

Territorialidade étnica e proteção jurídica: as comunidades quilombolas e a desapropriação. *

A Constituição de 1988 refere-se a quilombos em apenas dois dispositivos. O primeiro, situado no capítulo da educação, da cultura e do desporto, determina que “ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos” (art. 216, § 5º). O segundo, inserido no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, afirma que “aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhe os títulos respectivos” (art. 68). A regulamentação da titulação das comunidades quilombolas foi efetuada pelo Decreto nº 3.912/2001, hoje revogado pelo Decreto nº 4.887/2003, cuja constitucionalidade pende de apreciação pelo STF (ADIN 3239, Relator Min. César Peluso). A aparente ênfase colocada no “reminiscências” e “remanescentes” a associar a resíduo, vestígio, contudo, deve ser matizada por uma leitura mais atenta de outros dispositivos constitucionais, dentro de uma ótica alargada de uma Constituição que assegura a diversidade étnico-cultural e o pluralismo. Estes dois dispositivos constitucionais, por sua vez, colocam problemas relevantes a resolver: a) o significado de quilombo para fins da proteção constitucional; b) a forma de proteção da propriedade definitiva; c) o estatuto jurídico da propriedade assegurada (seria uma forma de usucapião, um “direito originário” ou “afetação” constitucional?); d) a possibilidade de utilizar-se da desapropriação para tal hipótese e com que sentido e base legal.

1. Contextualização do processo na América Afro-Latina.¹

Ainda que com matizes distintas e durações diferenciadas, os processos de escravidão marcaram o período colonial da América; o Brasil foi, por sua vez, o país em que a duração do processo foi mais longa e a sua abolição mais tardia. No geral, a independência da metrópole significou a abolição do trabalho escravo. Fugas, agrupamentos, revoltas e distintas lutas marcam, portanto, toda a América Latina. E isto se refletiu, de alguma forma, no direito constitucional.

Três constituições no continente têm previsões expressas sobre comunidades negras ou descendentes de escravos. A Constituição do Equador, de 1988, já assegurava aos “povos negros ou afroequatorianos” os mesmos direitos que aos indígenas de conservar “a propriedade imprescritível das terras comunitárias, que serão inalienáveis, não-embargáveis e indivisíveis, ressalvada a

* Artigo incluído no livro: FERNANDES, Edesio; ALFONSIN, Betânia (orgs). *Revisitando o instituto da desapropriação*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

¹ Para uma perspectiva regional das histórias de dominação e resistência raciais na América Latina e as consequências para os países de forte presença negra, vide: ANDREWS, George Reid. **América Afro-Latina. 1800-2000**. São Carlos: EdUFSCar, 2007.

faculdade do Estado para declarar sua utilidade pública", mantendo a posse das terras e obtendo sua "adjudicação gratuita, conforme a lei" (arts. 84, itens 2 e 3 c/ art. 85).

Em maio de 2006, afinal, foi promulgada a Lei dos Direitos Coletivos dos Povos Negros ou Afro-equatorianos, que assegurou o respeito a distintas expressões culturais e artísticas dos povos negros (art. 3º), o reconhecimento de direitos econômicos, sociais, culturais e políticos (art. 9º), a conservação da biodiversidade em benefício coletivo (art. 11), a caça e pesca para subsistência com prioridade ante o aproveitamento comercial e industrial (art. 12), os direitos sobre recursos genéticos e filogenéticos (art. 14), a consulta sobre planos e programas de prospecção e exploração de recursos naturais que possam afetar referidas comunidades ambiental ou culturalmente (art. 15), a garantia do fortalecimento e organização, "em áreas urbanas ou rurais", dos sistemas e práticas de medicina natural tradicional (art. 18) e o respeito de "formas próprias de organização e integração social afroequatorianas, tais como os palenques, comunas, comunidades urbanas e rurais, organizações de base e demais formas associativas que se determinem" (art. 24).²

O novo texto constitucional, aprovado por referendo em 2008, ³reconhece aos indígenas, ao povo montubio, às comunas e ao povo afroequatoriano, dentre outros direitos coletivos (art. 57): a) não serem objeto de racismo ou forma de discriminação étnica ou cultural; b) conservação da propriedade imprescritível das terras comunitárias, que serão "inalienáveis, inembargáveis e indivisíveis", além de isentas de taxas e impostos; c) manutenção da posse de suas "terras e territórios ancestrais" e obter sua adjudicação gratuita; d) participação no uso, usufruto, administração e conservação dos recursos renováveis que se achem em suas terras; e) consulta prévia, livre e informada, de caráter obrigatório, dentro de prazo razoável, sobre planos e programas de prospecção, exploração e comercialização de recursos não-renováveis localizados em suas terras; f) não serem trasladados de suas terras ancestrais; g) participação na "definição das políticas públicas a elas concernentes, bem como no desenho e decisão das prioridades nos planos e projetos do Estado"; h) consulta "antes da adoção de medida legislativa que possa afetar qualquer de seus direitos coletivos". Além disto, ficam reconhecidos: a) especificamente ao "povo afroequatoriano" os "direitos coletivos estabelecidos na Constituição, lei e pactos, convênios, declarações e demais instrumentos internacionais de direitos humanos" (art. 58); b) a todas as comunidades referidas no art. 57 a possibilidade de "constituir circunscrições territoriais para a preservação de sua cultura"; c) as comunas "que tem propriedade coletiva da terra como forma ancestral de organização territorial" (art. 60).

O texto constitucional colombiano de 1991 reconheceu a diversidade "étnica e cultural da nação" (art. 7º), estabelecendo, ainda, prazo de cinco anos para edição

² http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&task=view&id=4044&Itemid=418

³ http://asambleaconstituyente.gov.ec/documentos/constitucion2008/definitiva_constitucion.pdf

de lei reconhecendo "às comunidades negras que tenham ocupado terras baldias nas zonas rurais ribeirinhas dos rios da Cuenca do Pacífico, de acordo com as suas práticas tradicionais de produção, o direito à propriedade coletiva sobre as áreas que a referida lei demarcar" (art. 55 transitório), procedimento regulamentado pelas Leis nº 70/93 e 397/1997.

Já a Constituição da Nicarágua (1987), por sua vez, garantiu às "comunidades da costa atlântica" o direito a "preservar e desenvolver sua identidade cultural na unidade nacional, dotar-se de suas próprias formas de organização social e administrar seus assuntos locais conforme suas tradições", reconhecendo, ao mesmo tempo, "as formas comunais de propriedade das terras", bem como uso, gozo e desfrute das águas e bosques destas terras (art. 89). De forma expressa, afirmou que "o desenvolvimento de sua cultura e seus valores enriquece a cultura nacional", constituindo dever do Estado criar programas especiais para o exercício de seus direitos de livre expressão e "preservação de suas línguas, arte e cultura" (art. 90). O procedimento de titulação das terras foi estabelecido pela Lei nº 445, de 2003.

"Garífunas" de Honduras, Guatemala e Belize (que nunca chegaram a serem empregados no sistema escravocrata, em virtude do naufrágio do navio que trouxe os africanos)⁴, bem como os "maroons" do Suriname (que são 15% da população do país, distribuídos por seis comunidades- N'djuka, Matawai, Saramaka, Kwinti, Paamaka e Boni ou Aluku) e do oeste da Guiana Francesa, todas comunidades negras, encontram-se em processo de reconhecimento, em seus respectivos países, do direito às propriedades ocupadas, inclusive porque alguns deles são signatários da Convenção nº 169-OIT que assegura direitos às "comunidades indígenas" e às "comunidades tribais".⁵

Recentemente, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (novembro de 2007), em processo envolvendo a comunidade Saramaka (negros descendentes de escravos) e o governo do Suriname (que não é signatário da Convenção 169, mas assinou os pactos de direitos econômicos, sociais e culturais)⁶, entendeu que: a) as características específicas culturais, econômicas e sociais, distintas da comunidade nacional, colocavam os "saramakas" ao abrigo do art. 21 da Convenção Americana de proteção do "direito de integrantes de povos tribais ao uso e gozo de sua propriedade comunal"; b) tanto a propriedade privada de particulares quando a

⁴ A língua garífuna foi incluída, em 2001, como patrimônio oral e imaterial da humanidade. Maiores informações sobre as lutas da comunidade, vide: <http://www.cohre.org/store/attachments/Quilombol@%20-%20NovDez%202006%20-%20Portugu%C3%AAs.pdf> p. 3-4.

⁵ Interessante observar que, "apesar das condições históricas e ecológicas amplamente semelhantes", as comunidades "variam em tudo, de idioma, dieta e vestimenta, a padrões de casamento, residência e trabalho assalariado sazonal". Vide para análise de tal situação: PRICE, Richard & PRICE, Sally. Os direitos humanos dos quilombolas no Suriname e na Guiana Francesa. IN: FONSECA, Cláudia, TERTO JR, Veriano & ALVES, Caleb Farias, org. **Antropologia, diversidade e direitos humanos: diálogos interdisciplinares**. POA: UFRGS, 2004.p. 199-220.

⁶ Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf

propriedade comunitária de membros de comunidades indígenas e tradicionais tinham a proteção da Convenção; c) a legislação interna do Suriname não havia estabelecido proteção especial a tais comunidades (o Brasil, por seu turno, tem o art. 68-ADCT); d) um tratamento especial de tais comunidades não implicaria “discriminação não permitida”, sendo necessárias “ações afirmativas”; e) a mera possibilidade de reconhecimento judicial não era substituto de um reconhecimento real de tais direitos; f) a especial relação de tais comunidades com o “território” não se restringia a aldeias, assentamentos e parcelas agrícolas, mas sim ao “território em seu conjunto”, havendo uma íntima conexão entre “território” e “recursos naturais necessários para sobrevivência física e cultural”; g) a necessidade de consulta prévia, de boa-fé e informada, sobre medidas que possam ser prejudiciais às comunidades envolvidas; h) era dever do Estado a procura de instrumentos jurídicos hábeis para, independentemente da personalidade jurídica da comunidade, propiciar o reconhecimento do direito de propriedade, em conformidade com o seu sistema comunal.

Pode-se afirmar, desta forma, que a disposição contida no art. 68 do ADCT não se encontra isolada no contexto constitucional do continente americano, inserindo-se dentro de um contexto de significativa alteração que vem dando forma a um novo tipo de constitucionalismo, que assume a plurinacionalidade, a pluriculturalidade, a pluriétnicidade e a interculturalidade dos países e que põe em discussão, pois, a simultaneidade de tradições culturais no mesmo espaço geográfico, o pluralismo jurídico, a ressignificação de direitos coletivos, a democracia intercultural, a territorialidade, a inclusividade cultural e um grau razoável de incertezas e instabilidades⁷

Significativo, em relação às legislações em outros países do continente, é verificar: a) as terras são comunitárias e, pois, a propriedade é coletiva; b) existe, de forma expressa ou implícita ao menos, a noção de que as terras reconhecidas são inalienáveis e imprescritíveis; c) as práticas de produção são tradicionais; d) a identidade cultural das comunidades é parte da memória nacional; e) há uma associação, na medida do possível, com a situação dos indígenas. Por sua vez, a Constituição da Nicarágua e o julgamento da CIDH reforçam a íntima relação entre “território” e “sobrevivência física e cultural” das comunidades. Estes elementos, pois, são fundamentais para uma análise comparativa com a situação brasileira.

⁷ SANTOS, Boaventura. **La reinvencción del Estado y el Estado plurinacional**. Cochabamba: Bolivia, 2007, p. 9-19. Disponível em http://www.ces.uc.pt/publicacoes/outras/200317/estado_plurinacional.pdf ; BALDI, César Augusto. Desafios do constitucionalismo intercultural. Estado de Direito, Porto Alegre, abril e maio de 2008, nº14. Disponível em: http://www.estadodedireito.com.br/edicoes/ED_14.pdf

2. O significado constitucional de quilombo.

O conceito de quilombo tem, originalmente, profundas raízes coloniais, de caráter penal e discriminatório. Um amplo processo de revisão- e, pois, de “descolonização”, no meio jurídico, da noção de “quilombo” deve ser feito em conjunto com o profundo redimensionamento realizado, desde a década de 1980, pela historiografia e pela antropologia.

O regramento do Conselho Ultramarino de 1740 conceituava o quilombo como a “habitação de negros fugidos que passem de cinco, em parte despovoada, ainda que não tenham ranchos levantados e nem se achem pilões nele”, o que fora reafirmado na Provisão de 6 de março de 1741 e em algumas legislações municipais, como a lei provincial nº 157, de 09-08-1848, da cidade de São Leopoldo (que fixava número de dois)⁸. Cinco elementos, portanto, eram fundamentais:⁹

- a) a fuga ou situação vinculada a escravos fugidos;
- b) uma quantidade mínima de “fugidos”, variando, de período a período;
- c) “localização sempre marcada pelo isolamento geográfico, em lugares de difícil acesso e mais perto de um mundo natural e selvagem do que da chamada ‘civilização’”, o que marcou profundamente o “senso comum” que trata “os quilombos fora do mundo da produção e do trabalho, fora do mercado”;
- d) o “rancho”, ou seja, se há moradia habitual, consolidada ou não, “ênfatizando as benfeitorias porventura existentes”;
- e) o fato de que “nem se achem pilões”, no sentido de que pilão, “enquanto instrumento que transforma o arroz colhido, representa o símbolo do autoconsumo e da capacidade de reprodução”.

Estes elementos funcionaram como definidores de quilombo e daí a necessidade- segundo Alfredo Wagner de Almeida- de “uma leitura crítica da representação jurídica que sempre se revelou inclinada a interpretá-lo como algo que estava fora, isolado, para além da civilização, confinado numa suposta auto-suficiência e negando a disciplina do trabalho”¹⁰. Antes, pelo contrário, foram as transações comerciais da “produção agrícola e extrativa dos quilombos que ajudaram a consolidar suas fronteiras físicas, tornando-as mais viáveis porquanto acatadas pelos seguimentos sociais com que passavam a interagir”. Este conceito que se quer “frigorificado” é que necessita ser reavaliado.

Primeiro, porque ele não tinha validade prática nem no período colonial. Sua intenção repressiva era evidente: inviabilizar qualquer forma de autonomia individual ou coletiva (daí serem necessários dois ou cinco “fugidos”).

⁸ RIOS, Aurélio Virgílio. Quilombos e igualdade étnico-racial. IN: PIOVESAN, Flávia & SOUZA, Douglas Martins de. **Ordem jurídica e igualdade étnico-racial**. Brasília, Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008, p. 190-192

⁹ WAGNER, Alfredo. Os quilombos e as novas etnias. IN: LEITÃO, Sérgio. **Direitos territoriais das comunidades negras rurais**. São Paulo: ISA, 1999, p. 12. Disponível em: http://www.socioambiental.org/banco_imagens/pdfs/10104.pdf

¹⁰ Ibidem.

Perdigão Malheiros, já em 1867, destacava:¹¹

“Entre nós foi freqüente desde tempos antigos, e ainda hoje se reproduz, o fato de abandonarem os escravos a casa dos senhores e internarem-se pelas matas ou sertões, eximindo-se assim *de fato* ao cativeiro, embora sujeitos à vida precária e cheia de privações, contrariedades e perigos que aí pudessem ou possam levar. Essas reuniões foram denominadas *quilombos* ou *mocambos*; e os escravos assim fugidos (fossem em grande ou pequeno número) *quilombolas* ou *calhambolas*. No Brasil tem sido fácil aos escravos em razão de sua extensão territorial e densas matas, conquanto **procurem eles sempre a proximidade dos povoados para poderem prover às suas necessidades, ainda por via do latrocínio.**”

Nestes termos, a existência de famílias de escravos nas mesmas comunidades reforça um certo processo produtivo singular, que vai redundar, mais adiante, no “acamponesamento”, a partir do processo “de desagregação das fazendas de algodão e cana-de-açúcar e com a diminuição do poder de coerção dos grandes proprietários territoriais”¹²

Segundo, porque variavam, aliás, profundamente, as diversas comunidades negras (em sua maioria rurais), tanto étnica, quanto socialmente, sem excluir, inclusive, a realidade de coexistirem, simultaneamente, na “casa grande”, em decorrência da decadência da plantação de algodão e de açúcar (o caso do quilombo Frechal/MA, primeira comunidade reconhecida pelo governo federal, localizado cem metros da “casa grande”, é paradigmático). Assim, a idéia de uma comunidade sem qualquer relação com a “sociedade englobante” é absolutamente destoante da realidade brasileira. Mesmo em Palmares- “o arquétipo do quilombo” no imaginário social, há forte de presença de “brancos, mestiços de vária estirpe e índios, além de negros africanos e nascidos no Brasil” e, portanto, “um território social e econômico, além de geográfico, no qual circulavam diversos tipos sociais”¹³

Terceiro, porque recoloca a discussão da imensa concentração fundiária do país, cujo caráter étnico de discriminação ficara oculto, porque a abolição deu por encerrado o “problema do negro”, excluindo-se dos textos legais e constitucionais qualquer referência a “quilombos”, que só reaparecem cem anos depois, na Constituição de 1988.

É que, findo o sistema de doações de terras por “sesmarias” em 1822 (em que primeiro se recebia o título, para depois trabalhar a terra), estas não eram mais concedidas e tampouco existia uma lei disciplinando a questão, com o que quatro

¹¹ MALHEIROS, Agostinho Marques Perdigão. A escravidão no Brasil. Volume 1. , p. 28-29. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/malheiros1.html>

¹² WAGNER, op. cit., p. 13.

¹³ REIS, João José & GOMES, Flávio dos Santos. **Liberdade por um fio; história dos quilombos no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, especialmente introdução de fls. 9-23. Vide, também: FUNARI, Pedro Paulo & CARVALHO, Aline Vieira. **Palmares, ontem e hoje**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005. Sobre os resultados de investigações arqueológicas em Palmares, consulte-se: FUNARI, Pedro Paulo. A “República” de Palmares e a arqueologia da Serra da Barriga. Disponível em: http://www.maea.ufjf.br/artigos_funari/texto8.pdf

situações estavam configuradas¹⁴: a) sesmarias concedidas e integralmente confirmadas, com o atendimento de todas as exigências e, pois, o proprietário tinha o domínio sobre a gleba; b) sesmarias simplesmente concedidas, faltando cumprimento de alguma exigência, com o que inexistia domínio, mas simples posse; c) glebas ocupadas por simples posse, sem qualquer título; d) terras sem ocupação, não concedidas ou já revertidas para o Poder Público por não-cumprimento das exigências. É o “período de posse das terras devolutas” e a época, também, da concessão, a cada Província, de “seis léguas por quadra”, de terrenos considerados devolutos, para fins de “colonização”, com a vinda de suíços e alemães para a província fluminense, açorianos para o Sul e a “colônia de alemães” em São Leopoldo/RS (1824).

A Lei nº 601, de 1850, ao disciplinar o novo regime jurídico de terras, contudo, não reconheceu a ocupação indígena nem permitiu que camponeses adquirissem terras necessárias para sua sobrevivência, e, portanto, somente era possível a aquisição de terras por meio da compra, evitando que estas fossem adquiridas por índios ou pelos negros que estavam sendo libertos¹⁵, o que ocasionou um sistema informal de registros, simultâneo à grilagem e à concentração de terras em mãos de poucos proprietários. É o momento também que se estabelece o conceito de “terras devolutas” que vigorará até o advento do Decreto-lei nº 9.760/46.

E aqui evidentes alguns paradoxos da Lei de Terras: a) erige-se um aparato regulatório para “proteger a propriedade privada da terra contra as ocupações, quando até essa data (a partir de 1822) a posse era norma para consegui-la”¹⁶; b) um constrangimento para o reconhecimento de posses, ao mesmo tempo que inúmeros imóveis foram recadastrados com registros em cartórios, devolvidos, novamente reconhecidos e titulados, comportando em seus domínios inúmeras situações de posse; c) a criação, para fins de demarcação de “terras devolutas”, de arquivos, registros e organismos ineficientes sucessivamente substituídos, de tal forma poder-se afirmar que “até praticamente nossos dias, as terras devolutas têm sido privatizadas, tirando proveito de uma situação de fragilidade na demarcação da propriedade de terra no Brasil durante mais de quatro séculos”.

Assim, vão ser encontradas, ocupadas por comunidades predominante negras, “terras de índios” (doadas em função de serviços prestados ao Exército Nacional, em virtude da Guerra do Paraguai ou da Balaiada), “terras de pretos” (doações de ex-proprietários de escravos), “terras de santo”, porque repassadas para determinada santidade ou congregação religiosa (ex. Santa Teresa)

¹⁴ SODERO, Fernando Pereira. **Esboço histórico da formação do direito agrário no Brasil**. Rio de Janeiro: AJUP-FASE, junho de 1990, p. 42-43, 45-48.

¹⁵ ATAÍDE JR., Wilson Rodrigues. **Os direitos humanos e a questão agrária no Brasil**. Brasília: UNB, 2006, p. 174-177

¹⁶ MARICATO, Ermínia. As idéias fora do lugar e o lugar fora das idéias. IN: ARANTES, Otília, VAINER, Carlos & MARICATO, Ermínia. **A cidade do pensamento único: desmanchando consensos**. Petrópolis: Vozes, 2000, p. 145-150.

e tantas outras denominações.¹⁷ A ausência de registros formais e a própria característica da posse/propriedade são singulares e, em alguns casos, tais territórios são hoje alvo de disputa com as Forças Armadas, com alegações de preservação de segurança nacional, de que são exemplos Alcântara/MA, onde existe base de lançamento de foguetes, e Marambaia/RJ, que é sede naval.

Neste sentido, o laudo antropológico da comunidade de Alcântara é bem revelador¹⁸: a) até o “Directorio de 1758”¹⁹, os índios recebiam a designação de “negros” (o que então ficou proibido), e o Alvará de 1755 incentivou o casamento dos “vassalos do rei de Portugal” com as índias e de portuguesas com índios, proibindo que os descendentes fossem denominados “caboclos”, ao mesmo tempo que, abolindo a escravatura indígena, intensificava a formação de fazendas por doações régias e incentivos para introdução de escravos africanos, com isto mantendo a estigmatização para os “pretos”, aos quais se davam os atributos de “vileza”, “infâmia” e “desonra”; b) o debilitamento econômico e social dos fazendeiros, pela derrocada das fazendas de algodão, acarretou uma aproximação entre índios e escravos, no sentido de pertencerem “afetiva e economicamente a territorialidades que controlavam efetivamente, viviam como suas e às quais emprestavam suas próprias auto-atribuições, num momento em que não lhe era permitido por lei ter quaisquer propriedades e pecúlios”²⁰; c) ao afirmarem,

¹⁷ SOGAME, Maurício. Populações tradicionais e territorialidades em disputa. Disponível em: http://www.uff.br/posgeo/modules/xt_conteudo/content/campos/mauricio.pdf ; ALMEIDA, Alfredo Wagner de. Conceito de terras tradicionalmente ocupadas. https://redeagu.agu.gov.br/UnidadesAGU/CEAGU/revista/Ano_V_novembro_2005/alfredo-indio.pdf

¹⁸ ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. **Os quilombolas e a Base de lançamento de foguetes de Alcântara**. Laudo antropológico. Brasília: MMA, 2006, p. 115-125, 90-98. Disponível em : www.projetobr.com.br/c/document_library/get_file?folderId=143&name=pub179.pdf&download=true

¹⁹ Interessante observar que o mesmo “Directorio que se deve observar nas povoações dos índios do Pará e Maranhão”, de 1758, ao reconhecer que a introdução do próprio idioma nos povos conquistados é “um dos meios mais eficazes para desterrar dos povos rústicos a barbárie de seus antigos costumes”, estabeleceu, como um dos primeiros cuidados, “nas suas respectivas povoações o uso da língua portuguesa, não consentindo por modo algum, que os meninos e meninas, que pertencerem às escolas, e todos aqueles índios, que forem capazes de instrução nesta matéria, usem da língua própria das suas nações, ou da chamada geral”. É a institucionalização da “língua portuguesa” como idioma oficial, proibindo todas as línguas indígenas e o “nheengatu”, a chamada língua geral, que, introduzida pelo clero para comunicação entre os distintos povos indígenas, era utilizada inclusive entre os escravos trazidos da África. A dispersão de escravos de diferentes etnias em distintas fazendas, evitando agrupamentos, passou, então, a constituir um forte mecanismo de controle sobre os trabalhadores escravos e uma forma de facilitar a imposição do português como língua de comunicação obrigatória. E, simultaneamente a isto, a manutenção de “índios” e “negros”, como categorias homogêneas, ocultando a pluralidade étnica, lingüística e cultural. Vide: ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. Os movimentos indígenas e a autoconsciência cultural: à guisa de apresentação. IN: ___, org. **Terras das línguas: lei municipal de oficialização de línguas indígenas**. Manaus: PPGSCA-UFAM/Fundação Ford, 2007, p. 18-26.

²⁰ Pecúlio “diz-se tudo aquilo que ao escravo era permitido, de consentimento expresso ou tácito do senhor, administrar, usufruir, e ganhar, ainda que sobre parte do patrimônio do próprio senhor” (MALHEIROS, op. cit, p. 39. § 33. Disponível em:

implicitamente, “direitos pessoais e de grupos não reconhecidos como legalmente habilitados à posse/ou propriedade, marcam uma diferença diante do ordenamento jurídico colonial e descrevem uma trajetória que colide com ele ao se erigirem como sujeitos”; d) o que era considerado “infâmia” para as autoridades coloniais, passou a ser atributo de autodefinição dos agentes sociais e de seu território, invertendo, pois, o “sinal negativo, que oficialmente as contrapunha ao Estado e que as destituía de qualquer direito”, passando a assumir um “sentido afirmativo”, ao “batizar” com elas suas próprias territorialidades”; e) inexistência correspondência entre a condição jurídica de sesmeiro e a apropriação real dos meios de produção, e as fazendas consistiam mais em “símbolos de um poder que efetivamente não mais se baseava nelas”, pois as famílias buscavam prestígio em cargos públicos e carreira política.

O que coloca duas outras questões: a) uma social, no sentido de que estas terras representam cerca de um quarto do território nacional, o que implica a possibilidade de proliferação de conflitos fundiários, num contexto de valorização econômica de terras; b) e outra, epistemológica, no que diz respeito ao privilégio, nestes casos, à história oral (Silvia Rivera bem o destaca)²¹, em evidente contraposição à visão eurocentrada de escrita. São depoimentos, lembranças, relatos e vivências, colocados dentro de processos administrativos e judiciais a justificar a territorialidade, a ancestralidade, a convivência em comunidade, os laços de parentesco, as formas de religiosidade, as disposições de utilização da propriedade.

Quarto, porque a Associação Brasileira de Antropologia (ABA), na tentativa de orientar e auxiliar a aplicação do Artigo 68 do ADCT, divulgou, em 1994, um documento elaborado pelo Grupo de Trabalho sobre Comunidades Negras Rurais em que se define o termo “remanescente de quilombo”:²²

“Contemporaneamente, portanto, o termo não se refere a resíduos ou resquícios arqueológicos de ocupação temporal ou de comprovação biológica. Também não se trata de grupos isolados ou de uma população estritamente homogênea. Da mesma forma nem sempre foram constituídos a partir de movimentos insurrecionais ou rebeldes, mas, sobretudo, consistem em grupos que desenvolveram práticas de resistência na manutenção e reprodução de seus modos de vida característicos num determinado lugar.”

Desta forma, desde então, para fins de laudos antropológicos, **o quilombo** é entendido como “toda comunidade negra rural que agrupe descendentes de

<http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/malheiros1.html>. Perdigão Malheiros, a propósito, lembrava que “nenhuma lei garante ao escravo o pecúlio”, mas “se os senhores toleram que, em vida ou mesmo causa mortis, o façam, é um fato, que todavia deve ser respeitado” (§ 34).

²¹ CUSICANQUI, Silvia Rivera. El potencial epistemológico y teórico de la historia oral: de la lógica instrumental a la descolonización de la historia. La Paz: UMSA, *Temas Sociales*, (11): 49-75, 1987.

²² Informação disponível em: http://www.cpsp.org.br/comunidades/html/i_oque.html

escravos vivendo da cultura da subsistência e onde as manifestações culturais têm forte vínculo com o passado".

Quinto, porque os próprios antropólogos reconhecem que ao serem identificados como "remanescentes", aquelas comunidades "em lugar de representarem os que estão presos às relações arcaicas de produção e reprodução social", passam a ser "reconhecidas como símbolo de uma identidade, de uma cultura e, sobretudo, de um modelo de luta e militância negra" e, neste sentido, "os laços das comunidades atuais com grupos do passado precisam ser produzidos hoje, através da seleção e da recriação de elementos de memória, de traços culturais que sirvam como os 'sinais externos' reconhecidos pelos mediadores e o órgão que tem a autoridade de nomeação"²³ Isto implica, ainda, um repensar do conceito de "comunidade tradicional", existente na Convenção 169-OIT, da qual o Brasil é signatário, rompendo com: a) o pensamento eurocêntrico que parte do pressuposto de que o conhecimento tradicional associado (e toda a fitoterapia relacionada), as cosmologias étnicas, a associação com a presença indígena ou negra, a especificidade cultural, o manejo sustentável da economia são símbolos de que tais saberes, temporalidades, diferenças e escalas são inferiores e, portanto, devem manter-se ignorados, silenciados, eliminados e/ou condenados à inexistência ou irrelevância; b) o etnocentrismo, que entende as culturas como atemporais -ou quando distintas, como "presas ao passado"- e, portanto, impossíveis de serem alteradas.

As "comunidades tradicionais"- das quais os **quilombolas**, faxinalenses, as quebradeiras de coco de babaçu e os ribeirinhos são exemplos- **não são representantes de um passado, nem "vestígio", nem meros "remanescentes": são parte da estrutura agrária do presente e tão modernas e contemporâneas quanto os agricultores que utilizam transgênicos ou os pesquisadores de células-tronco.**

Sexto, porque a demasiada "reverência" ao conceito colonial e, portanto, o "congelamento" da definição jurídica no tempo, acarretaria impor, no século XXI, o conceito empregado pela legislação escravocrata, com fins penais e repressivos, a uma norma constitucional garantidora de direitos e imbuída de propósitos emancipatórios. Seria, pois, importar a cultura da época da escravidão, mantendo um "colonialismo interno" para a hermenêutica constitucional, o que foi bem apontado por Deborah Duprat,²⁴ em relação ao anterior regramento por parte do Decreto nº 3.912/2001:

"... 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

²³ ARRUTI, José Maurício Andion. A emergência dos 'remanescentes': notas para o diálogo entre indígenas e quilombolas. *Mana*, 3(2):22-23,1997. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/mana/v3n2/2439.pdf>

²⁴ DUPRAT, Deborah. Breves considerações sobre o Decreto nº 3912/2001. IN: DUPRAT, org. **Pareceres jurídicos- direitos dos povos e das comunidades tradicionais**. Manaus: UEA, 2007, p. 37-38. Disponível em: http://ccr6.pgr.mpf.gov.br/documentos-e-publicacoes/artigos/documentos-e-publicacoes/docs_artigos/consideracoes_decreto_quilombos_3912_01.pdf

direito, quilombos tais como concebidos em 1741, pois o espaço de liberdade para a regulação ritual da vida seria obtido à custa do confinamento. (...) **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** (...) Neste passo, o que postula(...) 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."

Ao contrário: o dispositivo constitucional orienta-se “numa perspectiva de presente, com vistas a assegurar a grupos étnicos ligados historicamente à escravidão o pleno exercício de seus direitos de autodeterminação em face de identidade própria”. Há, pois, que “descolonizar” o senso comum do conceito de quilombo, de forma a interpretar o art. 68-ADCT, com o seu nítido caráter de inclusão e reconhecimento de direitos, e de afirmar a necessária justiça histórica e cognitiva às comunidades etnicamente distintas como portadoras de conhecimentos e de direitos territoriais e culturais. E é neste sentido, pois, que deve ser reconhecido que, no Brasil, "a injustiça social tem um forte componente de injustiça histórica e, em última instância, de racismo antiíndio e antinegro" e que ao "contrário do que se pode pensar, a justiça histórica tem menos a ver com o passado que com o futuro", porque "estão em causa novas concepções de país, soberania e desenvolvimento".²⁵ Valem, pois, para as populações negras, as observações constantes do voto proferido pelo Min. Carlos Ayres Brito, no dia 27-08-2008, em relação às comunidades indígenas, no julgamento da demarcação do Território Indígena Raposa Serra do Sol (AC 2009):²⁶

“Pensar diferente, para desproteger as populações aborígenes, seria a continuidade de uma soma perversa que a nossa Lei Maior quis apagar do mapa do Brasil: a soma de um passado histórico de perseguição aos índios com uma hermenêutica jurídica da espécie restritiva. Esta, uma segunda subtração, constitutiva do que se tem chamado de “arma limpa”, por implicar um processo de dizimação sem derramamento de sangue”

Uma perversidade maior ainda quando se recorda que o escravo era: a) “coisa”, para fins civis, e portanto, nada adquiria para si, mas apenas para o senhor, e, sendo propriedade, poderia passar por sucessão ou por testamento, “do mesmo modo que os outros bens do defunto senhor”; b) em relação à lei penal, “sujeito do delito ou agente dele”, sendo, pois, “pessoa na acepção lata do termo, “um ente humano”, igual “pela natureza aos outros homens livres seus semelhantes”²⁷. E mais que isto: era uma coisa que poderia se tornar uma pessoa, se obtivesse a liberdade, e uma pessoa que podia voltar a ser coisa, “caso não cumprisse com as obrigações de todo o liberto, como o reconhecimento da devida

²⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. Bifurcação na Justiça. **Folha de São Paulo**, 10 de junho de 2008, p. 3

²⁶ <http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/pet3388CB.pdf>

²⁷ MALHEIROS, op. cit, p. 27-30, 38-40. §§ 13-14 e 31-35.

gratidão ao seu senhor, e fosse reescravizado”²⁸ E, conforme Keila Grinberg, enquanto existiram pessoas livres que foram escravas e pessoas escravizadas que trabalhavam em troca de um remuneração, “ninguém conseguiu escrever um Código Civil”, sendo certo, ainda, que Clóvis Beviláqua, diante do texto do Código de 1916, salientava que a “escravidão e outras leis que instituições que anulam a liberdade civil são repelidas”, a indicar, pois, que a “**memória de seu passado- e das relações jurídicas que engendrou, por extensão- ainda estava bem viva**”²⁹

Sétimo, porque implica a necessidade de reconhecer a diversidade étnico-cultural e socioambiental brasileira, num contexto constitucional de preservação do patrimônio imaterial, de reconhecimento da formação cultural diversificada (em que negros e índios são estruturantes) e de distintas formas de conhecimento ambiental. Mais ainda: obriga a rever a idéia de que a preservação ambiental se dá somente quando inexistente presença humana. Não à toa, 75% da biodiversidade se encontra em terras indígenas e de comunidades ditas “tradicionais”: o respeito à biodiversidade se faz, também, com a preservação da sociodiversidade. As plantas medicinais utilizadas pelas comunidades de Oriximiná/PA, por exemplo, estão sendo objeto de pesquisa pela UFRJ. Não se olvide que as comunidades quilombolas são, legalmente, pela internalização da Convenção da Diversidade Biológica (MP nº 2.186-16, de 23-08-2001), depositárias de “conhecimento tradicional associado” (art. 7º, incisos II e III), reconhecido seu direito para "decidir sobre o uso de seus conhecimentos tradicionais associados ao patrimônio genético do país", pois este "integra o patrimônio cultural brasileiro e poderá ser objeto de cadastro" (art. 8º, caput e §§ 1º e 2º), de titularidade coletiva (art. 9º, § único).

²⁸ GRINBERG, Keila. **Código civil e cidadania**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002, p. 55. Observe-se que a reescravização poderia ocorrer tanto por revogação da alforria quanto por escravização ilegal de descendentes de indígenas, libertas ou africanos chegados depois de 1831 (que proibia o tráfico atlântico), o que foi objeto de análise por: GRINBERG, Keila. Reescravização, direitos e justiça no Brasil do século XIX. IN: LARA, Silvia Hunold & MENDONÇA, Joseli Maria Nunes, (org). **Direitos e justiça no Brasil**. Sao Paulo: Unicamp, 2006, p. 101-128. Perdígão Malheiros entendia que a alforria era “a renúncia dos direitos do senhor sobre o escravo, e a conseqüente reintegração deste no gozo de sua liberdade, suspenso pelo *fato* de que ele foi vítima” e, desta forma, se opunha à possibilidade de sua revogação, porque se “perderia todos os seus direitos, de cidadão, de marido ou mulher, de pai de família, de proprietário, lavrador, comerciante, manufatureiro, empregado público, militar, eclesiástico, enfim toda a sua *personalidade*, o seu *estado*, *família*, *direitos civis*, e mesmo *políticos* para recair na odiosa e degradante condição de escravo” (MALHEIROS, op. cit, §§ 125 e 149). Mesmo a lei de 1879, tratando da locação de serviços agrícolas, estabelecia, para o trabalhador que não pudesse garantir suas dívidas por meio de bens, que as garantisse por meio de sua pessoa: uma espécie de nova escravidão por dívidas.

²⁹ Idem, p. 69. Os processos de estigmatização continuaram presentes após a abolição, de que é evidência a previsão, constante no Decreto nº 847/1890 (Código Penal da República), depois alterado pelo Decreto nº 145/1893, de aplicação de pena corporal à exibição de “exercício de agilidade e destreza corporal conhecidos pela denominação capoeiragem”, mesmo que a prática não resultasse em ofensa a quem quer que fosse. Mais adiante, qualquer atitude que causasse distúrbios na rua poderia ser enquadrada como “capoeiragem”. Vide, neste sentido: TONINI, Renato Neves. **A arte pernicioso: a repressão penal aos capoeiras na República Velha**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, especialmente p. 69-75.

Oitavo, porque se trata de afirmação da proteção de patrimônio cultural imaterial, como manifestação de modos de “criar, fazer e viver” (art. 216, II, CF)”, rompendo com a visão “monumentalista” ou “arqueológica”. A preservação do patrimônio cultural é muito mais uma questão de presente, não somente de tombamento, documentação antiga, registros ou inventários (art. 216, §1º). E isto tem sido objeto de pouca atenção dos doutrinadores (José Afonso da Silva é honrosa exceção!), apesar de a Constituição estabelecer a proteção das "manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras", integrantes do "processo civilizatório nacional" (art. 215, § 1º, CF), dentro da política cultural de "valorização da diversidade étnica e regional" (art. 215, § 3º, V, CF).

Nono, porque a noção de territorialidade como espaço de reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica põe em xeque a visão tradicional que associa terra e pura utilidade econômica. São comunidades a reivindicar o “pleno exercício dos direitos culturais” (art. 215, CF), no qual o seu “território” é elemento essencial. Como bem destaca Boaventura Santos, aqui a temporalidade é distinta das lutas de indígenas e de sem-terras: a luta pela terra está ligada ao tempo largo da escravidão, ao passo que na primeira, à colonização e ao esbulho dos territórios pelos conquistadores e na última, ao momento atual de concentração fundiária.³⁰

E os laudos antropológicos salientam sobremaneira tal aspecto, não sendo demais lembrar manifestações de representantes do movimento quilombola, em pesquisa realizada pelo Programa de História Oral do CPDOC-Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil da Fundação Getúlio Vargas³¹

"O que nos junta é a mesma condição de desigualdade racial. Ou seja, estamos no mesmo contexto de desigualdade e discriminação, viemos de uma mesma origem. (..) **Tem duas coisas que são fortes, para que todas essas comunidades, dentro da multiplicidade que as caracteriza, se reconheçam como quilombo. Uma é a herança africana, saber de onde viemos.** As pessoas podem nem saber o que é quilombola, mas sabem que são originárias de um processo de escravidão. **A outra é exatamente a defesa de um território. A territorialidade é o que nos unifica. Como ela foi constituída em cada quilombo é diferente, mas o que nós queremos com ela é igual. Ao se manter ali, criou-se um espaço de reprodução social daquele grupo e nós queremos zelar por ele.** A territorialidade é baseada na relação de parentesco, no respeito aos mais velhos, no uso comum dos recursos naturais, no papel das mulheres, na religiosidade...- uma série de elementos que constitui esse patrimônio (...) **toda essa área geográfica tem uma correlação na vida das pessoas, que constitui a territorialidade.** Ou seja, as nossas festas religiosas ou os nossos rituais, a gente faz aqui, e há uma relação com o povoado seguinte. (...) então, essa relação de territorialidade tem espaço geográfico definido, tem uso coletivo desses espaços e ela é aquele espaço que eu necessito para viver

³⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas gerais globais a uma ecologia de saberes. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, (78): outubro de 2007, p. 28.

³¹ ALBERTI, Verena & PEREIRA, Amílcar Araujo. **Histórias do movimento negro no Brasil: depoimentos ao CPDOC**. Rio de Janeiro: Pallas, CPDOC- FGV, 2007, p. 310-312.

socialmente. (...) Mas e o cemitério, que tem uma relação que não é geográfica, é cultural, é religiosa? **Se eu digo que o cemitério não vale nada e corto no meio, estou acabando com um valor cultural na comunidade** (...) Isso é sagrado para nós. Então como eu ousar acabar com os cemitérios? E os meus antepassados, eu não tenho mais direito de cultuar? **Tudo há que ser pensado na delimitação dessas áreas, porque a constituição da territorialidade quilombola extrapola a questão geográfica e administrativa.** O território Kalunga, por exemplo, está em três municípios em Goiás, que são Monte Alegre, Cavalcante e Teresina. A comunidade extrapola a unidade administrativa geográfica. (...) eu vou cortar a terra? Eu tiro o espaço para as pessoas se reproduzirem?"

A Convenção nº 169-OIT, em seu art. 13.1, enfatiza “a **importância especial** que para as culturas e valores espirituais dos povos interessados possui a sua relação com as **terras e territórios**, ou com ambos, segundo os casos, que eles ocupam ou utilizam de alguma maneira e, particularmente, os aspectos coletivos dessa relação”, e no art. 13.2 afirma incluir-se no termo “terras” o conceito de “territórios”, abrangendo “a totalidade do habitat das regiões” ocupados ou utilizados de alguma forma, noção que é expressa no art. 2º, §§ 2º e 3º do Decreto nº 4.887/2003, e vem reforçada no Decreto nº 6.040/2007, segundo o qual “territórios tradicionais” são os “espaços necessários à reprodução cultural, social e econômica dos povos e comunidades tradicionais, sejam eles utilizados de forma permanente ou temporária, observado, no que diz respeito aos povos indígenas e quilombolas, respectivamente, o que dispõem os arts. 231 da Constituição e 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e demais regulamentações” (art. 3º, inciso II).

Recentemente, 10 organizações quilombolas e 12 organizações não-governamentais encaminharam comunicação relativa ao cumprimento da referida Convenção recomendando a agilização dos processos de titulação das terras quilombolas, bem como medidas para “salvaguardar a integralidade do território das comunidades quilombolas, antes e depois de sua titulação, de forma a evitar intrusão de pessoas e empresas estranhas ao grupo em suas terras”³²

Aqui, pois, a territorialidade quilombola guarda similitudes com a territorialidade indígena no sentido de preservar os “quatro círculos concêntricos”: a) habitação em caráter permanente; b) utilização das terras para suas atividades produtivas; c) utilização imprescindível à preservação dos recursos ambientais necessários ao seu bem-estar; d) a necessidade de reprodução física e integral. E, pois, em perspectiva intercultural de tradução de realidades não-eurocentradas, a necessidade de um “**princípio da proporcionalidade extensivo**”, na linha do voto do Min. Carlos Ayres Britto antes referido:³³

³²http://www.koinonia.org.br/oq/uploads/noticias/4871_Comunicação%20Quilombola%20em%20português.pdf

³³ Vide nota 25. Aplicação similar já fora feita em relação à constitucionalidade das ações afirmativas (RAUPP RIOS, Roger. O princípio da igualdade e o direito da antidiscriminação: discriminação direta, discriminação indireta e ações afirmativas no direito constitucional estadunidense. Tese de doutorado, UFRGS, 2004, p. 36), ao salientar que o juízo de

“Por ela, o próprio conceito do chamado princípio da proporcionalidade, quando aplicado ao tema da demarcação das terras indígenas, **ganha um conteúdo irrecusavelmente extensivo**. Quer dizer: se, para os padrões culturais dos não-índios, o imprescindível ou o necessário adquire conotação estrita, no sentido de que “**somente** é dos índios o que lhe for não mais que suficiente ou contidamente imprescindível à sua sobrevivência física”, já sob o visual da cosmogonia indígena a equação é diametralmente oposta: “dêem-se aos índios **tudo** que for necessário ou imprescindível para assegurar, contínua e cumulativamente: a) a dignidade das condições de vida material das suas gerações presentes e futuras; b) a reprodução de toda a sua estrutura social primeva”.

O voto, ainda que calcado na expressa disposição do art. 231, 1º, CF, reforça, lido em consonância com os termos da Convenção nº 169-OIT, a argumentação constante de parecer exarado pelo então Consultor-Geral da União, Manoel Lauro Volkmer de Castilho, a respeito do art. 68 do ADCT:³⁴

"o que a **disposição constitucional está a contemplar é uma territorialidade específica cujo propósito não é limitar-se à definição de um espaço material de ocupação, mas de garantir condições de preservação e proteção da identidade e características dos remanescentes destas comunidades assim compreendidas que devem ser levadas em linha de conta na apuração do espaço de reconhecimento da propriedade definitiva. (...) a noção de quilombo que o texto refere tem de ser compreendida com certa largueza metodológica para abranger não só a ocupação efetiva senão também o universo de características culturais, ideológicas e axiológicas dessas comunidades em que os remanescentes dos quilombos (no sentido lato) se reproduziram e se apresentam modernamente como titulares das prerrogativas que a Constituição lhes garante. É impróprio (...) lidar nesse processo como 'sobrevivência' ou 'remanescentes' como sobra ou resíduo, quando pelo contrário o que o texto sugere é justamente o contrário."**

A denominação constitucional, pois, de "remanescentes das comunidades de quilombos" deve ser interpretada nestes termos, e o art. 2º do Decreto nº 4.887/2003 não destoia de tal entendimento ao prever como remanescentes das comunidades dos quilombos 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". Mais que isto: a insistência no critério de autodefinição (como previsto no art. 1º.2 da Convenção nº 169-OIT) é outro elemento questionador do etnocentrismo da sociedade - os critérios de "classificação social"

proporcionalidade, aqui, exige que sempre se busquem, "para alcançar os benefícios gerais necessários, as **alternativas menos onerosas do ponto de vista do dever de superar a situação de subordinação do grupo desvantajado**", de tal forma que não havendo esta alternativa, necessário verificar "se o propalado benefício geral é mais importante para a sociedade do que a superação da situação da subordinação".

³⁴ CASTILHO, Manoel Lauro Volkmer de. Parecer AGU/MC 1/2006. IN: DUPRAT, org. **Pareceres jurídicos- direitos dos povos e das comunidades tradicionais**. Manaus: UEA, 2007, p. 54. Disponível em: http://ccr6.pgr.mpf.gov.br/documentos-e-publicacoes/artigos/documentos-e-publicacoes/docs_artigos/Parecer_AGU_01_2006.pdf, p. 7 e 11

são, em geral, fruto de “heterodefinição” (de que “negro” e “homossexual” são casos clássicos).

3. O reconhecimento da propriedade – “direitos originários”, usucapião ou “afetação”?

Verificam-se, pois, singularidades das comunidades quilombolas: a) uma pluralidade de processos de resistências e de localizações geográficas, que superam a tradicional distinção “urbano/rural”; b) um forte laço de territorialidade, construída como espaço de reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica; c) um caráter de utilização para fins de subsistência que dissocia terra e pura utilidade econômica e, pois, se põe inclusive em oposição ao processo de “mercantilização” da terra, iniciado com a Lei nº 601/1850; d) o reconhecimento do caráter étnico de discriminação na enorme concentração fundiária brasileira e, desta forma, a necessidade de discussão do racismo institucionalizado (e reproduzido, legalmente, por meio de normas “aparentemente” neutras); e) um caráter de “tradicional” que, longe de ser “atrasado”, repõe a função socioambiental da propriedade, questionando o modelo de monoculturas e de extenuação das terras e demonstrando a pluralidade de regimes de propriedade ; f) salienta a diversidade étnico-cultural brasileira e a necessidade de preservação do patrimônio cultural imaterial, impondo-se, ainda, a reflexão sobre o legado africano e as conseqüências do período colonial. Uma proteção constitucional, portanto, que obriga repensar as relações ocultas da “modernidade” com o racismo e o colonialismo. Disto se segue, também, que este reconhecimento jurídico acarrete outras discussões importantes.

A natureza jurídica deste “reconhecimento da propriedade definitiva” não se encontra definida nem pela doutrina nem pela jurisprudência. É que o decreto nº 4.887/2003 estabelece em seu art. 13 a possibilidade de desapropriação, cuja admissibilidade dependeria, portanto, do estatuto jurídico de tal proteção à propriedade.

Na fundamentação da ADIN, que contesta a constitucionalidade da previsão, sustenta-se que a hipótese do art. 68 do ADCT é um “usucapião extraordinário” e, portanto, comprovada a posse mansa e pacífica desde 1888 até o momento presente, desnecessário qualquer procedimento desapropriatório. Esta leitura guarda similitude com a previsão constante no Decreto nº 3.912/2001, que disciplinou a questão anteriormente.³⁵ E, diante do que já foi explicitado relativamente ao que a historiografia e a antropologia tem apontado, não tem como

³⁵ “Art. 1º Compete à Fundação Cultural Palmares - FCP iniciar, dar seguimento e concluir o processo administrativo de identificação dos remanescentes das comunidades dos quilombos, bem como de reconhecimento, delimitação, demarcação, titulação e registro imobiliário das terras por eles ocupadas. Parágrafo único. Para efeito do disposto no **caput**, somente pode ser reconhecida a propriedade sobre terras que: I - eram ocupadas por quilombos em 1888; e II - estavam ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos em 5 de outubro de 1988.”

prevalecer, como bem salientado por Deborah Duprat, em relação ao mencionado Decreto:³⁶

“Mas não só o interregno de tempo entre os marcos inicial e final da ocupação, como condições do 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, reitere-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.”

O marco final, no entender da Subprocuradora-Geral da República³⁷, também ofenderia duplamente o texto constitucional: a) 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”; b) porque impõe uma rigidez cultural etnocêntrica, impedindo o grupo de, a partir de 05-10-1988, “conceber novos estilos de vida, de construir 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.”

A ofensa ao princípio da isonomia estaria caracterizada por outro aspecto ainda: é que, estabelecendo a legislação um prazo máximo de quinze anos para reconhecimento de usucapião (art. 1238, Código Civil), não há sentido que a disposição constitucional, com intuito de proteção, seja desfavorável às partes envolvidas. Como sustenta Daniel Sarmiento, “por esta interpretação, o art. 68 do ADCT, editado para proteger um grupo étnico, vulnerável, torna-se num passe de mágica no veículo de uma odiosa discriminação perpetrada contra os integrantes desse grupo”³⁸

Ademais, não encontra substrato constitucional a caracterização do art. 68 do ADCT como “usucapião extraordinário”. A Constituição de 1988, quando previu hipóteses de “usucapião”, tais como os arts. 183 e 191, referiu-se sempre a “aquisição de propriedade”. Ao contrário, no caso das comunidades quilombolas, a disposição refere-se a “reconhecimento da propriedade”, com a subsequente titulação. Vale dizer: a propriedade é preexistente, sendo necessários seu reconhecimento e sua titulação.

³⁶ Vide nota 18

³⁷ Ibidem.

³⁸ SARMENTO, Daniel. Territórios quilombolas e Constituição: a ADIN 3.239 e a Constitucionalidade do Decreto 4.887/2003. Disponível em: http://ccr6.pgr.mpf.gov.br/documentos-e-publicacoes/docs_artigos/Territorios_Quilombolas_e_Constituicao_Dr._Daniel_Sarmiento.pdf

A “preexistência da propriedade” é um dos motivos para se alegar o enquadramento na mesma figura jurídica de “direitos originários”, à semelhança do que se vem entendendo em relação aos indígenas. Importante, contudo, destacar algumas diferenciações.

A primeira, no sentido de que “as terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas” configuram “bens da União” (art. 20, XI, CF), sendo assegurados às comunidades a “posse permanente” e o “usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes” (art. 231, § 2º). No caso do art. 68-ADCT, a Constituição não assegura a “posse permanente”, mas sim a “propriedade”, que, por sua vez, não é da União, mas sim dos “remanescentes das comunidades de quilombos”.

A segunda, no sentido de que a Constituição expressamente afirma “direitos originários sobre as terras tradicionalmente ocupadas”, conforme dicção do art. 231, caput. A doutrina sempre se orientou no sentido de que isto constituía a “constitucionalização” da *posse indigenata*, ou seja, a tradição jurídica derivada do Alvará de 1º de abril de 1680, confirmado pela Lei de 6 de junho de 1755, que firmara o princípio de que, nas terras outorgadas a particulares, seria “sempre reservado o direito dos índios, primários e naturais senhores destas.”³⁹ O indigenato seria, pois, fonte primária e congênita da posse territorial, um direito que independe de apresentação de título, e, sendo originariamente reservadas as terras, não podem ser consideradas devolutas. No caso das comunidades quilombolas, inaplicável o regime do “indigenato” do período colonial: enquanto este estipulava que os índios eram os primeiros e naturais senhores das terras brasileiras, os instrumentos jurídicos que definiam os quilombos partiam da premissa de necessária repressão à resistência negra, ou seja, a legislação colonial sempre reconheceu a reserva de direitos dos indígenas, ao passo que sempre negou direitos aos negros aquilombados.⁴⁰ Ademais, não se tratavam de “povos originários”, mas sim de povos que foram transferidos à força de seus territórios africanos para serem escravizados.

Fincadas estas diferenças, não há como deixar de salientar uma proteção constitucional distinta prevista no art. 68-ADCT em relação aos demais proprietários/possuidores. O recente do Min. Ayres Britto lança mais argumentos neste sentido. ⁴¹É que, ao salientar que a expressão “originários” traduz “situação jurídico-subjetiva mais antiga do que qualquer outra, de maneira a preponderar sobre eventuais escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de não-índios”, destaca tratar-se de uma qualificação jurídica **“tão superlativa a ponto de a Constituição dizer que ‘os direitos originários’ sobre as terras indígenas não**

³⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23ªed. rev. atualiz. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 836.

⁴⁰ Recorde-se, inclusive, que o Código Imperial previa o crime de “insurreição”, cometido “reunindo-se vinte ou mais escravos para haverem a liberdade por meio da força. — Penas: aos cabeças, de morte no grau máximo, galés perpétuas no médio, e por 13 anos no mínimo; aos mais, açoites.” (MALHEIROS, op. cit.)

⁴¹ Nota 25, § 80, item II.

eram propriamente outorgados ou concedidos, porém, mais que isso, **reconhecidos** (parte inicial do art. 231, caput)” e, portanto, uma carga de proteção constitucional “**maior que a defluente da simples outorga de direitos que não gozam de tal qualificação**”, em virtude de uma “natureza especialíssima” carregada de “clara consciência histórica de compensação”.

Desta forma, a locução do art. 68 ADCT -“é **reconhecida** a propriedade definitiva”- deve ter a mesma interpretação conferida ao art. 231, CF- “são **reconhecidos** aos índios”, na linha de moderna interpretação constitucional⁴², pautada pela “unidade da Constituição” (evitando contradições entre as normas) e “máxima efetividade” (atribuindo-se o sentido que maior eficácia lhe dê). Assim, ainda que não prevendo “direitos originários”, demonstra a especificidade da comunidade negra no período pós-abolição, a justificar uma proteção especial de sua propriedade, com uma carga valorativa maior que a decorrente de outorga de direitos sem a mesma qualificação.

Daniel Sarmiento, contudo, defende tratar-se de hipótese de “afetação”, constitucionalmente estabelecida, a uma “finalidade pública de máxima relevância, eis que relacionados a direitos fundamentais de uma minoria étnica vulnerável: o seu uso, pelas próprias comunidades, de acordo com os seus costumes e tradições, de forma a garantir a reprodução física, social, econômica e cultural dos grupos em questão”, hipótese, pois, em que seria discutível apenas a indenização cabível⁴³.

Nesta linha de argumentação, os quilombolas poderiam exercer todos os seus direitos possessórios, antes mesmo de eventual ação de desapropriação, contra proprietário e contra terceiros. Esta interpretação é compatível com algumas previsões constantes da Convenção 169-OIT e como da Constituição, no tocante à proteção do patrimônio cultural, entendido no inciso II do art. 216-“modos de criar, fazer e viver”, tendo em vista o forte vínculo que as comunidades quilombolas tem com o território.

Segundo o Procurador da República, a medida revela-se: a) adequada, “uma vez que a tutela do direito à posse dos quilombolas antes da desapropriação afigura-se realmente indispensável para o atingimento daqueles objetivos”; b) necessária, porque reconhece o direito do proprietário de obter indenização pela “privação da posse do bem antes da perda definitiva da propriedade”; c) proporcional, porque se revela equilibrada, prestigiando, na medida do possível, os interesses constitucionais em conflito- a proteção da posse dos quilombolas, que continuam vivendo no próprio território e a restrição às faculdades do proprietário relacionadas à exclusão dos quilombolas do uso e gozo de seus territórios étnicos. Restrição, no seu entender, que “atua a favor e não contra a função social da propriedade”, porque esta, para os quilombolas, é a de “servir de locus para a vida

⁴² CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1223-1225.

⁴³ SARMENTO, Daniel. A garantia do direito à posse dos remanescentes de quilombos antes da desapropriação. Disponível em: http://ccr6.pgr.mpf.gov.br/documentos-e-publicacoes/docs_artigos/Dr_Daniel_Sarmiento.pdf

daquelas comunidades, e não a realização de quaisquer outros objetivos visados pelo proprietário particular.”

A solução, todavia, ainda que seja a que melhor protege os direitos étnico-territoriais das comunidades quilombolas, deve encontrar resistência para o reconhecimento. Primeiro, porque poderia conferir uma proteção superior à das terras indígenas- que possuem capítulo próprio na Constituição-, em que tampouco se assegura a manutenção das comunidades no processo demarcatório. Segundo, porque o Decreto nº 4.887/2003 encontra similitudes com o Decreto nº 1.775/96, que estabelece o procedimento de reconhecimento das terras indígenas e estabelece as objeções aos laudos que atestam o território étnico indígena. Terceiro, porque a hipótese é fortemente associada à idéia de “desapropriação indireta”, que se resolve em indenização e, pois, mais suscetível à resistência por parte dos operadores jurídicos, em especial o Poder Judiciário.⁴⁴

4. Possibilidade jurídica de desapropriação e seu significado em relação à territorialidade quilombola.

A questão tem sido mais tormentosa, na prática, em virtude das previsões contida no Decreto nº 4.887/2003:

“Art. 13. Incidindo nos territórios ocupados por remanescentes das comunidades dos quilombos título de domínio particular não invalidado por nulidade, prescrição ou comisso, e nem tornado ineficaz por outros fundamentos, será realizada vistoria e avaliação do imóvel, objetivando a adoção dos atos necessários à sua desapropriação, quando couber. § 1º Para os fins deste Decreto, o INCRA estará autorizado a ingressar no imóvel de propriedade particular, operando as publicações editalícias do art. 7º efeitos de comunicação prévia.

§ 2º O INCRA regulamentará as hipóteses suscetíveis de desapropriação, com obrigatória disposição de prévio estudo sobre a autenticidade e legitimidade do título de propriedade, mediante levantamento da cadeia dominial do imóvel até a sua origem.

Art. 14. Verificada a presença de ocupantes nas terras dos remanescentes das comunidades dos quilombos, o INCRA acionará os dispositivos administrativos e legais para o reassentamento das famílias de agricultores pertencentes à clientela da reforma agrária ou a indenização das benfeitorias de boa-fé, quando couber.”

Desta forma, a previsão contida no art. 13 no sentido de que, incidindo título de domínio particular, será realizada vistoria para fins de desapropriação, suscita duas questões: a) que modalidade de desapropriação está ali prevista; b) quais os efeitos de tal desapropriação, acaso cabível.

No entender de Daniel Sarmiento, ao artigo deve ser dada interpretação conforme a Constituição, que, “por um lado, afirme que o direito das comunidades quilombolas à propriedade dos territórios que ocupam independe de prévia

⁴⁴ Neste sentido, já eram as críticas à posição similar de Dalmo Dallari, antes do advento dos Decretos nº 3.912/2001 e 4.887/2003. Vide: ANDRADE, Lúcia & TRECCANI, Girolamo. Terras de quilombo. IN: LARANJEIRA, Raymundo. **Direito agrário brasileiro**. São Paulo: LTr, 1999.

desapropriação, por ter sido operado pela própria Constituição, mas, por outro, reconheça a possibilidade de pagamento de indenizações aos antigos proprietários, cujos valores, em caso de controvérsia, devem ser arbitrados seguindo-se as regras e procedimentos empregados na ação expropriatória.”⁴⁵ Por meio da indenização, “reparte-se entre toda a sociedade o ônus de financiar os custos de implementação do art. 68 do ADCT”, de preservar a cultura dos quilombolas e de contribuir “para o resgate da dívida histórica que a Nação tem com os remanescentes de quilombos”, ao mesmo que se reconhece a relativização do direito de propriedade, uma vez que, “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”. A solução preconizada não condiciona “a tutela do direito territorial das comunidades quilombolas à prévia desapropriação da área”, afastando a exegese mais literal “segundo a qual apenas a desapropriação retiraria o imóvel do patrimônio destes particulares para permitir sua ulterior transferências para os remanescentes de quilombos”. Ou seja: “o caso, a rigor, não é de desapropriação, mas é perfeitamente possível o recurso aos procedimentos e mecanismos de desapropriação para cálculo e pagamento da indenização devida aos ex-proprietários das áreas a serem tituladas”.

Posição idêntica é assumida por Walter Claudius Rothenburg⁴⁶ no sentido de que “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”. Ademais, “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 mantido na posse”. Entende, todavia, que o Decreto nº 4.887/2003 não criou modalidade nova de desapropriação, podendo ser utilizadas as clássicas de “utilidade pública”, prevista no Decreto-lei nº 3.365/41 e “interesse social”, prevista na Lei nº 4.132/1962. Neste sentido, aliás, o próprio Presidente da República, no decreto de 27-09-2006, desapropriou, por “interesse social, para fins de titulação de área remanescente de quilombo”, a área da comunidade de Caçandoca, no Município de Ubatuba/SP.⁴⁷

A questão talvez mereça um exame mais detido.

A desapropriação tradicional tem sido concebida como “um instrumento pelo qual o Poder Público determina a transferência da propriedade particular (ou pública de entidades menores) para seu patrimônio ou de seus delegados, por

⁴⁵ SARMENTO, Territórios quilombolas..., item 6.

⁴⁶ ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos dos descendentes de escravos (remanescentes das comunidades de quilombos). IN: SARMENTO, Daniel, IKAWA, Daniela & PIOVESAN, Flávia. **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 464-466

⁴⁷ ROTHENBURG, Walter Claudius. Parecer contrário ao projeto de Decreto Legislativo nº 44, de 2007, de autoria do Deputado Federal Valdir Colato. IN: IN: DUPRAT, org. **Pareceres jurídicos-direitos dos povos e das comunidades tradicionais**. Manaus: UEA, 2007, P. 153. Disponível em : http://ccr6.pgr.mpf.gov.br/documentos-e-publicacoes/artigos/documentos-e-publicacoes/docs_artigos/parecer_contrario_walter_rothenburg.pdf

utilidade ou necessidade pública ou interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, salvo a exceção constitucional de pagamento em títulos da dívida pública”⁴⁸

José Afonso da Silva sustenta, porém, que a “desapropriação urbanística”, ou seja, aquela utilizada como instrumento de execução da atividade urbanística do Poder Público, distancia-se deste conceito geral.⁴⁹

“Assim, a desapropriação urbanística não consiste propriamente em um instrumento de transferência de imóveis de um proprietário privado a outro, público ou não- como observa Spantigatti- mas um instrumento destinado a obter determinada utilização positiva desses bens, na forma prefixada pelas normas do plano urbanístico. (...) A desapropriação tradicional é de caráter casuístico e individualizado, no sentido de que atinge bens isolados para transferi-los, em cada caso, definitivamente, para o Poder expropriante ou seus delegados. A desapropriação urbanística, ao contrário, é compreensiva e generalizável, atingindo áreas e setores completos, retirando os imóveis, aí abrangidos, do domínio privado, para afetá-los ao patrimônio público, para depois serem devolvidos ao setor privado, uma vez urbanizados ou reurbanizados, em cumprimento ao chamado *dever de reprivatização*”

Se os proprietários concordam “em dar aos imóveis a destinação e a configuração preordenadas no plano, não cabe a desapropriação”, mas sua não-anuência torna-a legítima “a fim de que os imóveis vão para quem se comprometa a empregá-los no fim previsto nos planos de ordenação e de edificação”⁵⁰ O exame das legislações estrangeiras mostra que ela se encontra prevista como “utilidade pública”, e o constitucionalista inclui, com base na doutrina estrangeira, as desapropriações de imóveis de interesse histórico, paisagístico, artístico e arqueológico entre as hipóteses de “desapropriação urbanística de caráter subsidiário”, que “tem por função fazer atuar atividade urbanizadora por alguém que deixou de cumprir determinações positivas do plano ou projeto urbanístico”⁵¹

Ora, desde o Decreto-Lei nº 3.365/41 estão previstas como hipóteses de “desapropriação por utilidade pública”: a) “preservação e conservação dos monumentos históricos e artísticos, isolados ou integrados em conjuntos urbanos ou rurais, bem como as medidas necessárias a manter-lhes e realçar-lhes os aspectos mais valiosos ou característicos e, ainda, a proteção de paisagens e locais particularmente dotados pela natureza” (art. 5º, alínea “k”); b) “preservação e a conservação adequada de arquivos, documentos e outros bens móveis de valor histórico ou artístico” (art. 5º, alínea “l”).

Estas hipóteses, contudo, devem ser redimensionadas em consonância, dentre outros, com os valores constitucionais de função social da cidade (art. 182), o direito à moradia (art. 6º, caput), repúdio ao racismo (art. 4º, VII e art. 5ª, XLII),

⁴⁸ SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico brasileiro**. 5ª ed. rev.atualiz. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 415.

⁴⁹ Idem, p. 415-416.

⁵⁰ Ibidem.

⁵¹ Idem, p. 419.

redução das desigualdades sociais (art. 3º, III), pluralismo de idéias (art. 206, III), defesa e valorização da memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira (art. 216), valorização da diversidade étnica e cultural (art. 215, §3º, V) e função socioambiental da propriedade (art. 186)

Neste sentido, em relação aos quilombos, é de observar que o § 5º do art. 216 deve ser lido em conjunto com o § 1º. Desta forma, o tombamento, que diz respeito a "todos os documentos e sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos" (§ 5º) não invalida a regra geral de que o Poder Público promoverá e protegerá o "patrimônio cultural brasileiro" por meio de "inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação". O tombamento passa, pois, a constituir **apenas uma das formas de proteção do patrimônio cultural brasileiro**, rompendo a Constituição de 1988 tanto com a visão que reduz o patrimônio cultural a "patrimônio histórico, artístico e paisagístico", quanto com aquela que reduzia a proteção apenas ao tombamento:⁵²

"Modernizam-se e ampliam-se, portanto, os meios de atuação do Poder Público na tutela do patrimônio cultural. Sai-se , também, do limite estreito da terminologia tradicional, para utilizarem-se técnicas mais adequadas, ao falar-se em patrimônio cultural, em vez de patrimônio histórico, artístico e paisagístico, pois há outros valores culturais que não subsumem nesta terminologia antiga"

No caso das comunidades quilombolas, com mais razão ainda, porque o conceito constitucional de patrimônio cultural abrange, agora, os "bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira" (art. 216, CF), tendo a UNESCO, neste sentido, reconhecido como patrimônio imaterial da humanidade as expressões orais e a linguagem gráfica dos índios Wajãpi (AP) e o samba de roda do Recôncavo Baiano, nos termos da "Convenção para salvaguarda do patrimônio cultural imaterial" (aprovada em outubro de 2003).⁵³ E o reconhecimento das comunidades quilombolas como "território cultural afro-brasileiro", nos termos do art. 6º da Portaria nº 6, da Fundação Cultural Palmares, encontra consonância com a nova visão constitucional no campo cultural.

Ademais, a preservação das comunidades quilombolas é "forma de preservação ambiental e cultural e se acomoda com a política constitucional de preservação ambiental do mesmo modo que outras tantas comunidades, de ribeirinhos, de catadores, de quebradeiras de babaçu, de apanhadores de castanha e seringa, ou de tantas outras comunidades tradicionais extrativistas ao longo do

⁵² SILVA, Curso..., p. 823.

⁵³ BALDI, César Augusto. Indígenas: Constituição, racismo e colonialismo. Disponível em: http://ccr6.pgr.mpf.gov.br/documentos-e-publicacoes/docs_artigos/indigena_constituicao_racismo_e_colonialismo.pdf

país”⁵⁴ e, pois, eventual dupla afetação “não é causa de titulação dos remanescentes de comunidades de quilombos”, atendidas, “proporcionalmente as exigências constitucionais”.

Assim, a leitura “constitucionalmente adequada” das hipóteses do art. 5º, alíneas “k” e “l” do Decreto nº 3.365/41 deve ser aquela que inclua o patrimônio cultural material e imaterial como merecedor de proteção por meio também de desapropriação, se assim for necessário, possibilitando, desta forma, que os direitos territoriais das comunidades quilombolas- no sentido de reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica- e, pois, “direitos culturais”, possam ser amparados por desapropriação. Ademais, a previsão constitucional de “reserva legal” diz respeito ao “procedimento de desapropriação” (art. 5º, XXIV) e havendo possibilidade, constitucionalmente prevista para a desapropriação para fins de preservação do patrimônio cultural, não há impossibilidade de sua utilização para o caso presente. Tal situação, por outro lado, implica a conveniência de “atualizar a legislação” e “a necessidade de uma consolidação da legislação esparsa, tornando a aplicação, estudo e interpretação do instituto da desapropriação no país processos menos fragmentados”⁵⁵

Em sendo possível a desapropriação, que efeitos teriam a sua utilização?

Ora, tradicionalmente a complexidade do instituto da desapropriação significa uma dupla dimensão: a) a supressão da propriedade de um bem imóvel particular, em decorrência de interesse público ou social relevante, para incorporação ao patrimônio público; b) compensação patrimonial a este proprietário, por meio de indenização, em geral mediante “prévia e justa indenização em dinheiro” e, pois, “representa a plena consagração do instituto jurídico da propriedade individual”⁵⁶

Em princípio, pois, a desapropriação para fins de titulação de terras quilombolas não cumpre o primeiro requisito, seja porque, conforme o entendimento de Daniel Sarmiento, a transferência da propriedade já teria sido operada pela Constituição, seja porque inexistente a incorporação ao patrimônio público. Ainda mais quando o art. 17 do Decreto nº 4.887/2003 prevê a titulação coletiva e “pro indiviso”, com cláusula de inalienabilidade, imprescritibilidade e impenhorabilidade (o que tampouco representa novidade no direito brasileiro, pois desde a Lei nº 10.257/2001 -“Estatuto da Cidade”-, as hipóteses de direito real de uso ensejam titulação coletiva, na forma do art. 4º, § 2º). A especificidade de proteção do patrimônio cultural – reconhecida pela doutrina para fins de “desapropriação urbanística”- e a associação com os processos de demarcação indígena talvez possam lançar luzes distintas para tal situação.

O não-reconhecimento de “direitos originários”, tal como explicitado anteriormente, diferenciando o “reconhecimento da propriedade de quilombolas”

⁵⁴ CASTILHO, nota 33, p. 56.

⁵⁵ FERNANDES, Edésio & ALFONSIN, Betânia. Revisitando o instituto da desapropriação em áreas urbanas. Neste volume.

⁵⁶ Ibidem. Ver também: SARMENTO, Territórios..., item 6.

do “reconhecimento da posse permanente e usufruto das terras indígenas” marcou a especificidade de tal determinação constitucional: a) a titulação não se faz em nome da União, mas sim das comunidades autoidentificadas; b) a natureza de “reconhecimento” confere proteção constitucional superior aos títulos eventualmente incidentes sobre os imóveis questionados. Apesar de inexistente uma cláusula expressa de “nulificação” dos títulos incidentes, a situação é similar os procedimentos de demarcação de terras indígenas.

A demarcação- e, portanto, a identificação, o reconhecimento e a delimitação, neste ponto, não constituem o direito das comunidades quilombolas. A propriedade, como salientado, é preexistente, e a demarcação é ato meramente declaratório. É situação, pois, similar à das terras indígenas, “ato que vincula a atuação do Estado, que deve se limitar a reconhecer a ocupação dos quilombolas de uma determinada área e expedir os respectivos títulos, não lhe cabendo decidir ou optar discricionariamente pela conveniência ou oportunidade da expedição ou não daquele ato”⁵⁷ Como relembra José Afonso da Silva em relação aos índios e totalmente aplicável ao caso, “não é da demarcação que decorre qualquer dos direitos indígenas. (...) ela é exigida no interesse dos índios. É uma atividade da União, não em prejuízo dos índios, mas para proteger os seus direitos e interesses”⁵⁸

As formas específicas e características da posse/propriedade de quilombolas (e de outras “comunidades tradicionais”), na medida em que existem áreas de uso comum, parcelas individuais não devidamente demarcadas e que podem mudar de lugar, associação com elementos religiosos e, portanto, há uma “territorialidade cultural” acabam por romper com determinados conceitos que se utilizam no direito civil ou processual civil, e demandam, pois, uma atenção especial na configuração da questão.⁵⁹ Assim, da mesma forma que para os indígenas, “o ato de demarcação passa a se revestir de caráter **meramente declaratório de uma situação jurídica ativa preexistente**”, de terras “**possuídas como parte elementar da personalidade mesma do grupo e de cada um dos seus humanos componentes**”.⁶⁰ Daí a afirmação de que este tipo tradicional de posse fundiária constitui “um **heterodoxo instituto de Direito Constitucional**, e não uma ortodoxa figura de Direito Civil”

A previsão do art. 13 do Decreto nº 4.887/2003 deve ser tida como decorrência do heterodoxo instituto de Direito Constitucional previsto no art. 68 do ADCT.

É que o reconhecimento constitucional aos quilombolas- visto em suas dimensões negativa e positiva de direito fundamental- implica, desta forma,

⁵⁷ SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e novos direitos; proteção jurídica à diversidade biológica e cultural**. São Paulo: Pierópolis, 2005, p. 177.

⁵⁸ SILVA, Curso..., p. 840.

⁵⁹ CASTILHO, Ela Wiecko V. de. Processo civil e igualdade étnico-racial. IN: PIOVESAN, Flávia & SOUZA, Douglas Martins de. **Ordem jurídica e igualdade étnico-racial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 291-292 e 303-304

⁶⁰ Min. Carlos Ayres Britto, AC 2009, nota 25.

"**recusar** incondicionalmente a propriedade a quem não seja remanescente de comunidade de quilombos mesmo que esteja ocupando as terras em questão e **afirmar** incondicionalmente a propriedade anterior desses remanescentes quilombolas"⁶¹. Pouco importaria, pois, a que título as comunidades estivessem ocupando, porque o reconhecimento "expressa declaração da propriedade anterior cujo título é constituído pela ocupação e pela condição de remanescente de comunidade de quilombo"⁶²

A pluralidade de situações que envolvem a propriedade coletiva destas comunidades- sejam as "terras de preto", "terras de santo", "terras de santa", "terras de santíssimo", "terras de caboclos", "terras de índios" e tantas outras denominações- associada aos efeitos do sistema de aquisição de terras mediante compra, à invisibilidade de comunidades negras⁶³, à informalização da titulação (ou desconhecimento ou dificuldade de regularização) e mesmo o "desaparecimento" de qualquer referência a "quilombo" na legislação por praticamente um século acarretam, por óbvio, situações de conflituosidade de propriedade anterior eventualmente legítima que não pode ser desconhecida. Perde o proprietário o título, mas não o direito de indenização, porque a Constituição, neste caso, "apagou o domínio particular outrora legítimo e, na prática, a desapropriação (...) declara a propriedade quilombola, opera a definição das indenizações correspondentes à terra e às benfeitorias, e faz cancelar-se os registros anteriores junto ao ofício respectivo pela transcrição do título de reconhecimento de propriedade dos remanescentes de comunidades de quilombos".⁶⁴

Daí as peculiaridades desta modalidade de desapropriação: a) ela tem uma finalidade de proteção de "direitos culturais" e "territoriais" de uma comunidade específica, que, ao mesmo tempo, é reconhecida, constitucionalmente, como representante de "patrimônio cultural imaterial"; b) a expropriação não se dá para transferência da propriedade individual para o domínio do Estado, mas sim o Estado "apaga" o título anteriormente existente, para que, em seu lugar, seja titulada a propriedade em "nome coletivo" para a comunidade (em nenhum momento a propriedade passa do particular para o Estado); c) a propriedade, que antes se admitia plena e incondicional, passa, a partir do reconhecimento formal, a se atribuir publicamente e sem qualquer outra formalidade, ou seja, não se busca a

⁶¹ CASTILHO, nota 33, p. 54.

⁶² Ibidem.

⁶³ Vide, por exemplo, a situação da comunidade "Invernada do Paiol da Telha" (PR), em que, após sucessivas expropriações e expulsões, o INCRA considerou as famílias de "forma individual" e enquadradas na categoria de "sem-terra", por critérios de idade, excluindo do acesso à terra as lideranças tradicionais, em desconsideração, portanto, à auto-identificação coletiva e à forma de utilização da propriedade (HARTUNG, Miriam Furtado. Os limites da assessoria antropológica: o caso dos descendentes de escravos e libertos da Invernada Paiol da Telha-PR. IN: LEITE, Ilka Boaventura. **Laudos periciais antropológicos em debate**. Florianópolis: ABA-NUER, 2005, p. 140-142.)

⁶⁴ CASTILHO, idem, p. 60.

declaração da aquisição da propriedade, mas a publicização da propriedade preexistente.

Disto decorre, contudo, uma outra consequência: a partir deste momento, a afetação do bem para a comunidade, com a finalidade constitucionalmente estabelecida, impede que este imóvel seja redestinado, devolvido a terceiro ou, inclusive, desapropriado novamente ou afetado a outra finalidade. Neste sentido, o parecer da AGU é enfático:⁶⁵

“ a eventual extinção da comunidade dos remanescentes ou o desaparecimento dos remanescentes, tanto como a falta de ocupação, assim reconhecidos pela mesma autoridade e método que reconheceu a propriedade definitiva dos quilombolas, ao contrário, importa na devolução das terras ao Estado, seja à União ou aos estados federados, ficando daí por diante formalmente desafetadas revertendo ao domínio respectivo”

Duas situações, ainda, merecem atenção: a) a necessidade de expansão futura da área; b) eventual necessidade de reassentamento das comunidades.

A primeira diz respeito à possibilidade de exigir-se, em decorrência do aumento da população ou a forma de utilização coletiva implicar tal necessidade, a expansão na área, o que deve ser confirmado novamente por laudo antropológico a indicar que tanto se faz necessário para a reprodução desta “territorialidade específica”, hipótese em que caberá ao Estado a utilização da desapropriação na forma do art. 216, §1º, CF, criando os acréscimos territoriais necessários para o integral reconhecimento do direito constitucionalmente assegurado. É, pois, hipótese “inversa” à da extinção ou desaparecimento da comunidade.

A segunda vem sendo motivo de preocupação de tais comunidades e encontra previsão na Convenção nº 169-OIT, que garante, “sempre que possível”, o direito “de voltar a suas terras tradicionais assim que deixarem de existir as causas que motivaram seu traslado e reassentamento” (art. 16.3). Em qualquer hipótese, as comunidades devem ser consultadas (art. 16.2, 16.4 e 17.2) e sua participação no processo é sempre indispensável (art. 2º.1), em especial quando existentes “medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente” (art. 6º. 1.º.a”)

A recente comunicação sobre o cumprimento da referida convenção menciona⁶⁶: a) da comunidade de Alcântara, na década de 1980 (anterior, pois, ao reconhecimento constitucional), 312 famílias de 32 povoados foram deslocadas de suas terras tradicionais, em virtude da instalação do Centro de Lançamento Espacial, e parte das agrovilas não possui solos agriculturáveis, de igual fertilidade e quantidade às terras em que viviam anteriormente, nem houve pagamento de indenização pela remoção sofrida; b) a remoção da comunidade de Porto Coris/MG, entre 204 e 2006, em função da inundação do território pelo reservatório da hidrelétrica de Irapé, que atualmente vive em área de reassentamento com condições ambientais extremamente diversas da área ocupada

⁶⁵ Ibidem.

⁶⁶ Vide nota 31.

anteriormente⁶⁷; c) as comunidades de São Francisco do Paraguaçu/BA, Barra do Parateca/BA, Mata Cavalo/MT e Linharinho/ES, em que mandados judiciais determinaram o uso da força policial para retirada dos quilombolas.

Aqui, novamente o reconhecimento constitucional da territorialidade específica determina a readequação ao “statu quo ante”, sempre que possível e com o respeito às peculiaridades de reprodução cultural da comunidade e eventual indenização. Com um detalhe que tem sido ignorado: **a necessidade de consulta livre, prévia e informada**. Este verdadeiro dever/direito de “consulta” já foi reconhecido, de forma expressa, pela Corte Suprema da Colômbia, como integrando o “bloco de constitucionalidade”, na categoria de “verdadeiro direito fundamental” das comunidades, em discussões judiciais envolvendo a comunidade Embera Katió em disputa com usinas hidrelétricas, os Uwa em luta contra empresa petrolífera, bem como as autorizações para fumigações em plantações de coca na Amazônia.⁶⁸ Da mesma forma, a recente decisão “Pueblo Saramaka vs. Surinam”, da CIDH, afirmou que o Estado deveria consultar com a comunidade, “em conformidade com suas tradições, nas primeiras etapas do plano de desenvolvimento ou inversão e não unicamente quando surja a necessidade de

⁶⁷ As populações indígenas também passam por problema similar, de que é exemplo a comunidade guarani, em decorrência da duplicação da BR-101, em que o estigma de “povo aculturado” dificulta o reconhecimento de seus direitos territoriais. Vide: MELLO, Flávia Cristina de & DARELLA, Maria Dorothea Post. As comunidades guarani e o processo de duplicação da BR-101 em Santa Catarina-análise da questão territorial. IN: : LEITE, Ilka Boaventura. **Laudos periciais antropológicos em debate**. Florianópolis: ABA-NUER, 2005, p. 157-170. Recentemente, à finalização dos trâmites para aquisição de terras para reassentamento indígena seguiu-se, no mesmo dia, a desapropriação para criação de horto florestal pelo município de Gaspar/SC, o que foi objeto de recurso no TRF-4ª Região (AI nº 2007.04. 00.037557-9/SC, Rel. Desembargadora Federal Maria Lúcia Luz Leiria, julg. 27-05-2008, publ. DE 19-06-2008), cuja ementa é a seguinte: “REASSENTAMENTO. ÍNDIOS GUARANI. BR 101. DESAPROPRIAÇÃO DE MESMO IMÓVEL PELA PREFEITURA DE GASPAR. DESVIO DE PODER. 1. REASSENTAMENTO INDÍGENA. A Convenção nº 169-OIT assegura aos indígenas o retorno a suas terras tradicionais e, não sendo possível, o reassentamento em terras cuja qualidade e cujo estatuto jurídico sejam pelo menos iguais aqueles das terras que ocupavam anteriormente, processo em que os povos interessados tenham a possibilidade de serem ouvidos e representados. Procedimento da FUNAI que observou todo o regramento legal, inclusive com laudo antropológico confirmando a adequação do imóvel à cultura guarani, com preço de aquisição compatível com o de mercado. Situação, ademais, em que a comunidade indígena encontra-se confinada em exíguo e insuficiente espaço para sua reprodução física e cultural. 2. DESAPROPRIAÇÃO. Há desvio de finalidade quando a autoridade pratica ato visando fim diverso daquele anunciado. A pretexto de estar-se desapropriando uma área para finalidade ambiental (“criação de horto florestal”), os decretos expropriatórios mascaram a intenção de impedir o cumprimento do desiderato - legal e constitucional- da FUNAI no sentido do reassentamento da comunidade guarani. Hipótese, ademais, que não merece guarida no sistema constitucional que repudia o racismo e a discriminação em suas variadas formas, aí incluídos os indígenas. De toda forma, o alegado propósito de preservação ambiental - constante dos decretos municipais- vai ao encontro do interesse de proteger a comunidade indígena e em consonância com a proteção do “conhecimento tradicional associado” (Convenção da Diversidade Biológica).”

⁶⁸ http://www.socioambiental.org/banco_imagens/pdfs/13022007.pdf e a íntegra dos julgados: http://www.isa.org.br/inst/esp/consulta_previa/sites/default/files/sentenciat-su_039_97.pdf; http://www.isa.org.br/inst/esp/consulta_previa/sites/default/files/sentencia_c_208_2007.pdf

obter a aprovação da comunidade, se fosse este o caso”, assegurando-se que os membros da comunidade “tenham conhecimento dos possíveis riscos, incluindo os riscos ambientais e de salubridade”⁶⁹

Mas foi a recente Constituição do Equador (referendada em 2008)- já referida- que erigiu a **direitos constitucionais coletivos das comunidades** tradicionais, aqui incluído o “povo afroequatoriano”: a) “consulta prévia, livre e informada, de caráter obrigatório, dentro de prazo razoável, sobre planos e programas de prospeção, exploração e comercialização de recursos não-renováveis localizados em suas terras” (art. 57. 7); b) participação, mediante seus representantes nos organismos oficiais, na “definição das políticas públicas a elas concernentes, bem como no desenho e decisão das prioridades nos planos e projetos do Estado” (art. 57.16); c) consulta “antes da adoção de medida legislativa que possa afetar qualquer de seus direitos coletivos” (art. 57.17).

Neste sentido, a OIT tem se pronunciado estabelecendo o que **não pode ser considerada consulta prévia**: a) não é simples informação; b) não pode ser compreendida como um evento; c) não é sinônimo literal de participação (não é a inclusão de representante em determinado órgão especial que cumpre tal requisito); d) o Estado não pode delegar a execução do processo de consulta a particulares (não se trata de negociação de bens privados); e) não é direito de veto, mas tampouco implica ausência de poder vinculante. A consulta, nestes termos, implica a “disposição de adiantar um processo de negociação que termine numa decisão conjunta, mutuamente influenciável”⁷⁰

Tal situação ganha especial relevância quando: a) o governo federal lança o “Programa Brasil Quilombola” e “Agenda Social Quilombola” e não prevê qualquer participação dos quilombolas na definição ou monitoramento destes; b) se encontra em andamento um Programa de Aceleração de Crescimento, com a possibilidade de inúmeras obras afetarem as condições de vida de indígenas, quilombolas e outras “comunidades tradicionais”; c) se encontra em discussão alterações na IN nº 20/97, que estabelece o procedimento do INCRA para fins de desapropriação, criando novas possibilidades de contestação e requisitos para a confecção do laudo de identificação da comunidade (a única vez em que as comunidades tiveram a possibilidade de um único encontro para tal discussão deu-se em abril de 2008).

Isto coloca outra questão, qual seja, a da conveniência, dadas as peculiaridades já narradas em relação a tais comunidades- sejam “tradicionais”, indígenas ou quilombolas-, da existência de um “tradutor cultural”, um profissional que não se confunde nem como o intérprete nem necessariamente com o perito, podendo ser um antropólogo (ou de qualquer das ciências sociais), mas que seja “capaz de fazer compreender ao juiz e às demais partes do processo o contexto sócio-político e cultural daquele grupo”, um responsável, pois, pelo

⁶⁹ Vide nota 5, §133 da referida decisão.

⁷⁰ http://www.isa.org.br/inst/esp/consulta_previa/?q=o-que-e , onde são disponibilizadas legislações e decisões judiciais da Colômbia, Equador, Bolívia e Venezuela.

diálogo intercultural, tornando mutuamente inteligíveis as demandas e especificidades, evitando que o "sistema judicial ignore a diversidade e aplique o direito sempre do ponto de vista étnico dominante".⁷¹ Ora, se a Constituição assegura às minorias étnicas o exercício de seus direitos sem a necessidade de serem assimiladas, devem, conseqüentemente, ser "adotadas medidas para garantir que os membros desses povos **possam compreender e se fazer compreender em procedimentos legais**, facilitando para eles, se for necessário, intérpretes **ou outros meios eficazes**", conforme preceitua o art. 12 da Convenção 169-OIT.

Observe-se, neste sentido, que, apesar de o STF ter estabelecido duas audiências públicas- uma, em relação às células-tronco (ADI 3510/DF, Min. Carlos Britto), outra envolvendo a antecipação de parto em casos de anencefalia (ADPF 54/DF, Min. Marco Aurelio)- o Tribunal não entendeu pertinente a oitiva das comunidades indígenas envolvidas no processo de demarcação do Território Indígena Raposa Serra do Sol (sequer cogitou da necessidade), admitindo, apenas no início da sessão, a possibilidade de sustentação oral como "assistentes" e não como partes.

Por fim, algumas observações se fazem necessárias em relação à "justa indenização" pelo desapossamento de imóvel que o particular julgara que lhe era de sua propriedade. É que os casos envolvendo "comunidades quilombolas" dão conta, por um lado, que as terras durante largo período de tempo estiveram fora do âmbito de mercantilização e, atualmente, são atrativas, seja por recursos naturais ou minerais, e, por outro lado, houve um processo histórico de intimidação, de impossibilidade de regularização, de violência e de doações forçadas. Nestes termos, pois, a pura e simples indenização pelo valor de mercado- em situações que, por exemplo, em decorrência da própria preservação ambiental, não existe, de fato- "valor de mercado"-, acaba sendo, simultaneamente, uma apropriação demasiada de mais-valia, uma repartição não-equitativa dos ônus e benefícios do processo (na esteira da interpretação do art. 2º, XI, Estatuto da Cidade) e o próprio descumprimento da função socioambiental da propriedade. E mais que isto: uma chancela implícita ao processo histórico- em relação a tais comunidades- de racismo, que deve ser entendido, desde o julgamento do HC 82.424/RS, que procurou compatibilizar conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos, de forma a incluir as formas contemporâneas de xenofobia, negrofobia, anti-semitismo, islamofobia e outras correlatas de intolerância racial (item 17 da referida Resolução). Ora, a ordem constitucional brasileira, inovando em relação a todas as anteriores, ao cominar ao racismo tanto a modalidade de cumprimento da pena mais severa quanto a inafiançabilidade e imprescritibilidade, fez por reconhecer, portanto, a necessidade, no aspecto negativo, de impedir qualquer conduta, prática ou atitude

⁷¹ Vide nota 58, p. 295-299. A possibilidade foi admitida como conveniente no julgamento do AI nº 2008.04.00.010160-5/PR (Rel. Desembargadora Federal Maria Lúcia Luz Leiria, julg. 01-07-2008, publ. DE 31-07-2008).

que incentive, prolifere ou constitua racismo e, no aspecto positivo, constitui um mandamento constitucional de tomar as medidas cabíveis e possíveis para erradicação de tal prática, no sentido de promover o bem de todos, "sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação" (art. 3º, inciso IV, CF). A fixação dos parâmetros da indenização não pode, desta forma, ignorar o "heterodoxo instituto" do art. 68-ADCT, com a proteção especialíssima à territorialidade quilombola , o qualificativo especial de tal propriedade e histórica característica de discriminação racial.

5. Zonas especiais de interesse social ou cultural.

Foi referido que a especificidade, por um lado, do instituto previsto no art. 68-ADCT- "um heterodoxo instituto de Direito Constitucional", e, por outro, da própria "territorialidade quilombola", trazia conseqüências distintas para o procedimento de desapropriação que envolvia, neste caso, a expropriação de um terreno particular para utilização- não pelo Estado- mas sim para propriedade de uma coletividade, publicizando, efetivamente, esta propriedade que estava, de alguma forma, invisibilizada ou, pelo menos, formalmente não-reconhecida. E as "comunidades quilombolas", por sua vez, impulsionavam a necessidade de se repensar as duas outras faces da "modernidade": o colonialismo (interno e externo) e o racismo. O patrimônio cultural imaterial, a economia de subsistência, o respeito à biodiversidade, a necessidade de reconhecimento da diferença étnico-racial e o próprio questionamento da história eurocentrada colocam em questão dicotomias clássicas como "Brasil moderno"/"país profundo", "moderno"/"tradicional" e também "urbano/rural". Isto impedia, durante muito tempo, pois, o reconhecimento da possibilidade de existência de "quilombos urbanos".

Os valores constitucionais envolvidos na proteção das "comunidades quilombolas" implicam, nesta última hipótese, uma "política de desenvolvimento urbano", atenta às "funções sociais da cidade" e à "garantia de bem-estar de seus habitantes" (art. 182, caput, CF), em que a "função social da propriedade urbana" é cumprida "quando atende às exigências fundamentais da ordenação da cidade expressas no plano diretor" (art. 182, § 2º).

O Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001), que veio regulamentar o capítulo constitucional da "política urbana", teve quatro dimensões fundamentais:^{72a}) consolidar a função social e ambiental da propriedade e da

⁷² FERNANDES, Edésio. Regularização de assentamentos informais: o grande desafio dos municípios, da sociedade e dos juristas brasileiros. IN: ROLNIK, Raquel et alii. **Regularização fundiária de assentamentos informais**. Belo Horizonte: PUC Minas Virtual, 2006, p. 24. Disponível em: <http://www.cidades.gov.br/secretarias-nacionais/programas-urbanos/biblioteca/regularizacao-fundiaria/materiais-de-capacitacao/curso-a-distancia-em-regularizacao-fundiaria-de-assentamentos-informais->

cidade; b) regulamentar e criar novos instrumentos urbanísticos para a construção de uma “ordem urbana socialmente justa e includente pelos municípios”; c) apontar processos político-jurídicos para “gestão democrática das cidades”; d) materializar o “direito social à moradia”, com a instituição de diversos instrumentos jurídicos para regularização fundiária dos assentamentos informais em áreas urbanas municipais.

Dentre os inúmeros instrumentos jurídicos previstos, além da desapropriação (art. 4º, V, “a”), foi prevista a instituição de “zonas especiais de interesse social” (art. 4º, V, “f”). Estas “zonas especiais de interesse social” não foram, contudo, objeto de detalhamento pelo Estatuto da Cidade.

Tradicionalmente, os municípios utilizaram-se do “zoneamento” como um dos principais instrumentos do planejamento municipal, no sentido de “repartição do território municipal à vista da destinação da terra, do uso do solo ou das características arquitetônicas” e, no caso específico do “zoneamento do uso do solo”, com a finalidade de “fixar os usos adequados para as diversas áreas do solo municipal” ou “fixar as diversas áreas para o exercício das funções urbanas elementares”⁷³. Mesmo José Afonso da Silva insiste que o zoneamento não é forma de exclusão, seja de atividade indesejável, seja de segregação social ou racial, nem de obtenção de interesses particulares ou de determinados grupos, mas sim deve ter “objetivos públicos, voltados para a realização da qualidade de vida das populações”⁷⁴

Dentro da histórica dualidade legalidade/ilegalidade no tratamento da territorialização, que marca a legislação desde a citada Lei de Terras de 1850, o zoneamento serviu, em boa parte, para fins de interesses econômico-políticos do mercado imobiliário, inclusive porque os diferentes “graus de ilegalidade” fazem com que algumas práticas “sejam mais toleradas e mesmo mais justificadas do que outras, que provocam a ação repressiva do Estado”⁷⁵

As ZEIS- zonas especiais de interesse social- vem, em parte, alterar tal tradição jurídico-urbanística, na “medida em que rompem com a dinâmica segregatória do Zoneamento de uso tradicional”⁷⁶, ao possibilitar a flexibilização

urbanos/APOSTILA%20DO%20CURSO%20DE%20REGULARIZACAO%20FUNDIARIA%20A%20DISTANCIA.pdf

⁷³ SILVA, Direito Urbanístico..., p. 240-241

⁷⁴ Idem, p. 242.

⁷⁵ FERNANDES, Edesio. Do Código Civil ao Estatuto da Cidade: algumas notas sobre a trajetória do Direito Urbanístico no Brasil. IN: VALENÇA, Márcio Moraes (ed). **Cidade (i) legal**. Rio de Janeiro: Mauad X, 2008, p. 54. Para uma análise dos processos de divisão regular, irregularidade e invasão/ilegal divisão de terras, vide também: FERNANDES, Edesio. Access to Urban Land and Housing in Brazil: “three degrees of illegality”. Lincoln Institute of Land Policy, 1997, 29 p. Disponível em: http://66.223.94.76/pubs/dl/130_Fernandes97-web.pdf

⁷⁶ ALFONSIN, Betânia. O significado do Estatuto da Cidade para os processos de regularização fundiária no Brasil. IN: ROLNIK, Raquel et alii. **Regularização fundiária de assentamentos informais**. Belo Horizonte: PUC Minas Virtual, 2006, p. 63. Disponível em: <http://www.cidades.gov.br/secretarias-nacionais/programas-urbanos/biblioteca/regularizacao-fundiaria/materiais-de-capacitacao/curso-a-distancia-em-regularizacao-fundiaria-de->

de normas a partir das características próprias de assentamento, autorizando um tratamento diferenciado, mais simples, menos elitista, de maneira a assegurar: a) atendimento das diretrizes de política urbana; b) ampliação da oferta de moradia adequada para a população. Uma forma de incorporar os “espaços urbanos da cidade clandestina à cidade legal”⁷⁷ e combater a especulação imobiliária, pois “com a adoção de normas especiais com restrições urbanísticas para empreendimentos imobiliários, busca-se preservar a forma de apropriação do espaço pelos ocupantes e viabilizar a permanência da população em locais centrais e privilegiados da cidade”. Desta forma, “a adoção de normas especiais com índices e parâmetros urbanísticos específicos é fundamental para preservar a forma de apropriação do espaço pelos ocupantes e viabilizar a permanência da população moradora”⁷⁸ Recentemente, por exemplo, a Resolução nº 369/2006, do CONAMA, estabeleceu que o órgão ambiental pode autorizar a supressão de vegetação em APPs (áreas de preservação permanente), para regularização fundiária, desde que “as ocupações de baixa renda sejam zona especial de interesse social no Plano Diretor ou outra legislação municipal” (art. 9º)

Neste sentido, portanto, os objetivos destas zonas especiais são⁷⁹: a) promover a “regularização fundiária sustentável, levando em consideração as dimensões patrimonial, urbanística e ambiental”; b) incentivar a utilização de imóveis não-utilizados ou subutilizados; c) permitir participação e controle social dos espaços urbanos; d) promover respeito às áreas de proteção cultural; e) evitar a pressão do mercado imobiliário sobre áreas destinadas a população de baixa renda. A doutrina tem entendido que a delimitação e destinação de seu uso devem ser instituídas pela lei do plano diretor e, no tocante às novas ZEIS, por lei específica.

Ora, as características de tais zonas especiais podem possibilitar, no plano municipal, uma proteção jurídica interessante para as “comunidades quilombolas”, seja pela pressão que elas vêm sofrendo de empresas comerciais e mineradoras, bem como da especulação imobiliária, ao mesmo que possibilitam a permanência das condições de reprodução específica de tais comunidades e a preservação do patrimônio cultural da cidade, respeitando, ainda, a titulação coletiva, “pro indiviso” e com cláusula de inalienabilidade, imprescritibilidade e impenhorabilidade (art. 17 do Decreto nº 4.887/2003).

Neste aspecto, a Resolução nº 34, de 1º-07-2005, do Conselho das Cidades, ao “emitir as orientações e recomendações” quanto “ao conteúdo mínimo do Plano

assentamentos-informais-urbanos/APOSTILA%20DO%20CURSO%20DE%20REGULARIZACaO%20FUNDIARIA%20A%20DISTANCIA.pdf

⁷⁷ SAULE JR, Nelson, LIMA, Adriana Nogueira Vieira & ALMEIDA, Guadalupe Maria Jungers Abib. As zonas especiais de interesse social como instrumento da política de regularização fundiária . Belo Horizonte: Fórum, *Fórum de Direito Urbano e Ambiental*, ano 1, nº 1, jan/fev 2002, p. 3765.

⁷⁸ Ibidem.

⁷⁹ Idem, p. 3767.

Diretor”, previu que as “funções sociais da cidade e da propriedade urbana” serão definidas a partir da destinação de cada porção territorial do município, de forma a garantir “espaços coletivos de suporte à vida na cidade”, definindo áreas de “proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico” (art. 2º, inciso I), estabelecendo, por sua vez, que a **instituição** de “zonas especiais, considerando o interesse local”, deverá “**demarcar os territórios ocupados pelas comunidades tradicionais**, tais como indígenas, **quilombolas**, ribeirinhas e extrativistas, de modo a garantir a proteção de seus direitos” (art. 5º, inciso I).

Assim, a Lei Complementar nº 434/99 (Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano Ambiental), da cidade de Porto Alegre/RS, estabelece que integra o patrimônio cultural “o conjunto de bens imóveis de valor significativo - edificações isoladas ou não -, ambiências, parques urbanos e naturais, praças, sítios e paisagens, assim como manifestações culturais - tradições, práticas e referências, denominados de bens intangíveis -, que conferem identidade a estes espaços” (art. 14), dentro da concepção constitucional ampla de patrimônio material e imaterial. Nestes termos, o plano diretor previu a possibilidade de criação de áreas especiais de interesse institucional, de interesse urbanístico, de interesse social, de interesse ambiental e de interesse cultural. Estas últimas quando “apresentam ocorrência de Patrimônio Cultural que deve ser preservado a fim de evitar a perda ou o desaparecimento das características que lhes conferem peculiaridade” (art. 92), com definição de regime urbanístico específico (art. 92, § 2º) ou por autorização que demonstre as “condições desejáveis de preservação” (§ 3º). Nestes termos, é que a Lei nº 9.929, de 11-01-2006 (DOPA, edição 2697, 13-01-2006) instituiu como “área especial de interesse cultural” (AEIC), uma gleba de terra localizada no bairro Três Figueiras, “com vista ao reconhecimento de área remanescente de **quilombo**, ocupada pela **comunidade Família Silva**”, que posteriormente foi declarada de “interesse social, nos termos do art. 5º, XXIV, e 216, §1º da Constituição, e art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias” pelo Decreto de 26-10-2006 (art. 1º), autorizando o INCRA a “promover e executar a desapropriação , na forma prevista no Decreto-lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941” (art. 3º).⁸⁰

Por sua vez, o Plano Diretor da Cidade de Canoas/RS incluiu como “patrimônio cultural”, além dos prédios inventariados, o “Quilombo Chácara das Rosas, de reconhecimento nacional, como forma de viver” (art. 64), com a previsão de um “Plano de Valorização” do referido quilombo (art. 66), para qualificação dos moradores, melhoria de infra-estrutura e evitar sua “descaracterização”. Isto é tanto mais importante quando se recorda que determinadas comunidades, como o quilombo Kalunga/GO está localizado, simultaneamente, em área de três municípios, reforçando a necessidade de atuação conjunta, consorciada.

⁸⁰ Não deixa de ser interessante observar que a fundamentação jurídica adotada pelo decreto presidencial encontra-se em consonância com a proposta aqui defendida.

Ao reconhecer especificidades de formas urbanas- e, pois, a própria pluralidade de propriedades, posses, culturas, manejos ambientais- as “zonas especiais de interesse social” cumprem uma dupla função jurídica:⁸¹

“Garantem, por um lado, o “**direito à igualdade**”, na medida em que o gravame de ZEIS reconhece e busca consolidar o assentamento no território urbano, garantindo direito à cidade, direito à moradia digna e direito à habitabilidade, independentemente dos interesses que o mercado imobiliário possa ter na localização do assentamento. Por outro lado, as ZEIS também garantem o “**direito à diferença**”, na medida em que reconhecem o processo histórico de produção social e cultural do habitat que redundou em usos, tipologias e padrões irregulares segundo a legislação urbanística do município para a região, fazendo nascer o direito de utilizar padrões que, ainda que distintos dos estabelecidos pela lei, garantam dignidade e habitabilidade aos assentamentos.”

Ora, se a injustiça histórica já fora atacada pela previsão do art. 68 do ADCT, e a injustiça cognitiva pelo reconhecimento do “conhecimento tradicional associado”, a utilização da “zona especial de interesse social” para as “comunidades quilombolas” tem um componente interessante de combate ao que se convencionou denominar “racismo ambiental”, ou seja, “qualquer política, prática ou diretiva que afete ou prejudique, de formas diferentes, voluntária ou involuntariamente, a pessoas, grupos ou comunidades por motivo de raça ou cor”⁸². Vale dizer: as injustiças sociais e ambientais que recaem de forma **desproporcional** sobre **etnias vulnerabilizadas**, independentemente de sua intencionalidade. Nesta lógica, a “injustiça ambiental” é entendida como o “mecanismo pelo qual sociedades desiguais, do ponto de vista econômico e social, destinam a maior carga dos danos ambientais do desenvolvimento às populações de baixa renda, aos grupos raciais discriminados, aos povos étnicos tradicionais, aos bairros operários, às populações marginalizadas e vulneráveis”⁸³. Singular lembrar que, nos Estados Unidos, o movimento por “justiça ambiental” teve origem entre os negros como desdobramento das lutas por direitos civis, depois da década de 1970, com o movimento contra aterros de resíduos tóxicos, que denunciou que três quartos dos aterros da região sudeste dos Estados Unidos estavam localizados em bairros habitados por negros (recorde-se, também, que, quando do furacão “Katrina”, a impossibilidade de evacuação da cidade atingiu, majoritariamente, a população negra).

Importa, aqui, salientar tal aspecto para os “remanescentes das comunidades de quilombos”. José Maurício Arrutti, neste sentido, salienta que “no caso das comunidades quilombolas há, de fato, uma relação entre a população, o território e o meio ambiente que não é de natureza geral, mas específica”, porque tais comunidades “não estão em um determinado território porque são pobres”: a

⁸¹ ALFONSIN, nota 75, p. 64.

⁸² BULLARD, Robert. Ética e racismo ambiental. Disponível em : http://www.sfiec.org.br/iel/bolsaderesiduos/Artigos/Artigo_Etica_e_Racismo_Ambiental.pdf

⁸³ Manifesto de lançamento da Rede Brasileira de Justiça Ambiental. Disponível em: http://www.justicaambiental.org.br/_justicaambiental/pagina.php?id=229

relação territorial é explicada em termos históricos e sociais, “dos quais não se pode abstrair o fato dessas populações descenderem de populações refugiadas ou marginalizadas social e economicamente pela escravidão, em territórios que, no período pós-abolição, não despertaram o interesse do capital”.⁸⁴

E exemplifica com duas comunidades quilombolas diferentes: a de Marambaia/RJ, em que houve ocupação em função do tráfico negreiro e depois abandono do território aos moradores, descendentes de escravos, em função do declínio desta economia e, posteriormente, reocupação pela Marinha, hoje em disputa pelo mesmo território; e as comunidades de Sapê do Norte/ES, em que a presença negra e indígena sempre foi muito forte e, que viveu, a partir da década de 1950, a ocupação predatória por madeireiras e, a partir dos anos 1970, assistiu ao deslocamento da sede da multinacional de celulose, para os municípios vizinhos, com menos infra-estrutura e sem imigração européia, fugindo do aumento do preço das terras.

Segundo o autor:⁸⁵

“Em ambos os casos, estamos falando de territórios de refúgio, de uma forma ou de outra. De territórios marginais ao capital, cujos **recursos ambientais** foram mantidos relativamente **preservados em função de uma exploração econômica de base tradicional**, com baixo nível de mercantilização. Territórios que só estão em condições de servirem à cobiça do capital, hoje, porque estavam sob a posse de um tipo de população que não os explorou até o esgotamento. Além disso, se, por um lado, a **própria presença** daquelas populações naqueles territórios **resulta de uma política sistemática de escravização**, baseada em critérios raciais, de outro, **a ausência de políticas** de regularização territorial, de acesso a serviços públicos, à justiça, à educação e à informação, que estão na base de sua expropriação atual, **deve-se também ao fato deles se configurarem como territórios negros e, por isso, territórios simbólica e socialmente discriminados**. Por serem ocupados por população negra, esses territórios estiveram fora das políticas de regularização, de crédito, de desenvolvimento, de saneamento, que beneficiaram outras populações, e, portanto, outros territórios.”

Na comunidade de Marambaia/RJ, hoje, a pesca artesanal está ameaçada em decorrência dos resíduos químicos industriais e do assoreamento e alteração da baía pela construção do porto de Sepetiba; nas comunidades capixabas, se faz notar o impacto do uso intensivo de agrotóxicos sobre a água e a terra utilizados, bem como do trabalho com carvão, que se converteu em fonte de renda para a região.

No caso da primeira comunidade existe outro ponto importante a destacar: busca-se associar a preservação ambiental e do patrimônio histórico à manutenção da presença das Forças Armadas, e, portanto, a expulsão da comunidade se faz

⁸⁴ ARRUTTI, José Mauricio Andion. Qual a contribuição do debate sobre comunidades quilombolas para o debate do racismo ambiental? IN: HERCULANO, Selene & PACHECO, Tania. **Racismo ambiental- I Seminário Brasileiro contra o Racismo Ambiental**. Rio de Janeiro: FASE, 2006, p. 40.

⁸⁵ Idem, p. 41.

necessária, sob pena de “favelização”. Aqui, pois, se verifica a “possibilidade da naturalização da discriminação ambiental quando aplicada à população negra”:⁸⁶

“De certa forma, defender a expulsão da população para preservar o meio ambiente significa dizer que a **preservação ambiental não serve em nada para o bem-estar daquelas pessoas e que elas podem ser excluídas para uma outra região qualquer**, que não tenha valor ambiental. Isso nos diz que a **questão fundamental** não é o bem-estar ou a relação com o meio ambiente, mas é a **preservação de determinados nichos de recursos naturais que serão apropriados por setores específicos da sociedade**, seja sob a forma de lazer da classe média, de campo de trabalho acadêmico ou de exploração empresarial de tais recursos preservados. **Um meio ambiente preservado não pode servir ou ser mantido por uma população pobre e negra**. Neste caso, retomamos de forma quase singela, da situação de discriminação indireta, caracterizada por uma estrutura de vulnerabilidades que marca os territórios negros, para uma discriminação direta, que imputa a determinado grupo social qualidades específicas e negativas em relação ao meio ambiente”.

Esta característica de “territórios simbólica e socialmente discriminados” foi particularmente obscurecida no imaginário do sul do país, a tal ponto que, apresentado o laudo antropológico do quilombo Família Silva/RS, a contestação-realizada por historiador- afirma a “inexistência de guetos negros em Porto Alegre e a suposta convivência harmônica entre brancos e negros.”⁸⁷ O levantamento histórico e antropológico, por seu turno, deu conta de características do agrupamento: desterritorialização dos antepassados (ex-escravos), um novo processo de apossamento de território rural, cultivo com utilização de mão-de-obra familiar para subsistência do grupo, formação de “parentescos por aliança” (em que os cônjuges são pessoas negras de mesma condição social), parâmetros de fixação de “quem é dentro e quem é de fora do grupo, quem tem direito a terra e quem não tem”, utilização de “ervas medicinais”. Mas demonstrou, também, na segunda metade do século XIX, a associação entre os becos e ruas descritos como “zonas de ordem” e a formação de núcleos habitacionais de predominância negra, com medidas municipais para submeter os “cortiços da região central” a condições de “higiene e estética” por meio do progressivo aumento de impostos durante os anos 1890 para as áreas que recebiam maior infra-estrutura urbana.

Outros estudos demonstram, da mesma forma, o imaginário explícito, em Porto Alegre, de que “os arrabaldes devem ser habitados pelos proletários”, e “na cidade propriamente dita, só devem residir os que podem se sujeitar às regras e preceitos da burguesia”, de que resultou a invisibilização da “Colônia Africana”, seja pela redefinição do nome do local para Rio Branco (1910), seja pela negativa de “status” de “**arraial**”, que **eram as zonas tidas como “habitáveis”** (sequer aparecendo nos mapas oficiais da cidade). Mas com um detalhe importante: as atividades desenvolvidas por seus moradores negros eram não somente aquelas

⁸⁶ Idem, p. 43.

⁸⁷ CARVALHO, Ana Paula Conin & WEIMER, Rodrigo de Azevedo. **Família Silva: resistência negra no bairro Três Figueiras**. Ação de Manutenção de Posse n.º 2005.71.00.020104-4, Relator Juiz Candido Alfredo Leal Jr., fls. 40-235. A resposta à contestação encontra-se juntada às fls. 1443-1463.

socialmente desqualificadas e financeiramente mal remuneradas, mas **“basicamente as mesmas ocupações que tinham os negros libertos e os escravos na cidade antes da abolição.”**⁸⁸

Por fim, o “Areal da Baronesa”- hoje buscando o reconhecimento como quilombo “Luiz Guaranha”, era uma região insalubre, famosa por suas “casas de religião” e carnaval de rua, mas fora do centro urbanizado, também habitada por uma população pobre, essencialmente negra, e que devia seu nome tanto à Baronesa do Gravataí, antiga proprietária da chácara, que deixara propriedade aos ex-escravos, quanto à grande quantidade de areia que os alagamentos constantes depositavam nas proximidades. E, aqui, novamente o estigma depreciativo se faz valer. A população era considerada indolente e preguiçosa, “composta por capoeiras perigosos”, e a região mesma era vista como “um outro país”, a “Banda Oriental”, ou seja, o “lugar da malandragem, da imperiosa desordem, deboche e fronteira”. Desta forma, o local foi batizado por um trocadilho: não podendo ser considerado um arraial, foi denominado areal, pela quantidade de terra que cobria a região.⁸⁹ Todos estes “territórios negros” urbanos foram, progressivamente, sendo empurrados para regiões mais afastadas, em decorrência, também, da especulação imobiliária, que pressionava os moradores mais humildes a pagarem valores em dinheiro para adquirir as casas. E em todas estas situações, no Sul do País (que se imagina mais branco e europeu que o resto do Brasil), notória a associação entre a habitação majoritariamente negra e a falta de infra-estrutura ou de políticas públicas municipais.

Por fim, duas outras comunidades destacam lições distintas para a discussão da relação etnia, ambiente e políticas públicas: a comunidade de Frechal/MA, que foi reconhecida, originalmente, como “reserva extrativista”, sendo documentada a presença negra desde 1792 (o Maranhão concentrava metade da população escrava no Império e hoje tem a 3ª população negra do país, depois de Bahia e Rio de Janeiro) e as doze comunidades quilombolas de Oriximiná/PA, que travam uma luta para o reconhecimento de seus territórios em oposição/delimitação aos planos de manejo da Floresta Nacional Saracá Taquera⁹⁰.

⁸⁸ KERSTING, Eduardo Henrique de Oliveira. **Negros e modernidade urbana em Porto Alegre: a Colônia Africana (1890-1920)**. Dissertação de mestrado em História. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 1998, p. 84-90, 103-112 e 136.

⁸⁹ MATTOS, Jane Rocha de. **“Que arraial que nada, aquilo lá é um areal”. O Areal da Baronesa: imaginário e história (1879-1921)**. Dissertação de mestrado em História, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2000, p. 28-37. Para um panorama dos quilombos urbanos de Porto Alegre, vide: http://lproweb.procempa.com.br/pmpa/prefpoa/cs/usu_doc/osquilombos3.doc

⁹⁰ Isto não implica ignorar que as comunidades se vêem limitadas em suas práticas de subsistência pelas novas regras de utilização do espaço interno (ex., o abandono da coleta de ovos e captura de quelônios), enquanto a mineração de bauxita segue com o controle da exploração dos recursos da região ou mesmo poluindo o lago da região, em outra manifestação de “racismo ambiental”, mas sim destacar a necessidade de repensar esta relação “unidade de conservação”, “reserva extrativista” e etnias ou “comunidades tradicionais”. Vide: DUQUE, Adauto Neto Fonseca. Unidades de conservação e comunidades quilombolas: um caso diante do direito ambiental e da etnia. Manaus, UEA, *Hiléia*, 3(5): 147-157, 2005.

Ambos os casos retiram desta relação a observação inicial- agora pelo aspecto positivo- de que os atuais **territórios verdes somente existem porque foram territórios negros**, ou seja, **foi a condição de “territórios negros” que lhes garantiu, até hoje, a manutenção da existência como “territórios verdes”**.

Daí se segue, pois, que: a) a sociodiversidade foi condição de preservação da biodiversidade; b) é necessária a atualização da legislação, de modo a não considerar as “comunidades tradicionais” como antagônicas às “unidades de conservação”; c) a preservação ambiental e as formas de manejo das florestas devem perder o viés etnocêntrico e racista, que desconsidera os conhecimentos das comunidades tradicionais (ou o considera como “inexistente”) e estabelece um privilégio epistemológico à “ciência moderna”; d) mais que desconsiderar o conhecimento, inexistente, muitas vezes, sequer “consulta prévia, livre e informada”, que, no plano urbanístico, é outra face da “gestão democrática da cidade”; e) sem o apoio das comunidades, grande parte de ações conservacionistas e preservacionistas têm efeito oposto à real conservação de recursos naturais⁹¹; f) as “zonas especiais de interesse cultural” - utilizadas para o reconhecimento, no plano urbanístico, das “comunidades quilombolas”- não podem estabelecer antagonismos ou regimes de exclusão em relação às “zonas especiais de interesse ambiental”; g) as “zonas especiais de interesse cultural” devem ser entendidas como áreas de contato intercultural e não somente de preservação de patrimônio (nem de folclorização!), em patamares extensivos de “justiça cognitiva” (afinal, não há justiça social sem justiça cognitiva⁹²); h) as “zonas especiais de interesse cultural” envolvendo tais comunidades devem ser um incentivo pedagógico à releitura da história do Brasil e da presença africana, constituindo, desta maneira, também uma forma de “política de ação afirmativa”.⁹³

6. Considerações finais.

Apesar de a questão “quilombola” estar presente apenas em dois artigos constitucionais, o exame das disposições constitucionais de outros países, o processo de “descolonização” da noção de “quilombo”, a releitura do

⁹¹ SILVA, Sandro José. Identidades quilombolas na produção da natureza. Disponível em: http://www.psicologia.ufrj.br/pos_eicos/pos_eicos/arq_anexos/revsdocum/documenta17_artigo_6.pdf p. 5-7.

⁹² SANTOS, Boaventura de Sousa, MENESES, Maria Paula G. & NUNES, João Arriscado. Introdução: para ampliar o cânone da ciência: a diversidade epistemológica do mundo. IN: SANTOS, Boaventura de Sousa, (org). **Semear outras soluções: os caminhos da biodiversidade e dos conhecimentos rivais**. Porto: Afrontamento, 2004, p. 83-84.

⁹³ Aqui entendida como "aquele conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como educação e o emprego" (GOMES, Joaquim Barbosa. **Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 40).

desenvolvimento fundiário brasileiro, a ampliação da noção de patrimônio cultural protegido pela Constituição, o reconhecimento pelas ciências sociais de especificidades de tais comunidades também no que diz respeito à “territorialidade”, a análise do estatuto jurídico negro no período pós-abolição e uma leitura intercultural da diversidade **densificam** o conteúdo posto no texto constitucional e servem de parâmetros para analisar as especificidades de proteção jurídica para tais situações.

Tanto as observações com relação à desapropriação quanto às zonas especiais de interesse social levaram em consideração critérios que eram, em parte, também associados às comunidades indígenas. O sucesso das estratégias de proteção de afro-descendentes em situações não-típicas da vida urbana não tem dependido somente dos níveis de organização dos movimentos “quilombolas”, mas também do “fato de que a concessão de tais direitos está baseada na posse de uma identidade cultural de grupo distinta”⁹⁴. Em certas situações, portanto, os afro-descendentes encontram-se em desvantagem em relação aos indígenas para reivindicar direitos coletivos- incluídos os “territoriais” e “culturais”- tendo em vista que “o modo diferente pelo qual os dois grupos foram historicamente **racializados** afeta as respectivas capacidades para afirmar uma identidade cultural de grupo distinta”, que, muitas vezes, passa pela afirmação de língua, usos, costumes e cultura distintas.⁹⁵ Daí porque tanto o enquadramento das “comunidades quilombolas” e de outras “comunidades tradicionais” no sistema jurídico de proteção da Convenção nº 169-OIT quanto as pautas hermenêuticas constitucionais que associam o art. 68 do ADCT com o art. 231 da Constituição, se podem ser consideradas como exitosas no sentido de afirmar uma especificidade cultural, trabalhando com o “reconhecimento cultural”, não podem constituir, neste mesmo processo, num descuido em relação à “luta contra a discriminação racial”. O fato de índios e afro-descendentes sofrerem os dois tipos de injustiça deve alertar para a necessidade de promover, simultaneamente, as duas políticas, para a qual, contudo, há que se dar atenção especial à falta de capacitação adequada em matéria de direitos humanos”, em particular com respeito aos

⁹⁴ HOOKER, Juliet. Inclusão indígena e exclusão dos afro-descendentes na América Latina. São Paulo, USP, *Tempo Social*, v. 18, n. 2, p. 89-111. Disponível em: http://www.fflch.usp.br/sociologia/temposocial_2/pdf/vol18n2/v18n2a04.pdf

⁹⁵ Neste sentido, cumpre salientar que em duas comunidades quilombolas (Cafundó/SP e Tabatinga/MG) foi identificado o uso de “léxico de origem africana”, com função de demarcação social, e em outra (Curiaú/AP), o reconhecimento do estatuto de “quilombo” operou alterações de natureza lingüística e cultural. Vide, neste sentido: PETTER, Margarida Maria Taddoni. **Intolerância lingüística e resistência: a questão do negro**. Texto apresentado no *I Simpósio Nacional sobre a Intolerância*, realizado entre 15 e 21 de novembro de 2006, na Casa de Cultura Japonesa-FFCLH/USP, em São Paulo/SP. Por sua vez, o resgate da “cultura africana” fica evidente em oito comunidades quilombolas do litoral sul do Rio Grande do Sul, que, desde 2005, vêm desenvolvendo o cultivo do arroz *Oryza glaberrima*, primeiro arroz cultivado no país, introduzido pelos negros no século XVI e proibido desde 1739, com a exploração do arroz asiático. Vide: <http://www.guayi.org.br/?area=1&item=109>

"direitos consagrados" em tratados internacionais⁹⁶, especialmente "na judicatura e entre os agentes públicos" e à identificação e eliminação "de todas as formas de racismo institucionalizado, ou seja, o racismo que reside de forma aberta ou encoberta nas políticas, nos procedimentos, nas práticas e na cultura das instituições públicas e privadas".⁹⁷

Os desafios em tempos de "constitucionalismo intercultural", são, portanto, consideráveis, ainda mais quando envolvem aspectos étnico-raciais e questionam, como no caso da "disposição transitória" (com vinte anos de vigência!), o colonialismo e o racismo que a sociedade brasileira insiste em considerar inexistentes ou findos.

César Augusto Baldi, mestre em Direito (ULBRA/RS), doutorando Universidad Pablo Olavide (Espanha), chefe de gabinete no TRF-4ª Região, é organizador do livro "Direitos humanos na sociedade cosmopolita" (Ed. Renovar, 2004).

⁹⁶ Item 19 e recomendação 42 do relatório do Comitê DESC. Disponível em: [http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/publications/CESCR-Compilation\(1989-2004\).pdf](http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/publications/CESCR-Compilation(1989-2004).pdf); Recomendação 18 do relatório CERD. Disponível em: [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/f23afefaffdb960cc1256e59005f05cc/\\$FILE/G0441073.pdf](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/f23afefaffdb960cc1256e59005f05cc/$FILE/G0441073.pdf); Itens 61 e 80, "i" do relatório da moradia adequada. Disponível em: http://www.unfpa.org/derechos/documents/relator_vivienda_brasil_04.pdf

⁹⁷ <http://www.cejamericas.org/doc/proyectos/raz-sistema-jud-racismo2.pdf> e El racismo y la administración de la justicia". Madrid: Amnistía International, 2001, p. 112-113