

EDITORES

João de Almeida

João Luiz da Silva Almeida

CONSELHO EDITORIAL

Alexandre Freitas Câmara
Amilton Bueno de Carvalho
Cezar Roberto Bitencourt
Cesar Flores
Cristiano Chaves de Farias
Carlos Eduardo Adriano Japiassú
Elpidio Donizetti
Fauzi Hassan Choukr
Firly Nascimento Filho
Francisco de Assis M. Tavares
Geraldo L. M. Prado
Guilherme Peña de Moraes
Gustavo Sénéchal de Goffredo
J. M. Leoni Lopes de Oliveira
João Carlos Souto
José dos Santos Carvalho Filho
Lúcio Antônio Chamon Junior
Manoel Messias Peixinho
Marcellus Polastri Lima
Marco Aurélio Bezerra de Melo
Marcos Juruena Villela Souto
Nelson Rosenvald
Paulo de Bessa Antunes
Paulo Rangel
Ricardo Máximo Gomes Ferraz
Salo de Carvalho
Sérgio André Rocha
Táris Nametala Sarlo Jorge
Victor Carneiro Drummond

Rio de Janeiro

Centro - Rua da Assembléia, 10 Loja G/H
CEP 20011-000 - Centro
Rio de Janeiro - RJ
Tel. (21) 2531-2199 Fax 2242-1148

Barra - Avenida das Américas, 4200 Loja E
Universidade Estácio de Sá
Campus Tom Jobim - CEP 22630-011
Barra da Tijuca - Rio de Janeiro - RJ
Tel. (21) 2432-2548 / 3150-1980

São Paulo

Rua Correia Vasques, 48 - CEP: 04038-010
Vila Clementino - São Paulo - SP
Telefax (11) 5908-0240 / 5081-7772

Brasília

SCLS quadra, 402 bloco B Loja 35
CEP 70235-520 Asa Sul - Brasília - DF
Tel. (61) 3225-8589

CONSELHO CONSULTIVO

Álvaro Mayrink da Costa
Antonio Carlos Martins Soares
Augusto Zimmermann
Aurélio Wander Bastos
Elida Séguin
Flávia Lages de Castro
Flávio Alves Martins
Gisele Cittadino
Humberto Dalla Bernardina de Pinho
João Theotônio Mendes de Almeida Jr.
José Fernando de Castro Farias
José Ribas Vieira
Luiz Ferlizarro Barroso
Luiz Paulo Vieira de Carvalho
Marcello Ciotola
Ornar Gama Ben Kauss
Rafael Barretto
Sergio Demoro Hamilton

Minas Gerais

Rua Tenente Brito Mello, 1.233
CEP 30180-070 - Barro Preto
Belo Horizonte - MG
Tel. (31) 3309-4937

Bahia

Rua Dr. José Peroba, 349 - Sls 505/506
CEP 41770-235 - Costa Azul
Salvador - BA - Tel. (71) 3341-3646

Rio Grande do Sul

Rua Uruguai, 287 - Conjunto 62
CEP 90010-140 - Centro - Porto Alegre - RS
Tel. (51) 3212-8590

Espírito Santo

Rua Constante Sodré, 322 - Térreo
CEP: 29065-420 - Santa Lúcia
Vitória - ES
Tel.: (27) 3235-8628 / 3225-1659

DANIEL SARMENTO, DANIELA IKAWA E FLÁVIA PIOVESAN

Coordenadores

Igualdade, Diferença e Direitos Humanos

COLABORADORES

ALESSANDRA GOTTI BONTEMPO
ANDRÉ DE CARVALHO RAMOS
BOAVENTURA DE SOUZA SANTOS
CARLOS FREDERICO MARÉS DE SOUZA FILHO
CARMEN TIBÚRCIO
CLÁUDIO PEREIRA DE SOUZA NETO
DANIEL SARMENTO
DANIELA IKAWA
EMÍLIO GARCIA MÉNDEZ
FLÁVIA PIOVESAN
GUSTAVO TEPEDINO
JOÃO FERES JÚNIOR
JOAQUÍN HERRERA FLORES
JOCHEN ABR. FROWEIN
JOSÉ HENRIQUE FISCHER DE ANDRADE
JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES
LEILA LINHARES BARSTED
LUIS ROBERTO BARROSO

LUIS ALBERTO DAVID ARAUJO
MARCELO BECKHAUSEN
MARIA TERESA GIL BAZO
MARTHA MINOW
MARY BERLOFF
NANCY FRASER
OSCAR VILHENA VIEIRA
PATRICIA JERÔNIMO
PAULO THADEU GOMES DA SILVA
REGINA QUARESMA
REVA B. SIEGEL
ROGER RAUPP RIOS
ROLAND BANK
RÜDIGER WOLFRUM
SILVIA PIMENTEL
SONIA CORRÊA
WALTER CLAUDIUS ROTHENBURG
WILL KYMLICKA

EDITORA LUMEN JURIS

Rio de Janeiro

2008

Direitos dos Descendentes de Escravos (Remanescentes das Comunidades de Quilombos)¹

Walter Claudius Rothenburg²

Introdução

Não é pouca coisa uma Constituição falar em quilombos.

Na Constituição brasileira, há referência expressa aos quilombos em dois dispositivos. Ao tratar da cultura e afirmar que o Estado protegerá as manifestações das culturas afro-brasileiras (art. 215, § 1º), a Constituição estabelece especificamente o tombamento de todos os documentos e sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos (art. 216, § 5º). Nas disposições transitórias, a Constituição reconhece, aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras, a propriedade definitiva, e incumbe o Estado de emitir os respectivos títulos (art. 68, ADCT).

Além do relevante valor simbólico da consagração textual, há consequências jurídicas relevantes, decorrentes do caráter constitucional, que confere, além da evidência, supremacia e rigidez aos respectivos dispositivos normativos.

O aspecto jurídico mais importante da referência constitucional aos quilombos, contudo, é a vinculação com direitos fundamentais.

Os quilombolas formam – com outros negros (art. 215, § 1º), os índios (art. 231), as pessoas portadoras de deficiência (art. 37, VIII), os idosos (art. 230), as mulheres (art. 5º, I), os presidiários (art. 5º, XLIX), os pobres (art. 203), os estrangeiros (art. 5º, *caput*), os brasileiros de certas regiões (art. 19, III), os crenes de determinadas convicções (art. 5º, VI e VIII) e outros grupos e indivíduos não expressos, mas acolhidos, como os homossexuais e transexuais (art. 5º, XLI) – as “minorias” ou “fragilizados”, para os quais os direitos fundamentais, isonomia à cabeceira, têm uma relevância particular. O paradoxo lingüístico é proposital: no universal dos direitos fundamentais, buscar o particular.

1 - Dedico este texto a DEBORAH MACEDO DUPRAT DE BRITO PEREIRA (Coordenadora da 6ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal) e a MARIA BERNARDETE LOPES DA SILVA (Diretora de Proteção ao Patrimônio Afro-brasileiro da Fundação Cultural Palmares).

2 - Procurador Regional da República, Mestre e Doutor em Direito pela UFPR, Pós-graduado em Direito Constitucional pela Universidade de Paris II, Professor da Instituição Toledo de Ensino – ITE.

O enorme contingente de negros que formou e forma a população brasileira não autoriza que alguém se surpreenda com estimativas que dão conta de cerca de três mil comunidades que talvez se caracterizem como remanescentes de quilombos.³ É legítimo que essa realidade esteja estampada na Constituição da República Federativa do Brasil (art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias: “Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos”) e reproduzida em algumas Constituições estaduais,⁴ como da Bahia (art. 51 do Ato das Disposições Transitórias: “O Estado executará, no prazo de um ano após a promulgação desta Constituição, a identificação, discriminação e titulação das suas terras ocupadas pelos remanescentes das comunidades dos quilombos.”), de Goiás (art. 16 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias: “Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras, é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os respectivos títulos.”), do Maranhão (art. 229 da Constituição: “O Estado reconhecerá e legalizará, na forma da lei, as terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos.”), do Mato Grosso (art. 33 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias: “O Estado emitirá, no prazo de um ano, contado da promulgação desta Constituição e independentemente de legislação, complementar ou ordinária, os títulos definitivos relativos às terras dos remanescentes das comunidades negras rurais que estejam ocupando suas terras há mais de meio século.”) e do Pará (art. 322 da Constituição: “Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras, é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes títulos respectivos no prazo de um ano, após promulgada esta Constituição.”).

1. A Desconstrução de um Conceito

Os que trabalham com o Direito temos lá nossas limitações de compreensão em relação a um conceito que já não é isento de complexidade nos domínios da sociologia, da história, da antropologia... No entanto, é preciso estipular um conceito que permita aplicar o art. 68 ADCT, mesmo sabendo-se que essa redução conceitual representa “uma ameaça permanente” à realidade

³ Dado da Articulação Nacional de Remanescentes de Quilombos, referido por ARRUTI, 2003.
⁴ Comissão Pró-Índio de São Paulo, 2007: 4.

de institucional dos quilombos, pois cria “um novo sistema de identificação modelizante” (JOSÉ MAURÍCIO P. A. ARRUTI, 2003).

Quilombo é o lugar e a comunidade formados principalmente por negros, escravos ou não, eventualmente longe das fazendas e cidades, em busca de liberdade e identidade. A constituição dos quilombos era diversa, a partir de “fugas, heranças, doações e até compra de terras em pleno vigor do sistema escravista no país” (ITESP). Nem sempre por escravos fugidos ou abandonados: havia negros libertos e livres que buscavam uma comunidade mais receptiva e autêntica, e havia não-negros.⁵

Existe uma definição normativa que esclarece o art. 68 ADCT, dada pelo Decreto 4.887, de 20 de novembro de 2003 (que “[r]egulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos”): “Consideram-se remanescentes das comunidades dos quilombos, para os fins deste Decreto, os grupos étnico-raciais, segundo critérios de auto-atribuição, com trajetória histórica própria, dotados de relações territoriais específicas, com presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida.” (art. 2º).

Outros textos normativos oferecem definições mais genéricas, como é o caso do Decreto 6.040, de 7 de fevereiro de 2007 (que “[i]nstitui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais”): “**Povos e Comunidades Tradicionais: grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição**” (art. 3º, I).

Nesse sentido, a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, de 27 de junho de 1989 (“relativa aos povos indígena e tribais em países independentes”), cujo art. 1º diz que a Convenção aplica-se aos povos tribais “cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros setores da coletividade nacional, e que sejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial”, bem como aos povos “considerados indígenas pelo fato de descenderem de populações que habitavam o país ou uma região geográfica pertencente ao país na época da conquista ou da colonização ou do estabelecimento das

⁵ WALTER CLAUDIUS ROTHENBURG, *Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional*, 2007: 313-314.

atuais fronteiras estatais e que, seja qual for sua situação jurídica, conservam todas as suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas, ou parte dela” (sic).⁶

1.1. Quilombos para o Futuro

Parece-me que o aspecto mais relevante de um conceito adequado, tendo em vista as possibilidades de aplicação eficiente da norma do art. 68 ADCT (uma perspectiva jurídico-pragmática, portanto), seja a projeção presente e futura: os quilombos em sua *contemporaneidade*. Isso significa ampliar o campo de aplicação das normas jurídicas que se referem direta ou indiretamente a quilombos, para reconhecer e proteger realidades *atuais* e não apenas a memória do passado.

A discussão jurídica acerca de quilombos parece ter sempre apontado para o passado. A primeira referência expressa que a Constituição faz a quilombos é quando trata da cultura, ao declarar “tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos” (art. 216, § 5º). Sintomaticamente, a consagração normativa dessa memória é feita na parte “permanente” da Constituição, tendo-se relegado a questão territorial para as disposições constitucionais transitórias.

É preciso reorientar temporalmente a leitura jurídica das normas concernentes. “A questão fundamental é, portanto, perceber como o quilombo histórico foi metaforizado para ganhar funções políticas no presente e como tal conversão simbólica teve como produto, uma construção jurídica que permite pensar projetos de futuro.” – observa ARRUTI (2003), baseado na proposta de reconhecimento das “novas dimensões do significado atual de quilombos”, de Alfredo Wagner Berno de Almeida, que “tem como ponto de partida, situações sociais específicas e coetâneas, caracterizadas sobretudo por instrumentos político-organizativos, cuja finalidade precípua é a garantia da terra e a afirmação de uma identidade própria”.

A tônica da compreensão jurídica dos remanescentes de quilombos é prospectiva, alforriando a interpretação da norma do art. 68 ADCT das amarras do passado. Como esclarece ARRUTI (2003):

“apesar das exigências do termo, os ‘remanescentes’ não são sobras de antigos quilombos, presas aos fatos do passado por uma continuidade evi-

dente e prontamente resgatada na ‘memória coletiva’ do grupo, prontos para serem identificados como tais. Independente de ‘como de fato foi’ no passado, os laços dessas comunidades com grupos do passado precisam ser produzidos hoje, através da seleção e recriação de *elementos da memória*, de *traços culturais* que sirvam como os ‘sinais externos’ reconhecidos pelos mediadores e pelo órgão que têm a autoridade de nomeá-los ou reconhecê-los.”

1.2. O Lugar e a Comunidade

O conceito procura ressaltar uma dimensão não-territorial que o texto do art. 68 ADCT contém mas não explicita. Quilombo é, ainda e antes de mais, uma comunidade, um grupo de pessoas que desenvolvem relações específicas. Ainda que a base territorial seja fundamental para permitir que essas relações se formem e se mantenham, a dimensão “humana” possui importância jurídica própria e fornece argumento para que se proteja juridicamente uma comunidade que esteja sem território ou que tenha sido deslocada para outro território ou cujo território esteja em processo de regularização. Quilombo é o lugar e *é também a comunidade*.

1.3. Origem Diversa: a Fuga de uma Causa Única

A atualidade dos quilombos relativiza a importância de sua origem. Pouco importa se eram escravos fugidos que formaram as comunidades, se pessoas de outra procedência a eles agregaram-se ou se foram eles que se agregaram. Também o caráter rural da localização e das atividades não é fundamental.

As fugas são consideradas a principal causa de formação dos quilombos, mas pode ser que essa imagem de resistência – romântica e ideológica – não corresponda à realidade mais freqüente. No entanto, essa compreensão está fortemente arraigada. O Dicionário HOUAISS (2001: 2359) refere o vocábulo “quilombo” a “local escondido, ger. no mato, onde se abrigavam escravos fugidos”, e “povoação fortificada de negros fugidos do cativoiro”. PIETRO LORA ALARCÓN (2007), ao tratar dos “palenques” colombianos, afirma que albergavam os “cimarrones”, “escravos fugidos que lá encontraram o lugar ideal para não somente refugiar-se, mas também aprender um sentido de dignidade até então desconhecido em terras americanas”.

A legislação repressora acompanhou essa compreensão, mas também suas alterações. Enquanto no período colonial eram necessários ao menos

⁶ Aprovada pelo Decreto Legislativo 143, de 20 de junho de 2002 e promulgada pelo Decreto 5.051, de 19 de abril de 2004.

cinco escravos fugidos reunidos e formando ranchos permanentes, a exigência abrandou-se no período imperial, bastando então três escravos fugidos reunidos, mesmo que não formassem ranchos permanentes.⁷ A legislação de hoje deve adaptar-se e valer-se de uma compreensão atual, não mais presa a uma origem única, baseada na fuga de escravos.

Com efeito, na América em geral, parece terem sido “relativamente diminutas as freqüências de fugas de escravos”, assinala MANOLO FLORENTINO (2005). Às vésperas da abolição formal da escravidão (1888), “[c]resceu o número de quilombos, alguns patrocinados por abolicionistas, como o do Leblon na capital do império”, informa JOSÉ MURILO DE CARVALHO (2007: 188). Ainda que as fugas tenham sido importante fator causal, outros motivos concorreram para a manutenção dos quilombos: “as fugas não necessariamente representariam o principal meio de reprodução da maioria dos grandes quilombos americanos” (FLORENTINO, 2005).

Alfredo Wagner B. de Almeida refere a diversidade de formas jurídicas na origem de muitos quilombos: “aqueles domínios doados, entregues ou adquiridos, com ou sem formalização jurídica, por famílias de escravos”. A transferência teria sido realizada tanto por particulares – “os descendentes diretos de grandes proprietários, sem o antigo poder de coerção, permitiram a permanência das famílias de antigos escravos (e as formas e regras de uso comum) por meio de aforamentos de valor simbólico, como forma de não abrir mão do seu direito de propriedade formal sobre elas” –, quanto pelo Estado – “concessões feitas... em retribuição à prestação de serviços guerreiros”. Mas a aquisição das terras pode não se ter prendido a uma transferência e sim ter-se constituído modo de aquisição originária, por ocupação de “domínios ou extensões correspondentes a antigos quilombos e áreas de alforriados...”⁸

A formação e o desenvolvimento dos quilombos continuou mesmo depois da abolição oficial da escravidão, pois esta não representou muito mais do que um marco formal e simbólico. A seguir esse entendimento, é possível, conquanto de improvável ocorrência, a formação atual de um (novo) quilombo.

Embora a maioria das comunidades quilombolas seja rural, sendo essa uma característica destacada por muitos conceitos formulados⁹ e que acentua a importância da terra, há quilombos formados na cidade. A comunidade conhe-

cida como “Família Silva”, localizado em área privilegiada do Município de Porto Alegre (RS), pode ser mencionada como exemplo de quilombo urbano.

1.4. A Escravidão e a Negritude, mas não Somente Elas

Pode-se supor que, não houvesse a escravidão de negros, não haveria quilombos. Talvez a discriminação racial produzisse guetos, mas talvez não com a intensidade – e certamente não com as características – dos quilombos. O conceito proposto não consegue libertar-se da cor. Entendo que o art. 68 ADCT, ao determinar um tratamento jurídico diferenciado e mais favorável aos remanescentes das comunidades de quilombos, consagra uma ação afirmativa baseada na discriminação étnica.

Não é sem hora de alguma compensação. Na candente exortação de JOAQUIM NABUCO (2000: 15): “Por esses sacrifícios sem número, por esses sofrimentos, cuja terrível concatenação com o progresso lento do país faz da história do Brasil um dos mais tristes episódios do povoamento da América, a raça negra fundou, para outros, uma pátria que ela pode, com muito mais direito, chamar sua...”

Regimes jurídicos diferenciados podem concretizar a igualdade, “deven-do as situações desiguais ser tratadas de maneira dessemelhante, evitando-se assim o aprofundamento e a perpetuação de desigualdades engendradas pela própria sociedade”, assevera JOAQUIM B. BARBOSA GOMES (2001: 4). Especificamente quanto aos remanescentes de comunidades de quilombos, aponta DANIEL SARMENTO (2007) que, por um lado, “trata-se de norma que se liga à promoção da igualdade substantiva e da justiça social, na medida em que confere direitos territoriais aos integrantes de um grupo desfavorecido, composto quase exclusivamente por pessoas muito pobres e que são vítimas de estigma e discriminação”; e, por outro lado, “cuida-se também de uma medida reparatória, que visa a resgatar uma dívida histórica da Nação com comunidades compostas predominantemente por descendentes de escravos, que sofrem ainda hoje os efeitos perversos de muitos séculos de dominação e de violações de direitos”.¹⁰

Pouco importa, porém, se todos os que integraram os quilombos eram negros ontem ou se todos são negros hoje. Lembro-me de, numa reunião

⁷ ARRUTI, 2003, citando Alfredo Wagner B. de Almeida.

⁸ ARRUTI, 2003.

⁹ ARRUTI, 2003, citando Glória Moura.

¹⁰ *Territórios Quilombolas e Constituição: A ADI 3.239-09 e a Constitucionalidade do Decreto 4.887/03*. Parecer apresentado em 2007 ao Grupo de Trabalho sobre Quilombos, Povos e Comunidades Tradicionais da 6ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal – Procuradoria-Geral da República.

com uma comunidade remanescente de quilombo no litoral, haver-se manifestado alguém de perfil nórdico, pele e cabelos muito claros, que lá vivia há muito tempo, casado com uma negra da comunidade. Vivendo as vicissitudes da comunidade e vindo a beneficiar-se de políticas públicas que porventura contemplassem essa comunidade, esse alguém não deveria ser considerado quilombola?

No campo dos conceitos e suas palavras, há avanços na utilização da etnia, ao invés da raça, como fator de caracterização dos quilombos. É o que explica ARRUTI (2003):

“Como explica Banton (1977), a substituição da raça pela etnicidade aponta para uma mudança nos valores socialmente atribuídos à raça e etnia, na medida em que o uso da primeira aponta para a existência de critérios substantivos (como a cor ou a descendência) e reflete tendências negativas de dissolução e exclusão (os estudos sobre o racismo seriam sempre sobre a natureza e o poder das majorias), enquanto a segunda, além de apontar para critérios organizativos, reflete as tendências positivas de identificação e inclusão (os estudos étnicos iluminando o poder que pode ser mobilizado pelas minorias).”

1.5. Razões Sentimentais e Jurídicas

A razão da constituição ou da adesão à comunidade (abrigo, liberdade, resistência, adesão sem constrangimento externo...), bem como o fundamento jurídico da posse da terra (ocupação, doação, herança, compra...) também têm uma importância mitigada. Importa, sim, investigar como e por que se formaram os quilombos, mas importa sobretudo demonstrar a existência atual de uma comunidade tradicional.

A idéia de resistência é comumente associada aos quilombos e provavelmente esteja na origem de muitos. Resistência essa que pode ser *cultural*, “de rebeldia contra os padrões de vida impostos pela sociedade oficial”; ou *política*, de contestação do poder dominante; ou *racial*, de afirmação étnica.¹¹ DIMAS SALUSTIANO DA SILVA (1994: 58-59) insiste na rebeldia contra a escravidão, na transgressão à ordem, como fator decisivo da formação dos quilombos, que ofereciam alternativa para um destino miserável: “Desde o aborto, quando as mães precipitavam seus filhos ao falecimento para não vê-los sob sofri-

¹¹ ARRUTI, 2003, citando Édson Carneiro, entre outros.

mento; passando pelas fugas isoladas, sem maiores obstáculos para o aprisionamento; pelos suicídios, forma extrema do encontro da liberdade pelo sacrifício da vida; até o reencontro com a esperança de decidirem sobre seus destinos, suas vidas e Histórias, ao organizarem os Quilombos.”

O conceito de resistência pode ser bastante abrangente. A Associação Brasileira de Antropologia (ABA) instituiu um grupo de trabalho que, em 1994, formulou a seguinte definição para quilombos: “grupos que desenvolveram práticas de resistência na manutenção e reprodução de seus modos de vida característicos num determinado lugar”, cuja identidade se define por “uma referência histórica comum, construída a partir de vivências e valores partilhados” (ARRUTI, 2003). Uma concepção mais estreita de resistência, no entanto, pode revelar não ser indispensável essa característica. O que mais importa é a emergência de uma identidade comunitária, não necessariamente por oposição.

A abertura conceitual tem em vista apreender a diversidade de aspectos que contam na formação e desenvolvimento dos quilombos.

1.6. O Anacronismo das Datas

O revogado Decreto 3.912, de 10 de setembro de 2001, sobre o “processo administrativo para identificação dos remanescentes das comunidades dos quilombos e para o reconhecimento, a delimitação, a demarcação, a titulação e o registro imobiliário das terras por eles ocupadas”, dispunha artificialmente que “somente pode ser reconhecida a propriedade sobre as terras que: I – eram ocupadas por quilombos em 1888; e II – estavam ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos em 5 de outubro de 1988” (data da promulgação da atual Constituição da República).

13 de maio de 1888 é apenas uma data relevante de um processo de abolição que se iniciou antes e não se encerrou imediatamente nesse dia. Muitos preferem inclusive, como data simbólica, o 20 de novembro, “Dia da Consciência Negra”, que corresponde ao dia da morte de Zumbi, um dos líderes do mais famoso quilombo brasileiro, de Palmares, no Estado de Alagoas, que chegou a ter aproximadamente 30 mil pessoas e foi arrasado por ordem dos colonizadores portugueses em 1694.¹²

A abolição formal da escravidão em 13 de maio de 1888 não deve representar um marco temporal muito importante, pois as notícias dessa abolição – que já havia sido decretada antes (1884) em algumas províncias como Ceará e

¹² ROTHENBURG, 2007: 313.

Amazonas¹³ – chegaram em momentos diversos aos diferentes lugares de um país de vastas proporções e precárias condições de transporte e comunicação em fins do século XIX, e não significaram, necessariamente, uma alteração efetiva das condições de vida: “a abolição não alterou a situação de fato da população negra no Brasil, que permaneceu excluída dos mais elementares direitos do cidadão” (ARRUTI, 2003); “o fim da escravidão não resultou no fim da violência racial, nem dos processos de expropriação fundiária e, muito menos, da resistência a eles” (idem).

Quilombos houve que se formaram mesmo após a abolição formal da escravidão. “Assim – pontua DALMO DE ABREU DALLARI (2001: 11-12) –, muitos dos quilombos formados anteriormente não se desfizeram e outros se constituíram, porque continuaram a ser, para muitos, a única possibilidade de viver em liberdade, segundo sua cultura e preservando sua dignidade.” Portanto, as terras ocupadas ou justamente reivindicadas por remanescentes das comunidades de quilombos “podem ter sido ocupadas por quilombolas depois de 1888”.¹⁴ Já tive ocasião de ilustrar:

“Ademais, várias razões poderiam levar a que terras de quilombos se encontrassem, em 1888, ocasionalmente desocupadas. Imagine-se um quilombo anterior a 1888 que, por violência de latifundiários da região, houvesse sido desocupado temporariamente em 1888 mas voltasse a ser ocupado logo em seguida (digamos, em 1889), quando a violência cessasse. Então, as terras em questão podem não ter estado ocupadas por quilombolas em 1888.”¹⁵

Aproveitando-se indevidamente de uma topografia (norma situada nas disposições constitucionais *transitórias*) e de uma redação (o gerúndio “remanescentes das comunidades dos quilombos que *estejam ocupando* suas terras”), o Decreto 3.912/2001 “pretendeu delimitar temporalmente a incidência da norma num momento preciso”: a data da promulgação da Constituição brasileira, em 5 de outubro de 1988. Ignorou-se que o importante é uma ocupação atual e que a vocação da norma jurídica é a disciplina do presente e do futuro.

“A noção de ocupação tradicional não implica, necessariamente, uma ocupação antiga e ininterrupta, prendendo-se o conceito antes ao

¹³ JOSÉ MURILO DE CARVALHO, 2007: 257.

¹⁴ ROTHENBURG, 2001: 18.

¹⁵ ROTHENBURG, 2001: 19.

modo de ocupação (ligado à tradição da comunidade) que a seu lapso temporal. Basta imaginar novamente uma situação de desocupação ocasional em 5 de outubro de 1988: em virtude, por exemplo, da pressão da especulação imobiliária, toda uma comunidade quilombola é instada a abandonar a região, indo instalar-se na periferia de um centro urbano maior, muitos voltando, porém, à primeira oportunidade ou desilusão. Fantasiemos a tragicomédia de uma comunidade quilombola que tivesse sido convidada a assistir, em Brasília, à promulgação da Constituição de 1988 – que lhes reconheceu a propriedade das terras tradicionalmente ocupadas; ao retornar, a comunidade teria perdido o direito, pois não estava ocupando as terras no fatídico dia 5 de outubro de 1988...”¹⁶

É inconstitucional essa indevida restrição “cronológica” que o antigo decreto pretendia impor à norma da Constituição. Esta não estabeleceu marcos temporais nem exigiu “coincidência entre a ocupação originária e a atual” (ARRUTI, 2003).

A falta de razoabilidade no estabelecimento de tal período salta aos olhos quando se percebe que a aquisição da propriedade por usucapião é muito mais fácil: “o maior prazo para usucapião da legislação civil [brasileira] é de 15 anos (art. 1.238 do Código Civil)”, enquanto, para os quilombolas, exigir-se-ia o prazo absurdo de cem anos (1888-1988), aponta DANIEL SARMENTO (2007).

2. Fenômeno Latino-Americano

A escravidão negra como causa freqüente dos quilombos fez com que eles aparecessem em quase toda a América Latina. Diversos foram as designações: “quilombos” ou “mocambos” (no Brasil),¹⁷ “palenques” (na Colômbia – onde se formaram desde o final do século XVI;¹⁸ nas Guianas), “marrons” (na Jamaica), “cumbes”, “manieles”. Nem os Estados Unidos escaparam: na Flórida então espanhola, no vilarejo de Gracia Real de Santa Teresa de Mose, formou-se “um santuário... que acolhia e libertava os escravos que fugiam das Treze Colônias” (FLORENTINO, 2005).

¹⁶ ROTHENBURG, 2001: 19.

¹⁷ DIMAS SALUSTIANO DA SILVA, 1994: 59.

¹⁸ PIETRO LORA ALARCÓN, 2007.

3. Os Sujeitos: Comunidades Remanescentes de Quilombos ou Remanescentes das Comunidades de Quilombos?

A considerar a relação fortemente comunitária que integra os remanescentes de quilombos e o modo coletivo como grande parte das comunidades, de vocação rural, apropria-se da terra e dos recursos naturais, e os utiliza, o sujeito de direitos haveria de ser precipuamente a própria comunidade, tomada “como um todo”, “holisticamente”. Com efeito, as propostas originais de texto para a Constituição sugeriam que se reconhecesse “a propriedade definitiva das terras ocupadas pelas comunidades negras remanescentes de quilombos” (destaquei).¹⁹

Sujeitos coletivos e direitos metaindividuais ainda causam desconforto para um Direito forjado em molde individualista. Talvez por isso, a redação final do art. 68 ADCT trocou sutilmente de sujeito: a expressão “comunidades remanescentes de quilombos” (onde o núcleo é o termo “comunidades”, que se refere à coletividade) foi alterada para “remanescentes das comunidades de quilombos” (onde o núcleo é o termo “remanescentes”, que se refere aos indivíduos).

Um escuso objetivo pragmático que estaria na interpretação individualista, seria o de “impedir a atuação do Ministério Público Federal” (ARRUTI, 2003), que teria legitimação para a defesa de interesses difusos (metaindividuais) e individuais indisponíveis, mas não para a defesa de direitos individuais disponíveis, como seria a propriedade fundiária dos remanescentes das comunidades de quilombos. Porém, não é com uma interpretação tão tacanha que se consegue afastar a atuação do Ministério Público, pois as questões ligadas a quilombos – não apenas a questão fundiária – têm um interesse cultural nacional (direito “difuso”) expressamente consagrado na própria Constituição (art. 216); a propriedade das terras ocupadas pelos remanescentes das comunidades quilombolas caracteriza-se à evidência como interesse coletivo e a legislação complementar (Constituição, art. 129, IX) atribui especificamente ao Ministério Público Federal a promoção do inquérito civil e da ação civil pública para “a proteção dos interesses individuais indisponíveis, difusos e coletivos, relativos às comunidades indígenas, à família, à criança, ao adolescente, ao idoso, às minorias étnicas e ao consumidor” (Lei Complementar 75, de 20 de maio de 1993, art. 6º, VII, “c”).

¹⁹ ARRUTI, 2003, que cita Dimas Salustiano da Silva.

A alteração de expressões não consegue alterar, portanto, a possível e freqüente natureza coletiva do sujeito de direitos, qual seja, a comunidade formada por remanescentes de quilombos.

3.1. Associações Representativas das Comunidades

Advieram conseqüências jurídicas imediatas dessa compreensão individualista. Órgãos governamentais envolvidos com a questão quilombola, como a Fundação Cultural Palmares, do Ministério da Cultura, fomentaram a instituição de associações representativas das comunidades, tendo criado um modelo de estatuto e uma estratégia de implantação. Em nome dessas associações é que foram e vêm sendo conferidos títulos de propriedade, assim como as associações é que são destinatárias de políticas públicas concernentes.

Trata-se da imposição – eventualmente bem intencionada – de um modelo artificial. As associações freqüentemente trazem problemas de política interna e reproduzem, quando não acirram, conflitos da própria comunidade. Por exemplo, a cisão de um grupo ou a expulsão de indivíduos, embora os afastem da associação, não lhes retiram a pertença à comunidade. Ademais, associações podem ser desfeitas espontaneamente e até desconstituídas coativamente, enquanto as comunidades a que se referem podem permanecer.

Especificamente quanto à propriedade imobiliária, não haveria impedimento a que a atribuição formal se desse em caráter coletivo, à própria comunidade. Essa a solução adotada pelo Juiz Federal da 7ª Vara em Salvador (Bahia), Dr. Wilson Alves Souza, em sentença da Ação Ordinária 93.12284-3, datada de 30 de julho de 1999, contemplando os remanescentes dos quilombolas da Comunidade Negra Rio das Rãs. Parece, no entanto, que prevaleceu uma tacanha aplicação da lei ordinária (no caso, a Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973, relativa aos registros públicos) sobre a norma constitucional, ao invés de uma desejável interpretação conforme a Constituição.

Ao menos, optou-se por gravar a propriedade das terras quilombolas com cláusula de inalienabilidade, imprescritibilidade e de impenhorabilidade (Decreto 4.887/2003, art. 17). Essa alternativa minora as conseqüências de uma atribuição individualista e a aproxima, em seus efeitos, de uma titulação coletiva.

O aspecto positivo do modelo individualista “associação” adotado, e o aspecto negativo do modelo coletivista “comunidade” aqui sugerido (mas que inspirou a cláusula de restrição), está na possibilidade que aquele modelo oferece à comunidade de adaptar a disposição da propriedade de acordo com sua

deliberação. Se de fato não há uma apropriação coletiva da terra e dos recursos naturais ou se o modo de apropriação modifica-se, cabe à própria comunidade deliberar quanto à forma de gerir sua propriedade. Modelos impositivos a partir de determinações heterônomas carecem de legitimidade. Contudo, o Direito tem uma vocação de proteção e a realidade brasileira atual justifica tal cuidado: a inalienabilidade das terras tradicionalmente ocupadas pelas comunidades remanescentes de quilombos deve valer como princípio.

3.2. Autodefinição

É inconcebível que, no âmbito da construção da identidade, sobrelevem critérios heterônomos, estabelecidos por “estrangeiros” para caracterizar comunidades humanas de que não fazem parte. “Devemos encontrar alguma outra maneira de assegurar a legitimidade, uma maneira que não continue a definir grupos excluídos em função de uma identidade que outros criaram para eles.” – adverte WILL KYMLICKA (2006: 293). O art. 68 ADCT deve ser interpretado como adotante de um critério de autodefinição, a partir das “práticas dos próprios interessados ou daqueles que potencialmente podem ser contemplados” (Alfredo Wagner B. de Almeida²⁰). Significa que o Direito acata o modo como a própria comunidade implicada estabelece relações de pertinência e “regula quem faz e quem não faz parte do grupo” (ARRUTI, 2003).

Essa orientação indeclinável inspira a regulamentação: o Decreto 4.887/2003 preceitua que “a caracterização dos remanescentes das comunidades dos quilombos será atestada mediante autodefinição da própria comunidade” (art. 2º, § 1º), e que essa autodefinição “será inscrita no Cadastro Geral junto à Fundação Cultural Palmares, que expedirá certidão respectiva” (art. 3º, § 4º). O critério da auto-identificação também é o adotado em âmbito internacional: a Convenção 169 da OIT dispõe que a consciência da própria identidade “deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos” aos quais se aplica a Convenção (art. 1.2).²¹

A participação ativa e primordial da comunidade na definição de sua identidade supõe um grau razoável de consciência e de informação a respeito de si e das consequências da auto-atribuição. Nesse sentido, é um momento do direito que as comunidades remanescentes de quilombo têm de participar,

²⁰ Citado por ARRUTI, 2003.

²¹ JULIANA SANTILLI, 2005: 136-137.

informadamente, de todo o procedimento de regularização fundiária de suas terras, conforme lhes assegura o Decreto 4.887/2003 (art. 6º).²²

A auto-identificação não é isenta de problemas. Nenhum critério o é, e a auto-identificação tem a vantagem insuperável da legitimidade. Contudo, tem-se de levar em consideração – o que pode significar, juridicamente, a possibilidade de exame – a perda de clareza ao se abandonarem marcos “seguros” oferecidos por “processos sociais objetivos”, por uma auto-atribuição, “um tipo de sentimento, de compreensão e de representação de si; enfim, ... uma propriedade subjetiva dos indivíduos projetada no grupo”.²³

A regulamentação brasileira não ignora processos sociais objetivos. Como pondera JULIANA SANTILLI (2005: 136-137), os principais critérios adotados para a identificação das comunidades de quilombos são “a auto-atribuição (critério também consagrado pela Convenção 169 da OIT, já mencionado) e a relação histórica com um território específico”. O Decreto 4.887/2003 determina que devam ser avaliados também outros fatores (trajetória histórica própria, relações territoriais específicas, ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica), que revestem de objetividade a auto-atribuição inicial.

Apenas que todo o procedimento não prescinde, desde o início, da auto-definição. A indispensável auto-identificação precisa ser seguida da “identificação, delimitação e levantamento ocupacional e cartorial” da área (art. 7º do Decreto 4.887/2003), retratadas num relatório técnico, que deverá ser encaminhado a diversos órgãos para manifestação (art. 8º) e permitirá contestação por qualquer interessado (art. 9º). É possível afirmar, contudo, e com ARRUTI (2003), que “o peso que o argumento da auto-atribuição terá na argumentação pelo reconhecimento oficial será inversamente proporcional ao peso que se puder atribuir aos outros itens daquelas listas de critérios que têm orientado a descrição de tais comunidades”.

Se a auto-atribuição apresenta-se, do ponto de vista antropológico, como o mais indicado critério de reconhecimento de uma comunidade como remanescente de quilombo, pode ser que reste ao Direito a tarefa ingrata de invalidá-lo em situações de fraude evidente. Se um grupo supostamente fragilizado candidata-se à obtenção de vantagens públicas, num contexto de escassez que é típico dos recursos públicos e dramático em Estados de muita gente pobre, a usurpação da condição que legitima essa candidatura viola gravemente a isonomia, pois priva de tais vantagens outros grupos realmente fragilizados. Portanto, assim como não se pode ignorar a precedência do critério da

²² PAULO AFFONSO LEME MACHADO (2006: 34-35) acentua a relação entre informação e participação.

²³ ARRUTI, 2003.

auto-identificação, não se deve sobrevalorizá-lo, mas admitir, em casos extremos, sua infirmação. Certo é, contudo, que a auto-atribuição goza de uma presunção favorável e exige forte argumentação para ser invalidada.

Além disso, a auto-identificação comunitária pode ser mal utilizada no interior da própria comunidade e engendrar situações de opressão. Imagine-se que disputas políticas internas levem à exclusão arbitrária de alguém da associação que congrega os integrantes da comunidade. Esse indivíduo pode ter seu reconhecimento “formal” negado pela comunidade (por seus representantes dominantes), apesar de se sentir pertencente à comunidade e ter a seu favor outros critérios “objetivos” (como a etnia, a ascendência, os hábitos...). Juridicamente, é possível pleitear-se a nulidade da exclusão formal da associação e atribuir a esse indivíduo vantagens destinadas aos demais integrantes da comunidade.

4. O Reconhecimento da Propriedade das Terras Tradicionalmente Ocupadas

Tem natureza declaratória o art. 68 ADCT, no ponto em que reconhece aos remanescentes das comunidades de quilombos a propriedade das terras por eles tradicionalmente ocupadas.

A propriedade reconhecida não se cinge ao território efetivamente ocupado pelos remanescentes das comunidades de quilombos no momento, mas àquele que abrange “os espaços que fazem parte de seus usos, costumes e tradições, que possuem os recursos ambientais necessários à sua manutenção e às reminiscências históricas que permitam perpetuar sua memória” (ARRUTI, 2003), e que tenha sido ocupado tradicionalmente, ainda que a ocupação momentânea seja mais restrita. A chave para a compreensão da expressão “terras” do art. 68 ADCT é dada pela própria Constituição, por analogia, ao tratar da situação – em tantos pontos semelhante – dos índios, no art. 231, § 1º: “São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.”

4.1. Autoaplicabilidade do Art. 68 ADCT²⁴

Desde a promulgação da Constituição de 1988 que se discute a propósito da aplicabilidade (eficácia jurídica) do art. 68 ADCT.

²⁴ Esse texto corresponde quase inteiramente ao *Parecer contrário ao Projeto de Decreto Legislativo nº 44, de 2007, de autoria do Deputado Federal Valdir Colatto, por mim apresentado em 2007 ao*

Contudo, a aplicabilidade imediata (eficácia jurídica plena) é evidente e ressalta já da redação do dispositivo. Estão suficientemente indicados, no plano normativo, o *objeto* do direito (a propriedade definitiva das terras ocupadas), seu *sujeito ou beneficiário* (os remanescentes das comunidades dos quilombos), a *condição* (a ocupação tradicional das terras), o *dever correlato* (reconhecimento da propriedade e emissão dos títulos respectivos) e o *sujeito passivo ou devedor* (o Estado, Poder Público). Qualquer leitor bem-intencionado compreende tranquilamente o que a norma quer dizer, e o jurista consegue aplicá-la sem necessidade de integração legal.

O art. 68 ADCT consagra diversos direitos fundamentais, como o direito à moradia e à cultura. Do regime específico e reforçado dos direitos fundamentais decorre a tendencial aplicabilidade imediata, visto que – aponta DANIEL SARMENTO (2006) – “os direitos fundamentais não dependem de concretização legislativa para surtirem os seus efeitos”.

Também indicam a eficácia jurídica plena desse artigo: o conteúdo da declaração normativa (simplesmente o reconhecimento de um direito e a atribuição de um dever específico de atuação do Poder Público) e sua localização nas disposições transitórias (que, justamente para poderem disciplinar imediatamente situações de transição entre sistemas constitucionais que se sucedem, devem estar dotadas de normatividade suficiente, segundo a lição de JOSÉ AFONSO DA SILVA, 1982: 189-191).

Aspectos específicos relacionados ao âmbito concreto (identificação de pessoas, delimitação de áreas etc.) e ao âmbito administrativo (órgãos competentes, procedimento...) não criam direitos e deveres “externos”, apenas regulamentam a atuação estatal, e não carecem, portanto, de lei para serem disciplinados.

Ademais, para satisfazer o princípio da legalidade lá onde ele se impõe (a organização administrativa, a legislação sobre desapropriação etc.), já existe todo um arcabouço legislativo que sustenta a aplicação do Decreto 4.887/2003. Ou seja: o art. 68 ADCT não necessita de lei para sua aplicabilidade, mas onde esta é exigida no geral, existem diversas leis pertinentes. Citem-se, a propósito, a Lei 9.649/1998, sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, que atribui ao Ministério da Cultura competência para “aprovar a delimitação das terras dos remanescentes das comunidades dos quilombos, bem como determinar as suas demarcações, que serão homo-

Grupo de Trabalho sobre Quilombos, Povos e Comunidades Tradicionais da 6ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal – Procuradoria-Geral da República.

logadas mediante decreto" (art. 14, IV, "c"); e a Lei 7.668/1988, que institui a Fundação Cultural Palmares e lhe dá competência para "realizar a identificação dos remanescentes das comunidades dos quilombos, proceder ao reconhecimento, à delimitação e à demarcação das terras por eles ocupadas e conferir-lhes a correspondente titulação" (art. 2º, III).

Ressalte-se que, ao adotar a Convenção 169 da OIT, sobre povos indígenas e tribais, o Brasil compromete-se, no plano internacional, a adotar "as medidas que sejam necessárias para determinar as terras que os povos interessados ocupam tradicionalmente e garantir a proteção efetiva dos seus direitos de propriedade e posse" (art. 14.2).

Mais importante, todavia, é considerar o tempo transcorrido. Passados quase vinte anos da promulgação da Constituição, não tem mais cabimento essa discussão a respeito da autoaplicabilidade do art. 68 ADCT, senão com intenção de neutralizar o comando constitucional. Um comprometimento com a efetividade da Constituição implica "construir uma argumentação sobre o art. 68 que não inviabilizasse as ações positivas já existentes em prol da realização do direito lá estabelecido", destaca o Centro de Pesquisas Aplicadas da Sociedade Brasileira de Direito Público (CARLOS ARI SUNDFELD, 2002: 112).

Quando a densidade da norma constitucional é suficiente e há apenas necessidade de regulamentação para uma atuação administrativa adequada, não faz falta a interposição legislativa e pode ser estabelecida uma relação imediata entre a Constituição e o decreto, conforme admitem doutrina e jurisprudência, na figura da "reserva de lei relativa" (TEMISTOCLE MARTINES, 2005: 379). Vejam-se os exemplos da "organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos", e da "extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos" (Constituição, art. 84, VI), bem como da intervenção federal (art. 36, § 1º). Como precisa DANIEL SARMENTO (2007), "se a Constituição pode ser aplicada diretamente pela Administração Pública, independentemente de qualquer mediação concretizadora da lei, parece evidente a possibilidade de edição de atos normativos pela administração que pautem esta aplicação, seja para explicitar o sentido de norma constitucional, seja para definir os procedimentos tendentes à viabilização da sua incidência".

Em outras hipóteses, pode já existir legislação e o regulamento é apenas aparentemente autônomo, conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal em relação à antiga Portaria 796/2000, do Ministro da Justiça, sobre classificação

indicativa dos programas de televisão: o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990) era a prévia lei necessária.²⁵

Portanto, o art. 68 ADCT possui suficiente densidade normativa, sendo autoaplicável. É perfeitamente cabível a regulamentação de aspectos meramente administrativos relacionados a dispositivo constitucional autoaplicável. E há diversas leis preexistentes que dão sustentação a essa regulamentação.

4.2. Dever dos Municípios, dos Estados e da União

O art. 68 ADCT atribui genericamente ao Estado a incumbência de garantir a propriedade das terras ocupadas pelos remanescentes das comunidades de quilombos e emitir os respectivos títulos de propriedade. A expressão "Estado" obviamente não se refere aos Estados-membros, pois não haveria sentido em restringir essa incumbência apenas a tais entes federados. Significa "Poder Público" e deve ser lida de acordo com o princípio federativo, a abranger todas as esferas (municipal, estadual e federal).

A existência de regulamentos federais justifica-se duplamente: enquanto disciplina geral do art. 68 ADCT e enquanto disciplina específica do Governo Federal, mas sempre de natureza eminentemente *administrativa*.

A regulamentação em nível federal "não exclui – e nem poderia – os órgãos locais (sobretudo os estaduais) de realizar, no âmbito de suas competências, os atos de regularização fundiária das terras de quilombos".²⁶

Municípios, que são sempre as unidades mais próximas, e Estados, que muitas vezes reúnem melhores condições do que o Governo federal, não devem eximir-se de regularizar a situação fundiária dos respectivos remanescentes das comunidades de quilombos, inclusive arcando com eventuais indenizações. Atribuir esse ônus financeiro sempre à União, sem admitir a própria responsabilidade ou compartilhar o dever constitucional, afronta o princípio federativo. Diversas competências materiais comuns, ou seja, distribuídas a todos os entes da federação brasileira, sustentam a atuação também dos Estados e Municípios: proteger os bens de valor histórico e cultural (Constituição, art. 23, III); "promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico" (art. 23, IX); "combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos" (art. 23, X)...

25 Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.398 AgR/DF, relator Ministro Cezar Peluso, 25/06/2007.

26 ROTHENBURG, 2001: 18.

A se admitir a desapropriação como forma de garantir a propriedade das terras dos remanescentes das comunidades de quilombos, a legislação brasileira permite que também os Municípios e Estados, além da União, desapropriem por utilidade pública ou por interesse social; apenas a modalidade de desapropriação para reforma agrária é privativa da União (Constituição, art. 184).

4.3. Descabimento de Desapropriação, Cabimento de Indenização

Uma leitura conservadora e tímida do art. 68 ADCT, ainda que bem-intencionada, sustenta a necessidade de desapropriação das terras tradicionalmente ocupadas por remanescentes de comunidades de quilombos, mas que estejam tituladas ou que de alguma forma pertençam a particulares. O Decreto 4.887/2003 adota esse equivocado entendimento (art. 13). Tal interpretação não se sustenta ante o texto claro do art. 68 ADCT, que reconhece desde logo aos remanescentes das comunidades de quilombos a propriedade definitiva dessas terras. Se a Constituição reconhece a propriedade, ou seja, se a atribuição dessa propriedade ocorreu por força da norma constitucional, não há o que desapropriar: não se pode expropriar o que já é de seu domínio.

Mas podem ter-se constituído validamente direitos em relação a essas terras. Detentores de títulos anteriores (antigos “proprietários”), quicá legitimamente adquiridos; posseiros, alguns em convivência pacífica com os remanescentes das comunidades de quilombos; uns e outros que tenham feito benfeitorias, merecem a devida indenização.

Se é certo que a Constituição ignora o direito anterior de propriedade – por isso que não cabe desapropriação das terras –, ela não ignora a existência de situações jurídicas que configuram direitos de outra natureza, eventualmente de importância fundamental (como o direito de moradia: Constituição, art. 6º) e também passíveis de avaliação.²⁷ É justo que toda a sociedade arque com o sacrifício de direitos específicos em prol dos remanescentes das comunidades de quilombos.

“Afinal, é interesse de todos os brasileiros – das presentes e futuras gerações – preservar a cultura dos quilombolas, e, por outro lado, é também um dever de todos nós contribuir para o resgate da dívida histórica

27 Como pondera DANIEL SARMENTO (2007): “na escala de valores da Constituição, o direito à terra dos quilombolas tem, *a priori*, um peso superior ao direito de propriedade dos particulares em cujos nomes as áreas estejam registradas. Contudo, isto não significa que se possa simplesmente ignorar este último direito na resolução da questão. Pelo contrário, no equacionamento da colisão, é necessário preservá-lo em alguma medida, de forma compatível com o princípio da proporcionalidade.”

que a Nação tem com os remanescentes de quilombos. Não seria razoável que os ônus relacionados à efetivação deste direito recaíssem exclusivamente sobre os antigos proprietários das terras ocupadas pelas comunidades quilombolas, sobretudo levando-se em conta a definição ampla dos territórios quilombolas, estabelecida no Decreto 4.887/03 – essencial, como se verá adiante, para a efetiva proteção da cultura e da identidade étnica destes grupos.” (DANIEL SARMENTO, 2007)

Acresça-se que essa compensação, sobre ser justa, tende a afastar ou reduzir conflitos e, assim, garantir a efetividade do direito de propriedade das terras dos remanescentes de comunidades de quilombos.

Ao reconhecerem-se direitos àqueles que figurem como titulares ou detenham terras que são ou foram tradicionalmente ocupadas por remanescentes de comunidades de quilombos, embora se negando a qualificação de tais direitos como de propriedade, elide-se a suspeita de que “a impossibilidade de desapropriação tem a intenção de proteger a União [e os demais entes da federação] contra as ações de responsabilidade que começam a ser movidas contra ela, pelo não cumprimento de suas obrigações constitucionais” (ARRUTI, 2003). Muito pelo contrário: o procedimento de desapropriação tende a ser moroso e pode frustrar as expectativas assim do desapropriado – pela dificuldade em receber sua indenização – como do beneficiado – pela dificuldade em ver-se mantido ou imediatamente imitado na posse.

Todavia, a entender-se que é necessária ou conveniente a desapropriação (opinião que refutamos), as modalidades existentes no Direito brasileiro são suficientes. Não se pode acusar o Decreto 4.887/2003 de instituir indevidamente um novo tipo de desapropriação, o que somente à lei seria dado (Constituição, art. 22, II).

As modalidades expropriatórias que poderiam ser utilizadas, justamente para regularizar a situação fundiária e garantir indenização a posseiros que residam e/ou cultivem as terras dos remanescentes de quilombos, são as clássicas desapropriações por utilidade pública (prevista no Decreto-lei 3.365/1941) e por interesse social (prevista na Lei 4.132/1962). A propósito, o Presidente da República desapropriou por “interesse social, para fins de titulação de área remanescente de quilombo”, a área onde se situa a comunidade remanescente de quilombo da Caçandoca, no Município de Ubatuba, Estado de São Paulo (Decreto de 27 de setembro de 2006).²⁸

28 ROTHENBURG, Parecer contrário ao Projeto de Decreto Legislativo nº 44, de 2007, de autoria do Deputado Federal Valdir Colatto, 2007.

É discutível se caberia ainda, em casos específicos, a desapropriação “por interesse social, para fins de reforma agrária”, pela União (Constituição, art. 184). Era essa a forma determinada na anterior Instrução Normativa nº 20, de 19 de novembro de 2005, do Presidente do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA), que regulamentava o procedimento estabelecido no Decreto 4.887/2003; essa Instrução Normativa previa também a desapropriação mencionada no art. 216, § 1º, da Constituição (desapropriação com o objetivo de promover e proteger o patrimônio cultural brasileiro, hipótese contida no Decreto-lei 3.365/1941, art. 5º, “I”) e a compra e venda “na forma prevista no Decreto 433/92” (sobre a aquisição de imóveis rurais, para fins de reforma agrária).

4.4. As Formas de Apropriação dos Meios de Produção e o Direito de Dispor do Patrimônio

A cultura comunitária das comunidades remanescentes de quilombos e a vocação agrícola apontam com frequência para formas de apropriação coletiva da terra e de outros meios de produção econômica: “uma apropriação comum dos recursos” (Alfredo Wagner B. de Almeida).²⁹ Tal coletivismo pode ter uma origem histórica, quando os descendentes das famílias que formaram antigos quilombos não procedem ao formal de partilha e não se apoderam individualmente das terras ocupadas: “Gerando, assim, um sistema fundado por laços de consangüinidade, onde sobressaem o compadrio e as formalidades não recaem, necessariamente, sobre os indivíduos, pondo as famílias acima de muitas das exigências sociais; isto leva à indivisibilidade do patrimônio dessas unidades sociais circunscritas numa base fixa, considerada comum, essencial e inalienável.” (DIMAS SALUSTIANO DA SILVA, 1994: 60). A forma de apropriação mais ou menos coletiva dos meios de produção desafia o padrão individualista, como bem ressalta esse estudioso:

“Os Quilombos não são apenas o exemplo do passado, assim como foram a mais bem sucedida forma de luta contra a exploração escravocrata, forneceram ao longo do tempo a coragem e os gestos heróicos para as atuais comunidades e áreas de conflito que, mesmo a despeito de serem vistas como fadadas ao desaparecimento, representam o mais espe-

tacular contra-ponto à lógica capitalista de expansão da propriedade individual absoluta de hoje.”³⁰

É também um desafio para nosso Direito, moldado sob a perspectiva individualista, dar guarida a essa concepção coletivista. Quando a Constituição reconhece a propriedade das terras tradicionalmente ocupadas pelos remanescentes das comunidades de quilombos, está implícita a determinação de que essa propriedade deva ser reconhecida tal como as comunidades a adotem. O direito de propriedade tem de “ser lido como direito à propriedade” (LUIZ EDSON FACHIN, 2000: 289) do modo mais autêntico.

Com efeito, não se trata de problema de difícil solução. Basta a titulação e o respectivo registro de propriedade da terra, por exemplo, em nome da comunidade. Enquanto esta existir e enquanto adotar formas coletivas de apropriação, o Direito deve acolher tais modalidades.

Ocorre, entretanto, que a comunidade pode adotar outras formas de apropriação, mais ou menos ortodoxas. O mais comum talvez seja “uma combinação de apropriação privada e de práticas de uso comum superpostos, harmonicamente respeitadas, com eficácia plena para todo o grupo”.³¹ O reconhecimento jurídico da propriedade não é escravo de uma modalidade de apropriação comum. Ao contrário do que pode fazer supor uma concepção romântica de comunidades primitivas, ingênuas e solidárias, e de vocação agropastoril, a comunidade real de remanescentes de quilombos pode adotar a forma convencional de propriedade divisível e individual, pode realizar transações cotidianas com essas propriedades, pode decidir dar outro destino às terras que ocupam tradicionalmente. JULIE RINGELHEIM (2006: 7), ao analisar a Convenção Européia dos Direitos Humanos, refere que, no contexto das diferentes culturas, conforme apontam sociólogos e antropólogos, “as normas e as práticas são interpretadas, negociadas, modificadas pelos próprios atores sociais”. O Direito não pode pretender engessar as práticas comunitárias e manter a comunidade numa redoma jurídica; ao contrário, o Direito deve ser receptivo à possível autonomia negocial da comunidade.

A regulamentação jurídica da propriedade das terras ocupadas pelos remanescentes das comunidades de quilombos é altamente protetiva e provavelmente bem-intencionada. O Decreto 4.887/2003 determina que o título de propriedade emitido seja “coletivo e pró-indiviso..., com obrigatória cláusula de inalienabilidade, imprescritibilidade e de impenhorabilidade” (art. 17). A

29 Citado por ARRUTI, 2003.

30 DIMAS SALUSTIANO DA SILVA, 1994: 69.

31 DIMAS SALUSTIANO DA SILVA (1994: 60), citando Alfredo Wagner B. de Almeida.

impossibilidade jurídica de penhora é indicada na própria Constituição em relação à pequena propriedade rural “trabalhada pela família” (art. 5º, XXVI) e manifesta uma “garantia ao patrimônio mínimo” (LUIZ EDSON FACHIN, 2000: 301). Aparentemente, é imposto um único padrão jurídico, quando, por certo, a interpretação a prevalecer é de que seja esse o modelo ordinário, por ser mais protetivo, desde que corresponda à realidade e às expectativas da comunidade.

A Carta das Nações Unidas (1945) assegura, genericamente, a autodeterminação dos povos (art. 1º.2 e art. 55), no que é acompanhada pela Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento (1986 – art. 1º.2). É reconhecido, assim, um “direito dos povos de dispor de si mesmos” (NORBERT ROULAND, 2004: 212-213), o que deve estender-se às formas de apropriação e disposição de seu patrimônio.

5. Enquanto não vem a Titulação: a Proteção dos Direitos Fundamentais

Os remanescentes das comunidades de quilombos têm, como todos, o direito fundamental de propriedade (Constituição, art. 5º, XXII) das terras ocupadas tradicionalmente. O direito sobre essas terras assume, no caso, uma importância singular, pois confere suporte à própria identidade comunitária. Nas palavras de DANIEL SARMENTO (2007):

“Para comunidades tradicionais, a terra possui um significado completamente diferente da que ele apresenta para a cultura ocidental de massas. 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.

“Privado da terra, o grupo tende a se dispersar e a desaparecer, absorvido 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 atenta contra a própria identidade étnica destas pessoas. Daí porque, o direito à terra dos remanescentes de quilombo é também um direito fundamental cultural (art. 215, CF).

“... a perda da identidade coletiva para os integrantes destes grupos costuma gerar crises profundas, intenso sofrimento e uma sensação de desamparo e de desorientação, que dificilmente encontram paralelo entre os integrantes da cultura capitalista de massas.”

Antes mesmo do direito de propriedade, é preciso assegurar o direito à moradia (Constituição, art. 6º), por meio da tutela jurídica imediata da posse (DANIEL SARMENTO, 2006). Realçando a fundamentalidade do direito à moradia, INGO WOLFGANG SARLET (2005: 331) aponta que a Organização das Nações Unidas (ONU) estabeleceu critérios que devem ser atendidos: “a segurança jurídica para a posse, a disponibilidade de uma infraestrutura básica a garantir condições saudáveis de habitabilidade, o acesso a outros serviços sociais essenciais e o respeito à identidade e diversidade cultural da população”.

Saúde, educação, previdência social, assistência social, assistência jurídica, enfim, qualquer direito fundamental deve ser garantido aos remanescentes das comunidades de quilombos. A afirmação escapa da obviedade, se encerrar a advertência de que os direitos fundamentais independem da regularização fundiária. Enquanto essa regularização não vier e mesmo que ela não aconteça, os direitos fundamentais constituirão exigência autônoma e impostergável. Por isso, é inválido o estabelecimento da condição de regularização da propriedade das terras ocupadas pelas comunidades remanescentes de quilombos, para que elas sejam contemplados com saneamento básico ou escola pública, por exemplo.

Mencione-se ainda o direito metaindividual, pertencente a todos, de desfrute cultural, representado pela singularidade das comunidades remanescentes de quilombos. Trata-se de uma compreensão mais ampla do patrimônio histórico e cultural, “que se funda na valorização e no respeito às diferenças, e no reconhecimento da importância para o país da cultura de cada um dos diversos grupos que compõem a nacionalidade brasileira” (DANIEL SARMENTO, 2007).

Todos esses direitos das comunidades remanescentes de quilombos trazem a memória da injustiça passada, mas sobretudo carregam a esperança da justiça futura.

Referências Bibliográficas

ARRUTI, José Maurício P. A. *O quilombo conceitual. Para uma sociologia do “artigo 68”*. 2003.

- CARVALHO, José Murilo de. *D. Pedro II. Ser ou não ser*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.
- COMISSÃO PRÓ-ÍNDIO DE SÃO PAULO. *Terra de quilombo. Herança e direito*. 4. ed. São Paulo, 2007.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. Negros em busca de justiça. In: OLIVEIRA, Leinad Ayer de. (org.). *Quilombos: a hora e a vez dos sobreviventes*. São Paulo: Comissão Pró-Índio de São Paulo, 2001, pp. 11-22.
- FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- FLORENTINO, Manolo. Reprodução assistida. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 27 nov. 2005. Mais!
- GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade. O Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, verbete "quilombo", p. 2359.
- KYMLICKA, Will. *Filosofia política contemporânea*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- LORA ALARCÓN, Pietro. *Palenques en Colombia: realidades comunitarias y el problema de la educación*. São Paulo, 2007 (não acabado; inédito).
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito à informação e meio ambiente*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- MARTINES, Temistocle. *Diritto costituzionale*. 11. ed. Milano: Giuffrè, 2005.
- NABUCO, Joaquim. *O abolicionismo*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira; São Paulo: Publifolha, 2000.
- RINGELHEIM, Julie. *Diversité culturelle et droits de l'homme. L'émergence de la problématique des minorités dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*. Bruxelles: Bruylant, 2006.
- ROTHENBURG, Walter Claudius. *Parecer contrário ao Projeto de Decreto Legislativo nº 44, de 2007, de autoria do Deputado Federal Valdir Colatto (apresentado ao Grupo de Trabalho sobre Quilombos, Povos e Comunidades Tradicionais da 6ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal – Procuradoria-Geral da República)*. Piracicaba, 2007.
- ROTHENBURG, Walter Claudius. Quilombo. In: DIMOULIS, Dimitri (coord.). *Dicionário brasileiro de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 313-314. ROTHENBURG, Walter Claudius. O processo administrativo relativo às terras de quilombos: análise do Decreto nº 3.912, de 10 de setembro de 2001. In: OLIVEIRA, Leinad Ayer de. (org.). *Quilombos: a*

- hora e a vez dos sobreviventes*. São Paulo: Comissão Pró-Índio de São Paulo, 2001, pp. 17-21.
- ROULAND, Norbert. (Org.) *Direito das minorias e dos povos autóctones*. Brasília: Universidade de Brasília, 2004.
- SANTILLI, Juliana. *Socioambientalismo e novos direitos. Proteção jurídica à diversidade biológica e cultural*. São Paulo: Peirópolis, 2005.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- SARMENTO, Daniel. *Territórios Quilombolas e Constituição: A ADI 3.239-09 e a Constitucionalidade do Decreto 4.887/03* (parecer apresentado em 2007 ao Grupo de Trabalho sobre Quilombos, Povos e Comunidades Tradicionais da 6ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal – Procuradoria-Geral da República). Rio de Janeiro, 2007.
- SARMENTO, Daniel. *A garantia do direito à posse dos remanescentes de quilombos antes da desapropriação*. <<http://ccr6.pgr.mpf.gov.br/institucional/grupos-de-trabalho/quilombos-1/documentos/Dr_Daniel_Sarmiento.pdf>>, Rio de Janeiro, 2006.
- SILVA, Dimas Salustiano da. Direito insurgente do negro no Brasil: perspectivas e limites no direito oficial. In: CHAGAS, Sílvia Donizete (org.). *Lições de direito civil alternativo*. São Paulo: Acadêmica, 1994, pp. 57-71.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.
- SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). *Comunidades quilombolas: direito à terra*. Brasília: Fundação Cultural Palmares; Abaré, 2002, p. 112.