

OS QUILOMBOLAS E SEUS DIREITOS NA CONSTITUIÇÃO

Marlene Gomes de Souza Oliveira¹

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). 3945

Keywords: Cultural identity. Quilombolas. Fundamental rights.

RESUMEN: Los derechos de los quilombolas afrodescendientes están vinculados a la territorialidad, en una relación de inclusión. No se trata de una concepción civilista de propiedad, sino de entender el territorio como un lugar de pertenencia, relacionado con la identidad y las dinámicas culturales. El presente estudio tiene como objetivo debatir el derecho fundamental de los quilombolas a titular las tierras que tradicionalmente ocupan, así como el derecho de estos grupos a la identidad cultural. El objetivo es reflexionar sobre el concepto de comunidades quilombolas, teniendo como marco epistemológico la asunción de un Estado pluriétnico. Se intentó discutir los fundamentos constitucionales que sustentan la protección de los quilombolas. Además de reflexiones teóricas sobre las relaciones entre identidad cultural, Estado Pluriétnico y derechos fundamentales, se realizó un breve estudio sobre la Acción Directa de Inconstitucionalidad 3239-9, cuestionando el Decreto 4887/2003 y la autoaplicabilidad del art. 68 de la ADCT (CRFB/1988).

Palabras clave: Identidad cultural. Quilombolas. Derechos fundamentales.

¹Pós-graduação em Direito Processual Civil e Processo Cautelar, pela Universidade Cândido Mendes.

I. 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.

3946

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.

1. 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.

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”.

3948

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.

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 assimilacionistas, 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

3949

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.

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 mítica 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 bantus, 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 ideia de “Terras de Preto”, sinônima de “territórios ocupados por remanescentes de quilombos”.

De acordo com o 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 ideia 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 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.

3952

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.

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”.

1. 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 política desse seguimento (ou minoria) através dos benefícios sociais que a igualdade segundo a lei impõe, sem descurar-se das diferenças culturais, insitas 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.

3954

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:

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.

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 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.²

Em relação à possibilidade de desapropriação, esta tem sido qualificada (TRF-

² Agravo de Instrumento n.º 2008.04.00.010160-5/PR . Comunidade Paiol de Telha (PR). Acórdão de 2008

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.

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”.

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 *comanimus domini*). Sua visão é formalista e positivista, com um olhar liberal extremado da questão. Há dificuldade, por exemplo, em se perceber a ideia da propriedade comunal. Ignora, por completo, o significado socialmente construído das *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.

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 a 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. 20, 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

4.3 UMA TENTATIVA DE SOLUÇÃO: AÇÕES AFIRMATIVAS

Conforme observado, de nada adianta a existência de normas se estas não possuem efetividade na prática. Contudo, apesar dos problemas apontados quanto à

diferença entre a existência de normas e a sua real aplicabilidade no plano fático, deve-se esclarecer que, mesmo quando existam normas garantidos certos direitos que não são realizados no mundo fático, isto não deve ter como consequência a cessação das normatizações. Há que deixar claro que, ainda assim, normas devem ser criadas, já que se trata de um primeiro passo para um caminho de melhora na realidade para que cada vez mais Direitos Humanos sejam garantidos. Sobre este assunto, cabe fazer menção aos dizeres de CostasDouzinas:

Quando os apologistas do pragmatismo proclamam o fim da ideologia, da história ou da utopia, eles não assinalam o triunfo dos direitos humanos; ao contrário, eles colocam um fim nos direitos humanos. O fim dos direitos humanos chega quando eles perdem o seu fim utópico⁶¹.

Portanto, mesmo em face dos inúmeros problemas ainda existentes no que se concerne aos direitos dos remanescentes de quilombos relativos ao reconhecimento de seu território, não se deve desanimar e voltar ao silêncio normativo.

Cada norma garantidora dos direitos desses povos deve ser celebrada. O que não se pode perder, porém, é a visão crítica acerca da realidade em que se vive, que ainda precisa ser melhorada. Conforme aludido por Petrônio Domingues, o Brasil é o país da segregação racial

não declarada, de maneira que todos os indicadores sociais ilustram números carregados com a cor do racismo⁶². Há ainda muito a ser feito para que se garantam os direitos que merecem as comunidades quilombolas. Não há dúvidas de que a abolição da escravidão em tempos (não tão) longínquos da história brasileira não teve o condão de exterminar com todos os problemas concernentes à população negra, sobretudo aos quilombos, que passaram anos sendo perseguidos não apenas pela sociedade civil, bem como pelo Estado. Deve-se observar que, hoje, vivemos em sua sociedade ainda racista.

Desse modo, em que pese não mais existirem leis determinando, por exemplo, o massacre de quilombos, estes ainda sofrem com o racismo presente em nossa sociedade e que reflete também no Estado. Empresários e grandes construtoras detêm grande influência no país, o que acaba dificultando a garantia dos direitos fundamentais a povos quilombolas. Isso se dá porque definitivamente não é de seu interesse todo esse procedimento de reconhecimento e titulação de propriedades aos remanescentes de quilombos. Esta ausência de interesse se verifica porque, conforme visto no presente trabalho, após realida a devida titulação da propriedade aos

remanescentes de quilombos, não já é possível a sua venda. O território, em outras palavras, passa a ficar fora do mercado.

Além disso, discute-se sobre a proteção ao direito de propriedade daqueles não quilombolas que possuem o título da terra em que se encontram povos quilombolas. Há quem condene o instituto da desapropriação realizado para retirá-los do território que em verdade deve pertencer à comunidade remanescente de quilombo.

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 ideia 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.

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.cpisp.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.cpisp.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 pluriétnicidade/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.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Índios e seus direitos constitucionais na democracia brasileira. In: Coleção doutrinas essenciais: grupos vulneráveis.

SILVA, Gilmar Bittencourt dos Santos. Direitos dos remanescentes de quilombolas: dimensão de um direito constitucional. Salvador: ESDEP, 2013.

SOUZA, Mariana de Mello e. África e Brasil Africano. 2 ed. São Paulo: Ática.2007.

STAVENHAGEN, R. La diversidad cultural en el desarrollo de las Américas: los pueblos indígenas y los estados nacionales en Hispanoamérica, 2001.p. 25. Disponível em: <http://www.oas.org/udse/wesiteold/estudioscult.html>. Acesso em 23 out. 2016.

TRECCANI, Girolamo Domenico. Terras de Quilombo: caminhos e entavesdo processo de titulação. Belém: Secretaria Executiva de Justiça. Programa Raízes, 2006