um conceito civilista de propriedade, mas sim de compreender o território como local de pertencimento, relacionado à identidade e à dinâmica cultural. O presente estudo tem como objetivo debater o direito fundamental dos quilombolas à titulação das terras por eles tradicionalmente ocupadas, bem como o próprio direito destes grupos à identidade cultural. Visa-se refletir sobre o conceito de comunidades quilombolas, tendo como marco epistemológico a assunção de um Estado pluriétnico. Procurou-se discutir os fundamentos constitucionais que embasam a proteção aos quilombolas. Além das reflexões teóricas sobre as relações entre identidade cultural, Estado Pluriétnico e direitos fundamentais, realizou-se um breve estudo sobre a Ação Direta de Inconstitucionalidade 3239-9, questionadora do Decreto 4887/2003 e da auto-aplicabilidade do art. 68 do ADCT (CRFB/1988).

Palavras-chave: identidade cultural; quilombolas; direitos fundamentais.

ABSTRACT

The right of african descendants quilombolas is linked to territoriality, in a inclusion relationship. This is not a civil concept of property: territory must be understood as a place of belonging, relating to identity and cultural dynamics. This study aims to discuss the fundamental right of quilobolas titling of lands traditionally occupied by them, as well as its right to cultural identity. The goal is to reflect about the concept of quilombola communities, in a epistemological environment of a multiethnic state. We tried to discuss the fundamental that underpin quilombolas protection. Besides the theoretical reflections on the relationship between cultural identity, multiethnic state and rights, it was made brief study on the Direct Action of Unconstitutionality 3239-9, questioning Decree 4887/2003 and the self-applicability of art. 68 ADCT (CRFB/1988)

Key-words: cultural identity; quilombolas; fundamental rights

¹Mestrando em Direito e Políticas Públicas pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO) - Linha de Pesquisa: Constituição, Sociedade e Políticas Públicas. Advogado. Bacharel em Comunicação Social(UFF) e em Direito (UERJ). Endereço para correspondência: Rua Professor Gabizo, 233/501 – Tijuca – Rio de Janeiro-RJ. Email: pedrobastos2@globo.com. Telefones: (21)2568-7842, 8803-2008.

1. INTRODUÇÃO

Durante praticamente 100 anos a questão quilombola ficou esquecida sob o ponto de vista institucional. Foi ignorada pelo Direito e pelas instâncias de Poder Público. Quando muito, a História ensinada nos bancos escolares encarregou-se de transmitir uma visão rasteira de quilombo como um uma reminiscência do período de escravidão.

Esta imagem foi reforçada pelos meios de comunicação e pelos desfiles de carnaval, que romantizaram o conceito. Histórias como *Sinha Moça* e *Xica da Silva* foram adaptadas para o cinema e televisão. Quilombo dos Palmares, Zumbi e Gangazumba são temas recorrentes no cinema e em desfiles de escolas de samba. *Quilombo*, *Xica da Silva* e *Chico-Rei*, por exemplo, foram enredos que projetaram a escola Acadêmicos do Salgueiro no cenário nacional nos anos 1960.

A Constituição Federal de 1988 reconhece a importância das comunidades tradicionais e, especificamente, dos quilombolas, para a formação da cultura nacional. Vai além: garante aos remanescentes de quilombos o direito à titulação de suas terras (art.68 do ADCT). Salta aos olhos, contudo, a dificuldade enfrentada para a efetivação deste direito fundamental. Lentidão e burocracia da máquina estatal, aliados à reação de setores político-jurídicos, são entraves de difícil superação.

A compreensão da dimensão jurídica do problema passa por perceber o que são comunidades quilombolas: como se dão os processos de construção de identidade e quais as reivindicações que postulam. Para tanto, deve-se abandonar percepções estereotipadas dos quilombos – outrora vistos como comunidades homogêneas, imutáveis, isoladas, dissociadas do presente e presas ao passado. Só assim será possível uma visão mais consentânea com a realidade social, tendo como base a compreensão do papel do Direito em um Estado Pluriétnico.

Desde já deve-se pontuar que o direito dos afrodescendentes quilombolas está ligado à territorialidade, em uma relação de inclusão. Não se trata aqui de um conceito civilista de propriedade, mas sim de compreender o território como local de pertencimento, relacionado à identidade e à dinâmica cultural. Trabalhar com estes pressupostos pode ser difícil para uma parte da comunidade jurídica, que vive encastelada nos condomínios de classe média das

grandes cidades e tem com o próprio território [urbano] uma relação de indiferença ou estranhamento.

Essencial para a discussão é o reconhecimento da importância de uma 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 traços culturais ao longo das gerações. Em tempos de globalização e de homogeneização cultural, as discussões sobre identidade ganham maior relevância no cenário jurídico.

O presente estudo tem como objetivo debater o direito fundamental dos quilombolas à titulação das terras por eles tradicionalmente ocupadas, bem como o próprio direito destes grupos à identidade cultural. Visa-se refletir sobre o conceito de comunidades quilombolas, tendo como marco epistemológico a assunção de um Estado Pluriétnico.

Procurou-se discutir os fundamentos constitucionais que embasam a proteção aos quilombolas. Além das reflexões teóricas sobre as relações entre identidade cultural, Estado Pluriétnico e Direitos Fundamentais, realizou-se um breve estudo sobre a Ação Direta de Inconstitucionalidade 3239-9, questionadora do Decreto 4887/2003 e da auto-aplicabilidade do art. 68 do ADCT (CRFB/1988), bem como sobre decisões em 1ª e 2ª instâncias sobre o tema.

2. DIREITO À IDENTIDADE CULTURAL EM UM ESTADO PLURIÉTNICO

Em 1983, com a Declaração da Cidade do México sobre Políticas Culturais, da UNESCO, passa-se a tratar o direito à identidade cultural como “direito”. No sentido mais amplo, cultura pode ser dita como todo o complexo de aspectos espirituais, materiais, intelectuais e emocionais que caracteriza a sociedade ou grupo social. Isto inclui não apenas as artes e letras, mas também modos de vida, os direitos fundamentais da existência humana, sistemas de valores, tradições e crenças.

Na definição de Quiriboga (2006:49), o direito à identidade cultural basicamente consiste no direito de todo grupo étnico-cultural e seus membros a pertencer a uma determinada cultura e ser conhecido como diferente, conservar sua própria cultura e patrimônio cultural tangível ou intangível e a não ser forçado a pertencer a uma cultura diferente ou a ser assimilado, involuntariamente, por ela. Entretanto, como ressaltado pelo autor, a identidade cultural de um

grupo não é estática e tem constituição heterogênea. A identidade é fluida e tem um processo de revalorização dinâmico, resultado de contínuas discussões internas ou de influência de outras culturas.

O direito à cultura tem como um de seus pilares o direito ao respeito à diversidade. Emir Sader (2004) faz questão de ponderar que a diversidade cultural - como um direito fundamental da humanidade - se choca frontalmente com as políticas liberais predominantes no mundo - em particular no chamado "livre comércio"- que promove, em uma de tantas conseqüências negativas, a homogeneização cultural - fenômeno hegemônico no mundo atual.

Crítico deste paradigma liberal, Hall (2005:79) ressalta que no atual estágio de globalização, são as imagens, os artefatos e as identidades da modernidade ocidental, produzidos pelas indústrias culturais das sociedades "ocidentais" que dominam as redes globais. A proliferação das escolhas de identidade é mais ampla no "centro" do sistema global que nas suas periferias. Os padrões de troca cultural desigual, familiar desde as primeiras fases da globalização, continuam a existir na modernidade tardia. A formação da identidade cultural dos povos ocorre, agora, de maneira homogeneizada, hibridizada.

Debatendo o direito à diversidade e multiculturalismo, Burity (2001:1) salienta cinco aspectos evidentes a) o reconhecimento da não-homogeneidade étnica e cultural de certas sociedades; b) o reconhecimento da não-integração dos grupos que carregam e defendem as diferenças étnicas e culturais à matriz dominante do *nation-building* nessas sociedades - após o fracasso seja de políticas assimilacionistas, seja de políticas diferencialistas (baseadas na restrição de acesso ou mesmo na idéia de "desenvolvimentos separados"); c) a mobilização dos próprios recursos políticos e ideológicos da tradição dominante nos países ocidentais - o liberalismo - contra os efeitos desta não-integração; d) a demanda por inclusão e por pluralidade de esferas de valor e práticas institucionais no sentido da reparação de exclusões históricas; e) a demanda por reorientação das políticas públicas no sentido de assegurar a diversidade/pluralidade de grupos e tradições.

Os direitos culturais estão sob o risco de se tornarem inócuos por não respeitarem as realidades contemporâneas das sociedades. Tais direitos deveriam admitir e tratar a diferença, e não a semelhança; além disso, não deveriam enrijecer as diferenças (RANGEL, 2008:15). A crítica de Rangel é a de que o conceito de identidade cultural das ciências jurídicas passa ao largo das discussões modernas, como as referentes à crise identitária e à multiplicidade

identitária, discussão essa também trazida por Hall *supra* (2005). Há preocupação apenas com a manutenção de um ambiente pacífico entre identidades distintas. Debate a idéia de “ser”, de semelhança, e não a da diferença e a do “tornar-se”.

As políticas públicas voltadas para garantir o direito à identidade cultural enfrentam alguns obstáculos ressaltados por Rangel (2008). Além da falta de clareza do conceito de cultura e de identidade se aliam outras: a política, que clama que os Estados e regimes políticos têm pouco ou nenhum interesse em intervir na vida social e cultural de sua sociedade; o fato dos direitos desta natureza exigirem mais atividade por parte dos órgãos públicos, o que geraria a tendência de deixá-los de lado; e a percepção de alguns teóricos de que o fortalecimento dos direitos culturais fortaleceria, em paralelo, os desejos independentes de forças da sociedade, desestabilizando o equilíbrio social e político.

Em que pese tais obstáculos, deve-se ressaltar que os direitos culturais e étnicos, indissociáveis da dignidade da pessoa humana, têm o status de direito fundamental. Para tanto, como salientado por Duprat (2007:16), a aplicação do direito, em demandas que envolvam esses grupos e seus membros, requer leitura que leve em conta suas diferenças.

Para que se abram espaços para uma pluralidade étnica, Brito (2011) defende que, em um novo constitucionalismo, os fatores étnicos sejam considerados não para a fragmentação da sociedade nacional, mas para permitir uma troca mútua de culturas e tradições, ocasionando um enriquecimento recíproco.

Ainda segundo Brito (2011:73), “os Estados precisam assumir uma política libertária, que reconheça a dimensão pluralista que permita que os povos sejam sujeitos de sua própria história”. Trabalha-se, assim, com a noção de Etnodesenvolvimento, tratada na Declaração de San José (1981), item 3: “Etnodesenvolvimento deve ser entendido como preservação cultural; capacidade de decisão quanto ao futuro; exercício de autodeterminação e estabelecimento de organizações próprias de poder”.

Segundo Aparício (2011:86-87), nos movimentos étnico-culturais destaca-se a demanda pelo reconhecimento de identidade cultural de um determinado grupo diferenciado, que significa a garantia de vivenciarem seus valores, sua língua, sua organização social dentro do Estado-Nação de formação pluriétnica. Numa ótica pluralista de respeito às diferenças, a etnicidade pode representar a formação da autoconsciência do indivíduo e do grupo sobre suas

especificidades culturais, formando identidades sem colocar em xeque os direitos fundamentais já consagrados pela humanidade.

Para que se possa compreender as reivindicações de grupos como os quilombolas, caboclos, caiçaras ou de outras comunidades tradicionais, é preciso deixar de lado a lógica individualista, patrimonialista e atomizada da Ciência do Direito, substituindo-a por uma ética de alteridade. Trata-se, para Wolkmer (1994:241), “de uma étnica antropológica da solidariedade que parte das necessidades dos segmentos humanos marginalizados e se propõe a gerar uma prática pedagógica libertadora”.

Traduzindo em linguagem mais simples: a alteridade representa a capacidade de perceber o outro, compreendendo suas diferenças e singularidades. Significa, assim, se dar conta de que o pensamento jurídico tem sido construído de forma etnocêntrica, produzindo um olhar de estranheza sobre o “outro”.

Sob o ponto de vista epistemológico, é preciso assumir que a legitimidade do Estado Democrático de Direito revela-se na livre discussão dos temas da esfera pública. Para um novo Direito, não basta examinar a formalidade de instituições que garantam a liberdade. Neste sentido, segundo Aparício (2011:82), o Direito:

[deve trazer] “as questões do ‘mundo da vida’ para a ótica estatal, sem encerrá-las numa torre de marfim, na qual o monismo jurídico busca fazer prisioneira a própria realidade social”.

Durante boa parte da história brasileira o Direito corroborou para o fortalecimento de uma visão etnocêntrica, de cima para baixo: fazer parte da “sociedade nacional” significava abrir mão de valores, identidades e símbolos. As práticas integracionistas e assimacionistas, sob a chancela das normas jurídicas, corroboraram para sustentar o mito da democracia racial, e, no extremo, para reprimir identidades que estivessem à margem dos padrões da “sociedade hegemônica”.

Com bem salientado por Aparício (2011:80), o Direito reproduziu velhas injustiças sociais com suas normas gerais e abstratas, deixando de contemplar as especificidades culturais de diversas identidades existentes no Estado-Nação.

Contemporaneamente, em contraste com este paradigma, com base no pluralismo jurídico, tem-se buscado transformar seu caráter historicamente conservador. Neste ponto, a

Constituição Federal de 1988 representa um marco importante no reconhecimento de um Estado Pluriétnico: os artigos 215 e 216 são emblemáticos neste sentido.

Como bem salienta Duprat (2007:9), após a Constituição de 1988 não se coloca mais em dúvida que o Estado nacional é pluriétnico e multicultural, e que o direito, em sua elaboração e aplicação, deve ter esse marco como referência inafastável. Comentando o art. 4 da Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural, afirma a autora:

No seio da comunidade nacional, há grupos portadores de identidades específicas e que cabe ao direito assegurar-lhes o controle de suas próprias instituições e formas de vida e seu desenvolvimento econômico, e manter e fortalecer suas entidades, línguas e religiões, dentro do âmbito dos Estados onde moram. Assim, a defesa da diversidade cultural passa a ser, para os Estados nacionais, um imperativo ético, inserparável do respeito à dignidade da pessoa humana.

3. DESMISTIFICANDO OS QUILOMBOS

A palavra “quilombo” [kilombo] teria origem etimológica na língua quimbunda, sendo traduzida de forma polissêmica por *acampamento*, *arrial*, *povoação*, *povado*, *união e exército*. No século XVI, ainda em continente africano, passou a designar arraiais militares ou feiras e mercados em regiões do Congo e Angola (Lopes, 2004:507). Também significou, em continente africano, no século XVI, uma instituição política e militar transétnica, centralizada, formada por sujeitos masculinos submetidos a um ritual de iniciação. Seu conteúdo semântico, no próprio contexto africano, foi sendo alterado ao longo do tempo, conforme evidenciado por Munanga (1995). Seu significado inicial no Brasil foi trazido pelos escravos bantos, de diversos grupos.

É interessante lembrar que as diversas comunidades negras rurais brasileiras acabaram consagrando o uso da expressão “**Terras de Preto**”, para se referirem à sua própria condição territorial e identitária. A Constituição e os movimentos de populações quilombolas passaram a utilizar o termo quilombo ou “remanescente de quilombo”. Permanece, contudo, na memória afetiva e na identidade destas populações a idéia de “Terras de Preto”, sinônima de “territórios ocupados por remanescentes de quilombos”.

Segundo dados da Secretaria de Igualdade Racial do Poder Executivo Federal e levantamento da Fundação Palmares (2012), existiriam 3524 comunidades quilombolas no

Brasil, embora este número deva ser maior, já que locais mais isolados e de difícil acesso podem não ter sido contabilizados.

O primeiro passo para compreender a relação entre quilombolas e direitos fundamentais é a desconstrução dos arquétipos presentes no imaginário popular, relacionados a uma visão construída ainda no passado colonial e reforçada por processos de invisibilidade e marginalização a que certos grupos de afrodescendentes foram submetidos a partir da abolição da escravatura, em 1888.

É curiosa uma das primeiras definições de quilombo, dada pelo Rei de Portugal, em um Alvará Régio de 1740, citado, dentre outros, por Rios (2007:111): *“toda habitação de negros fugidos que passem de cinco, em parte desprovida, ainda que não tenham ranchos levantados nem se achem pilões neles”*.

Assim, grosso modo, via-se o quilombo no período colonial como um bando, ainda que em pequeno número, de escravos negros fugidos. Não era necessária sequer a moradia fixa ou alguma forma de organização social. A vinculação identitária com o território, hoje elemento relevante para o quilombola, não era condição *sine qua non* para a conceituação de quilombo.

É possível, a partir dos documentos coloniais, notar um vínculo histórico-social ligando as atuais comunidades com um grupo formado por escravos fugidos, perseguidos ou não, e que permaneceram livres, embora não alforriados. Contudo, como destacado por Rios (2007:114), a idéia de que teria havido um completo isolamento de comunidades rurais na sociedade envolvente e mesmo das relações de mercado não tem sustentação histórica.

Embora tivessem a agricultura familiar ou o extrativismo como base do modo de produzir, muitas destas comunidades também dedicavam-se a relações de comércio e algumas delas à pesca. A afirmação da identidade quilombola se construiu justamente nestas fronteiras entre os grupos étnicos.

Conforme destacou Sundfield (2002:79), há uma forte relação entre identidade coletiva e a identificação dos quilombos, construída, ao longo do tempo, no sentimento de auto-preservação da comunidade, em contraste com as influências externas (madeireiros, fazendeiros, grileiros) que, em muitas vezes, acarretaram expulsão ilegítima de suas terras.

É importante que se tenha em mente que não é possível estabelecer um critério objetivo prévio e uniforme para caracterizar, de forma detalhada, o gênero quilombola como algo uniforme e com características idênticas em todo o território nacional. Há, como ponto em comum, um vínculo histórico-social, ligado ao passado escravagista e uma presunção de afro-descendência. Há, ainda, a preservação de um modo de vida tradicional, ainda que tal modo não tenha se mantido estático ao longo dos tempos.

Almeida (2003:235) demonstra que deve ser quebrada a idéia de que só há quilombo em terra pública ou devoluta. O autor traz diversos casos de formação de comunidades, para além da “fuga de escravos para o mato”: 1) A formação de um protocampesinato negro, decorrente da decadência de áreas monoculturas de cana e algodão. 2) Prestação de serviços guerreiros no período colonial, em episódios como a Farroupilha e a Guerra do Paraguai; 3) Herança sem formal de partilha; 4) Aquisição de terras. 5) Doações feitas por ex-senhores.

O próprio modo de ocupação de terras não necessariamente se refere a locais isoladas ou inacessíveis ocupadas por escravos fugidos. O termo quilombola é usado para designar a situação dos segmentos negros em diferentes regiões e contextos no Brasil, fazendo referência a terras que resultaram da compra por negros libertos; da posse pacífica por ex-escravos de terras abandonadas pelos proprietários em épocas de crise econômica; da ocupação e administração das terras doadas aos santos padroeiros ou de terras entregues ou adquiridas por antigos escravos organizados em quilombos. Nesse contexto, os quilombos foram apenas um dos eventos que contribuíram para a constituição das "terras de uso comum", categoria mais ampla e sociologicamente mais relevante para descrever as comunidades”. (KOINONIA, 2012)

O Decreto 6040/2007 traz a definição de comunidades e de territórios tradicionais, destacando a relação de sustentabilidade com os recursos naturais e a transmissão ancestral de conhecimentos. Seu entendimento contribui para compreender o conceito de quilombola inserido na idéia de comunidade tradicional. Assim, são povos e comunidades tradicionais (art.3º, I):

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.

A Antropologia consolidou estudos, definições e parâmetros para caracterização das comunidades quilombolas, com larga discussão metodológica e científica. Conforme Baldi (2010:2):

“Desfez-se as ideias pré-concebidas de isolamento territorial, de resíduos arqueológicos e de populações homogêneas, o que foi corroborado, no mesmo sentido, pela atual historiografia. A pretensão de aplicação do conceito de quilombo, expedida pelo Conselho Ultramarino de 1740, significa, simultaneamente, “frigorificar” um conceito de comunidade e, pois, de cultura estática e invariável, e, ao mesmo tempo, utilizar-se de um instrumento claramente repressivo do sistema colonial para interpretar um artigo definidor de direitos constitucionais. Antes, pelo contrário, é **justamente a descolonização do conceito de “quilombo” que se faz necessária enfatizar e defender.** [grifos nossos]

A auto-definição ou auto-identificação é considerada, pelos tratados internacionais, como o critério fundamental para definir os grupos aos quais se aplicam as disposições da Convenção 169 da OIT.² O Decreto 4887/2003 estabeleceu o critério de auto-identificação como principal requisito para identificação e caracterização das comunidades remanescentes de quilombolas em seu art. 2º.³

Na perspectiva de Rios (2007:120), o direito de auto-atribuição da condição de quilombola deriva do § 2º do art. 5º da Constituição Federal, e este tem fundamento na Convenção 169 da OIT, ratificada pelo Congresso Nacional que, no plano internacional, estabeleceu o critério de auto definição como essencial para a caracterização de comunidades tradicionais.

Em relação à territorialidade, há um padrão – embora não tão homogêneo – de ocupação comunal de terras. O Decreto 4887/2003, atento a esta realidade, indica que os títulos expedidos pelo Estado devem ser coletivos. Além disso, conforme previsão do art. 17 do referido decreto, o título deve ser pró-indiviso, com cláusula de inalienabilidade, imprescritibilidade e impenhorabilidade.

² Art. 1º, II: “a consciência de identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos quais se aplicam as disposições da presente convenção”.

³ Consideram-se remanescentes das comunidades de quilombos, para 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.

A opção pela titulação coletiva prestigia o sistema comunal e dificulta a fragmentação do território em pequenos títulos particulares. Assim, protege os quilombolas da especulação imobiliária, já que as terras não podem ser transferidas a terceiros.

Assim, conforme destaca Almeida (2003), citado por Rios (2007:122), o grupo étnico, manifesto pelo poder da organização comunitária, gerencia os recursos no sentido de sua reprodução física e cultural, recusando-se a dispô-los às transações comerciais: “A posse coletiva, representada como forma ideológica de imobilização que favorece a família, a comunidade ou uma etnia, impede que os domínios venham a ser transacionados no mercado de terras”.

Almeida (2003:229) indica que os quilombolas apresentam uma maneira particular de usar os recursos naturais, segundo a idéia de uso comum, combinando aspectos de uso privado com os de uso coletivo. O jurista tradicional, fetichista por classificações, não encontra uma figura dentro do aparato administrativo brasileiro para classificar tal situação.

Almeida (2003:235) critica, ainda, a expressão “remanescente”, que poderia trazer a carga semântica de “sobra”. Em sentido antropológico, “quilombo não é o que foi. É essa autonomia construída no tempo”.

Duprat (2003:244) critica o fato de os operadores do Direito quererem definir o que seria remanescente de quilombos. Afirma a autora: “talvez seja um vício do antigo modelo, dessa autossuficiência do juiz que, ao examinar a realidade, classifica-a dentro de uma norma e o direito se resolve”. A crítica da autora é essencial para permear toda e qualquer abordagem jurídica sobre quilombolas e a questão da auto-atribuição:

“É importante se falar no plural, porque não são realidades que se apresentam da mesma forma. (...) Em se tratando de um grupo étnico, jamais poderíamos consentir que a definição daquilo que sejam se dê a partir de um outro grupo étnico a eles distinto, porque, do contrário, não teríamos de falar em diversidade étnica: continuaríamos a ter um único grupo, definindo o que os outros são, o que, ao fim e ao cabo, leva à limpeza étnica que vimos acontecer em vários lugares do mundo.”

4. A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A PROTEÇÃO JURÍDICA ÀS COMUNIDADES QUILOMBOLAS

Em um processo expansivo dos Direitos Humanos, a própria idéia de sujeito de direito é alargada para, além do indivíduo, abranger entidades de classe, grupos vulneráveis e

a própria humanidade. Conforme Piovesan (1998), este novo paradigma traz a especificação do sujeito de direito, tendo em vista que, ao lado do sujeito genérico e abstrato, delinea-se o sujeito concreto, visto em sua especificidade e na concretude das relações. Ao contrário do homem desencarnado de Rawls, aqui o sujeito é concreto, historicamente situado.

A Constituição Federal de 1988 refere-se não apenas a direitos coletivos, mas também a espaços de pertencimento, em territórios, com configuração distinta da propriedade privada. Esta, de natureza individual, com o viés da apropriação econômica. Aqueles, como *locus* étnico e cultural (Duprat, 2007:14). Nas entrelinhas, o art. 216 os descreve como espaços em que os diversos grupos formadores da sociedade nacional têm modos próprios de expressão e de criar, fazer e viver (incisos I e II). É o que Zaoual (2003) denomina de “sítios simbólicos de pertencimento”.

A Constituição Federal ignora um conceito mesquinho de bens culturais – ligado a monumentos e aparência externa de bens imóveis – para considerar os bens imateriais, com referência à identidade e memória. A Cultura passa a ser vista como processo dinâmico, referente à identidade étnica dos grupos formadores da nacionalidade.

Levando em conta tais premissas, Rios (2007:109) afirma que a Constituição de 1988 pretendeu assegurar que os diferentes grupos formadores da sociedade gozem da proteção quanto a seus modos de viver – o direito à cultura própria. Neste sentido:

“[A Constituição] estabelece a garantia de ampla participação social e política desse seguimento (ou minoria) através dos benefícios sociais que a igualdade segundo a lei impõe, sem descuidar-se das diferenças culturais, ínsitas a todas as minorias étnicas”.

Como bem salienta Sarmiento (2006:5), para os quilombolas a terra possui um significado completamente diferente da que ele apresenta para a cultura ocidental 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.

Ainda segundo Sarmiento (2006:5):

“Privado da terra, o grupo tende a se dispersar e a desaparecer, tragado pela sociedade envolvente. Portanto, não é só a terra que se perde, pois a identidade coletiva também periga sucumbir. Dessa forma, não é exagero

afirmar que quando se retira a terra de uma comunidade quilombola, não se está apenas violando o direito à moradia dos seus membros. Muito mais que isso, se está cometendo um verdadeiro etnocídio. Por isso, o direito à terra dos remanescentes de quilombo pode ser identificado como um direito fundamental cultural (art. 215, CF), que se liga à própria identidade de cada membro da comunidade.”

Na mesma linha segue Rios (2007), para quem a proteção às terras ocupadas pelas comunidades remanescentes de quilombolos deve ser entendida como direito fundamental, por se tratar de um direito constitucionalmente garantido em um Estado Democrático Pluriétnico.

O art 68 do ADCT⁴ não deve ser considerado de forma isolada, já que as obrigações do Estado com relação aos quilombolas não acaba com a expedição de títulos de domínio. Neste sentido adverte Rios (2007:110):

“O que se busca assegurar é o respeito a essas comunidades, a possibilidade de que possam continuar se reproduzindo segundo suas próprias tradições culturais e assegurando, também, a sua efetiva participação em uma sociedade pluralista.”

Em outro estudo relevante sobre o tema, Duprat (2002:118) ressalta que o art. 68 do ADCT orienta-se em uma perspectiva do presente, com vistas a assegurar a estes grupos étnicos ligados historicamente à escravidão o pleno exercício de seus direitos de auto-determinação em face de sua identidade própria. Afirma a autora:

“Porque o território é imanente à identidade, o que a Constituição determina é a proteção deste território que se apresenta na atualidade, sendo de todo irrelevante o espaço imemorialmente ocupado pelos ancestrais se não mais se configura como culturalmente significativo para as gerações futuras.”

Não obstante as construções teóricas progressistas e os avanços do texto constitucional, a efetivação do direito à terra tem sido um processo moroso, com avanços e retrocessos. Três são as ordens de dificuldades apontadas por Rios (2007): de natureza antropológica/procedimental; jurídico/política e orçamentário/financeira. Podem, em linhas gerais, ser assim sumariadas:

⁴ “Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhe os títulos respectivos.”

- Dificuldades em identificar as populações, preponderantemente de origem rural e que tenham vínculos histórico-sociais com antigos quilombolas em um procedimento administrativo.
- Procedimentos sobrepostos, em órgãos como INCRA, IBAMA e Fundação Palmares, com uma burocratização excessiva no cadastramento das comunidades.
- Dificuldades operacionais na elaboração de relatórios, com a tensão entre instrumentos de inspiração agrônômica e os de base antropológica.
- A judicialização da questão por parte de fazendeiros e representantes do agronegócio, incluindo a propositora de uma ADIN pelo Partido da Frente Liberal (atual DEM).
- As ameaças, coações morais e agressões físicas, inclusive com mortes, por parte de “jagunços” e “pistoleiros”, visando inibir a mobilização quilombolas e forçando-os a deixar suas terras.
- A ausência de verbas no orçamento do INCRA, ou mesmo a não utilização de recursos já previstos no orçamento.

Convém, ainda, conectar o tema com os instrumentos contemporâneos de proteção de direitos humanos no âmbito internacional. Cite-se o Pacto de San José da Costa Rica, valendo à pena trazer o conjunto de interpretações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos sobre a questão das terras ocupadas pelas comunidades tradicionais, em relação ao direito de propriedade (art.21):

“a) a proteção do direito de propriedade em sentido que inclui o direito dos membros das comunidades indígenas e tradicionais dentro do modelo de propriedade comunal; b) o reconhecimento da especial relação de tais povos com a terra como base fundamental de sua cultura, vida espiritual, integridade e sobrevivência econômica, não meramente uma “questão de posse e produção”; c) a ocupação tradicional por tais comunidades deve ser suficiente para obter do Estado o reconhecimento de sua propriedade;

Como bem salienta Duprat (2003:246), a propriedade e as terras conferidas a esses grupos são dadas efetivamente na perspectiva de um território cultural, onde se faça possível

exatamente a existência desse grupo nessa perspectiva de vida de acordo com os padrões culturais próprios de uma vida plasmada, gestada e definida pelo próprio grupo.

5. BREVE PANORAMA SOBRE A QUESTÃO QUILOMBOLA NO PODER JUDICIÁRIO e a ADIN 3239-9

Para coleta de decisões e análise tomou-se como ponto de partida a pesquisa do CPISP – Comitê Pró-Índio de São Paulo, intitulada Ações Judiciais e Terras de Quilombo, publicada em 2012 e disponível para consulta em www.cpisp.org.br.

Segundo o CPISP, em maio de 2012 havia 262 ações judiciais em curso no Brasil referentes a 131 terras de quilombo em 20 estados. Segundo o levantamento, 148 destas ações foram propostas em prol dos direitos quilombolas. Há 101 ações contrárias e 3 ações de natureza demarcatória. Tocantis e Pará lideram em quantidade de ações, com respectivamente 19 e 18, seguidos da Bahia, com 16 e de São Paulo, com 10.

Ainda segundo o CPISP, existiam em 2012 vinte e cinco Ações Cíveis Públicas em defesa dos quilombolas, 21 das quais propostas pelo Ministério Público Federal e 17 versando sobre questões de regularização fundiária.

Algumas questões levantadas na ADIN 3239-9 também são incidentalmente levantadas nas ações de conhecimento, e o Poder Judiciário tem se mostrado favorável à auto-aplicabilidade do art.68 do ADCT, entendendo, ainda, que o Decreto 4887 não está criando direito novo. Neste sentido, conforme decidido pela Justiça Federal em Santa Catarina (1ª Instância)

O Decreto 4.887/03 não surgiu para regulamentar, alterar, disciplinar o art. 68 da ADCT, mas tão somente para estabelecer o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação de ditas terras. (...) O Decreto apenas cumpriu o seu papel de estipular o procedimento que será adotado em casos como o ora analisado. Nada mais, já que o próprio art. 68 da ADCT é suficiente para que se reconheça, em favor dos remanescentes de quilombos, o direito às terras, sendo verdadeira norma constitucional de eficácia plena, conforme classificação de José Afonso da Silva. (*Ação 0002090-73.2008.404.7203, julgada em 2008, referente à terra Invernada dos Negros*)

Em sentido semelhante, o TRF-4⁵ decidiu em Agravo de Instrumento que a) inexistente, para o caso, expressa previsão de lei em sentido formal, a regular a matéria; b) as Leis nº

⁵ Agravo de Instrumento n.º 2008.04.00.010160-5/PR . Comunidade Paiol de Telha (PR). Acórdão de 2008.

7.688/88 e 9.649/98 dão suporte ao procedimento da administração; c) estão presentes todos os elementos necessários para a fruição do direito.

Em relação à possibilidade de desapropriação, esta tem sido qualificada (TRF-5) como modalidade de interesse social, com fundamento no art. 2º, III, da Lei 4.132/62 (estabelecimento de colônia ou cooperativa de povoamento ou trabalho agrícola). Não haveria impedimento para que os beneficiários da medida venham a ser integrantes de comunidade quilombola⁶.

Como reforço de argumentação é possível fazer alusão ao Estatuto da Igualdade Racial, que entre os artigos 31 e 34 conclama o Poder Público a estabelecer políticas públicas de natureza agrária e fundiária voltadas especificamente às comunidades quilombolas, voltadas para o desenvolvimento sustentável e a economia familiar.

Como também alegado na ADIN, um dos questionamentos formulados diz respeito ao critério de auto-atribuição. Merece destaque acórdão do TRF-4, que traz argumentação clara e concisa justificando o critério de auto-atribuição, com abordagem similar à trazida pela presente pesquisa. A decisão prestigia o conceito contemporâneo de quilombo. Merece destaque a advertência de que não se pode interpretar um dispositivo que visa a inclusão à luz de um paradigma de exclusão:

QUILOMBOLAS. Conceito que não pode ficar vinculado à legislação colonial escravocrata, tendo em vista que: a) a historiografia reconhece a diversidade cultural e de organização dos quilombos, que não se constituíam apenas de escravos fugitivos; b) a Associação Brasileira de Antropologia - ABA estabeleceu, com base em estudos empíricos, um marco conceitual, a servir de base para o tratamento jurídico; c) o dispositivo constitucional, de caráter nitidamente inclusivo e de exercício de direitos, não pode ser interpretado à luz de uma realidade de exclusão das comunidades negras; d) os remanescentes não constituem "sobra" ou "resíduo" de situações passadas, quando o comando constitucional constitui proteção para o futuro; e) fica constatada a diversidade de posses existentes, por parte das comunidades negras, desde antes da Lei de Terras de 1850, de que são exemplos as denominadas "terras de santo", "terras de índios" e "terras de preto". *AI n.º 2008.04.00.034037-5/SC . Julgamento em 2009. Comunidade Invernada dos Negros.*

Há decisões que pegam, por empréstimo, a justificativa da auto-identificação referente aos indígenas, o que é pertinente, já que indígenas e quilombolas são comunidades tradicionais permeadas pela questão da etnicidade.:

‘o sentimento de pertinência a uma comunidade indígena é que identifica o índio. Essa auto-identificação, que se funda no sentimento de pertinência a uma comunidade indígena, e a manutenção dessa identidade étnica, fundada na continuidade histórica do passado (...) que reproduz a mesma cultura, constituem o critério fundamental para identificação do índio brasileiro’. O art. 2º, ‘caput’, e o art. 3, §4º, do referido Decreto, pois, estão em conformidade com as previsões da referida Convenção [169 da OIT] - *AI n.º 2008.04.00.010160-5/PR. Julgamento em 2008. Comunidade Paiol de Telha.*

Conforme Baldi (2010:3), especialmente no caso do Judiciário brasileiro, a titulação de terras quilombolas é um enorme desafio, quando se tem em conta que: a) boa parte dos casos de posse ou mesmo de terras indígenas são decididos com a mera exibição do título de propriedade (esquecendo a distinção entre ambos os institutos), com evidente prevalência desta última sobre a primeira; b) as comunidades utilizam um mesmo espaço territorial de forma coletiva, nem sempre com fronteiras individuais claramente destacáveis, o que vai contra toda uma formação jurídica privatista; c) tem-se destacado pouco a função socioambiental da propriedade (art. 186,CF), o que implica preservação ambiental, respeito a relações de trabalho (não-utilização de trabalho escravo, portanto) e aproveitamento adequado e racional; d) a visão jurídica tradicional tem associado “terra” a “mercadoria”.

5.1 DEBATES SOBRE A ADIN 3239-9

Após a euforia com a Constituição Federal de 1988, o reconhecimento quilombola sofreu um “apagão” durante o governo Fernando Henrique Cardoso. O Decreto nº 4.887 de 2003 criou as condições para a retomada das titulações: (a) adotou uma conceituação de comunidade e de terra de quilombo ligada à adoção do critério da auto-identificação; (b) instituiu a possibilidade de desapropriação de propriedades incidentes em terras de quilombos; e (c) Deslocou a competência de condução do processo da Fundação Palmares para o INCRA.

Tramita no Supremo Tribunal Federal a Ação Direta de Inconstitucionalidade 3239⁷, proposta em junho de 2004 pelo Partido da Frente Liberal (atual “Democratas”), que questiona o Decreto 4887. O referido decreto regulamenta o procedimento para identificação,

⁶ Apelação Cível nº 522043/PE. Julgamento em 2012. Comunidade Conceição das Crioulas (PE).

⁷ Proposta em junho de 2004 pelo Partido da Frente Liberal (atual “Democratas”)

reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes de quilombos de que trata o art. 68 do ADCT.

É curioso notar a presença de alguns *amicus curiae* “de peso” dentre as dezenas que se habilitaram na ADIN. Cite-se a CNA – Confederação Nacional da Agricultura e Pecuária do Brasil, a BRACELPA – Associação Brasileira de Celulose e Papel e a CNI – Confederação Nacional da Indústria.

Após cerca de nove anos, a ADIN entrou em pauta para julgamento em abril de 2012. O primeiro voto, do relator Cezar Peluso, julga procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade do referido decreto, com modulação de efeitos.⁸ Em seguida a Ministra Rosa Weber pediu vista dos autos e desde então o julgamento está suspenso.

Os argumentos utilizados para atacar o decreto seriam, em síntese, os seguintes: a) invade esfera reservada à lei. b) cria nova modalidade de desapropriação; c) resume a identificação dos remanescentes das comunidades apenas ao critério de auto-atribuição; d) sujeita a delimitação das terras a serem tituladas aos indicativos fornecidos pelos próprios interessados.

É importante apontar a dificuldade do autor da ação em conseguir compreender a questão quilombola dentro de uma perspectiva pluralismo jurídico. O *ethos* conservador e, por vezes, reacionário do autor no espectro político, transparece em seu discurso jurídico ao longo da argumentação.

Parte o autor da citada ADIN de uma visão restritiva de quilombo, que remonta ao século XVIII e não é mais considerada cientificamente. Também tem dificuldade em perceber a relação intrínseca entre a questão da terra e da identidade cultural. Utiliza conceitos puramente civilistas de propriedade e posse que pouco têm a ver com a realidade quilombola (posse com *animus domini*). Sua visão é formalista e positivista, com um olhar liberal extremado da questão. Há dificuldade, por exemplo, em se perceber a idéia da propriedade comunal. Ignora, por completo, o significado socialmente construído de *comunidades quilombolas*. Além disso, ainda que nas entrelinhas, deixa no ar a preconceituosa suspeita de que o critério de auto-determinação poderia ser utilizado de forma abusiva ou gananciosa por grupos que buscam a posse de terras.

⁸ Até o final desta pesquisa, o STF ainda não havia disponibilizado o conteúdo do voto.

A auto-definição ou auto-identificação é considerada, pelos tratados internacionais, como o critério fundamental para definir os grupos aos quais se aplicam as disposições da Convenção 169 da OIT. Não é o único critério e tampouco o Decreto 4.887/2003 assim prevê.

Conforme Cesar Baldi (2010), reconhecer o alegado caráter de “decreto autônomo” ou mesmo a impossibilidade, por meio de decreto, de regular a aquisição de terras pelas comunidades implica evidente esvaziamento da eficácia do art. 68 do ADCT. Para o referido autor, eventual invalidação ou mesmo modulação temporal por inconstitucionalidade implicaria um retrocesso em relação a direitos garantidos constitucionalmente. A norma dispensa regulação por meio de lei específica, à falta inclusive da locução “na forma da lei”, o que, aliado ao art. 5º, §1º, da Constituição, em se tratando de direito fundamental, evidencia sua aplicação imediata.

Para a Advocacia Geral da União (AGU), dois argumentos são colocados quanto à constitucionalidade formal do decreto: o Decreto nº 4.887/2003 é ato político-administrativo de efeito concreto e, portanto, insusceptível de sofrer controle de constitucionalidade em abstrato. Sustenta que o art. 68 do ADCT é norma constitucional de eficácia plena e, por isso, não depende de edição de lei para ter plena aplicabilidade.

De fato, a norma do art.68 do ADCT deve ser considerada como de eficácia plena, sem a necessidade de depender de lei ser efetivada. Alerta-se, ainda, que o Estatuto da Igualdade Racial (Lei 12288/2010) menciona a proteção aos quilombolas, tanto na parte referente a cultura (art.18), quanto na seção de acesso à terra (art. 31 a 34)

Se conflito houvesse, na visão da AGU, seria um conflito de legalidade: o decreto retira seu fundamento de validade das normas do art. 14, IV, “c”, da Lei nº 9.649/1998 e do art. 2o, III e parágrafo único da Lei nº 7.668/1988 (Competência dos órgãos da Administração Pública – Ministério da Cultura e criação da Fundação Palmares, respectivamente).

Apenas não nos parece tecnicamente correto o posicionamento da AGU de que o decreto seria norma de efeitos concretos. O fato de ele ser um instrumento que contribui para concretizar o direito fundamental previsto na Constituição não faz dele um “ato concreto”, já que continua a ser dotado de generalidade e abstração.

Só que, ao contrário do que alega o finado PFL, o Decreto não cria nenhum direito novo, nem cria hipótese nova de desapropriação. Talvez dentro da lógica interna do autor da ADIN, a questão quilombola pareça não possuir nenhum “interesse social”. Se assim realmente for, de fato seria uma “nova modalidade” de desapropriação. Se o PFL parte de uma premissa equivocada, contrária à própria Constituição, sua conclusão, ainda que coerente com a premissa, será igualmente equivocada.

O que o Decreto faz é explicitar e detalhar procedimentos internos da Administração Pública, o que é feito também por portarias e instruções normativas dos diversos órgãos envolvidos. Procedimentos, aliás, que são extremamente dificultosos para a garantia do direito quilombola, em razão da morosidade e do excesso de requisitos.

Se inconstitucionalidade houvesse, seria em razão da pouca eficácia que o conjunto normativo tem permitido dar à questão, sendo, assim, cabível uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), pelo não cumprimento do art.68 do ADCT, em razão de uma série de normas que dificultam sua realização prática.⁹

Em relação á contestação do critério de auto-atribuição, ressalte-se o esclarecimento de F.Barth, citado por O’Dwyer (2007:45):

“Identificação de grupos étnicos não depende mais de parâmetros diferenciais objetivos fixados por um observador externo, mas dos “sinais diacríticos”, é dizer, das diferenças que os próprios integrantes das unidades étnicas consideram relevantes em vez de emitir uma opinião preconcebida sobre os fatores sociais e culturais que definem a existência de limites, é preciso levar em conta somente as diferenças consideradas significativas para os membros dos grupos étnicos”. Nesse caso, “apenas os fatores socialmente relevantes podem ser considerados diagnósticos para assinalar os membros de um grupo, e a característica crítica é a auto-atribuição de uma identidade básica e mais geral que, no caso das comunidades negras rurais, costuma ser determinada por sua origem comum e formação no sistema escravocrata”

Além disso, a auto-atribuição é apenas um dos critérios que permeia a análise. É ponto de partida e de chegada, mas a avaliação é completada por uma série de outros requisitos (art. 3º a 10º do Decreto).

⁹ O intrincado labirinto procedimental exigiria uma pesquisa à parte. São dezenas de documentos exigidos, entre certidões, relatórios, laudos, perícias, contestações, além da oitiva de quase uma dúzia de instituições públicas.

Para a AGU, a auto-identificação é “elemento definidor essencial da condição de grupo étnico” e “a regularização fundiária deve necessariamente respeitar a pluralidade de formas de ocupação da terra decorrente da diversidade sócio-cultural e étnica”.

Na verdade não há nenhuma inconstitucionalidade em jogo. A questão é metodológica. E é tratada fora das linhas estritamente jurídicas. Conforme o Parecer da PGR, para a delimitação do conteúdo essencial da norma do art. 68 do ADCT, não pode o jurista prescindir das contribuições da Antropologia na definição da expressão “remanescentes das comunidades dos quilombos”.

Já o conceito do PFL de área quilombola é arcaico: “*a área cuja propriedade deve ser reconhecida constitui apenas e tão-somente o território em que comprovadamente, durante a fase imperial da história do Brasil, o quilombo se formara*”[grifo nosso] (fls. 12).

Crítérios temporais rígidos e vinculados às definições políticas e científicas do período colonial servem, na verdade, para violar o direito de autodeterminação e esvaziar qualquer reivindicação quilombola. Os remanescentes de quilombos não são catalogados por um critério temporal estanque, que seria de difícil determinação. Não é a abolição da escravatura, como uma data “mágica”, que o identifica. As hipóteses de gênese das comunidades são ricas e variadas demais para serem subsumidas em critérios pretensamente objetivos, sem uma análise caso a caso e que leve em conta a voz dos participantes.¹⁰

Do ponto de vista histórico, sustenta-se a formação de quilombolas ainda após a abolição formal da escravatura, agora por ex-escravos, que não tinham para onde ir, não desajavam ir para outro lugar, ou simplesmente receberam terras de seus ex-senhores. É totalmente arbitrária, assim, a alusão ao ano de 1888.

¹⁰ O exemplo da Comunidade Sacopã, na Zona Sul do Rio de Janeiro, é emblemático. A ocupação do território pela comunidade se deu em 1939, quase 50 anos após a abolição. Pelo “critério PFL” jamais seria reconhecida como quilombo. A história da comunidade, contudo, remonta a período bem anterior. A família Pinto vivia em comunidade quilombola no interior do Rio de Janeiro (entre Nova Friburgo e Macaé), à época da lei áurea. O patriarca migrou para o Rio de Janeiro no final dos anos 20, trazendo seus descendentes alguns anos depois e reproduzindo em novo espaço, à época desabitado e cercado de mata, o estilo de vida e tradições que já cultivavam no interior fluminense. Sobre este caso, ver: MAIA, Patrícia Mendonça de Castro. Ladeira Sacopã, 250: um parque, um quilombo, um conflito sócio-ambiental na Lagoa Rodrigo de Freitas. **Revista VITAS – Visões transdisciplinares sobre ambiente e sociedade**. UFF, n.1., set 2011.

No parecer da Procuradoria Geral da República, é ressaltada a importância de identidade coletiva, completamente ignorada pelo autor da ADIN, o PFL. Destacou o então procurador Cláudio Fontelles:

“A identificação das terras deve ser realizada segundo critérios históricos e culturais próprios de cada comunidade, levando em conta também as atividades sócio-econômicas. Pela identidade coletiva é que são determinados os locais de habitação, cultivo, lazer e religião, bem como aqueles em que o grupo étnico identifica como representativos de sua dignidade cultural “

Negar às comunidades o reconhecimento formal de suas terras mediante processo de desapropriação significa tornar as disposições do art. 68 uma letra morta, sem nenhuma consequência prática. Deve ficar claro que o Decreto 4887 não cria nem inventa nenhuma nova modalidade de desapropriação. Trata-se de desapropriação visando o interesse social, já prevista em lei e, para este caso, qualificada constitucionalmente no art. 216, § 1º, que preceitua:

“O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e **desapropriação**, e de outras formas de acautelamento e preservação’.

Assim, compartilhamos da visão de Rios (2007:73), segundo o qual merece aplauso o Decreto 4887, que em seu art.13 autoriza a desapropriação pelo INCRA, quando for verificado que nos territórios ocupados pelos remanescentes de quilombos incidem títulos de domínio particular, não invalidados por nulidade, prescrição ou comisso, nem tornados ineficazes.

Deve-se ressaltar que a sistemática do direito dos quilombolas se liga à posse. É uma posse qualificada. Só que o decreto, realisticamente, reconhece que a propriedade da terra pode estar nas mãos de particulares. A realidade tem demonstrado que as terras quilombolas são alvo de turbações, grilagens e ameaças. Muitas vezes a propriedade (ou parte dela) é transferida para particulares, por conta de desvios de diversas ordens (cooptação, por pagamento de dívidas, ameaças veladas, traições em família).

Para Sundfeld (2002), quando a terra reivindicada pela comunidade quilombola pertencer a particular, tal propriedade deve ser previamente desapropriada para que haja a nova titulação em nome da comunidade. É interessante trazer a distinção que Sundfeld (2002:116) entre as terras indígenas e as quilombolas em relação à sua natureza jurídica:

- Não se deve equiparar a titulação das terras das comunidades quilombolas com a demarcação das terras ocupadas pelos índios, as quais são e sempre foram públicas. Com relação a estes últimos a Constituição Federal criou um complexo sistema de proteção com previsão de ‘posse permanente’ das terras tradicionalmente ocupadas por eles (art. 231). Mas o art. 68 do ADCT tratou da questão quilombola de forma diversa e não teve a pretensão de criar uma forma originária de aquisição da propriedade em favor das comunidades remanescentes de quilombos, sem o pagamento de qualquer indenização ao proprietário, assim reconhecido pelas formas de direito

Em relação à possibilidade de desapropriação, conforme Daniel Sarmiento (2006:4), deve-se reconhecer que o próprio texto constitucional operou a afetação das terras ocupadas pelos quilombolas a uma finalidade pública de máxima relevância, eis que relacionada a direitos fundamentais de uma minoria étnica vulnerável: o seu uso, pelas próprias comunidades, de acordo com os seus costumes e tradições, de forma a garantir a reprodução física, social, econômica e cultural dos grupos em questão.

O entendimento deste autor é que, diante da morosidade dos procedimentos de desapropriação, deve-se garantir a imediata posse dos quilombolas, mesmo antes de pagar qualquer indenização aos supostos proprietários. Este tratamento leva em conta a vulnerabilidade destas populações e considera a realidade concreta, de ameaças, turbações e toda sorte de violência impetradas contra as comunidades.

Ainda segundo Sarmiento (2006:4):

“diante desta afetação constitucional, os proprietários particulares não podem reivindicar a posse da terra, ou buscar a sua proteção possessória contra os quilombolas antes da desapropriação ou da imissão provisória na posse pelo Poder Público. Diante da privação da posse da terra, gerada pela sua ocupação pela comunidade quilombola, o máximo que estes proprietários podem fazer é postular o recebimento de indenização do Poder Público, tal como ocorre na desapropriação indireta. Já os remanescentes de quilombos, ao inverso, podem se valer de todos os instrumentos processuais adequados à efetivação e à proteção do seu direito à posse do território étnico, mesmo antes da desapropriação, e até independentemente dela, contra o proprietário ou contra terceiros.”

6. CONCLUSÃO

Percebe-se que a comunidade jurídica ainda tem dificuldade em compreender certos paradigmas que não estão alinhados com clássicas categorias do Direito – individualismo, patrimonialismo e positivismo. A questão quilombola é emblemática neste ponto. É preciso

mudar o foco de raciocínio, para compreender que para os quilombolas a terra possui um significado completamente diferente da que se apresenta para a cultura ocidental hegemônica.

A consolidação de um Estado Democrático e Pluriétnico passa pelo reconhecimento da existência de grupos minoritários e tradicionais, cuja cultura e modo de viver contribuiu e ainda contribui para o enriquecimento da sociedade brasileira. No âmbito do Poder Executivo há o reconhecimento, ao menos formal, da importância da cultura quilombola, com a atuação de instituições como a Fundação Palmares. Na prática, contudo, a efetivação de tais direitos caminha a passos lentos, o que contraria a idéia de máxima eficácia dos direitos fundamentais. Além disso, esses grupos não têm efetiva voz quanto à participação na vida nacional e enfrentam a reação de atores econômicos poderosos.

Os direitos relacionados à identidade quilombola desafiam a clássica tríade individual/coletivo/difuso, pois, ao mesmo tempo, possuem um viés individual, como direito à personalidade, ao ser e à construção de si mesmo. Apresentam, ainda, natureza coletiva, já que dizem respeito a grupos de indivíduos coletivamente considerados, com aspirações e reivindicações comuns. Possuem, também, clara natureza difusa, pois referem-se, conforme o art. 215 da CF/88, ao patrimônio cultural imaterial essencial à formação da sociedade brasileira.

Para a delimitação do conteúdo essencial da norma do art. 68 do ADCT, não pode o jurista prescindir das contribuições da Antropologia na definição da expressão “remanescentes das comunidades dos quilombos”. Não pode, ainda, ignorar a necessidade de ouvir os sujeitos envolvidos e considerar seu sentimento de auto-pertencimento.

As reivindicações de direitos relacionados à identidade quilombola só ganharam alguma visibilidade a partir dos anos 1980, graças à atuação dos movimentos sociais. Foram catalisadas por meio da própria auto-organização dos movimentos negros e apoiadas por outros movimentos sociais de defesa de minorias e excluídos. É curioso pensar que os debates no campo jurídico só se intensificaram com a emergência de um ativismo conservador – patrocinado pelas corporações do agronegócio e por grileiros, evidenciado na propositura da ADIN 3239-9.

Há um forte fator ideológico presente nas disputas de titulação de terras dos quilombolas. Latifundiários e grupos ligados ao grande agronegócio rejeitam sistematicamente o reconhecimento de direitos étnicos pela propriedade definitiva das terras

das comunidades quilombolas. Exemplo disso é a propositura da ADIN 3239-9, que visa restringir ao máximo o alcance e a eficácia do art.68 do ADCT.

Não obstante os questionamentos de ideologia reacionária, o Poder Judiciário, com base as decisões analisadas, tem afirmado a auto-aplicabilidade do art.68 do ADCT e percebido que o direito à terra perpassa a questão civilista e diz respeito ao direito fundamental à preservação da identidade de populações formadoras do patrimônio cultural brasileiro.

Contudo, para além de reflexões sobre a atuação do Judiciário, deve-se ter em mente que cabe aos operadores de Direito buscar uma aproximação maior com realidades sociais que nem sempre lhe são familiares. Não se trata de tarefa simples, uma vez que o Direito continua a apresentar um modelo de produção de conhecimento elitista, de reduzido contato com as demais ciências e pouco permeável aos movimentos sociais.

7. BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Wagner Berno & DUPRAT, Deborah. As populações remanescentes de quilombo – Direitos do Passado ou Garantia para o Futuro?. Seminário Internacional – As Minorias e o Direito. **Série Cadernos do CEJ**, 24. CJF, 2003.

APARÍCIO, Adriana Biller. Novos atores e movimentos étnico-culturais: Antropologia Jurídica na Rota das Identidades. In COLAÇO. Thais Luiza (org.). Elementos de Antropologia Jurídica. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

BALDI, Cesar. A discussão jurídica dos quilombos no STF. Disponível em <http://www.cpis.org.br/acoes/html/artigos.aspx>. 2010. Acesso em 29.11.2012.

BRITO, Antonio José Guimarães. Estado Nacional, Etnicidade e Autodeterminação. In COLAÇO. Thais Luiza (org.). Elementos de Antropologia Jurídica. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

BURITY, Joanildo. Globalização e Identidade. Desafios do Multiculturalismo. In **Trabalhos para discussão**, nº107. Recife, Fundação Joaquim Nabuco, 2001.

COMISSÃO PRÓ-ÍNDIO DE SÃO PAULO. Terras Quilombolas: Balanço 2009. Disponível em www.cpis.org.br, 2010. Acesso em 24.nov.2012.

DUPRAT, Deborah. Breves considerações sobre o Decreto 3912/01. In O'Dwyer, Eliane C. **Quilombos, identidade étnica e territorialidade**. Rio de Janeiro: ABA/FGV, p.283.

DUPRAT, Deborah. O Direito sob o marco da plurietnicidade/multiculturalidade. In **Pareceres Jurídicos – Direito dos Povos e das Comunidades Tradicionais**. Manaus:UEA, 2007.

HALL, S.: **A Identidade Cultural na Pós-Modernidade**. Trad. T. T. da Silva e G. L. Louro. Rio de Janeiro, DP&A Editora, 2005.

LOPES, NEI. **Enciclopédia da diáspora africana**. São Paulo: Selo Negro, 2004.

MAIA, Patrícia Mendonça de Castro. Ladeira Sacopã, 250: um parque, um quilombo, um conflito sócio-ambiental na Lagoa Rodrigo de Freitas. **Revista VITAS – Visões transdisciplinares sobre ambiente e sociedade**. UFF, n.1., set 2011.

MUNANGA, Kabengele. Origem e histórico do quilombo na África. **Revista USP**, São Paulo (28), 56-63, Dezembro de 1995.

O'DWYER, Eliane Cantarino. Terras de Quilombo: identidade étnica e os caminhos do reconhecimento. **TOMO**, São Cristóvão-SE, NPPCS/UFS, n. 11 Jul/Dez., 2007.

O'DWYER, Eliane Cantarino. Os quilombos e a prática profissional dos antropólogos. **In: Quilombos, identidade étnica e territorialidade**. Rio de Janeiro: FGV, 2002.

PIOVESAN, Flávia. Direitos sociais, econômicos e culturais e direitos civis e políticos. **SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos**. São Paulo, nº 1, ano 1, 2004.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

QUIRIBOGA, Oswaldo Ruiz. O direito à identidade cultural dos povos indígenas e das minorias nacionais: um olhar a partir do Sistema Interamericano. **SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos**. São Paulo, nº 5, ano 3, 2006.

RANGEL, Leandro. **A UNESCO e a construção do direito à identidade cultural**. E-civitas Revista Científica do Departamento de Ciências Jurídicas, Políticas e Gerenciais do UNI-BH. Belo Horizonte, vol. I, no 1, nov-2008. ISSN: 1984-2716. Disponível em: www.unibh.br/revistas/ecivitas

RIOS, Aurélio Virgílio. Quilombos na Perspectiva da Igualdade Étnico-Racial: raízes, conceitos, perspectivas. *In* DUPRAT, Déborah. **Pareceres Jurídicos: Direitos dos Povos e Comunidades Tradicionais**. Manaus: UEA, 2007.

SADER, Emir. Os dilemas da diversidade cultural. *In* **Seminário Diversidade Cultural Brasileira**. Fundação Casa de Rui Barbosa. Rio de Janeiro: FCRB, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel. A garantia do direito à posse dos remanescentes de quilombos antes da desapropriação. *In* DUPRAT, Déborah. **Pareceres Jurídicos: Direitos dos Povos e Comunidades Tradicionais**. Manaus: UEA, 2007.

SUNDFIELD, Carlos Ari. **Comunidades Quilombolas: direito à terra**. Brasília: Fundação Palmares, 2002.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito**.

ZAOUAL, Hassan.: **Globalização e Diversidade Cultural**. São Paulo, Cortez, 2003.