

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O DECRETO 3.912/01¹

Deborah Duprat
Subprocuradora-Geral da República
Coordenadora da 6ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF

Trata-se de se submeter à análise o Decreto nº 3.912, de 10 de setembro de 2001, que regulamenta as disposições relativas ao processo administrativo para identificação dos remanescentes das comunidades de quilombos e para o reconhecimento, a definição, a demarcação, a titulação e o registro imobiliários das terras por eles ocupadas.

Nos termos do parágrafo único do art. 1º do decreto em discussão, *somente pode ser reconhecida a propriedade sobre terras que: I – eram ocupadas por quilombos em 1988; II – estavam ocupadas por remanescentes das comunidades de quilombos em 5 de outubro de 1988.*

A disposição é evidentemente inconstitucional.

Registre-se, de início, que o inciso I contém, certamente, um erro material, ao referir-se ao ano de 1988 como data de ocupação de terras por quilombos, se como tal se pretende ter em conta a definição legal que remonta a 1740², por se tratar de situação que não mais se revela, quer no plano dos fatos, quer no plano do direito.

Prosseguindo na análise da inconstitucionalidade do dispositivo invocado, decorre ela de restrição não autorizada constitucionalmente, já que o art. 68 expressamente não a revela, ou tampouco permite, hermeneuticamente, a sua inferência. Senão, vejamos.

Ao dispor que *aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos*, o art. 68 do ADCT não apresenta qualquer marco temporal quanto à antiguidade da ocupação, nem determina que haja uma coincidência entre a ocupação originária e a atual. O

¹ Texto elaborado antes da promulgação da Convenção 169, da OIT.

² Para o Conselho Ultramarino, em resposta a consulta, quilombo ou mocambo seria *toda habitação de negros fugidos que passem de cinco, em parte despovoada, ainda que não tenham ranchos levantados nem se achem pilões neles (1740)* Normativamente, o conceito resulta também do Alvará de 3 de março de 1741 e Provisão de 6 de março do mesmo ano, segundo os quais era reputado quilombo desde que se achavam reunidos cinco escravos.

fundamental, para fins de se assegurar o direito ali previsto, é que de comunidades remanescentes de quilombos se cuide e que, concorrentemente, se lhe agregue a ocupação das terras enquanto tal. Assim, os dois termos – remanescentes de comunidades de quilombos e ocupação de terras – estão em relação de complementariedade e acessoriedade, de tal forma que a compreensão de um decorre necessariamente do alcance do outro. E estes, e apenas estes, são necessários à interpretação do comando constitucional. O que não se admite, certamente, é que um mero decreto – o que sequer à lei se autoriza – numa visão unilateral, opere um reducionismo no conteúdo de sentido da norma.

Poder-se-ia objetar no sentido de que o ato normativo estaria apenas a explicitar um limite imanente. Contudo, entende-se por limite imanente – critério a fornecer, muito mais, tópicos de investigação e argumentação interpretativa - aquele que decorre do sistema dos direitos fundamentais e dos próprios princípios fundamentais da ordem constitucional, de modo a que o domínio de proteção da norma vá até onde não conflitue com estes valores maiores. Neste ponto, a adoção de um marco temporal, a par de não se constituir num limite imanente, pelas razões expostas, apenas acriticamente pode ser considerado elemento definitivo - ou mesmo mediador - numa eventual colisão entre direitos e valores constitucionais.

A rigor, o marco temporal, ao invés de harmonizar, subverte, definitivamente, o sistema constitucional. Isto porque, em todas as ocasiões em que o legislador constituinte condicionou o direito à propriedade ao decurso de certo lapso de tempo, fê-lo expressamente, como decorre dos artigos 183 e 191 da CF, diante da singela razão de que toda e qualquer restrição a direito constitucionalmente assegurado só pode resultar do próprio texto constitucional.

Desconhece, ainda, o decreto a natureza da norma cuja regulamentação postula.

O art. 68 do ADCT, muito embora deslocado do corpo permanente da Constituição, há de ser interpretado a partir deste, que sinaliza exatamente quanto à sua razão de ser, quanto ao sentido que lhe deva ser emprestado, quanto aos princípios que hão de ser levados em conta no momento de sua interpretação. Pois bem, levando-se adiante este intento, tem-se que a expressão *quilombos* consta do § 5º do art. 216, que trata do tombamento dos documentos e sítios dos antigos quilombos. Este dispositivo, por sua vez, insere-se na seção da Constituição dedicada à cultura, a qual tem um princípio retor: a nacionalidade brasileira se forma a partir de grupos étnicos diferenciados, grupos com histórias e tradições diversas, cabendo ao Estado protegê-los e garantir espaço e permanência para essa diferenciação.

Parece-nos indene de dúvidas de que esta seção destinada a tratar da cultura revela nova compreensão acerca do tema, tomando a

expressão **cultura** não mais em sua acepção meramente folclórica, monumental, arquitetônica e/ou arqueológica – nota dos textos constitucionais pretéritos – mas o conjunto de valores, representações e regulações de vida que orientam os diversos grupos sociais, numa visão que não se remete mais ao passado, mas, ao contrário, se orienta e se renova no presente. Isto se faz certo na medida em que a Constituição brasileira impõe ao Estado garantir *a todos o pleno exercício dos direitos culturais (...), apoiando e incentivando a valorização e a difusão das manifestações culturais (...) populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional* (art. 215, caput, e seu § 1º), manifestações culturais estas que se traduzem em suas *formas de expressão e em seus modos de criar, fazer e viver* (art. 216, I e II).

A Constituição de 1988 representa, assim, uma clivagem em relação a todo o sistema constitucional pretérito, ao reconhecer o Estado brasileiro como pluriétnico e multicultural, assegurando aos diversos grupos formadores dessa nacionalidade o exercício pleno de seus direitos de identidade própria.

E, ao conferir aos remanescentes das comunidades de quilombos a propriedade das terras por eles ocupados, fé-lo à vista da circunstância de que os territórios físicos onde estão esses grupos constituem-se em espaços simbólicos de identidade, de produção e reprodução cultural, não sendo, portanto, algo exterior à identidade, mas sim a ela imanente.

Se assim o é, trata-se, à toda evidência, de norma que veicula disposição típica de direito fundamental, por disponibilizar a esses grupos o direito à vida significativamente compartilhada, por permitir-lhes a eleição de seu próprio destino, por assegurar-lhes, ao fim e ao cabo, a liberdade, que lhes permite instaurar novos processos, escolhendo fins e elegendo os meios necessários para a sua realização, e não mais submetê-los a uma ordem pautada na homogeneidade, onde o específico de sua identidade se perdia na assimilação ao todo. É, ainda, o direito de igualdade que se materializa concretamente, assim configurada como igual direito de todos à afirmação e tutela de sua própria identidade.

Nota característica dos direitos fundamentais é a sua indisponibilidade. Como ensina Luigi Ferrajoli³, esta indisponibilidade há de ser entendida em sua dupla face: indisponibilidade ativa, que não permite aos seus titulares a sua alienação, e a indisponibilidade passiva, no sentido de não serem expropriados ou limitados por outros sujeitos, começando pelo Estado. Neste sentido, nenhuma maioria, sequer por unanimidade, pode legitimamente decidir sobre a violação de um direito de uma minoria naquilo que diz respeito à sua própria identidade. Mais uma vez valendo-nos da lição de Ferrajoli, à vista do princípio da igualdade que se realiza com respeito à diferença, *nenhuma maioria*

³ **Derechos y garantías – La ley del más débil**, Ed. Trotta, Madrid, 2001, p. 47

*pode decidir em matéria de direitos por conta dos demais, tanto mais quando a minoria tem interesses ligados à sua diferença*⁴.

Daí a razão por que as normas que veiculam tais direitos são chamadas téticas, assim concebidas como aquelas *que imediatamente dispõem sobre as situações por elas expressadas*⁵, não se sujeitando os direitos ali previstos a serem constituídos, modificados ou extintos por qualquer ato. Distinguem-se das normas ditas hipotéticas na exata medida em que as situações nestas previstas encontram-se apenas predispostas pela norma, a reclamar a intermediação de um ato – legislativo, jurídico – para a sua realização.

Assim, os direitos fundamentais são todos *ex lege*, conferidos diretamente pela Constituição, e imediata e plenamente realizáveis, não se admitindo a intermediação de ato, de que natureza for, para o seu exercício pleno, muito menos para impor-lhes restrições ou diminuir o seu alcance, como pretendeu fazer o decreto ora objeto de análise.

Resulta, ainda, inconstitucional o dispositivo ao exigir, para o implemento do direito, a permanência na terra por prazo determinado, posto que, a pretexto de interpretar a norma constitucional e dar-lhe correta aplicação, reproduz discurso próprio de práxis escravagista e o reintroduz na ordem jurídica vigente, em evidente descompasso com o texto constitucional.

Com efeito, anotam Michael Hardt e Antonio Negri que a escravidão tem como princípio vetor a mobilidade, quer sob a perspectiva do poder, por meio do aparato repressivo para impedir a mobilidade e o nomadismo dos escravos, que por parte dos escravos, com o desejo irreprimível de fuga⁶.

Ao tomar os elementos sígnicos da norma constitucional e conotá-los tal qual se fazia em 1741 – posto que toda a interpretação se alça ao plano da mera mobilidade, e, na contraface, a sua recusa – importa-se a cultura da época da escravidão⁷, e se desorganiza não só uma retórica – em razão de o signo ser agora compreendido em face de um novo contexto social – mas toda uma ideologia, pois se subverte um regime de liberdades e igualdades construídos sob a égide da diferença étnica.

Seguindo ainda esta linha, a norma pretensamente regulamentadora do artigo 68 do ADCT conduz à conclusão absurda de que a Constituição, rigorosamente, estaria a instituir, agora com todo o peso do direito, quilombos tais como concebidos em 1741, pois o espaço de liberdade para a regulação ritual da vida seria obtido à custa do confinamento.

⁴ Ferrajoli, ob. Cit., p. 90

⁵ Ferrajoli, ob cit, p. 49

⁶ **Império**, Ed. Record, 2001, p. 232

⁷ Segundo Umberto Eco, *todos os fenômenos da cultura são sistemas de signos, isto é, fenômenos de comunicação*, in **A Estrutura Ausente**, Ed. Perspectiva, 7ª ed., p. 3

Ademais, como antes assinalado, a nota característica dos direitos fundamentais é a indisponibilidade. Nesta perspectiva, não se autoriza que, hermeneuticamente, se conclua que um direito fundamental apenas tenha condições de se realizar com o sacrifício absoluto do outro, pois, se assim o fosse, um deles perderia o traço da indisponibilidade. Neste passo, o que o decreto postula, de forma inconstitucional, certamente, é que o direito assegurado no artigo 68 do ADCT só se torne possível mediante o aniquilamento do direito de liberdade, do direito de ir e vir, do direito de eleger, constantemente, o local de permanência.

Mas não só o interregno de tempo entre os marcos inicial e final da ocupação, como condições ao exercício do direito, padecem de inconstitucionalidade. Eles próprios, considerados cada qual de *per se*, revelam idêntico vício.

De início, não há razão, constitucional ou mesmo histórica, para que o direito previsto no art. 68 do ADCT remonte aos idos de 1888. Historicamente, a figura do quilombo – tal como significado à época, reitera-se – antecede, em muito, o marco apontado, e tampouco encontra nele o seu período áureo, à vista mesmo de medidas tendentes à abolição da escravidão já implementadas ou em franco curso. Resultaria ofensivo ao princípio da isonomia que o direito fosse reconhecido aos remanescentes dos quilombos estabelecidos em 1888, e não àqueles que existiram em época pretérita e não lograram prosseguir em sua existência até a época apontada. Careceria, assim, de qualquer razoabilidade o marco inicial previsto no decreto.

Ademais, e já foi assinalado, o art. 68 do ADCT orienta-se numa perspectiva de 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. E 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 presentes.

Do mesmo modo, o marco final, além de arbitrário, revela nítido viés etnocentrista, na medida em que se sinaliza com um termo fatal além do qual se nega o direito à identidade étnica e o correlato território que a requer e, em certa medida, a determina. Neste ponto, há dupla ofensa ao texto constitucional. A uma, porque alguém estranho ao grupo étnico é quem determina o prazo final de sua existência constitucionalmente amparada, o que, evidentemente, conflita com a noção de pluriétnicidade. A duas, por impor ao grupo uma rigidez cultural e impedi-lo de, a partir de 5 de outubro de 1988, conceber novos estilos de vida, de construir de novas formas de vida coletiva, enfim, a dinâmica de qualquer comunidade real, que se modifica, se desloca, idealiza projetos e os realiza, sem perder, por isso, a sua identidade.

Apenas comunidades ideais, erigidas a partir de ficções coisificadoras, apresentam-se como totalidades pétreas coerentes. As reais, ao contrário, são marcadas pelo signo da mudança, do impulso, da reelaboração permanente.

Há, ainda, outros vícios.

Ao fazer a atuação estatal depender de provocação do interessado, desconhece o decreto que o art. 68 do ADCT é comando dirigido ao Poder Público, consubstanciando obrigação de fazer, independentemente de solicitação dos interessados. Deste modo, não pode a lei – muito menos um decreto – fazer depender o direito de providência que não tem estatuto constitucional, e, mais grave ainda, eximir, por tal fato, o Poder Público de obrigação fundada no texto constitucional e de natureza incondicionada.

Por último, o decreto, além de atentar contra a ordem constitucional, revela-se completamente destituído de utilidade ao fim proposto – regulamentação do art. 68 do ADCT – e padecendo de vício de ilegalidade. A uma, porque não enfrenta, sequer remotamente, a questão da incidência desses remanescentes de comunidades de quilombos em áreas já tituladas, sob o domínio privado, ao não disciplinar os aspectos que necessariamente a tangenciam, como a necessidade, forma e procedimento de desapropriação, nulidade ou não dos títulos privados. A duas, porque, limitando-se à disciplina das terras da União – o que resulta do fato de passar ao largo das terras sob domínio privado e manter, implicitamente, a competência dos Estados e do Distrito Federal quanto aos seus bens - além de não exaurir a regulamentação a que se destina, conflita com a Lei 9.636, de 15 de maio de 1998, que dispõe especificamente sobre a regularização, administração, aforamento e alienação de bens imóveis da União (v.g, art. 18). Em sendo ato normativo de estatura inferior à lei, não há como prevalecer.