



**Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP**  
**Mestrado em Direito Constitucional**

**O DIREITO DOS QUILOMBOLAS AOS SEUS TERRITÓRIOS COMO  
DIREITO FUNDAMENTAL**

**ALISSON DO VALLE SIMEÃO**

**BRASILIA - DF**  
**2010**



**Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP**  
**Mestrado em Direito Constitucional**

**O DIREITO DOS QUILOMBOLAS AOS SEUS TERRITÓRIOS COMO  
DIREITO FUNDAMENTAL**

**ALISSON DO VALLE SIMEÃO**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP como parte dos requisitos para a obtenção do título de mestre.

Orientadora: Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes

**BRASILIA - DF**  
**2010**

---

Simeão, Alisson do Valle.

O direito dos quilombolas aos seus territórios como direito fundamental / Alisson do Valle Simeão. Brasília: IDP, 2010. 195f.

Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Instituto Brasiliense de Direito Público.

Orientadora: Profa. Dra. Júlia Mauramann Ximenes.

1. Direitos Fundamentais. 2. Constitucionalismo. 3. Quilombo  
4. Quilomboas. I. Título

---

Catálogo na Fonte Bibliotecária: Cíntia Mohamad CRB 1/1659

**Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP**  
**Mestrado em Direito Constitucional**

**DISSERTAÇÃO DE MESTRADO**

**O DIREITO DOS QUILOMBOLAS AOS SEUS TERRITÓRIOS COMO  
DIREITO FUNDAMENTAL**

**ALISSON DO VALLE SIMEÃO**

Orientadora: **Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes (IDP)**

Banca Examinadora:

---

Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP (Orientadora)

---

Prof. Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco - IDP

---

Prof. Dr. Luís Carlos Martins Alves Jr. - CEUB

## DEDICATÓRIA

*Todas as coisas foram feitas por Ele, e sem Ele nada do que foi feito se fez (João, 1,3).* Dedico a presente dissertação de mestrado à inteligência suprema e causa primária de todas as coisas, porque sem Ele uma única vírgula não teria sido acrescentada a esta folha de papel.

O amor incondicional de uma mãe e as orientações, conselhos e exemplo de retidão de um pai de verdade, são a dádiva maior que alguém pode receber. Por ter esta dádiva, dedico este trabalho a Rita de Cássia do Valle Simeão e Ludgero Simeão da Silva Filho.

Para minha querida esposa Renata Farias Simeão, porque a simples visão do seu rosto é a certeza de que o resto dos meus dias serão sempre um sonho (e desculpas pelas madrugadas insones).

Amigo a gente escolhe, mas o que dizer quando não é necessário escolher, porque seus grandes amigos são os mesmos que Deus colocou ao seu lado. Para os meus irmãos, e melhores amigos, Álvaro Osório do Valle Simeão, Aline do Valle Simeão e Márcia Regina Leite de Sousa.

Parentesco por afinidade requer sorte, por isso já devo ter esgotado a minha. Para minha cunhada, colega e amiga Neila Márcia de Moura Chagas Simeão, e para a minha jovem cunhada Bruna Costa Farias, a quem desejo sucesso no futuro. Para meus cunhados Rômulo Costa Farias e Virgílio Mascarenhas, dois cavalheiros e companhias das mais agradáveis que se pode ter. Para meus sogros Francisca Francy da Costa Farias e Francisco Quintino Farias, pelo acolhimento na família, apoio e amizade.

## AGRADECIMENTOS

A elaboração de uma dissertação de mestrado é, em verdade, obra coletiva. Sem apoio e ajuda não é possível a uma única pessoa elaborar um trabalho científico com a profundidade esperada em uma pós-graduação *stricto sensu*. Por isso quero compartilhar este trabalho com os seus verdadeiros co-autores:

Agradeço a minha orientadora, Professora Júlia Ximenes, especialmente pela paciência com um mestrando por vezes confuso e indisciplinado com os prazos. A compreensão do meu ritmo peculiar de trabalho foi fundamental para a conclusão da presente dissertação.

Ao Professor Paulo Gonet, nosso coordenador no mestrado do IDP, sempre transmitindo tranqüilidade e incentivo aos seus discentes, exercendo uma liderança natural que se impõe pela simplicidade, atenção e a humildade daqueles que sabem que nada mais precisam provar.

Aos professores Ivo Gico Jr., dono de um método singular de ensino, que nos desafia sempre a questionar e aprender mais, e ao professor Inocência Mártires Coêlho, jurista de máxima envergadura, que nos transportou, em cada aula, para uma verdadeira Academia. Saibam que cada um, ao seu modo, mostrou ao longo do curso como é ser um grande docente, mantendo acesa neste mestrando a chama do magistério.

Ao Fernando, nosso Secretário, pela presteza, atenção e agilidade em todos os momentos, tornando nossa passagem pelo IDP uma experiência sempre agradável.

Um agradecimento especial ao meu irmão, Álvaro Osório do Valle Simeão, Advogado da União, Mestre em Direito e Professor de Direito Constitucional, pelos debates e contribuições sempre de alto nível, especialmente na parte de constitucionalismo e hermenêutica constitucional.

À minha querida colega de trabalho, Procuradora Federal Renata Cedraz Ramos Felzemburg, lutadora da causa quilombola e que enriqueceu este trabalho fornecendo farto material bibliográfico.

À minha esposa Renata Farias, pela paciência e incentivo, e também pela valiosa ajuda na organização do material bibliográfico e na formatação final do trabalho. Saiba que sem você eu jamais teria conseguido.

*“Zumbi, comandante guerreiro  
Ogunhê, ferreiro-mor capitão  
Da capitania da minha cabeça  
Mandai a alforria pro meu coração*

*Minha espada espalha o sol da guerra  
Rompe mato, varre céus e terra  
A felicidade do negro é uma felicidade guerreira  
Do maracatu, do maculelê e do moleque bamba*

*(...)*

*Brasil, meu Brasil brasileiro  
Meu grande terreiro, meu berço e nação  
Zumbi protetor, guardião padroeiro  
Mandai a alforria pro meu coração”*

*(Waly Salomao, Gilberto Gil e Carlinhos Brown)*



## RESUMO

O objetivo do presente trabalho consiste em analisar o artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) da Constituição de 1988, que confere direitos territoriais aos remanescentes das comunidades de quilombos, dentro da ótica do moderno constitucionalismo e procurando estabelecer uma correlação entre esta questão quilombola e os direitos fundamentais. A pesquisa ocorre em quatro momentos. No primeiro deles, fazemos um cotejo histórico e antropológico do que sejam comunidades remanescentes de quilombos, especialmente fazendo a interface destas ciências com o campo jurídico-normativo. Num segundo momento faremos uma análise do processo constituinte de 1988, especificamente para investigar o surgimento do artigo 68 do ADCT e o contexto envolvido na sua criação. O terceiro momento dedica-se a investigar o tema das comunidades quilombolas na evolução dos direitos fundamentais e do constitucionalismo, para ao final estabelecer a esperada correlação entre comunidades remanescentes de quilombos e direitos fundamentais. No quarto e último momento procuramos analisar, de forma crítica, como vem ocorrendo as tentativas de aplicação e efetivação do artigo 68 do ADCT da Constituição de 1988, especialmente pela análise dos marcos legais e suas opções.

**Palavras Chaves:** Direitos Fundamentais. Constitucionalismo. Quilombo. Quilombolas. Artigo 68 do ADCT.

## ABSTRACT

The objective of this study is to examine the article 68 of the Constitutional Provisions Act (ADCT) of the 1988 Constitution, which grants land rights to the remnants of Quilombos communities, from the viewpoint of modern constitutionalism and seeking to establish a correlation between the quilombola question and fundamental rights. The research takes place in four stages. In the first, we make a analytical comparison of historical and anthropological they are remnants of Quilombos communities, especially making the interface of these sciences with normative-legal field. In a second step we will analyze the constituent process of 1988, specifically to investigate the emergence of Article 68 of the ADCT and the context involved in its creation. The third moment is devoted to investigating the subject of the quilombolas communities in the development of fundamental rights and constitutionalism, to establish, in the end of this chapter, the expected correlation between Quilombola populations and fundamental rights. In the fourth and last moment we tried to analyze, in a critical way, as it has attempted implementation and realization of Article 68 of the ADCT of the 1988 Constitution, especially the analysis of legal frameworks and options.

**Keywords:** Fundamental Rights. Constitutionalism. Quilombo. Quilombolas. Article 68 of the ADCT.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>11</b>
<b>1. COMUNIDADE REMANESCENTE DE QUILOMBOS – CONCEITO – PERSPECTIVA HISTÓRICA E ANTROPOLÓGICA.</b> .....	<b>19</b>
1.1 O problema do conceito jurídico de comunidade remanescente de quilombos. ....	19
1.2 Concepção histórica e suas conseqüências no campo jurídico-normativo. ....	22
1.3 Concepção antropológica e suas conseqüências no campo jurídico-normativo .....	30
<b>2. A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E O SURGIMENTO DO ARTIGO 68 DO ADCT</b> .....	<b>44</b>
2.1 O artigo 68 do ADCT dentro do processo constituinte.....	44
2.2 O contexto envolvido no surgimento do art. 68 do ADCT. Tentando entender o Constituinte Originário. ....	53
<b>3 – DIREITO DAS COMUNIDADES REMANESCENTES DE QUILOMBOS COMO DIREITO FUNDAMENTAL</b> .....	<b>68</b>
3.1 Introdução.....	68
3.2 A questão quilombola no contexto da evolução da teoria dos direitos fundamentais .....	71
3.3 A questão quilombola dentro da evolução do constitucionalismo.....	85
3.4 Vinculação entre comunidades remanescentes de quilombos e direitos fundamentais .....	104
<b>4 – COMUNIDADES REMANESCENTES DE QUILOMBOS NO PÓS-CONSTITUINTE – REPASSE CRÍTICO DOS MARCOS LEGAIS</b> .....	<b>124</b>
4.1 Introdução.....	124
4.2 Evolução do quadro normativo infraconstitucional sobre as comunidades remanescentes de quilombos. ....	125
4.3 – As opções do Decreto 4887/2003 – Análise Crítica.....	138
4.3.1 – <i>A regulamentação do artigo 68 do ADCT por meio de decreto...</i>	138
4.3.2 – <i>O critério de auto-definição.</i> .....	152
4.3.3 – <i>A opção pela desapropriação</i> .....	156
4.3.4 – <i>A inalienabilidade da titulação coletiva</i> .....	171
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	<b>178</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>189</b>

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho acadêmico tem por objeto o estudo da natureza jurídica, sob a ótica da teoria dos direitos fundamentais, do processo relacionado à regularização das terras ocupadas por comunidades denominadas de “remanescentes de quilombos”, os quais possuem previsão constitucional, mais precisamente no artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT)<sup>1</sup>, do registro definitivo de propriedade das terras que tradicionalmente ocupam.

Com bem assinala Walter Claudios Rothemburg<sup>2</sup>, não é “pouca coisa” uma Constituição Brasileira falar de quilombos, tendo em vista que a existência de comunidades negras descendentes de escravos foi um fato social solenemente ignorado por todos os textos normativos que o Brasil republicano produziu, aí incluídas suas cinco Constituições anteriores<sup>3</sup>, em exatamente um século que separa a Lei Áurea da Constituição de 1988.

Em um contexto mais amplo, é possível afirmar que o Brasil, de forma geral, jamais procurou se reconciliar com o seu passado escravocrata. Aboliu a escravidão com uma lei que possui apenas dois artigos<sup>4</sup>, e foi como se todo um passado de quatrocentos anos de opressão contra cinco milhões de escravos tivesse sido, de repente, resolvido.

Por esta razão é que a introdução da norma do artigo 68 do ADCT, entre as tantas novidades trazidas pela Constituição de 88, talvez tenha sido uma das mais surpreendentes e comemoradas clivagens produzidas pela

---

<sup>1</sup> ADCT, CF/88, Art. 68: *Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos.*

<sup>2</sup> ROTHEMBURG, Walter Claudios: *Direitos dos descendentes de escravos (Remanescentes das comunidades de Quilombos)*. In: Daniel Sarmiento, Daniela Ikawa e Flávia Piovesan (Orgs.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008, p. 445-475.

<sup>3</sup> Desconsiderando a EC 01/69.

<sup>4</sup> A Lei Áurea, no artigo 1.º, abolia a escravidão no Brasil, e no artigo 2.º revogava as disposições em contrário.

atual Carta em relação às orientações anteriores, pois reconheceu a existência destas comunidades e a necessidade de, finalmente, encerrar o processo inacabado da abolição da escravatura no Brasil.

No entanto, o que é digno de comemoração pela possibilidade única da imensa reparação histórica, acabou ficando durante muito tempo somente na esfera das boas intenções, tendo em vista que o comando contido no artigo 68 do ADCT estava, até pouco tempo atrás, virando mera peça decorativa no texto constitucional.

A culpa recaía, em grande parte, sobre a própria redação da norma. Sintético, para não dizer lacônico, localizado de forma assimétrica em disposições transitórias e criador de uma nova categoria jurídica – remanescentes das comunidades dos quilombos – que é de definição divergente mesmo entre historiadores e antropólogos, é de se observar que o artigo 68 do ADCT logo se revelou de difícil e complexa interpretação.

Estas dificuldades de interpretação e efetivação, juntamente com as imensas divergências doutrinárias existentes sobre a matéria, é comentário recorrente entre todos os operadores jurídicos envolvidos com a temática dos quilombolas, aí incluídos principalmente advogados de movimentos sociais, membros do Ministério Público, juízes federais e procuradores do INCRA<sup>5</sup> e da FCP<sup>6</sup>, estas últimas as autarquias federais diretamente envolvidas com a questão das comunidades remanescentes de quilombos.

O presente trabalho discute algumas destas dificuldades enfrentadas no dia-a-dia dos trabalhos de regularização quilombola. A quase completa ausência de literatura especializada, a necessidade constante de interface com a antropologia, a história e a sociologia, a ausência de posições

---

<sup>5</sup> Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - Autarquia vinculada ao Ministério do Desenvolvimento Agrário.

<sup>6</sup> Fundação Cultural Palmares – Autarquia vinculada ao Ministério da Cultura.

definidas, a politização da questão, e que coloca em lados opostos visões de Estado completamente distintas, tudo a merecer um estudo com o propósito primordial de contribuir, de alguma forma, com a efetivação de tão importante direito criado pelo constituinte de 1988.

Para isso, observamos preliminarmente que, apesar de fragmentada no corpo constitucional, o fato de a disposição específica sobre o tema dos quilombos ter a sua localização exposta em disposições transitórias não repercute qualquer desnível em relação à sua força normativa, tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal<sup>7</sup> já se manifestou no sentido de que não existe hierarquia ou desigualdade quanto à intensidade de eficácia ou prevalência de autoridade entre as normas inscritas no ADCT e os preceitos constantes do corpo principal da Carta Política.

Com efeito, inserida a questão quilombola no nosso ordenamento jurídico, a questão a ser resolvida passou a ser, por óbvio, a efetivação do comando constitucional garantidor da propriedade às comunidades, posto que não existe norma sobrando no texto da Constituição.<sup>8</sup>

Sendo assim, entre as razões que levam a produção deste trabalho está exatamente o desafio de analisar uma matéria nova e atual, com a procura de respostas para perguntas que não encontram solução imediata na literatura especializada, e a possibilidade de contribuir com um processo de construção doutrinária e jurisprudencial que ainda busca consolidação.

Nos últimos dois anos a matéria ganhou alguma repercussão nos meios jurídicos e políticos. Talvez nem seja mais coerente falar, hoje em dia, de tão escassa literatura. Neste período sucederam-se artigos, palestras, teses e dissertações de mestrado sobre a questão quilombola, mas, como será observado no desenvolvimento deste trabalho,

---

<sup>7</sup> STF, RE 160.486, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 09.06.1995.

<sup>8</sup> Cf. MENDES, Gilmar Ferreira; COÊLHO, Inocência Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. Ed. Saraiva /IDP. 200 pág. 106.

ainda são muitas as perguntas e poucas as respostas, e estas últimas, ainda que existentes, raramente estão consolidadas.

Entre estes vários problemas relacionados à regularização de áreas quilombolas, um dos mais importantes é a possível vinculação deste direito com a teoria dos direitos fundamentais. Isto considerando que da resposta a esta indagação resultariam conseqüências hermenêuticas importantíssimas para a resolução de aspectos práticos, como por exemplo, a constitucionalidade formal ou não do atual Decreto 4887/2003, que regulamenta o artigo 68 do ADCT, ou a possibilidade de utilização da desapropriação de terras para a regularização de territórios quilombolas.

Neste contexto o presente trabalho, com o objetivo de analisar e atualizar a efetividade do artigo 68 do ADCT, propõe-se a realizar estudo que permita relacionar os direitos das comunidades remanescentes de quilombos como direito fundamental.

Portanto, a pesquisa procura investigar o artigo 68 do ADCT, que relaciona o direito dos quilombolas, procurando extrair a sua natureza jurídica e a interpretação mais consoante com o atual estágio do nosso Estado Democrático de Direito, especialmente numa perspectiva neoconstitucional dos direitos fundamentais. Deixamos claro, com isso, que o objeto do trabalho é o artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, e o problema a ser resolvido pode ser resumido na seguinte indagação: O artigo 68 do ADCT encerra norma de direito fundamental ou é apenas mais uma usucapião extraordinário criado pela Constituição de 1988?<sup>9</sup>

Acreditamos que ao responder afirmativamente a esta indagação, os institutos jurídicos e processuais adequados à efetividade do

---

<sup>9</sup> Como veremos no presente trabalho, as duas posições se digladiam e ambas têm seus argumentos e defensores.

artigo 68 são mais efetivos, e de natureza distinta da ação civil clássica de usucapião

No objeto do trabalho estaremos analisando especificamente a relação entre o direito de propriedade das comunidades remanescentes de quilombos e a sua relação com a moderna teoria dos direitos fundamentais, tentando esclarecer a problemática atualmente existente pela sua inserção, ou não, dentro do contexto destes direitos.

Para a resolução deste problema fixou-se como marco teórico a correlação entre o artigo 68 do ADCT e a teoria dos direitos fundamentais, tomando como referenciais as definições de Canotilho, Alexy e de doutrinadores associados ao neoconstitucionalismo, expressão que embora pareça vaga e ambígua, remete, basicamente, a uma mudança de valores sociais, de paradigmas científicos e de primas individuais, que resulta em um novo olhar sobre o texto constitucional e de um novo agir das práticas jurídico-políticas e sociais. Utilizamos também, em larga escala, as principais vozes jurídicas no Brasil sobre quilombolas, atualmente fixados em Deborah Duprat e Daniel Sarmiento.

Ao final de toda a pesquisa, temos como hipótese exatamente a fundamentalidade do artigo 68 do ADCT como direito social cultural vinculado à territorialidade étnica das comunidades remanescentes de quilombos.

Para chegarmos a esta conclusão, a metodologia utilizada na pesquisa possui vertente teórico-metodológica, porquanto é mais adequada para a resolução do problema proposto que possui caráter nitidamente jurídico-sociológico, na medida em que procura entender o sentido e, principalmente, a eficácia do artigo 68 do ADCT, estudando a forma de realização concreta do comando normativo, ou seja, a adequação da necessidade social dos quilombolas com o instituto jurídico criado.



Esta decisão foi reforçada pelo fato de as pesquisas realizadas em nível de mestrado optarem, em sua grande maioria, pelos trabalhos de campo em comunidades quilombolas específicas. No entanto, a intenção deste trabalho é analisar a compreensão normativa, em vez de compreensão sociológica ou antropológica da questão quilombola. Desta forma, observa-se a problemática como um todo, não se prendendo a casos de comunidades específicas, por isso que, embora seja extremamente válida e interessante a visita “*in loco*” a algumas comunidades quilombolas, esta não é uma pesquisa de campo.

Dentro da metodologia escolhida, o trabalho procura esmiuçar o artigo 68 do ADCT em quatro capítulos, estes específicos em sua temática, mas que no fundo se complementam e convergem sempre para o eixo central que é a interpretação do normativo constitucional que trata das comunidades remanescentes de quilombos.

O esforço da pesquisa começa, no capítulo primeiro, tomando a redação literal do artigo – comunidades remanescentes de quilombos – para definir o que significa exatamente esta nova categoria jurídica criada pela Constituição.

Para atingir este objetivo foi necessário fazer uma interface com a antropologia e a história, explicitando o conceito histórico e antropológico de quilombos, e de que forma o campo jurídico se apropriou dos conceitos diametralmente opostos surgidos no seio destas duas ciências. Ao final do capítulo conseguiremos chegar ao real significado do termo “comunidades remanescentes de quilombos”, existente no artigo 68 do ADCT, dentro de uma perspectiva que reputa-se mais atual e condizente com os princípios e valores adotados pela Constituição de 1988.

Satisfeita a conceituação do texto da norma, partimos, no segundo capítulo, para uma análise do processo histórico que possibilitou o seu surgimento. Como o artigo 68 do ADCT é norma do Poder Constituinte Originário, tratou-se de analisar os debates dentro do processo constituinte de 1988 que resultaram no aparecimento da norma para o mundo jurídico.

Para isso procurou-se esclarecer, primeiramente, os antecedentes da Assembléia Constituinte, principalmente as mudanças de paradigmas do movimento negro, que, como veremos, constituiu a principal força motriz na correlação de forças que atuaram no processo de criação do artigo 68 do ADCT. Ao final podemos extrair o contexto histórico do surgimento do enunciado e tomar, a partir desta análise, importantes conclusões que auxiliarão no entendimento da natureza jurídica do artigo 68.

Entendido o artigo 68 dentro do seu contexto, por assim dizer, gramatical (capítulo 01) e histórico (capítulo 02), chegamos ao terceiro capítulo, que é o que se poderia dizer a essência do nosso marco teórico, porquanto cuidará exatamente de inserir o artigo 68 do ADCT na teoria dos direitos fundamentais e elucidar o problema proposto, muito embora para isso sejam essenciais as conclusões dos dois capítulos anteriores.

Com este desiderato foi feito um retrospecto da própria categoria denominada de direitos fundamentais e também do constitucionalismo, tendo em vista que a principal função do movimento constitucional é exatamente a garantia desses direitos fundamentais. Esta análise evolutiva virá sempre relacionada com a questão quilombola. Ao final observa-se que a atual etapa de evolução dos direitos fundamentais e do constitucionalismo, representados especialmente pelo sistema internacional de proteção dos direitos humanos, permitem a conclusão de que o artigo 68 do ADCT encerra norma de direito fundamental, logo, a sua efetivação deverá ocorrer dentro da força normativa que é atribuída a estes direitos.

No último capítulo procurou-se lançar um olhar para o pós-constituente, ou seja, o que aconteceu com o artigo 68 do ADCT e o que foi feito dele após a sua entrada em vigor. Para isso é feito um histórico das tentativas de efetivação do comando constitucional, através de sucessivos marcos regulatórios. Ao final do capítulo conclui-se qual é a principal norma que regulamenta atualmente o artigo 68 do ADCT, para em seguida fazer uma análise das suas principais opções, desta feita já com a premissa estabelecida da questão como direito fundamental.

O objetivo primordial deste último capítulo, portanto, foi discutir criticamente alguns aspectos da condução da questão quilombola com o propósito de aquilatar acertos e erros e, assim, contribuir para melhorar o debate.

Dentro destas contribuições, é importante esclarecer que a pesquisa realizada encontrou achados ou produtos de investigação que possuem relevância para a sociedade e para o campo de estudo das comunidades quilombolas. Destaca-se, neste aspecto, as conclusões sobre a precariedade da regulamentação do artigo 68 do ADCT por meio de Decreto e as conseqüências daí decorrentes, a interface entre direitos das comunidades quilombolas e a teoria de Robert Alexy, e a crítica que é feita à titulação coletiva e inalienável das terras quilombolas, porque, embora não seja inédita, é sólida e vai de encontro ao normativo infraconstitucional atualmente em vigor.

Evidentemente que o trabalho possui lacunas e imperfeições, bem como posições aptas à discussão e mesmo ao confronto, no entanto procurou-se sempre manter o rigor científico na conexão de sentido e raciocínio sistematizado, evitando-se cair na tentação de ideologizar o debate, sempre, como já explanado, com o objetivo de contribuir para a definição de marcos teóricos nesta nova fronteira de discussões jurídicas, intimamente relacionadas com o assunto mais importante do moderno constitucionalismo, que são os direitos fundamentais.

## **1. COMUNIDADE REMANESCENTE DE QUILOMBOS – CONCEITO – PERSPECTIVA HISTÓRICA E ANTROPOLÓGICA.**

### **1.1 O problema do conceito jurídico de comunidade remanescente de quilombos.**

O termo quilombo, até recentemente, era de uso exclusivo de historiadores e antropólogos<sup>10</sup>. A referência que a atual Constituição faz aos remanescentes das comunidades dos quilombos é inédita no histórico constitucional brasileiro, razão pela qual esta categoria jurídica não havia recebido qualquer interpretação anterior que procurasse estabelecer o seu conceito e alcance sob o enfoque jurídico-normativo.

Com a introdução do artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição de 1988 (ADCT) a questão quilombola e os seus significados passaram a ser de interesse do mundo jurídico.

Ocorre que o direito tem suas limitações de compreensão em relação a uma expressão que não é isenta de complexidade nos domínios da história e da antropologia. No entanto, uma vez positivado como norma constitucional, tornou-se necessário para os intérpretes jurídicos estipular conceitos, alcance e eficácia que se molde à intenção do constituinte quando este criou a categoria jurídica “*remanescentes das comunidades dos quilombos*” na redação do artigo 68 do ADCT.

O que se observa, contudo, é que o termo não pode ser explicado dentro do universo puramente jurídico. A definição de quilombo não pode ser feita, por exemplo, como a de hipoteca ou de sub-rogação, categorias

---

<sup>10</sup> O'DWYER, Eliane Cantarino (Org). *Quilombos: identidade étnica e territorialidade*. Rio de Janeiro. Ed. FGV, 2002, pág. 13.

jurídicas que encontram sua definição dentro dos cânones da própria ciência normativa do direito.

Considerando que a existência de comunidades remanescentes de quilombos é um fato social e histórico, o substrato material para a sua conceituação transcende o âmbito propriamente jurídico, obrigando o intérprete a ir para além do Direito, visando ao perfeito entendimento do texto normativo.

Ocorre o que, no dizer de Boaventura de Sousa Santos<sup>11</sup>, menciona-se como “*pluralidade metodológica*”, que se aplica ao Direito para permitir um diálogo com outras formas de conhecimento e evitando-se que ele não fique reduzido a limitação da dogmática jurídica.

Nesta ordem de idéias, a “interdisciplinariedade” do conhecimento, no caso dos quilombos, remete inegavelmente a aproximações de natureza histórica e antropológica para o entendimento mais preciso possível da nova categoria jurídica criada pelo artigo 68 do ADCT. Ingressa-se com isso na tormentosa tarefa de definir quem são os remanescentes das comunidades dos quilombos.

Neste sentido, observa-se o Parecer do então Consultor-Geral da União, Manoel Lauro Volkmer de Castilho<sup>12</sup>:

(...) Como se mostra evidente, a noção de quilombo não é das que se alcança por simples interpretação jurídica, já que fortemente dependente de investigações, estudos e pesquisas na área de antropologia, sociologia e história sem as quais não se pode enunciar o exato sentido do preceito estudado, mesmo sem tomar partido em qualquer das diversas correntes de interpretação antropológica ou sociológica (...).

---

<sup>11</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. *Um discurso sobre as ciências*. 12.<sup>a</sup> edição. Porto. Afrontamentos 2001, pág. 37.

<sup>12</sup> *Parecer AGU MC-1/2006 de 28.12.2006*. Vale transcrever que o referido parecer, por ter sido aprovado pelo Advogado-Geral da União e Pelo Presidente da República, possui força vinculante para a administração pública federal.

A questão que se impõe no presente capítulo, portanto, é reconhecer que quanto ao conceito de quilombos, antes mesmo de ser este um termo atualmente sujeito à conceituação legal, é o mesmo também um conceito que já tinha, desde longo tempo, tratamento no âmbito de outras ciências sociais, especificamente a história e a antropologia, de modo que a sua interpretação jurídica legal não pode ser apartada ou ignorar a interação com estas ciências.

Exatamente pela necessidade de interação com as demais ciências que tratam da questão quilombola, é que as concepções jurídicas de remanescentes de quilombos parecem não estar sedimentadas, tendo em vista que ora atreladas à questão histórica, ora ao entendimento antropológico, importando para o mundo jurídico uma complexa discussão que antagoniza correntes vinculadas a estas duas ciências.<sup>13</sup>

Tendo de absorver concepções diversas, o resultado desta interação redundou em conflito também no campo jurídico. Ciência essencialmente interpretativa, logo as disputas de correntes históricas e antropológicas traduziram-se, no mundo do Direito, em entendimentos jurisprudenciais e doutrinários divergentes sobre a questão, o que, aliado ao ineditismo da matéria, criam um quadro ainda “em aberto” sobre como será conduzida doravante a aplicação do artigo 68 do ADCT.

Este conflito de interpretações jurídicas, além de atingir o campo da jurisprudência e da doutrina, o que é até comum na ciência do Direito, acabou revelando-se também no plano normativo infraconstitucional, na própria redação dos textos legais que procuraram regulamentar a questão. Para compreender como isto ocorreu, é preciso adiantar que não existe lei

---

<sup>13</sup> SANTANA, Marílson. *Fundamentação do estatuto próprio do direito das comunidades remanescentes de quilombos no estado democrático de direito*. Dissertação de Mestrado. Curso de Mestrado em Direito da Universidade de Brasília – UNB/2004. Orientador: Prof. Menelick de Carvalho Neto.

ordinária votada no Congresso Nacional regulamentado especificamente a aplicação do artigo 68 do ADCT, muito embora existam proposições legislativas neste sentido.<sup>14</sup>

Os dois principais textos normativos que propuseram esta regulamentação cuidavam-se de Decretos Presidenciais. Um primeiro texto acabou por adotar a concepção de matriz histórica tradicional<sup>15</sup>. Revogado esse Decreto, foi substituído por outro que trazia o amadurecimento de concepções gestadas entre os antropólogos<sup>16</sup>, coincidindo esta mudança de orientação exatamente com a mudança de titular do Poder Executivo Federal (Presidente da República), o que termina por politizar o tema e contribuir para a insegurança jurídica.

Para melhor compreensão desta questão, convém estabelecermos o que pregam as duas correntes de conceituação do termo “*comunidades remanescentes de quilombos*” para observarmos suas origens e fundamentos e compreender de que forma estas teses fazem-se refletir no campo jurídico.

## **1.2 Concepção histórica e suas conseqüências no campo jurídico-normativo.**

Não restam dúvidas de que os quilombos estão vinculados a escravidão negra ocorrida na América, sendo amplo objeto de estudos por parte da História. Neste sentido, o que podemos estabelecer e denominar como interpretação historicista trabalha o conceito de quilombo adotando o marco jurídico da época colonial e que se traduz na idéia, amplamente arraigada no senso comum, de que quilombo cuida-se da comunidade formada, ao tempo da escravidão, por escravos ditos “fugidos” dos seus

---

<sup>14</sup> O anteprojeto do Estatuto da Igualdade Racial contempla a questão quilombola.

<sup>15</sup> Decreto 3912/01.

<sup>16</sup> Trata-se do Decreto 4887/2003, atualmente em vigor. Este normativo será melhor analisado no capítulo 04.

senhores. Esta é uma conceituação estabelecida até mesmo em dicionário, onde o vocábulo quilombo refere-se a local escondido no mato em que se abrigavam escravos que abandonavam o cativoiro.<sup>17</sup>

Para o imaginário brasileiro, quilombos foram agrupamentos de africanos escravizados fugidos de engenhos, fazendas e minas que tentaram reproduzir vida comunitária à semelhança da África, terra de origem, para fugir dos maus-tratos infligidos pelo senhorio branco europeu.<sup>18</sup>

Tão difundido este conceito que chega mesmo a ser adotado em outros países latino-americanos que enfrentaram a escravidão negra, ao observarmos que esta mesma conceituação costuma ser atribuída, por exemplo, para os denominados “*palenques*” colombianos.<sup>19</sup>

Seria, portanto, uma comunidade clandestina e estabelecida à margem do “*status quo*” vigente. Uma forma de reação ao escravismo de maneira ilegal, o que ocasionaria, inclusive, a pronta reprimenda estatal da época, como no conhecido caso de Palmares, em que sua ameaça ao sistema, por constituir incentivo às fugas, acabou por redundar em sua violenta aniquilação.

Este conceito de quilombo com referência direta e exclusiva à comunidade de escravos fugidos encontra amplo suporte na legislação da época colonial e imperial, como, por exemplo, no conhecido questionamento que o Rei de Portugal D. João V fez ao Conselho Ultramarino Português, que

---

<sup>17</sup> HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, verbete “quilombo” pág. 2359.

<sup>18</sup> MOURA, Glória. *Quilombos Contemporâneos no Brasil*. In: CHAVES, Rita et al. *Brasil África: como se o mar fosse mentira*. São Paulo: Unesp, 2006, p. 327-359.

<sup>19</sup> Palenque é o termo utilizado na Colômbia para designar os descendentes de escravos que vivem em regiões específicas do país. Ver: LORA ALÁRCÓN, Pietro. *Palenques em Colombia: realidades comunitárias e el problema de lá educación*. São Paulo 2007 apud ROTHEMBURG, Walter Claudios: *Direitos dos descendentes de escravos (Remanescentes das comunidades de Quilombos)*. In: Daniel Sarmiento, Daniela Ikawa e Flávia Piovesan (Orgs.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008, p. 445-475.



em 1740 afirmou ser quilombo ou mocambo *"toda habitação de negros fugidos que passem de cinco, em parte despovoada, ainda que não tenham ranchos levantados nem se achem pilões neles"*, tratamento que fora reafirmado na Provisão Real 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/RS.<sup>20</sup>

José Alípio Goulart repara que<sup>21</sup>:

A existência de quilombos imprimia tal receio aos brancos, que qualquer ajuntamento de escravos fugidos já era como tal considerado, não importando seu número diminuto. Consoante Provisão de 6 de março de 1741, "Era reputado quilombo desde que se achavam reunidos cinco escravos." No art. 20 do código de Posturas da Cidade de S. Leopoldo, no Rio Grande do Sul, aprovado pela Lei Provincial nº 157, de 09 de agosto de 1848, lê-se que: *"Por quilombo entender-se-á a reunião no mato ou lugar oculto, mais de três escravos."* E a Assembléia Provincial do Maranhão, querendo ser mais realista que o próprio Rei, votou a Lei nº 236, de 20 de agosto de 1847, classificando "quilombo" a reunião de apenas dois escravos: "Art. 12. Reputar-se-á escravo quilombado, logo que esteja no interior das matas, vizinho ou distante de qualquer estabelecimento, em reunião de dois ou mais com casa ou rancho".

Vinculando a questão quilombola ao aspecto da fuga, a conclusão é que a libertação dos escravos faria cessar automaticamente a formação dos quilombos, ou seja, esta concepção defende que após 1888 não se constituíram mais comunidades quilombolas no Brasil.

Este posicionamento de matriz eminentemente histórica, quando utilizado pelo Direito, traz implicações no campo da hermenêutica jurídica do que seriam as comunidades remanescentes de quilombos de que trata o artigo 68 do ADCT. Estariam abarcados pela norma apenas grupamentos de escravos fugidos existentes desde antes da abolição e em posse das suas terras até o advento da Carta de 1988, o que de pronto exigiria,

---

<sup>20</sup> Estas referências legais são citadas do voto da Desembargadora Maria Lúcia Luz Leiria, no julgamento do Agravo de Instrumento 2008.04.00.034037-5/SC.

<sup>21</sup> GOULART, José Alípio. *Os Quilombos*, Revista Brasileira de Cultura, vol. 6, 1970, pgs. 129/141

na melhor das hipóteses, cem anos ininterruptos de moradia das comunidades quilombolas em um determinado local, e que este sítio tivesse origem numa situação inicial de clandestinidade perante a legislação da época.

A concepção histórica exige, portanto, que o grupamento quilombola tenha origem em uma situação inicial de fuga, aliada à permanência destes escravos fugidos, e seus descendentes, em áreas isoladas durante vastíssimo período de tempo (um século mais precisamente), levando a uma interpretação que conjuga os termos “*posse de terras*” e “*decorso de tempo*”, o que aliado à parte final do artigo 68 do ADCT, que utiliza especificamente o termo propriedade definitiva e aquisição de títulos, introduz a perfeita equação do instituto da usucapião, qual seja, decorso de tempo em situação de posse como situação fática apta à aquisição da propriedade.

Nesta conjugação, o intérprete jurídico conclui que o objetivo do artigo 68 do ADCT seria a criação de mais uma forma de usucapião especial constitucional, de maneira análoga aos artigos 183 e 191 da CF/88, que criaram a usucapião constitucional urbana e rural respectivamente.

Bastante ilustrativo desta concepção é o posicionamento de Cláudio Teixeira da Silva, Procurador da Fazenda Nacional e, na época do texto (2001), assessor especial da subchefia de assuntos jurídicos da casa civil da Presidência da República, que em um dos primeiros artigos especificamente jurídico sobe o tema, asseverou:<sup>22</sup>

O vocábulo *remanescentes* tem a aceção de *coisas ou pessoas que ficam, restam ou subsistem*. Já a palavra *quilombo* tem o significado de *comunidade existente na época escravagista formada por escravos fugidos*. Pode-se dizer, a princípio, que *remanescentes das comunidades dos quilombos* são os moradores das comunidades formadas por escravos fugidos ao tempo da escravidão que subsistiram após a promulgação da Lei Áurea. (...)

---

<sup>22</sup> SILVA, Cláudio Teixeira. *O usucapião singular disciplinado no artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias* – in Revista de Direito Privado. São Paulo. RT. N.º 11, pág. 83.

Como se vê, dois elementos são básicos na aquisição *per usucapionem*: a posse e o tempo (...)

Ora, a aquisição da propriedade disciplinada no art. 68 do ADCT reúne esses dois elementos, porque o dispositivo, de um lado, reconhece a posse centenária, contínua e pacífica dos remanescentes sobre as terras dos quilombos (*posse prolongada*), e, de outro, atesta que eles a exercem com intenção de dono (*posse qualificada*). Pode-se afirmar, portanto, que essa norma constitucional, de fato, versa sobre espécie nova de usucapião.

Nas notas de rodapé do texto acima, acrescenta o ilustre procurador que: *“Por certo, os quilombos somente existiram ao tempo da escravidão. Logicamente, após a abolição não se pode mais falar em comunidades formadas por escravos fugidos, mas apenas em comunidades formadas por pessoas livres da raça negra.”*

Ives Gandra Martins e Celso Ribeiros Bastos, comentando a Constituição Federal de 1988, especificamente no verbete alusivo ao artigo 68 do ADCT praticamente fazem a opção da usucapião, asseverando:

Não se sabia à época que terras ainda estavam sendo ocupadas por remanescentes de quilombos. O certo é que as terras que possuíam na promulgação da Constituição passaram a ser de sua propriedade definitiva, devendo o Estado apenas transformar a posse em propriedade, transferindo aos remanescentes os títulos nesse sentido.<sup>23</sup>

Em 2001, a Casa Civil da Presidência da República editou o Parecer SAJ<sup>24</sup> n.º 1490/01, reproduzindo as idéias do parecer do Procurador Cláudio Teixeira da Silva. Por este documento, o governo federal fixava uma linha interpretativa de que a aquisição das terras pelas comunidades remanescentes de quilombos decorre de posse prolongada, pacífica e contínua

---

<sup>23</sup> MARTINS, Ives Gandra e BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*, 3.ª edição. São Paulo, Saraiva, 2002, vol. 9, pág. 490.

<sup>24</sup> SAJ – Subchefia de Assuntos Jurídicos. É um departamento da Casa Civil.

de áreas rurais, afirmando que tais comunidades poderiam adquirir a propriedade das áreas através da usucapião<sup>25</sup>.

Esta visão de comunidade quilombola como agrupamento apenas de escravos fugidos, que foi defendida no seio do governo federal antecedente ao atual, acabou por encontrar suporte normativo no Decreto 3912/01, de 10 de setembro de 2001, publicado pelo então presidente Fernando Henrique Cardoso e que foi o primeiro ato legislativo que procurou regulamentar especificamente o art. 68 do ADCT.

No referido texto normativo não é feita a conceituação ou explicado o sentido e o alcance do termo remanescentes das comunidades de quilombos. O silêncio da legislação trazia o termo para o conceito usual, qual seja, a de que quilombo era basicamente ajuntamento de escravos fugidos antes da abolição e eventualmente existente à época da promulgação da Constituição.

Nesta linha, o art. 1.º do citado Decreto estabelecia que o reconhecimento de uma comunidade como quilombola estava sujeito exatamente ao marco temporal de 1888, exigindo a continuidade da comunidade pelos cem anos seguintes, até a atual Constituição, como se observa:

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

---

<sup>25</sup> Parecer SAJ 1490/01, disponível no arquivo da sub-chefia de assuntos jurídicos da Casa Civil da Presidência da República.

II - estavam ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos em 5 de outubro de 1988.

Nesta opção legislativa, em caso de existir sobreposição da área quilombola com propriedades particulares, existiria a perda pura e simples desta em favor dos remanescentes de quilombos, sem qualquer indenização, exatamente à semelhança do proprietário que perde a sua propriedade na ação de usucapião.

Ao adotar esta linha de entendimento, não foram poucas as críticas dirigidas ao Decreto 3912/01, proveniente de vários setores ligados a movimentos sociais e entidades de direitos humanos, exatamente por praticamente tornar inviável o reconhecimento de uma comunidade como quilombola, porquanto estava a exigir nada menos que a prova de um século de ocupação sobre a área, mais a caracterização de que a comunidade era formada por descendentes de escravos “fugidos”.

Argumentava-se que o prazo exigido no Decreto era superior em 80 (oitenta) anos ao prazo mais dilatado previsto na própria legislação civil sobre a aquisição via usucapião, ou seja, a exigência contida na norma que procurava efetivar o texto constitucional de 1988 era menos benéfica que a contida em uma legislação no início do século XX<sup>26</sup>, desprezando setenta anos de evolução jurídica no tratamento da propriedade privada, o que incluiu neste tempo a passagem do estado liberal ao social. Além disso, a coleta de provas desta ocupação seria uma tarefa extremamente difícil, porquanto deveria reunir documentação que retroagisse ao século XIX o que praticamente inviabilizaria a procedência do processo.

Para os críticos esta definição de quilombos repassava a idéia, considerada simplista, de que o país teria resolvido a questão da escravidão em 1888, como se uma “canetada” pudesse apagar quase

---

<sup>26</sup> Artigo 550 do então Código Civil vigente, que era de 1917.

quatrocentos anos de opressão e completa marginalidade de um contingente populacional que representava significativo percentual da população do Brasil.

Um outro argumento sempre utilizado pelos críticos era feita ao fato de que o conceito de quilombo, como grupo de escravos fugidos, foi criado e adotado pela legislação da época da escravidão, e que refletia, por consequência, a cultura da opressão.

A manutenção deste pensamento implicaria a importação, para os dias de hoje, do pensamento e da cultura da época da escravidão, o que seria incompatível com a atual Constituição.<sup>27</sup>

Bastante contundente foi a crítica desferida pela antropóloga Leinad Ayer de Oliveira:<sup>28</sup>

A idéia que subjaz do decreto ao vincular como limite para a formação dos quilombos o ano de 1888 é que, depois desta data, todos os quilombos e quilombolas deixariam de sê-lo para serem remanescentes. Quilombos seriam aquelas comunidades formadas por escravos fugidos, ou seja, escravos em condição ilegal porque apartados de seus proprietários. Este seria o conceito clássico de quilombo, e por 'conceito clássico' queremos dizer o conceito formulado no seio do regime escravocrata brasileiro, pelas suas elites. Trata-se, portanto, de um conceito que serve ao senhor. A abolição, nesta perspectiva, teria tirado estes negros da ilegalidade, o que permitiria abandonar o termo quilombo.

(...)

Queremos mostrar primeiramente que a data de 1888, embora seja um marco formal para os negros no Brasil, não tem importância central no que diz respeito aos quilombos. Eles se formaram por escravos libertos e insurretos e negros livres antes e depois da abolição. Enquanto vigora a escravidão, os quilombos cumprem a função de abrigar as populações negras,

---

<sup>27</sup> DUPRAT, Deborah. *Breves considerações sobre o Decreto 3912/01*. Artigo apresentado a 6.ª Câmara do Ministério Público Federal, índios e minorias, disponível em < [http://ccr6.pgr.mpf.gov.br/documentos-e-publicacoes/artigos/documentos-e-publicacoes/docs\\_artigos](http://ccr6.pgr.mpf.gov.br/documentos-e-publicacoes/artigos/documentos-e-publicacoes/docs_artigos)> acesso em 12.09.2009

<sup>28</sup> OLIVEIRA, Leinad Ayer. *Quilombos - a hora e a vez dos sobreviventes*. São Paulo. Comissão Pró-índio de São Paulo, 2001.

configurando um tipo de resistência. Finda a escravidão, e sabemos que a Lei Áurea só vem formalizar uma realidade conquistada pelas populações negras uma vez que quase todos os escravos já se haviam libertado quando da assinatura da lei, os quilombos serão o único espaço onde muitos negros, excluídos pela nova ordem que se configura, poderão sobreviver física e culturalmente. Os quilombos continuam representando a resistência negra. É, portanto, perfeitamente lógico falar-se em quilombos mesmo após 1888.

Neste quadro de críticas e ocorrendo a mudança do titular do poder executivo federal em 01 de janeiro de 2003, o Decreto sucumbiu às pressões de vários setores da sociedade, especialmente o Movimento Negro, a Sociedade Brasileira de Antropologia e o Ministério Público Federal, e acabou sendo revogado e substituído por outro Decreto Presidencial de concepção oposta. No entanto, pode-se adiantar que o pensamento histórico tradicional de quilombos continua ativo e é a principal argumentação na petição inicial da ação que questiona a constitucionalidade do novo Decreto.<sup>29</sup>

### **1.3 Concepção antropológica e suas conseqüências no campo jurídico-normativo**

Uma outra forma de compreender o termo comunidade remanescente de quilombos é considerada mais atual, tendo em vista que fruto das pesquisas e entendimentos antropológicos surgidos principalmente a partir dos anos sessenta.

Esse pensamento não considera a fuga como o grande impulsionador da existência das atuais comunidades remanescentes de quilombos, mas sim a total falta de oportunidades econômicas do escravo que eventualmente fosse libertado, e a imposição que era feita aos cativos de assimilar a cultura de matriz européia do senhor branco.

---

<sup>29</sup> Trata-se da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3239/DF, pendente de julgamento no STF e que será objeto de considerações no capítulo 04.

Salutar recordar que, quando da libertação oficial em 1888, não foi pensado qualquer projeto de inclusão econômica e social dos imensos contingentes populacionais retirados da condição de escravos, tampouco suas crenças e tradições passaram a ser respeitadas ou mesmo toleradas.<sup>30</sup>

Na época da Lei Áurea, alguns abolicionistas, como Silva Jardim, chegaram a defender indenizações para os escravos libertos, especialmente na forma de distribuição de terras<sup>31</sup>. Mas, em um ambiente de direitos fundamentais ainda em primeira geração, com matriz essencialmente patrimonial e individualista, como o do final do século XIX, a preocupação dos setores do governo era exatamente a oposta, qual seja, o receio de que os ex-senhores de escravos, com base no direito quase absoluto de propriedade que vigia na época, viessem a pedir ressarcimento do Estado brasileiro pela perda dos contingentes escravos. Esta tese do medo é reforçada quando lembramos que, em 1890, Rui Barbosa mandou incinerar todos os documentos relacionados à escravidão, temendo ações de indenizações por parte dos antigos proprietários contra a nascente República.<sup>32</sup>

Para os antropólogos<sup>33</sup>, a concepção que distancia o conceito de quilombo do elemento fuga ganha corpo quando a realidade histórica dos anos anteriores a escravidão é estudada com mais aprofundamento.

---

<sup>30</sup> Durante décadas, manifestações como a capoeira, o tambor de crioula e as religiões de matriz africana tiveram conceitos depreciativos pela sociedade brasileira. A capoeira chegou mesmo a ser proibida já pelo Código Penal de 1890, ou seja, depois da abolição.

<sup>31</sup> DEL PRIORE, Mary. *O livro de ouro da história do Brasil*. Rio de Janeiro. Ediouro, 2003. Página 256. Curiosamente esta distribuição de terras é o que hoje se propõe na Constituição.

<sup>32</sup> Este episódio é controvertido na historiografia oficial em relação à extensão da incineração, mas é certo que ela existiu e ocorreu em dezembro de 1890. Nem é preciso dizer o prejuízo que este ato trouxe aos estudos sobre o período escravista.

<sup>33</sup> Ver ARRUTI, José Maurício P.A. *O quilombo conceitual. Para uma sociologia do artigo 68*. In: Texto para discussão: Projeto Egbé – Territórios negros (KOINONIA), 2003



A dicotomia senhor *versus* escravo fugido, ou cultura negra africana contra a cultura branca europeia desconsidera processos de reelaborações e reinvenções<sup>34</sup> que demonstram e apontam para um caminho mais complexo destas relações. Pesquisas sobre relações familiares, cultura escrava, alforrias, paternalismo, irmandades e relações sociais alargaram o universo do debate historiográfico, surgindo novas interpretações e abordagens das situações tanto dos escravos quanto dos ex-escravos brasileiros.

Desde Gilberto Freyre<sup>35</sup> já ficou demonstrado que a amplitude de relações sociais no Brasil escravista era bem mais complexa que a mera relação escravo-senhor. A dicotomia "senzala" e "casa-grande" envolvia a manutenção de laços formais e informais, inclusive no tocante aos processos econômicos.

A escravidão não foi nenhum universo idílico e muito menos foram harmoniosas as relações entre senhores e escravos, como demonstra a ocorrência de diversas insurreições ocorridas contra os senhores<sup>36</sup>. No entanto os cativos não foram apenas personagens "coisificados" pela dominação. Procuraram, sempre que possível, interferir nos processos em que a vida deles estava envolvida. Existiam, por exemplo, revoltas que não pregavam as fugas, mas apenas melhores condições de trabalho e higiene, a substituição de um feitor violento ou o não corte dos laços familiares através da venda.<sup>37</sup>

---

<sup>34</sup> GOMES, Flávio dos Santos. *Histórias de quilombolas. Mocambos e comunidades de senzalas no Rio de Janeiro, século XIX*. Companhia das Letras, 2006.

<sup>35</sup> FREYRE, Gilberto. *Casa Grande & Senzala*. 51.ª Edição, Ed. Global, Rio de Janeiro 2006. Sobre esta obra clássica da sociologia brasileira, é preciso esclarecer, no contexto deste trabalho, que grande parte do atual pensamento antropológico e do movimento negro organizado não comungam com suas idéias, especialmente a do chamado mito da "democracia racial" existente no Brasil. A questão quilombola atualmente tratada pelo movimento negro pressupõe que a opressão da escravidão jamais deixou de existir, apenas tendo mudado de forma.

<sup>36</sup> Insurreição quilombola corrida em Vassouras/RJ, em 1838, é um exemplo clássico.

<sup>37</sup> GOMES, Flávio dos Santos. Ob. Cit. Pág. 282.

Estas relações dinâmicas ocorriam também entre os quilombos e a comunidade tida como “oficial”. Trocas de mercadorias eram constantes, tendo sido mesmo relatadas a existência de escravos dentro dos próprios quilombos, inclusive no quilombo dos Palmares<sup>38</sup>, o que afasta até mesmo o mero binômio maldade/bondade na relação entre senhores e escravos.

Os quilombos, na realidade, se estabeleciam não muito distante de locais onde pudessem realizar trocas mercantis e manter conexões com escravos assenzalados. Uma outra característica importante foi a paulatina integração das práticas camponesas dos quilombolas com as atividades agrícolas realizadas pelos escravos em parcelas de terra e no tempo a elas destinadas por seus senhores.

Dentro deste contexto mais amplo, as fugas deixam de ser o único ou principal protagonista da resistência do negro à opressão da escravidão, até porque, com o crescente número de leis de alforria que precederam a abolição formal, as fugas foram se tornando cada vez mais raras.

O protesto escravo passou a ser entendido não apenas como a questão da fuga, que era tratada de forma praticamente policial, mas também enquanto permanência e luta pelo não desaparecimento de elementos culturais, religiosos, festivos e até mesmo de hábitos alimentares da população negra, ainda que estivessem cativos.

Dentro desta perspectiva, a antropologia e o movimento negro atual introduzem para as comunidades negras remanescentes de quilombos o denominado elemento cultural, tratando quilombo não apenas como o lugar para onde se foge, mas como verdadeira metáfora da tentativa do

---

<sup>38</sup> MARTINS, José de Souza. *Divisões Perigosas*. Ed. Civilização Brasileira, Rio, 2007, pág. 99 apud BARRETO, Nelson Ramos. *A Revolução Quilombola: Guerra racial, confisco agrário e urbano, coletivismo*. São Paulo, Ed. ArtPress, pág. 20.

negro em manter, a despeito da imigração forçada, a cultura própria do seu povo, retirando o foco do elemento puramente civil de propriedade territorial para a moderna questão do constitucionalismo étnico, dos direitos humanos e da proteção e incentivo ao multiculturalismo.

A interpretação do quilombo como grupo étnico ou grupo social diferenciado parte do princípio de que os escravos não apenas fugiam dos castigos físicos e morais impostos, mas também pretendiam reconstruir modos de vida coletivos e auto-afirmar suas identidades culturais, ou seja, a fuga não era apenas da condição de escravo, mas também uma forma de retomar integralmente a forma como viviam antes de terem sido aprisionados. Com isso, o termo remanescente não se prende apenas a fatos históricos, mas também a outros significados de ordem sociológica e antropológica, que autorizam uma reconstrução do termo no contexto das minorias étnicas e como sujeito de identidade constitucional.

Esta noção de quilombos como grupo étnico também é fundamental para a aceitação do fenômeno da auto-atribuição de grupos rurais negros como remanescentes de quilombos.

Tais grupos não têm, na maioria das vezes, relação fática com a idéia histórica de quilombo como grupo de escravos fugidos, como pontifica Arruti:

As comunidades quilombolas constituem grupos mobilizados em torno de um objetivo, em geral a conquista da terra, e definidos com base em uma designação (etnônimo) que expressa uma identidade coletiva reivindicada com base em fatores pretensamente primordiais, tais como uma origem ou ancestrais em comum, hábitos, rituais ou religiosidade compartilhados, vínculo territorial centenário, parentesco social generalizado, homogeneidade racial, entre outros.<sup>39</sup>

---

<sup>39</sup> ARRUTI, José Maurício. *Mocambo. Antropologia e História do processo de formação quilombola*. Edusc, 2006, pág. 39.

A historiografia moderna, por seu turno, demonstra, à saciedade, a profunda diversidade étnico-cultural e de organização dos quilombos, com 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*"<sup>40</sup>, não havendo, muitas vezes, rompimento de laços com escravos das fazendas ou mesmo com o "mundo exterior", e outras vezes constituindo economias próprias e prósperas, envolvendo-se com movimentos sociais os mais variados, inclusive abolicionistas.

A própria denominação de quilombo não era única. O termo "quilombo dos Palmares" data do séc. XVIII, porque, até então, a comunidade era denominada "mocambo".

Neste sentido, as comunidades quilombolas seriam constituídas de grupos criados até mesmo após a abolição, mas com raízes históricas vinculadas à opressão da escravidão, que continuaram, mesmo após a libertação formal, na luta por autonomia econômica, cultural e contra a imobilização da sua força de trabalho, no que vieram constituir as chamadas comunidades negras rurais, ainda hoje espalhadas por vários lugares do Brasil

41 .

---

<sup>40</sup> 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). Ver também: GOMES, Flávio dos Santos. *Histórias de Quilombolas: Mocambos e comunidades de senzalas no Rio de Janeiro, século XIX*. Companhia das Letras 2006.

<sup>41</sup> Artigo de Aniceto Cantanhede Filho: *A pesquisa antropológica nos quilombos: uma experiência*. In: O Incra e os desafios para a regularização dos territórios quilombolas. Vários autores. Núcleo de Estudos Agrários e Desenvolvimento Rural do Ministério do Desenvolvimento Agrário (NEAD/MDA), Brasília, 2006, p. 14-35. Segundo estimativas do INCRA, autarquia incumbida da regularização dos territórios quilombolas, existem cerca de 3000 destas comunidades, cf <[www.incra.gov.br](http://www.incra.gov.br)>, acesso em 22.06.2007. Interessante notar a liderança absoluta do estado do Maranhão, com 113 processos de regularização abertos e a ausência de processos somente nos estados do Acre, Roraima e Amazonas.

Dentro desta perspectiva antropológica os processos de formação foram os mais diversos. A constituição dos quilombos podia ocorrer a partir do método tradicional das fugas, mas também por heranças, doações, prêmios por participação em guerras e até compra de terras em pleno vigor do sistema escravista.

Ainda nesta diversidade, a história observa, por exemplo, algumas das chamadas comunidades negras rurais de hoje tendo sido acionadas para lutar com negros aquilombados violentos, tendo recebido como recompensa extensões de terras. Como estes domínios territoriais podem ter sido posteriormente usurpados, estas comunidades agora são reincorporadas como quilombolas. Neste caso teríamos um grupo social que entrou no processo quilombola exatamente pelo lado oposto da história, e a sua identificação como quilombola indica uma necessária ressemantização do conceito<sup>42</sup>. Isto poderia ser visto como absurdo histórico, mas quando se considera a autodefinição dos agentes sociais em jogo e se converte tal trajetória num fenômeno antropológico em que identidade, cultura e território estão indissociáveis, temos uma nova abordagem da questão.<sup>43</sup>

Em todo o caso, nesta perspectiva permanece como um dos aspectos fundamentais na formação dos quilombos a tentativa de criação de populações camponesas. Contudo, a lei de terras de 1850 contribuiu em muito para manter estas comunidades na informalidade em relação à titulação cartorária, com apenas a posse das terras, mas que não possuíam qualquer perspectiva de obtenção do domínio.

Isto porque a Lei nº 601 de 1850, ao disciplinar o novo regime jurídico de terras, abandonando o antigo sistema de sesmarias, não

---

<sup>42</sup> Este termo, ressemantização, é muito utilizado pelos antropólogos para explicar a mudança de perspectiva do conceito de quilombos feito a partir dos anos sessenta do século passado.

<sup>43</sup> ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. *Os quilombos e as novas etnias*. In Eliane Cantarino (Org). *Quilombos: identidade étnica e territorialidade*. Rio de Janeiro. Ed. FGV, 2002, pág. 43-81.

reconheceu a ocupação indígena nem permitiu que posseiros adquirissem terras necessárias para sua sobrevivência, porquanto somente era possível a aquisição de terras por meio da compra. Esta determinação legislativa foi feita exatamente para evitar que terras fossem tituladas por índios ou pelos negros aquilombados ou que estavam sendo libertos, 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.

Esse arcabouço legislativo acabou por contribuir para a diversidade de posses e situações jurídicas: doações de terras para índios, especialmente por serviços prestados ao exército em guerras como as do Paraguai e a Balaiada (“são as terras de índios”). Terras que foram repassadas para ordens religiosas ou doadas para determinada santidade (as chamadas “terras de santos”) e também heranças e doações de ex-proprietários que deixaram as terras para seus ex-escravos (“terras de preto”).

Em síntese, o sistema de criação de comunidades negras, principalmente na área rural do Brasil, foi tão diverso quanto eram as relações envolvidas no sistema escravista, que envolviam alforrias, possibilidade de reversão da libertação por falta do bom comportamento do ex-escravo, fugas, heranças, compras.

A questão ganhou ainda mais relevo após a libertação pela Lei Áurea, pois grandes contingentes populacionais, acostumados e treinados exclusivamente ao trabalho campesino, foram, de repente, inseridos no que poderíamos chamar de mercado formal brasileiro.

Contudo, não havia qualquer opção econômica para estes grupos, a não ser continuar trabalhando na área rural. Ocorre que, mesmo

nesta área, as perspectivas não eram boas, especialmente pela quase que automática substituição do trabalho escravo pelo do imigrante europeu.<sup>44</sup>

Neste contexto, a formação e o desenvolvimento dos quilombos continuou mesmo após a abolição, posto que esta foi apenas marco formal e simbólico.

Desprovidos da possibilidade de continuar trabalhando como assalariados nas fazendas, tendo em vista a preferência pelo imigrante mais escolarizado e conhecedor de técnicas mais avançadas de cultivo, é que parte dos contingentes libertos procurou as áreas urbanas, iniciando um processo de “favelização” dos grandes centros (e perceptível até os dias de hoje, diante da imensa maioria de população negra nas favelas)<sup>45</sup> e outro expressivo contingente migrou para áreas rurais despovoadas ou habitadas por outros escravos na mesma situação, formando comunidades informais para a prática de agricultura de subsistência, que era a única atividade conhecida e, aproveitando a ausência de reprimenda estatal ou social, manter a prática de atividades culturais típicas do seu grupo, como, por exemplo, o “tambor de crioula”.<sup>46</sup>

O expressivo número de povoados quase que exclusivamente compostos por trabalhadores rurais negros é uma realidade no Brasil até os dias de hoje<sup>47</sup>. Nestas comunidades negras rurais os trabalhadores passaram a sofrer os problemas comuns ao campesinato brasileiro, em situações como meeiros, posseiros, intrusos alheios à

---

<sup>44</sup> Segundo o IBGE, entre 1884 e 1893, o Brasil recebeu mais de 970.000 (novecentos e setenta) mil imigrantes.

<sup>45</sup> Não sem razão parte do movimento negro atual adota o lema: “Ontem senzala, hoje favela”.

<sup>46</sup> O tambor de crioula é uma dança típica das comunidades negras rurais do Maranhão.

<sup>47</sup> Dados coligidos pelo Projeto Vida de Negro, da Sociedade Maranhense de Direitos Humanos e do Centro de Cultura Negra do Maranhão, pela Fundação Cultural Palmares, do Ministério da Cultura, e pelo Projeto Campos Negros, na Bahia, permitem constituir um mapeamento preliminar de 1.098 situações com amplas possibilidades de virem a ser reconhecidas como comunidades quilombolas.

comunidade e pessoas que nunca moraram na área, mas apresentavam títulos de domínio. A comunidade negra não chegava a vislumbrar a possibilidade de legalização destas terras pelos obstáculos oferecidos pela complexidade da máquina jurídica e pela própria legislação, pois, como já dito, a Lei de Terras buscava exatamente retirar a possibilidade desta aquisição para que estes contingentes vendessem a sua força de trabalho a preço vil nos latifúndios formados pela oligarquia rural que comandou o país desde o Império e durante toda a República Velha.<sup>48</sup>

Por outro lado, as terras que escaparam da apropriação das oligarquias rurais passaram a integrar o patrimônio da União, dos Estados e dos Municípios, na categoria de terras devolutas, as quais não podiam ser usucapidas. Teoricamente o trabalhador negro do campo tinha iguais possibilidades de compra ou de posse da terra. No entanto, teve esse acesso dificultado porque dispunha de pouco dinheiro e não sabia lidar com a burocracia a fim de defender o seu direito.

Atenta a esta peculiar forma de evolução histórica da população negra em sua relação com a terra, e com uma avaliação da resistência a escravidão bem mais abrangente e complexa do que a simples fuga, é que a antropologia, após longa discussão travada e por conduto da Associação Brasileira de Antropologia definiu, em 1994, o quilombo como “*toda comunidade negra rural que agrupe descendentes de escravos vivendo da cultura da subsistência e onde as manifestações culturais têm forte vínculo com o passado*”

Dessa discussão ficou afirmado que:

Contemporaneamente, portanto, o termo quilombo não se refere a resíduos ou resquícios arqueológicos de ocupação temporal ou de comprovação biológica. Também não se trata de grupos isolados

---

<sup>48</sup> MAESTRI, Mário. “*Terra e liberdade: as comunidades autônomas de trabalhadores escravizados no Brasil.*” In: AMARO, Luiz Carlos [Org.]. Afro-brasileiros: história e realidade. Porto Alegre: EST, 2005.



ou de uma população estritamente homogênea. Da mesma forma, nem sempre foram constituídos a partir de movimentos insurrecionais ou rebelados, mas, sobretudo, consistem em grupos que desenvolveram práticas cotidianas de resistência na manutenção e reprodução de seus modos de vida característicos e na consolidação de um território próprio (...) No que diz respeito à territorialidade desses grupos, a ocupação da terra não é feita em termos de lotes individuais, predominando seu uso comum.<sup>49</sup>

O forte senso comunitário, especialmente reforçado pela mera posse da terra sem títulos de domínio oficiais, que levava a necessidade de união para a defesa coletiva, levou a antropologia a afirmar que quilombo é, principalmente, a comunidade. Dentro deste contexto, a relação humana adquire mais relevância que a territorial. Quilombo é o lugar e é também a comunidade.

Neste prisma, a idéia de pertencer a uma determinada comunidade, e com ela manter fortes laços de identificação cultural, é que autoriza e indica, como já exposto, o tão polêmico critério de auto-atribuição para a certificação da comunidade como quilombola.<sup>50</sup>

Já o termo comunidade remanescente, para a antropologia, não deve remeter ao resíduo. A norma jurídica deve procurar a aplicação do termo em sua contemporaneidade, sob pena de ineficácia. A proteção deve ser de realidades atuais e a interpretação não deve ser voltada para o passado, ou seja, o artigo 68 não pode ser interpretado com os olhos voltados para o longínquo século XIX, mas sim na realidade contemporânea destas comunidades.

Os antropólogos reconhecem, portanto, que ao serem identificados como "remanescentes", as comunidades, derredor de representarem os que estão presos às relações arcaicas de produção e

---

<sup>49</sup> O'DWYER, Eliane Cantarino. *Os quilombos e a prática profissional dos antropólogos*. IN: *Quilombos: identidade étnica e territorialidade*, Rio de Janeiro, FGV, 2002, p.19.

<sup>50</sup> O critério da auto atribuição é o aceito pela Sociedade Brasileira de Antropologia e pela Convenção 169 da OIT. O tema será melhor explicitado no cap. 04.

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*"<sup>51</sup>

Não é, portanto, a cristalização destas comunidades no tempo, como uma espécie de "museu vivo", tendo em vista que a preservação desta identidade cultural não obriga estes remanescentes a fechar-se para a integração da comunidade com o mundo desenvolvido de plenas possibilidades e oportunidades.<sup>52</sup>

De forma semelhante a visão histórica tradicional esta interpretação antropológica acerca do que é quilombo produziu implicações no campo jurídico-normativo. Neste sentido, ou seja, tratando com o conceito de comunidade quilombola sob este prisma antropológico, é que o Decreto 4887/2003, substituto do Decreto 3912/01 na regulamentação do art. 68 do ADCT, definiu que as comunidades remanescentes dos quilombos são "*grupos étnicos, definidos segundo critérios de autodefinição, com trajetória histórica própria, dotados de relações territoriais específicas, com presunção de ancestralidade negra relacionada à opressão histórica sofrida*"<sup>53</sup>.

Concordando com esta redação exposta no art. 2.º "caput" do Decreto 4887/03, o Tribunal Regional Federal da 4.ª Região, em julgado hoje considerado paradigma sobre a matéria, asseverou:

---

<sup>51</sup> ARRUTI, José Maurício. *A emergência dos 'remanescentes': notas para o diálogo entre indígenas e quilombolas*. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/mana/v3n2/2439.pdf>, acesso em 05.03.2010.

<sup>52</sup> Nada impede, por exemplo, a utilização de agricultura mecanizada nas comunidades quilombolas.

<sup>53</sup> Art. 2º, "caput". Decreto 4887/2003.

CONSTITUCIONAL. REMANESCENTES DE COMUNIDADES DE QUILOMBOS. ART. 68-ADCT. DECRETO Nº 4.887/2003. CONVENÇÃO Nº 169-OIT.

(...)

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

(...)

(TRF 4.<sup>a</sup> Região, AI 2008.04.00.034037-5/SC)

O que se constata, portanto, é que a despeito de um sentido mais restrito do conceito de remanescente de comunidade de quilombos, vinculado à caracterização de escravos "fugidos", os cânones legais e jurisprudenciais que tratam a questão atualmente tendem a adotar um conceito mais amplo, que é o de comunidades quilombolas numa perspectiva antropológica relacionada ao surgimento e evolução de comunidades negras dotados de relações territoriais específicas, com presunção de ancestralidade relacionada à opressão histórica sofrida em razão da escravidão, ou seja, como define a antropologia, as chamadas "comunidades negras rurais".

Portanto, a definição atual de remanescentes de quilombos, no campo normativo, é traçada etnograficamente, considerando-se a origem, a identidade básica e a formação do grupo comunitário.

Esta relação umbilical entre as comunidades remanescentes de quilombos e a questão étnica adquire relevância fundamental dentro no constitucionalismo democrático, que trabalha exatamente com a proteção da diversidade, reconhecendo o multiculturalismo como valor a ser perseguido.

No entanto, para sabermos se o artigo 68 do ADCT procurou estabelecer conexão com este constitucionalismo, da forma como está atualmente positivada em sua regulamentação, torna-se curial dissecar e aprofundar o estudo sobre a sua inclusão na Carta Política, num método de interpretação válido para confirmar, ou não, a adoção pelo Constituinte Originário da concepção antropológica de quilombo, o que será objeto do próximo capítulo.

## 2. A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E O SURGIMENTO DO ARTIGO 68 DO ADCT

### 2.1 O artigo 68 do ADCT dentro do processo constituinte

É possível registrar que a referência a quilombos ou a remanescentes de quilombos não aparece em nenhuma legislação constitucional ou infraconstitucional que se seguiu à abolição, o que pode ser explicado exatamente pela presunção histórica tradicional de que, com a libertação formal, a questão estava resolvida e não haveria mais razão para a existência de quilombos e tampouco a possibilidade de sua criação, percebendo-se um “silêncio” normativo de um século que somente foi rompido em 1988, com a promulgação da Constituição.

No período posterior a 1888 a população negra em geral, e especialmente os remanescentes de quilombos permaneceram invisíveis ao Estado. Foi o movimento negro organizado quem procurou superar esta situação. O debate sobre os quilombolas teve voz na Frente Negra Brasileira, partido político que teve brevíssima existência nos 30<sup>54</sup>, e em movimentos sociais como o teatro experimental do negro, criado por Abdias Nascimento e Solano Trindade, que editava um jornal sobre a problemática do negro no Brasil exatamente com o título de “Quilombo”.<sup>55</sup>

Nesse período anterior a atual Constituição, o que mais se aproximou da noção antropológica das comunidades remanescentes de quilombos foi o direito das populações não integradas na comunhão nacional sobre as terras que tradicionalmente ocupam, o que foi reconhecido pelo art.

---

<sup>54</sup> A frente negra brasileira foi uma tentativa de organização política da classe negra em plena década de 30. Foi constituída como partido político em 1936 e logo em seguida extinta com a repressão do Estado Novo em 1937.

<sup>55</sup> SOUZA, Bárbara Oliveira. *Aquilombar-se. Panorama histórico, identitário e político do movimento quilombola brasileiro*. Dissertação de Mestrado em Antropologia Social, UNB. 2008.

11 da Convenção n. 107/57 da Organização Internacional do Trabalho – OIT<sup>56</sup>, promulgada pelo Decreto n. 58.824/66, sendo certo que, já à época, uma vez aprovados pelo Poder Legislativo, os tratados e convenções internacionais ingressavam no ordenamento jurídico pátrio com *status* de lei.

Não houve, contudo, qualquer direcionamento desse decreto para a questão quilombola, especialmente porque as definições deste texto, que remetia a proteção de povos indígenas e tribais, não fazia referência a grupos não originários da terra.

Sendo assim, forçoso reconhecer que a matéria específica sobre quilombolas somente veio a aparecer em nosso ordenamento jurídico por força de proposta do movimento negro, especialmente do Rio de Janeiro e Maranhão<sup>57</sup>, à Assembléia Nacional Constituinte de 1988.

Na matriz desta proposta estão dois processos históricos. O primeiro respeita a reorganização do movimento negro nos anos setenta e oitenta, e o segundo a coincidência da atual Carta Política ter sido feita no mesmo ano em que se completava o centenário da abolição.

O movimento negro organizado, salvo raras exceções, praticamente não existia antes dos anos sessenta. Foi nesta época que reverberou, no Brasil, as lutas do movimento negro americano, que à época encontrava em Martin Luther King Jr seu grande expoente. No entanto, esta incipiente organização encontrou na Ditadura Militar então vigente um obstáculo para maiores contestações.

---

<sup>56</sup> Eis o texto do artigo: “O direito de propriedade, coletivo ou individual será reconhecido aos membros das populações interessadas sobre as terras que ocupem tradicionalmente.”

<sup>57</sup> CATHARINO, Alexandre de Castro. *Direito Coletivo das Comunidades Remanescentes de Quilombos: Rupturas e Continuidades no Sistema Jurídico Brasileiro*. Disponível em [http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/recife/efetividade\\_alexandre\\_catharina.pdf](http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/recife/efetividade_alexandre_catharina.pdf). Acesso em 27.06.2009

Contudo, a eminente derrocada da ditadura militar, na virada dos anos setenta para os anos oitenta, abriu a sociedade brasileira para debates que haviam ficado abafados por duas décadas, permitindo que vários movimentos sociais, entre eles o movimento negro, trouxessem à pauta conflitos até então suprimidos.<sup>58</sup>

Para o movimento negro, duas novas questões estavam entre as prioridades de discussão para a mudança de paradigmas considerados arcaicos. Em primeiro lugar a defesa da idéia clara de que a liberdade de 1888 foi conquistada pela luta e reação dos próprios negros, e não mera concessão de brancos apiedados com a penúria da escravidão. Em segundo lugar a constatação de que a abolição não alterou a situação de fato da população negra do Brasil, que permaneceu excluída dos mais elementares direitos do cidadão.

Como forma de fixar estas duas novas premissas, o movimento negro fixou a luta pela troca do marco simbólico do 13 de maio pelo 20 de novembro como a data de comemoração da população negra, colocando o resgate de Palmares, Zumbi e da questão quilombola como ícone da mudança do discurso da benevolência branca pela luta dos próprios negros. Em relação à constatação de que a abolição não operou mudanças na estrutura econômica e social da população negra, vimos o surgimento, no movimento negro urbano, das pressões por ações afirmativas que procurassem diminuir o “fosso” existente entre as raças, tendo como modelo desta questão a experiência dos Estados Unidos da América<sup>59</sup>, e no movimento negro rural o resgate da territorialidade das comunidades negras rurais.

---

<sup>58</sup> HASEMBALG, Carlos. *Discurso sobre a raça: pequena crônica de 1988*. In: HASEMBALG, C.; SILVA, Nelson do V. *Relações raciais no Brasil contemporâneo*. Rio de Janeiro. Ed. IUPERJ, 1992.

<sup>59</sup> É vasta a bibliografia brasileira que trata das ações afirmativas americanas. Podemos citar Joaquim Barbosa como grande pesquisador do assunto. A questão ganhou tal importância que, em março de 2010, a nossa Suprema Corte patrocinou audiências públicas para discutir a constitucionalidade das ações afirmativas no

O contexto do revisionismo da questão da abolição e da situação do negro no Brasil no pós-ditadura, apesar de gestada dentro do movimento negro, atingiu vários segmentos sociais, como por exemplo a Igreja Católica, que em 20 de novembro de 1981, na cidade do Recife, celebrou a denominada “missa dos quilombos”, em que altos representantes da Igreja<sup>60</sup>, diante de uma multidão estimada em oito mil pessoas, penitenciaram-se e pediram perdão pelo posicionamento da Instituição diante da questão da escravidão e, especialmente, dos negros aquilombados.

O ano de 1988, em que se realizava a Assembléia Nacional Constituinte e se comemorava o centenário da Lei Áurea foi exatamente o ápice deste movimento revisionista sobre a história da escravidão e os efeitos da abolição, trazendo a situação econômica e social dos negros para a pauta dos debates públicos de forma inédita. Todos os atores envolvidos na questão negra concluíram que a Constituinte seria uma “oportunidade de ouro” para positivar em carta constitucional as demandas da população negra.

Dentro desta reestruturação do movimento negro após a repressão da Ditadura, interessa observar a fundação do Movimento Negro Unificado (MNU) em 1978<sup>61</sup> e em setembro de 1979 a fundação do Centro de Cultura Negra do Maranhão (CCN/MA)<sup>62</sup>. No seio desta associação começou a ser explicitada uma preocupação com a situação das comunidades negras

---

ingresso de faculdades públicas. O tema, apesar da sua importância, não é o foco do nosso trabalho, tendo em vista as especificidades da questão quilombola, de natureza mais rural, em relação às ações afirmativas como um todo.

<sup>60</sup> À frente o arcebispo emérito de Olinda e Recife, D. Helder Câmara, uma das figuras mais importantes e controvertidas da Igreja Católica em todo o século XX, que por suas posições consideradas esquerdistas foi apelidado de “o bispo vermelho”.

<sup>61</sup> O MNU foi fundado nos protestos pela morte, sob tortura, do trabalhador Robson Silveira.

<sup>62</sup> Como já exposto, o Estado do Maranhão é líder em comunidades negras rurais reconhecidas pela Fundação Cultural Palmares, o que é explicado pela grande quantidade de escravos que recebeu, aliado à ausência de uma atividade econômica forte, que desse sustentação ao modelo escravista tradicional, como a cana-de-açúcar em Pernambuco, o tabaco na Bahia, o café em São Paulo ou a mineração em Minas Gerais.



rurais do Maranhão, o que levou a questão a ser debatida no I Encontro de Comunidades Negras Rurais do Maranhão, realizado em São Luís, em agosto de 1986, já com o sugestivo título de “*O Negro e a Constituição Brasileira*”.

Ainda com a intenção de aprofundar o debate sobre a questão agrária envolvendo as comunidades negras e tomar parte do processo constituinte, o Centro de Cultura Negra do Maranhão e o Centro de Estudos e Defesa do Negro do Pará participaram da I Convenção Nacional do Negro pela Constituinte, realizado em Brasília e convocada pelo Movimento Negro Unificado.<sup>63</sup> Deste evento saiu uma proposta de norma que garantisse os direitos das comunidades negras rurais dentro do processo constituinte que então se avizinhava.

Necessário se faz, para uma melhor compreensão da questão quilombola dentro deste processo constituinte, uma breve exposição de como foram organizados os trabalhos em torno da elaboração do texto da nossa Carta Política.

A Assembléia Nacional Constituinte foi instalada em 01 de fevereiro de 1987 e, diferentemente de textos anteriores, não partiu de nenhum anteprojeto elaborado por comissões de juristas<sup>64</sup>. A confecção do texto foi dividida em sete etapas, sendo a primeira uma fase preliminar de elaboração do Regimento Interno e votação da sua Mesa Diretora.

A segunda etapa foi a divisão dos constituintes em 24 (vinte e quatro) subcomissões temáticas, com os mais variados assuntos, que ao final apresentaram, cada uma, um Anteprojeto. Formulados os 24 primeiros exercícios setoriais para o texto da Constituição, as subcomissões se

---

<sup>63</sup> FABIANI, Aldemir. *O quilombo antigo e o quilombo contemporâneo. Verdades e Construções*. Artigo apresentado no XXIV Simpósio Nacional de História. Disponível em <http://snh2007.anpuh.org/resources/content/anais/Adelmir%20Fiabani.pdf>, acesso em 01.02.2010.

<sup>64</sup> Muito embora existisse um anteprojeto elaborado, este foi descartado.

dissolveram em comitês maiores, três a três, compondo 8 (oito) Comissões Temáticas, no que se constitui a terceira etapa do processo.

Encerradas as Comissões Temáticas, cada uma com o seu Anteprojeto, a quarta etapa dos trabalhos foi a convergência para uma única Comissão, que foi a famosa Comissão de Sistematização, encarregada de organizar tudo que havia sido feito nas comissões e subcomissões em um projeto único de Constituição.

O projeto de Constituição foi então submetido às votações e discussões em plenário, com todos os constituintes, na denominada quinta etapa dos trabalhos. Concluída a fase de plenário, a sexta etapa foi a Comissão de Redação, que tratou apenas de adequar a redação dos textos, e a sétima e última etapa foi a promulgação da Constituição em 05 de outubro de 1988.

As etapas de 02 a 06 foram subdivididas em vinte e três fases que compreendem a apresentação de anteprojeto, substitutivos, propostas de parlamentares e populares e votações, podendo ser denominadas, para melhor compreensão, por letras do alfabeto que iniciam com a letra “A” até a letra “Y”.<sup>65</sup>

Pois bem, feita esta breve exposição, retomamos que a proposta de norma que garantisse os direitos das comunidades negras rurais dentro do processo constituinte, que fora decidida na I Convenção Nacional do Negro pela Constituinte, realizado em Brasília e convocada pelo Movimento Negro Unificado,<sup>66</sup> foi encaminhada à deputada Benedita da Silva que, em 6 de

---

<sup>65</sup> Sobre as fases do processo constituinte e sua correlação com as letras do alfabeto, verificar o anexo I de XIMENES, Júlia Maurmann. *O Comunitarismo & Dinâmica do Controle Concentrado de Constitucionalidade*. Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2010.

<sup>66</sup> FABIANI, Aldemir. *O quilombo antigo e o quilombo contemporâneo. Verdades e Construções*. Artigo apresentado no XXIV Simpósio Nacional de História. Disponível em <http://snh2007.anpuh.org/resources/content/anais/Adelmir%20Fiabani.pdf>, acesso em 01.02.2010.

maio de 1987, apresentou ao Congresso Nacional Constituinte, ainda na segunda etapa de subcomissões temáticas, uma proposta de dispositivo “*sobre o direito à moradia, título de propriedade de terra às comunidades negras remanescentes dos quilombos, o bem imóvel improdutivo e distribuição de terras para fins de reforma agrária*”<sup>67</sup>. O despacho da proposta foi encaminhado para a Subcomissão de Questão Urbana e Transportes (VI-b – que tratava de questões como usucapião), pouco afeita a matéria, e não constou do texto final do anteprojeto desta subcomissão.

A análise dos anais da Constituição permite observar que a proposta da Deputada Benedita da Silva não foi a única a tratar da questão quilombola ainda na fase das subcomissões. O Deputado Federal do PMDB/GO, Iram Saraiva, apresentou a proposta de que fossem declarados patrimônio histórico nacional os sítios e documentos referentes aos quilombos, e que foi encaminhada para a Subcomissão de Educação, Cultura e Esportes (VIII-a). Esta proposta teve seguimento e veio a se transformar no embrião do atual artigo 216, §5.º da CF/88.<sup>68</sup>

A Deputada Abigail Feitosa, do PMDB/BA, por seu turno, apresentou perante a subcomissão de negros, populações indígenas, deficientes e minorias (VII-c), proposta com a seguinte redação:

“Art. VII do capítulo Negros: O Estado garantirá o título de propriedade definitiva das terras ocupadas pelas comunidades negras remanescentes dos Quilombos e fica fixado como data nacional do negro brasileiro o dia 20 de novembro, data do assassinato de Zumbi dos Palmares.”

A subcomissão rejeitou a proposta argumentando que já existia dispositivo prevendo a fixação de datas nacionais significativas para os grupos étnicos nacionais através de lei, além disso, posteriormente não foi

---

<sup>67</sup> Senado Federal. Bases históricas do Congresso Nacional. Disponível em <http://www.senado.gov.br/sf/legislacao/basesHist/asp/consulta.asp>, acesso em 03.02.2010.

<sup>68</sup> “Ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos.”

reconhecida a necessidade de um capítulo próprio para os negros na Constituição, diferentemente do que fora decidido para os índios.

Encerrado o período de subcomissões, como visto o processo constituinte seguiu para a fase das Comissões Temáticas. Na Comissão de Ordem Social foi feita nova apresentação de proposta tendente a garantir o direito de propriedade das comunidades quilombolas, desta vez através do substitutivo do relator, que previa a seguinte redação para o então artigo 86:

“Fica declarada a propriedade definitiva das terras ocupadas pelas comunidades negras remanescentes de quilombos, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos.”

Esta proposta também não constou do anteprojeto final da Comissão de Ordem Social, de forma que quando a fase das comissões temáticas foi encerrada, em junho de 1987, e o Relator-Geral Bernardo Cabral apresentou o primeiro anteprojeto de Constituição, na época com 501 artigos dividido em dez títulos e que posteriormente foi reduzido para 496 (o denominado Projeto “Zero”), não tínhamos ainda o embrião do futuro artigo 68 do ADCT, embora tivessem existido tentativas.

A constituinte seguiu para a fase de Sistematização, onde foi apresentado o Anteprojeto de Constituição e aberto prazo para emendas dos constituintes, as quais deveriam ser propostas na recém-criada Comissão de Sistematização, tendo sido apresentado número expressivo de emendas (20.790).

Nesta fase da Comissão de Sistematização, em um momento posterior, já com o Projeto de Constituição pronto, também foram admitidas as chamadas emendas populares, tendo sido registradas o

recebimento de 122 propostas populares, com a admissão de 83 emendas que atenderam às exigências do Regimento.<sup>69</sup>

Dentro destas emendas populares admitidas já na Comissão de Sistematização, na denominada fase M<sup>70</sup>, é que se observa a proposta apresentada em 20 de agosto de 1987, subscrita pelo Deputado Carlos Alberto Caó (PDT/RJ), para que fosse inserido no Título X (Disposições Transitórias), o seguinte texto<sup>71</sup>:

“Fica declarada a propriedade definitiva das terras ocupadas pelas comunidades negras remanescentes de quilombos, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos. Ficam tombadas essas terras bem como documentos referentes à história dos quilombos no Brasil”

A emenda do Deputado Caó veio a ser reconhecida pelos estudiosos da questão negra na constituinte como o embrião do atual artigo 68 do ADCT<sup>72</sup>, inclusive porque o termo proposto - “comunidades negras remanescentes de quilombos” - conseguiu resistir às propostas das chamadas “emendas modificativas”, inclusive algumas que previam a sua revogação pura e simples ou a mudança completa de redação. A essência desta proposta transformou-se no atual artigo 68 do ADCT ainda que posteriormente tenha sido substituído o vocábulo “negras” e permanecido apenas “comunidades remanescentes de quilombos”, tendo em vista que a redação aprovada em 22 de junho de 1988, em primeiro turno no plenário (o Projeto A), trazia o art. 25 do ADCT redigido desta forma:

“Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando as suas terras é reconhecida a propriedade

---

<sup>69</sup> COELHO, João Gilberto Lucas. *O Processo Constituinte 1987-1988*. Editora AGIL-UNB. Brasília 1988.

<sup>70</sup> Como visto, a fase M é uma das subdivisões do processo constituinte na quarta etapa, que é a Comissão de Sistematização. Corresponde especificamente ao momento em que foram admitidas, ao Projeto de Constituição, emendas vindas do plenário (qualquer constituinte) e emendas populares.

<sup>71</sup> SILVA, Dimas Salustiano da. *Quilombos no Maranhão: a luta pela liberdade (uma interpretação do artigo 68 das DCT sob a ótica de um Direito Alternativo)*. Monografia de Conclusão do Curso –UFMA/Departamento de Direito. São Luís. 1991.

<sup>72</sup> ARRUTI, José Maurício. *Mocambo...* ob cit,pág. 67.

definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos. Ficam tombados os sítios detentores de reminiscências históricas, bem como todos os documentos dos antigos quilombos”

Posteriormente a proposta inicial seria desmembrada, fazendo com que a parte relativa ao tombamento dos sítios e documentos relacionados aos quilombos coubesse ao corpo permanente da Constituição, no capítulo relativo à Cultura, até porque já existia a proposta neste mesmo sentido apresentada pelo Deputado Iran Silva desde a fase das subcomissões.

Com o desmembramento, o texto passou a tramitar na fase do segundo turno de votações, o denominado projeto B, constituindo nesta fase o artigo 73 do ADCT, e que foi aprovado sem alterações, ficando apenas a primeira parte do texto, com foco na questão fundiária, e que constitui a atual redação do artigo 68 do ADCT.

## **2.2 O contexto envolvido no surgimento do art. 68 do ADCT. Tentando entender o Constituinte Originário.**

Segundo o constituinte José Carlos Sabóia, integrante da subcomissão de Índios, Negros e Minorias<sup>73</sup>, o artigo 68 do ADCT teria sido incorporado à Carta no “apagar das luzes” e em uma formulação amputada.

Um assessor da subcomissão<sup>74</sup> chegou mesmo a afirmar que o artigo teria sido algo improvisado, sem uma proposta original clara ou maiores discussões posteriores. Esta idéia de falta de amadurecimento das discussões sobre o tema é recorrente entre militantes do movimento negro e historiadores do processo constituinte. Flávio Jorge, do Fórum Estadual de Comunidades Negras de São Paulo<sup>75</sup>, informa que a militância negra tinha mais dúvidas que certezas com relação ao artigo e o seu texto final teria sido

---

<sup>73</sup> SILVA, Dimas Salustiano da, ob cit. Pág. 60.

<sup>74</sup> Olympio Serra, citado por Arruti.

<sup>75</sup> Citado por SILVA, Dimas Salustiano da, ob cit. Pág. 61.

resultado de um esgotamento do tempo e das referências de que o movimento dispunha para o debate, mais do que qualquer consenso.

A decisão teria passado pela avaliação do movimento negro de que era imprescindível aproveitar a oportunidade histórica de um Poder Constituinte Originário para se concluir, no ano em que se comemorava o seu centenário, o processo inacabado da abolição da escravatura e a reparação de uma dívida histórica na questão do negro no Brasil.

Os partícipes do processo constituinte relatam tanto o contexto da comemoração do centenário da abolição, quanto o desconhecimento sobre a realidade fundiária das comunidades negras rurais. Este desconhecimento teria sido, inclusive, o responsável pela colocação do artigo em Disposições Transitórias.

Para Dimas Salustiano da Silva<sup>76</sup>, o art. 68 está nas Disposições Transitórias, *“em virtude de não ter recebido aprovação no capítulo da cultura – disposição permanente, e passou a ter uma configuração de dispositivo transitório atípico, vez que só pôde ser aprovado no apagar das luzes dos trabalhos de feitura da nova Constituição”*

Para a antropóloga Ilka Boaventura Leite:

(...) o debate sobre a titulação das terras dos quilombos não ocupou, no fórum constitucional, um espaço de grande destaque e suspeita-se mesmo que tenha sido aceito pelas elites ali presentes, por acreditarem que se tratava de casos raros e pontuais, como o do Quilombo de Palmares<sup>77</sup>

Para Aldemir Fabiani<sup>78</sup>, o art. 68 do ADCT foi parar nas Disposições Constitucionais Transitórias porque alguns constituintes

---

<sup>76</sup> Ob. Cit, pág. 60.

<sup>77</sup> LEITE, Ilka B. *O legado do testamento: a Comunidade de Casca em perícia*. Florianópolis: NUER/UFSC, 2002.

<sup>78</sup> Ob. Cit, pág. 07.

interpretaram o termo quilombo no sentido histórico, como fora o quilombo de Palmares, o quilombo Malunguinho, o quilombo de Manuel Padeiro e outros. Estes parlamentares imaginavam que restavam apenas algumas comunidades remanescentes para serem atendidas. Com o tempo, estas comunidades teriam suas terras tituladas, tornando-se desnecessário o art. 68 do ADCT permanecer na Constituição, ou seja, resolvido o problema de algumas poucas comunidades, não haveria mais necessidade do dispositivo.

Com efeito, nem os constituintes ou mesmo o movimento negro organizado tinham amadurecido suficientemente um debate sobre esta questão, e a inclusão do artigo foi feita de forma açodada, tanto que a redação do art. 68 do ADCT utilizou uma terminologia – *remanescentes das comunidades de quilombos* – que não era mais utilizada pela antropologia, pois como visto no capítulo anterior, tratava-se de uma denominação que define o grupo pelo que ele já não é mais.

Segundo Arruti<sup>79</sup>:

A intenção do legislador, fantasmagoria e recorrentemente citada nos textos de hermenêutica jurídica, dificilmente pode ser reivindicada como chave de compreensão desta nova realidade. Ao tentarmos dar conteúdo sociológico a essa suposta “intenção” no caso do “artigo 68”, encontramos pressupostos *obscuros* e *confusos*, um conhecimento muito limitado da realidade que nele se faria representar e uma discussão que, em momento algum, apontou para o futuro, mas sempre para o passado. Paradoxalmente, foram aqueles que se opuseram ao artigo que pareciam ter alguma clareza sobre suas possíveis implicações sociais.

Sobre a falta de uma idéia pronta antes da Constituição para o que hoje é a redação do artigo 68 do ADCT, e analisando-se o artigo 11 da Convenção 107/57 da OIT, observa-se que houve um aproveitamento da redação do citado artigo, substituindo-se no texto o termo “populações interessadas” por “comunidades remanescentes de quilombos”. O termo

---

<sup>79</sup> Ob. Cit, pág. 67.



“remanescente”, como vimos, remete a uma noção de resíduo, de algo que já foi e do qual sobraram apenas reminiscências. Seriam, portanto, grupos que não existem mais em sua plenitude.

A redação do artigo foi de encontro ao que a antropologia definia, dado a evolução histórica da questão, porquanto esta já tinha substituído o termo “remanescente de quilombo” pelo de comunidades negras rurais ou terras de preto. O próprio termo quilombo não encontra acepção única na história brasileira, tendo em vista que já foi utilizado de diversas formas (ver capítulo anterior).

Como vimos no tópico referente ao processo constituinte, houve também uma alteração na redação do artigo proposta, tendo em vista que as propostas originais de texto para a Constituição sugeriam que se reconhecesse “a propriedade definitiva das terras ocupadas pelas comunidades negras remanescentes de quilombos”. O termo comunidade é mais condizente com o caráter coletivo dos quilombos, mas o constituinte preferiu dar ênfase ao termo “remanescente”, mais ligado ao individualismo.

Por outro lado, a utilização dos termos “terra, “ocupando” e “propriedade” remete o intérprete, com uma visão exclusivamente jurídica, ao instituto da usucapião, à semelhança de outros que foram definidos na Constituição.<sup>80</sup>

Observa-se, portanto, que o art. 68 do ADCT mescla ao mesmo tempo terminologia eminentemente não jurídica, como em seu início ao criar uma categoria jurídica inédita, de cunho histórico-antropológico, mas finalizando com uma redação de caráter civilista e patrimonial.

O açodamento da redação do artigo também se revela pela forma descontínua que o tema teve na Constituição. Com efeito, ao prever o

---

<sup>80</sup> Neste sentido a usucapião rural especial do artigo 191 da CF/88:

direito de propriedade das comunidades remanescentes de quilombos, o legislador constituinte originário foi assistemático, por inserir a questão em disposições de caráter transitório, quando o mais coerente seria a disposição do direito no Título VIII, capítulo III, Seção II, que trata da política cultural e onde, inclusive, está garantida a proteção, por tombamento, dos documentos e sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos.

Dentro deste quadro, a redação do artigo 68 do ADCT revela-se de difícil interpretação, como demonstram as duas correntes que se digladiam sobre questão, e que inclusive produziram regulamentações do artigo de forma diametralmente oposta<sup>81</sup>. As dificuldades de utilização de uma categoria jurídica completamente nova e a questão da definição desta categoria passar por outras ciências humanas que lidam com a matéria, no caso a antropologia e a história, acabaram por dificultar a compreensão da intenção do Constituinte.

Contudo, a necessidade de fazer esta interpretação é latente, posto que, sob o ponto de vista jurídico, o fato de a matéria ter a sua localização diretamente exposta em disposições transitórias não retira a força que produz e nem pode ser argumento para sua ineficácia. Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal<sup>82</sup> já se manifestou no sentido de que não existe qualquer desnível ou desigualdade quanto à intensidade de eficácia ou prevalência de autoridade entre as normas inscritas no ADCT e os preceitos constantes do corpo principal da Carta Política.

A positivação em caráter constitucional dos dispositivos referentes aos quilombolas, para além do seu eventual valor simbólico de consagração textual, é importante porque traz conseqüências jurídicas relevantes, decorrentes do caráter constitucional que confere supremacia e

---

<sup>81</sup> Estamos nos referindo aos Decretos 3912/01 e 4887/03, já comentados no primeiro capítulo.

<sup>82</sup> STF, RE 160.486, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 09.06.1995).

rigidez aos respectivos dispositivos, além do compromisso do Estado com a sua eficácia.

Com efeito, uma vez posto na Carta o artigo precisa ser efetivado, porquanto, inserida a questão quilombola no nosso ordenamento jurídico, a questão a ser resolvida passou a ser, por óbvio, a efetivação do comando constitucional garantidor da propriedade às comunidades, posto que não existe norma sobrando no texto da Constituição.<sup>83</sup>

Para tentarmos vencer esta dificuldade de interpretação do artigo 68 do ADCT e, especialmente tentar compreender se a vontade do Constituinte era a utilização do aspecto histórico tradicional ou o antropológico mais atual, salutar recorrer novamente ao processo constituinte.

Preliminarmente é preciso esclarecer que a tão criticada assimetria de localização do artigo 68 do ADCT não é uma exceção no texto constitucional. Como costuma acontecer com um texto normativo oriundo de uma discussão marcadamente democrática, pautada por concessões, acordos e exigências de todo o tipo, a Constituição de 1988, é preciso reconhecer, não prima pelo rigor em sua sistematização.

O processo constituinte também não contribuiu para uma perfeita sistematização e alocação dos artigos no texto. Extremamente longo, sem a existência de um Anteprojeto base<sup>84</sup>, com várias fases de apresentação de emendas, audiências públicas e inegável participação popular, a técnica de redação e sistematização muitas vezes foi deixada de lado.

Embora a questão quilombola tenha sido tratada sem o devido amadurecimento, observamos que todas as propostas referentes a

---

<sup>83</sup> Cf. Gilmar Ferreira Mendes; Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco. *Curso de Direito Constitucional*, Ed. Saraiva/IDP, 2007, pág. 106.

<sup>84</sup> Como já exposto, foi decidido não utilizar anteprojeto feito por comissões de juristas, como em outras constituições.

comunidades remanescentes de quilombos na Constituição partiram de parlamentares diretamente vinculados ao movimento negro, onde desde o final dos anos setenta já existia a preocupação com a completa mudança de paradigmas sobre a questão da abolição, introduzindo-se o conceito antropológico de comunidades negras rurais.

O artigo 68 do ADCT, não resta dúvidas, é produto de propostas discutidas e gestadas dentro do movimento negro organizado, com toda a intenção que estes grupos sociais pretendiam. A aprovação do texto é creditada em função de intensas negociações políticas levadas por representantes do movimento negro do Rio de Janeiro e Maranhão. Entre tais representantes teria se estacado Benedita da Silva e Carlos Alberto Caó, constituintes, e Carlos Moura e Glória Moura, militantes que atuavam na comunidade dos Kalungas (GO).<sup>85</sup>

Segundo o deputado constituinte Luiz Alberto (PT/BA), coordenador nacional do MNU, apesar de todas as dúvidas e dificuldades envolvidas na questão, somente uma coisa parecia estar fora de discussão: *“que o artigo 68 do ADCT deveria ter um sentido de reparação dos prejuízos trazidos pelo processo de escravidão e por uma abolição que não foi acompanhada por nenhuma forma de compensação, como o acesso à terra”*.<sup>86</sup>

O artigo 68 do ADCT foi uma vitória do movimento negro, e a questão quilombola não foi a única vitória deste segmento dentro do processo constituinte. A criminalização do racismo e a utilização da expressão “afro-brasileiro” no texto são outros exemplos de fixação de metas impostas pelo movimento negro no início da Constituinte.

Na pesquisa realizada, observa-se que a análise das propostas de modificação do texto que foi proposto pelo Deputado Carlos

---

<sup>85</sup> Arruti, José Maurício, ob cit.pág. 67.

<sup>86</sup> Depoimento contido em LEITÃO, Sérgio. *Direitos territoriais das comunidades negras rurais*. São Paulo: Instituto Sócio-ambiental, 1999.

Alerto Caó, e que acabou redundando no artigo 68 do ADCT, são relevantes para uma tentativa de compreensão dos objetivos que norteavam o constituinte originário.

Na fase de apresentação de emendas ao substitutivo do relator, ainda na Comissão de Sistematização, foi proposta a emenda 26.450, de autoria do Deputado José Moura (PFL/PE), que previa a revogação total do artigo referente às comunidades quilombolas. A emenda foi rejeitada com o seguinte parecer:

A sugestão não pode ser acatada.

O episódio dos quilombos foi uma das mais belas páginas que os anais do homem registra em termos de luta pela liberdade. É a história do Brasil real, do Brasil efetivamente grande.

Os quilombolas remanescentes destes locais históricos merecem a propriedade definitiva destas terras, mormente como correção das injustiças históricas cometidas contra os negros, em que todo o fruto do seu trabalho foi usufruído por outros, sem qualquer paga ou compensação.

Seria injusto acatar a sugestão, razão pela qual deixa de ser atendida.

Pela rejeição.<sup>87</sup>

O que se observa no parecer da comissão vai ao encontro do que escrevem militantes negros e antropólogos, ou seja, percebe-se um desconhecimento sobre a questão das comunidades negras rurais e uma vinculação da questão quilombola com o episódio das fugas, isto fica claro quando o texto remete aos termos “luta pela liberdade” e “locais históricos”. Fica sublinhando o entendimento de que apenas se falavam de alguns poucos locais isolados, sítios históricos que em alguns anos seriam titulados a moradores centenários, encerrando a questão.

Por outro lado, a questão da titulação de terras aos remanescentes de quilombos como forma de compensação pela opressão sofrida, pensamento que era defendido pelo movimento negro, fica também claro no texto do parecer da Comissão que rejeitou a tentativa de revogar o que

---

<sup>87</sup> Disponível em [www.senado.gov.br](http://www.senado.gov.br), bases históricas, Constituição de 1988.

viria a se transformar no artigo 68. Esta mesma argumentação foi utilizada para rejeitar uma emenda do Deputado José Egreja (PTB/SP), que também pregava a revogação do artigo.

Uma outra emenda, a de número 30.225, apresentada nesta mesma fase e de autoria do Deputado Aluísio Campos (PMDB/PB), não previa a revogação do instituto, mas alterava substancialmente o seu sentido ao tentar aproximá-lo da questão indígena, com a seguinte redação:

“Art. 38: Fica reconhecida a posse legítima das terras ocupadas, durante mais de dez anos ininterruptos, pelas comunidades negras remanescentes dos quilombos.  
Parágrafo único: A lei determinará procedimento sumário para demarcação, expedição de título de propriedade e registro imobiliário em favor dos posseiros qualificados para a aquisição do domínio”

Esta formulação aproximava o estatuto dos remanescentes de quilombos aos indígenas, ao garantir apenas o reconhecimento da posse, e deixava clara a intenção de tratar a questão como uma espécie de usucapião especial, ao associá-lo a um tempo mínimo de ocupação. Os motivos que ensejaram a rejeição desta emenda dentro da Comissão, embora sucintos, deixam clara que esta interpretação francamente tendente à usucapião não era a orientação estabelecida.

Com efeito, alegou-se na rejeição:

Pela rejeição, tendo em vista que a emenda proposta pelo ilustre constituinte conflita com as diretrizes traçadas pelo relator

Mais uma tentativa de alterar substancialmente a redação do futuro artigo 68 do ADCT foi feita já na fase de plenário, na chamada fase “S” (emendas ao plenário), de autoria do Deputado Eliel Rodrigues (PMDB/PA), que propunha:

“Suprima-se do texto do referido artigo a sua primeira parte, e dê-se nova redação ao restante do texto citado, de modo que o mesmo assim se expresse:

Artigo 25: Ficam tombadas as terras das comunidades negras, remanescentes dos antigos quilombos, bem como todos os documentos referentes à sua história no Brasil”

Esta proposta entendia que as terras seriam simplesmente tombadas, limitando o reconhecimento aos direitos culturais e excluindo o reconhecimento da legitimidade das posses das comunidades e a sua titulação pelo Estado, ainda acrescentando o qualificativo “antigos” ao termo quilombos, para reforçar a necessidade de vínculos históricos com escravos fugidos, antecipando-se à possibilidade de reinterpretação do termo, que já era visível na mobilização camponesa negra do Estado do Pará, origem do parlamentar autor da proposta.<sup>88</sup>

Como a proposta foi apresentada já na fase de plenário, o debate desta proposição é muito esclarecedor a respeito da idéia da Assembléia Nacional Constituinte sobre a questão quilombola, e parte desta discussão pode ser recuperada por meio do parecer de rejeição, em que foi exposto:

Alega o parlamentar que a emissão dos títulos de propriedade pelo Estado criará “verdadeiros guetos”, e a prática do “apartheid” no Brasil. Apesar da preocupação do Constituinte quanto à possibilidade de segregação social e desigualdade dos direitos civis, a nossa posição não enxerga estes males, porém apenas objetiva legitimar uma situação de fato e de direito, isto é, a posse e o domínio das comunidades negras sobre as áreas nas quais vivem, realizam a sua história por mais de um século, continuamente, apesar dos atentados e crimes de toda ordem praticados contra suas culturas, liberdades e direitos. Os guetos são fenômenos sociológicos, antropológicos, filhos da História do Homem e da Civilização, e não obras de escrituras públicas que

---

<sup>88</sup> MARIN, Rosa E. *Terras e afirmação política de grupos rurais negros na Amazônia*. In: O'DWYER, E. C. (Org.). *Terras de Quilombos*. Rio de Janeiro: ABA, 1995. Convém informar que o mesmo parlamentar, durante a revisão constituinte de 1994, foi autor de proposta que simplesmente revogava o artigo 68.

apenas oficializam o domínio pleno, justo e continuado de um povo exilado da sua própria pátria, pela violência e a injustiça.<sup>89</sup>

O texto da rejeição demonstra mais uma vez que o debate, na época, foi limitado. Novamente a utilização de expressões como “*apenas objetiva legitimar uma situação de fato*”, demonstra que o constituinte talvez não tivesse plena consciência sobre o que estava legislando.

É plenamente verificável, no entanto, que as diversas tentativas de dirigir a questão quilombola para uma espécie de usucapião extraordinário foram rechaçadas pela Assembléia Nacional Constituinte. Outro ponto a ser destacado é que a essência na emenda popular apresentada pelo movimento negro, através do Deputado Carlos Alberto Caó, foi mantida, ainda que à custa de muita negociação.

Por outro lado, ainda que a análise do histórico de criação do artigo 68 do ADCT não permita afirmar com certeza as supostas intencionalidades do legislador, é preciso agregar à interpretação a mudança de referência formada pelas sucessivas conversões simbólicas a que o termo quilombo estava sendo submetido ao longo das reformulações ideológicas e políticas que alimentaram o contexto do ressurgimento do movimento negro, do revisionismo da escravidão e, principalmente, da abolição e dos anos subsequentes, ou seja, ainda que aqueles que participaram diretamente da formulação e aprovação do artigo 68 não tivessem nenhuma certeza sobre o conceito que criavam, esta criação foi feita dentro do contexto das conversões simbólicas do texto e dentro do contexto da própria Assembléia Nacional Constituinte de 1988.

O texto constitucional brasileiro de 1988 projetou um futuro para uma nação ainda incipiente democraticamente e pouco acostumada a

---

<sup>89</sup>Senado Federal. Bases históricas do Congresso Nacional. Disponível em <http://www.senado.gov.br/sf/legislacao/basesHist/asp/consulta.asp>, acesso em 07.03.2010.



discutir a sério direitos sociais. A conversão futura do termo remanescentes de quilombos em identidade étnica e territorial é perfeitamente compatível com um texto que acabou se revelando como um “projeto histórico”, a se cumprir a cada geração. O processo constituinte colocou a possibilidade de reflexão sobre o que gostaríamos de ser como nação, na medida em que expôs vários princípios e projetos a serem trabalhados, implementados e, uma vez cumpridos, iriam provocar profundas transformações na sociedade brasileira, ainda que decorresse certo período de tempo para esta implementação.

Também não podemos isolar este contexto dentro do país, pois a novidade do art. 68 pode ser creditada como manifestação, no plano jurídico nacional, do movimento de adoção do que tem sido denominado genericamente de “direitos étnicos” ou “constitucionalismo étnico” pelos ordenamentos jurídicos nacionais latino-americanos. Em meados dos anos 80, sob o impacto da redemocratização do Continente, foram criadas novas Constituições ou reformadas antigas Cartas, que tiveram como uma das suas características mais notáveis o reconhecimento de diversidades culturais e étnicas. Este movimento fez-se sentir de forma mais intensa, é claro, na questão indígena, mas também abriu espaço para o resgate das comunidades tradicionais vinculadas à imigração negra forçada, o que se fez sentir mais diretamente nos países que conviveram mais intensamente com a escravidão.

Três países latino-americanos possuem em suas constituições previsões expressas sobre comunidades negras descendentes de escravos. Corroborando o que foi afirmado, todos estes textos foram promulgados quase que simultaneamente à nossa Constituição.

Como exemplo, verificamos que um ano antes da nossa Carta a Constituição da Nicarágua de 1987, em seu artigo 89, 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).<sup>90</sup>

Como aqui, o tempo decorrido para uma maior efetivação destes direitos foi razoavelmente largo, tendo em vista que o procedimento de titulação das terras somente foi estabelecido pela Lei nº 445, que é do ano de 2003.

No mesmo ano da nossa Constituição, a Carta Política do Equador de 1988 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 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).

Desde 2008 o Equador possui uma nova Constituição, que assegurou ainda mais direitos às comunidades negras tradicionais, contudo esta alteração foi feita num período, a nosso sentir, de exceção.<sup>91</sup>

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

---

<sup>90</sup> Constituição da República da Nicarágua. Disponível em [www.presidencia.gob.ni/documentos](http://www.presidencia.gob.ni/documentos), acesso em 03.03.2010.

<sup>91</sup> A República do Equador, presidida desde 2006 por Rafael Correa, tem adotado um regime praticamente de exceção, à semelhança do que ocorre na Venezuela e na Bolívia.

suas práticas tradicionais de produção, o direito à propriedade coletiva sobre as áreas que a referida lei demarcar" - art. 55 – também contido em disposições transitórias. Os procedimento de titulação destas terras viriam a ser regulamentado pelas Leis nº 70/93 e 397/1997.<sup>92</sup>

Na esteira da Constituição Federal, é de se destacar que se fazem presentes também nas Constituições de vários Estados da Federação artigos que regem sobre o dever do Estado em emitir os títulos territoriais para as comunidades quilombolas. Os Estados que possuem em suas constituições artigos sobre os direitos territoriais quilombolas são Maranhão, Bahia, Goiás, Pará e Mato Grosso, como se observa:

O Estado reconhecerá e legalizará, na forma da lei, as terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos. (Constituição do Estado do Maranhão, art. 229).

O Estado executará, no prazo de um ano após a promulgação desta Constituição, a identificação, discriminação e titulação das suas terras ocupadas pelos remanescentes das comunidades dos quilombos. (Constituição do Estado da Bahia, Art. 51 ADCT).

Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras, é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes títulos respectivos no prazo de um ano, após promulgada esta Constituição. (Constituição do Estado do Pará, art. 322)

Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras, é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os respectivos títulos. (Constituição Estadual de Goiás, art. 16 ADCT).

O Estado emitirá, no prazo de um ano, independentemente de estar amparado em legislação complementar, os títulos de terra aos remanescentes de quilombos que ocupem as terras há mais de 50 anos. (Constituição Estadual do Mato Grosso, art. 33 ADCT).

Além desses artigos das Constituições Estaduais, há legislações posteriores específicas em outros estados. Essas legislações

---

<sup>92</sup> BALDI, César Augusto. *Territorialidade étnica e proteção jurídica: As comunidades quilombolas e a desapropriação*. In FERNANDES, Edesio; ALFONSIN, Betânia ( orgs). *Revisitando o instituto da desapropriação*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

estão presentes no Espírito Santo, Mato Grosso do Sul, Pernambuco, Piauí, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul e São Paulo. São, ao todo, onze Estados que possuem legislação específica (seja ela com status constitucional ou não) que cuida do procedimento de regularização fundiária dos territórios quilombolas.

A interpretação do artigo 68 do ADCT envolve, portanto, amplo aspecto de variantes, mas o que sobressai efetivamente é o contexto de uma mudança profunda de paradigma do que seja a questão quilombola e as comunidades remanescentes de quilombos. E esta mudança veio no seio de todo um movimento social de âmbito nacional, tanto é que tivemos reprodução em Cartas estaduais de um artigo que se encontra em disposições transitórias do texto federal.

Para o campo jurídico, contudo, tão importante quanto a chamada “ressemantização” do termo, é a correlação entre as mudanças no significado do que seja comunidades remanescentes de quilombos e as mudanças que tem sido feitas no campo do Direito Constitucional, especialmente nos estudos da teoria dos direitos fundamentais, do neoconstitucionalismo e do constitucionalismo étnico.<sup>93</sup>

Com efeito, a grande importância das comunidades remanescentes de quilombos para o mundo jurídico é, além da sua necessidade de efetivação, a sua inserção ou não dentro dos novos paradigmas dos direitos fundamentais e do constitucionalismo, isto porque a questão quilombola apresenta-se como excelente exemplo de comunidades tradicionais e pluralismo étnico, estudos diretamente vinculados a estes novos paradigmas, o que justifica ser a preocupação maior deste trabalho a vinculação do artigo 68 do ADCT com os direitos fundamentais, o que será objeto do próximo capítulo.

---

<sup>93</sup> Estes conceitos serão melhor debatidos no próximo capítulo.

## **3 – DIREITO DAS COMUNIDADES REMANESCENTES DE QUILOMBOS COMO DIREITO FUNDAMENTAL**

### **3.1 Introdução**

A análise do processo constituinte permite observar que a introdução do artigo 68 no Ato das Disposições Transitórias não foi precedida de uma discussão aprofundada sobre a natureza do direito que então era criado para as comunidades remanescentes de quilombos. A eventual vinculação da nova categoria jurídica com os direitos fundamentais não foi considerada na discussão, como fica clara a sua positivação fora do Capítulo II da Constituição, que trata especificamente destes direitos.

Esta positivação fora do capítulo específico dos direitos e garantias individuais não é óbice ao enquadramento do tema como direito fundamental, tendo em vista que o próprio Constituinte teve o cuidado de explicitar que o rol do artigo 5º do referido capítulo não era taxativo e não excluía outros que estivessem de acordo com os princípios adotados pela Constituição ou por tratados internacionais de que o país fosse signatário.<sup>94</sup> A localização no ADCT, contudo, contribui para dificultar a classificação do artigo 68 e confere subsídios para interpretações divergentes.

O certo é que no contexto do centenário da abolição a Constituição de 1988 resolveu inovar e inserir a questão quilombola em seu texto, e já foi observado que o termo utilizado – comunidades remanescentes de quilombos - comporta interpretações diversas no âmbito histórico-antropológico. A positivação do tema, por seu turno, foi feita de forma assimétrica, reduzida e sem maiores explicações, criando um problema hermenêutico que se constitui no grande desafio deste trabalho, qual seja, decifrar e entender a verdadeira exegese que se pode extrair do artigo 68 do

---

<sup>94</sup> Artigo 5.º, §2º: *Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.*

ADCT, especialmente se estamos diante de norma veiculadora de direito fundamental ou mera questão de títulos de registro imobiliário. O objeto do trabalho não se esgota apenas com a resposta pura e simples desta questão, que deverá vir acompanhada de construção científica consistente.

A importância da questão colocada parte da constatação de que, com a positivação do direito das comunidades remanescentes de quilombos ao seu território, passou-se ao desafio de cumprir o comando constitucional. Neste desiderato, quando as dificuldades para esta implementação foram surgindo na *práxis* diária de tanto quantos lidam com a questão, ganhou máxima relevância a eventual correlação entre o artigo 68 do ADCT e os direitos fundamentais, tendo em vista que, a partir desta confirmação, o tema pode ser encaminhado de forma a superar vários dos obstáculos surgidos para a efetivação do artigo 68 do ADCT.

Para Walter Claudios Rothemburg<sup>95</sup>, não restam dúvidas de que o aspecto jurídico mais importante da referência constitucional aos quilombos é a sua vinculação com os direitos fundamentais, tendo em vista as conseqüências decorrentes dos princípios de supremacia e eficácia destes direitos, especialmente porque esse autor defende que os quilombos formam, junto com outros grupos fragilizados, minorias para os quais os direitos fundamentais, isonomia à frente, possuem relevância particular.

Entendemos, contudo, que esta eventual inserção das comunidades quilombolas dentro da ótica dos direitos fundamentais não pode advir simplesmente da leitura do disposto no artigo 68 do ADCT e tampouco da referência única ao processo de criação da norma no processo constituinte.

---

<sup>95</sup> ROTHEMBURG, Walter Claudios: *Direitos dos descendentes de escravos (Remanescentes das comunidades de Quilombos)*. In: Daniel Sarmento, Daniela Ikawa e Flávia Piovesan (Orgs.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008, p. 445-475.

Em relação à redação do artigo, observa-se que é reduzida e sem maiores explicações. O processo histórico de criação da norma também não elucida completamente a questão, de modo que, no caso dos quilombolas é forçoso reconhecer que a interpretação gramatical e histórica não é suficiente para elucidar a questão. O primeiro pelo fato de o próprio termo positivado não ser isento de dúvidas e dificuldades interpretativas, conforme visto no primeiro capítulo, e o segundo pela análise do processo constituinte e a superficialidade dos seus debates.

No entanto, mesmo com estas dificuldades interpretativas, aos quais se soma o ineditismo da matéria, o que se percebeu foi que boa parte da doutrina especializada apressou-se em definir um marco teórico para a questão, afirmando que o direito dos remanescentes de quilombos constitui direito fundamental, mas esta constatação veio carente de maior aprofundamento desta questão da própria teoria dos direitos fundamentais e do constitucionalismo.

Observou-se o surgimento de vários artigos, palestras e comentários jurídicos em que a vinculação entre comunidades remanescentes de quilombos e direitos fundamentais aparece de forma quase que automática<sup>96</sup>. Importante ressaltar, contudo, que a crítica que se faz a estes posicionamentos não é sobre a conclusão, porquanto no marco teórico do presente trabalho constatamos esta correlação entre quilombolas e direitos fundamentais.

O que defendemos como contribuição do presente trabalho ao debate sobre a matéria é que esta vinculação somente torna-se possível

---

<sup>96</sup> Entre os artigos que tratam o direito dos quilombolas como direito fundamental destacam-se: *A garantia do direito à posse dos remanescentes de quilombos antes da desapropriação* e *Territórios Quilombolas e Constituição: A ADI 3.239-09 e a constitucionalidade do Decreto 4887/03*, ambos de Daniel Sarmento. *Direitos dos descendentes de escravos (Remanescentes das comunidades de Quilombos)*, de Walter Claudios Rothemburg e *Breves considerações sobre o Decreto 3912/01* de Deborah Duprat. Todos são amplamente citados neste trabalho.

com o tratamento da questão quilombola dentro do contexto mais amplo da evolução da própria teoria dos direitos fundamentais e do constitucionalismo.

Isto porque, para chegarmos a esta correlação, torna-se necessária uma hermenêutica constitucional que considere a ressemantização do termo comunidade remanescente de quilombos e a inserção do tema dentro do atual sistema internacional de proteção aos direitos humanos e das minorias, bem como ao multiculturalismo e pluralidade que atualmente se espera dos Estados Nacionais, como será exposto mais pormenorizadamente no presente capítulo.

### **3.2 A questão quilombola no contexto da evolução da teoria dos direitos fundamentais**

Déborah Duprat, em assertiva sagaz, observa que os Estados Nacionais modernos foram pensados sob o prisma da homogeneidade<sup>97</sup>, dentro de um contexto liberal individualista em que não havia espaço e incentivo para a aceitação de diferenças étnicas e culturais. A afirmação da nacionalidade vinha exatamente da afirmação de uma cultura única por parte de determinado povo, ou seja, a celebração da sua língua, de suas tradições e de suas origens. Isto é demonstrado no esfacelamento do continente europeu em diversos Estados, porquanto a homogeneidade que se esperava da Nação excluía grandes extensões territoriais em um continente que abrigava diversas culturas. Mesmo na formação dos Estados Unidos, que nasceu embalado sob o prisma da diversidade, esta pluralidade estava condicionada à adoção dos valores de matriz européia. Para os grupos originários da terra, imigrantes que viessem a aportar no país ou minorias em

---

<sup>97</sup> Palestra: *Direitos das comunidades remanescentes de quilombos*. Proferida no Seminário INCRA 40 anos: Reforma Agrária Direito e Justiça. Auditório do Tribunal Regional Federal da 5.<sup>a</sup> Região, 16.10.2009.



geral, o que se esperava era exatamente a absorção imediata desta cultura nacional dominante, ainda que de forma forçada<sup>98</sup>.

Cada tempo com as suas preocupações. A Magna Carta (1215), a Petition of Rights (1628), o Habeas-Corpus Act (1679) e o Bill of Rights (1689), que se tornaram os principais documentos de afirmação histórica da evolução dos direitos humanos no ocidente não trataram de questões ligadas a grupos minoritários ou defesa de pluralidade cultural. Mesmo que o advento da Revolução Francesa (1789) e da Independência dos Estados Unidos (1776) tenham significado importantes conquistas na história dos Direitos Humanos, as declarações decorrentes destes movimentos, expressas na “Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão” e na “Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia”, também não cuidaram dos direitos dos grupos minoritários. Como é de amplo conhecimento, a fundamentação destes atos foi o liberalismo político que buscava a afirmação de direitos individuais, especialmente para consolidar o poder da então nascente burguesia. Não existiu espaço para o aborde de questões vinculadas a demandas coletivas, especialmente se estas coletividades não estivessem perfeitamente integradas na comunhão nacional do Estado que se criava a partir deste modelo liberal.

Com efeito, o Estado Liberal surgiu e foi baseado na rígida separação entre Estado e Sociedade, sob o prisma da individualidade e de uma atuação eminentemente negativa dos órgãos estatais. A preocupação maior dos governos era cuidar da segurança interna e externa e proteger a propriedade privada, tratando-se, em suma, de limitar juridicamente o poder do Estado em prol da liberdade dos governados, seja através de mecanismos de

---

<sup>98</sup> Atentamos para o lema da República Americana: “*E pluribus unum*”. No entanto, a noção de que na pluralidade está a união foi cumprida dentro de uma perspectiva cultural notadamente de matriz europeia, tendo em vista a aniquilação completa dos indígenas que habitavam o oeste americano e o esforço constante de aculturação dos escravos e imigrantes daquele país no chamado ideal americano, que nada mais era que a cultura predominante do “branco, protestante e saxão”, conhecidos como WASPS (White Anglo-Saxon Protestants).

contenção, dos quais a mais importante é a separação dos poderes, seja pela garantia de uma esfera de direitos individuais intangíveis, como vida, liberdade e patrimônio, que ficaram amplamente conhecidos como os direitos de primeira geração. Nesta conformação, os órgãos estatais, como Polícia e Poder Judiciário, foram estruturados para proteger estes direitos.

Estas opções políticas e ideológicas levam boa parte da doutrina a reconhecer acertadamente que no Estado Liberal o Código Civil, que cuida de regular propriedade e contratos, é que tenha desempenhado o papel de uma verdadeira constituição da sociedade, especialmente nos países de tradição jurídica romano-germânica. Naturalmente que estes Códigos exprimiam os valores mais caros à burguesia, tendo como pilares fundamentais exatamente a proteção da propriedade e o cumprimento dos contratos (*Pacta Sunt Servanda*).

Tarefa muito mais modesta cabia às Constituições da época, seja pela limitação do seu objeto, restrita à descrição das estruturas básicas de poder e um rol mínimo de garantias individuais, seja pela reduzida eficácia jurídica, decorrente da carência de instrumentos de jurisdição constitucional que permitisse a sua efetivação.<sup>99</sup>

O Código Civil Francês, por exemplo, que é de 1804<sup>100</sup>, em essência contempla a proteção da doutrina dos direitos individuais, na medida em que colocava o indivíduo frente ao Estado e em posição superior, sancionando a supremacia do direito privado em relação ao direito público. Seu espírito reflete a mentalidade individualista da época e os valores da burguesia, e esta constatação é simples ao verificarmos que o texto compreende um título preliminar e três livros: o primeiro sobre as "pessoas", o segundo sobre os "bens e as diferentes modificações da propriedade", e o terceiro sobre os "diversos modos pelos quais se adquire a propriedade". Nesse último, que

---

<sup>99</sup> SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais. Estudos de Direito Constitucional*. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro 2010.

<sup>100</sup> Conhecido como Código de Napoleão.

cobre mais de dois terços de sua superfície (do artigo 1522 até o 1778), estão regulados os mais diversos institutos: os regimes matrimoniais, as obrigações, as doações e testamentos, as garantias reais e outros, ou seja, os típicos elementos um direito civil preponderante.

Esta proeminência do direito de propriedade é traço marcante do Estado Liberal e das codificações que lhe deram sustentação jurídica. O pensamento liberal forjado em fins do século XVIII perdurou durante todo o século XIX e conviveu perfeitamente com o sistema de escravidão negra da América. Mesmo os *founding fathers*<sup>101</sup> americanos, que introduziram diversas inovações políticas como o presidencialismo e o federalismo, não tocaram no sistema escravista então em voga nas treze colônias.

O escravo era perfeitamente regulado dentro da ótica liberal deste direito de propriedade quase que absoluto<sup>102</sup>, e a abolição da escravidão no Brasil ocorreu em plena vigência desta ideologia. Por isso é a reflexão, já feita alhures, de que ao invés de se pensar em alguma política de inserção social dos contingentes escravos libertos com a Lei Áurea, a grande preocupação do governo era com as possíveis ações de indenização dos ex-proprietários de escravos contra o Estado brasileiro.<sup>103</sup>

Fazendo a transposição deste contexto para a discussão atual sobre quilombolas, observa-se que a redução do problema das terras dos remanescentes de quilombos somente à questão de titulação de propriedade, através de umas das suas formas de aquisição – no caso a usucapião - vai exatamente ao encontro do ideário liberal de proeminência do direito de propriedade. Ora, se o escravo era tema do direito de propriedade, os

---

<sup>101</sup> Expressão usual com a qual os americanos tratam os fundadores da nação.

<sup>102</sup> O escravo poderia ser, por exemplo, objeto de hipoteca.

<sup>103</sup> É salutar recordar, contudo, que Joaquim Nabuco já alertava sobre a necessidade de algum projeto de inclusão social para os ex-escravos, e a sua idéia era exatamente a distribuição de terras. Cf. DEL PRIORE, Mary. *O livro de ouro da história do Brasil*. Rio de Janeiro. Ediouro, 2003.

remanescentes de quilombos também seriam. Trata-se de compreender o quilombola como resquício de um passado de negro fugido e tratar a questão atual dos seus remanescentes sob ótica civilista clássica, ao estilo dos Códigos Civis do ideário liberal, reconhecendo a estes indivíduos apenas o direito de propriedade definido nos moldes do Direito Privado, mediante a utilização de um dos mais antigos institutos para a sua aquisição.<sup>104</sup>

Como já observado neste trabalho<sup>105</sup>, esta vinculação de quilombolas exclusivamente com o tema da propriedade e institutos correlatos é vertente defendida atualmente por alguns doutrinadores e chegou a ser codificada no revogado Decreto 3912/01, sendo também argumento que embasa Ação Direta de Inconstitucionalidade em tramitação no Supremo Tribunal Federal<sup>106</sup>. Em contraposição a esta idéia, também já observamos, verifica-se a concepção antropológica de quilombos, que se aparta completamente da questão da propriedade.<sup>107</sup>

A conclusão mais importante desta pequena análise evolutiva, contudo, é a de que a vinculação da questão quilombola exclusivamente com o direito de propriedade e a usucapião revela uma concepção eminentemente civilista do tema, supondo equivocadamente que a teoria dos direitos fundamentais ficara estancada no ideário liberal, o que sabemos não ser verdade.

Na realidade, embora o século XIX possa ser definido como o apogeu do liberalismo, já comportava em seu seio alguns elementos iniciais de contestação, representados principalmente pelo lançamento do manifesto

---

<sup>104</sup> A usucapião remonta à República romana.

<sup>105</sup> Cf, capítulo 01, sub-capítulo 1.2 deste trabalho.

<sup>106</sup> É a ADI 3239/DF. Esta ação será melhor explicitada no próximo capítulo.

<sup>107</sup> Bastante elucidativo desta dicotomia foi a palestra proferida pelo antropólogo Alfredo Wagner Berno de Almeida no Seminário INCRA 40 anos: Reforma Agrária Direito e Justiça. Auditório do Tribunal Regional Federal da 5.<sup>a</sup> Região, 16.10.2009, quando o palestrante afirmou categoricamente: a) *Que quilombos não tem nada a ver com propriedade e posse e b) Não é cabível o uso do processo civil tradicional na questão quilombola.*

comunista em 1848, por Karl Marx e Friedrich Engels, pela social democracia embrionária de Ferdinand Lassalle<sup>108</sup> e mesmo pela Igreja Católica, que embora refutando veementemente o marxismo, não deixa de apontar as falhas do liberalismo e a falta de preocupação do Estado com as questões sociais.<sup>109</sup>

Contudo, somente no começo do século XX é que o ideário liberal começa a ser superado pelo surgimento das primeiras Constituições de caráter social. A Carta Política mexicana de 1917, que se seguiu a revolução iniciada em 1910, foi a primeira a atribuir aos direitos trabalhistas a qualidade de direitos fundamentais, juntamente com as liberdades individuais e os direitos políticos. A importância desse precedente histórico deve ser salientada, pois na Europa a consciência de que os direitos humanos têm também uma dimensão social só veio a se firmar após a grande guerra de 1914-1918, que encerrou de fato o “longo século XIX”. A Constituição de Weimar, em 1919, trilhou a mesma via da Carta mexicana, e todas as convenções aprovadas pela então recém-criada Organização Internacional do Trabalho, na Conferência de Washington do mesmo ano de 1919, regularam matérias que já constavam da Constituição mexicana: a limitação da jornada de trabalho, o desemprego, a proteção da maternidade, a idade mínima de admissão nos trabalhos industriais e o trabalho noturno dos menores na indústria.

Entre a Constituição mexicana e a Constituição de Weimar eclode a Revolução Russa, um acontecimento decisivo na evolução do século XX. O III Congresso Pan-Russo dos Sovietes, de Deputados Operários, Soldados e Camponeses, reunido em Moscou, adotou em janeiro de 1918, portanto antes do término da 1ª Guerra Mundial, a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado. Nesse documento são afirmadas, com apoio da

---

<sup>108</sup> Ferdinand Lassalle, militante político e escritor, viveu entre 1825 e 1863 na então Prússia, hoje Alemanha. Sua obra mais famosa, *A Essência da Constituição* cuida-se de uma palestra proferida em 1863 para intelectuais e operários. Embora seus escritos sejam contemporâneos de Karl Marx, dele se aparta pelo seu caráter eminentemente democrático, o que leva Aurélio Wander Bastos, no prefácio da edição brasileira de *A Essência da Constituição*, a considerá-lo verdadeiro precursor do que viria a ser conhecida como a social-democracia.

<sup>109</sup> Encíclica *Rerum Novarum*, 1891 – Papa Leão XIII.

doutrina marxista, várias medidas constantes da Constituição mexicana, tanto no campo sócio-econômico quanto no político.

Estes textos constitucionais quase que simultâneos (México -1917; União Soviética 1918 e Alemanha 1919) tiveram em comum o fato de serem produto de situações revolucionárias, como a Revolução Mexicana de 1910 e a Revolução Comunista de 1917, ou de situações críticas, como a derrota na I Guerra Mundial no caso da Alemanha. No entanto, mesmo neste contexto conturbado, observa-se o início da declaração de proteção aos direitos em uma dimensão coletiva, ou seja, o reconhecimento da existência de direitos fundamentais fora da ótica puramente individual.

Com o surgimento do Estado Social no século XX assiste-se a uma crescente intervenção do Estado nos mais diversos domínios. O Poder Público, de mero espectador omissivo, converte-se em protagonista das relações econômicas e sociais, através da multiplicação de normas de ordem pública, que se impõe diante da autonomia de vontade das partes. Vivencia-se um fenômeno de inflação legislativa das Constituições, que passam a regular diversos campos, em detrimento da perda de prestígio dos Códigos Civis.

Exige-se do Estado não mais meras abstenções, mas prestações positivas cuja implementação depende da estruturação de serviços públicos. Diante da constatação de desigualdades existentes no campo das relações privadas, o Poder Público abandona a sua posição de absenteísmo e passa a intervir nestas relações, com o objetivo de proteger as partes mais fragilizadas.<sup>110</sup>

Por óbvio que esta crise geral do liberalismo e a sua transição para o Estado Social não ocorreu sem traumas, tendo degenerado, em alguns momentos, em experiências autoritárias como o Nazismo e o Fascismo, ou nas ditaduras militares tão comuns na América Latina. Contudo,

---

<sup>110</sup> SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais. Estudos de Direito Constitucional*. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro 2010.

mesmo nestas dramáticas deturpações do ideário do Estado Social, é possível vislumbrar a essência do reconhecimento da prioridade do público sobre o privado e o crescimento da importância das normas constitucionais em detrimento das codificações de direito civil.

Esta conhecida passagem do Estado Liberal para o Estado Social é utilizada como parâmetro básico da evolução dos direitos fundamentais, na medida em que se convencionou estabelecer as suas gerações de acordo com esta conformação<sup>111</sup>. Sendo assim, os direitos fundamentais são de primeira geração quando têm fulcro na liberdade, oponíveis pelo indivíduo em face do Estado, outrora absolutista (direitos civis e políticos). Têm como escopo impedir a atuação opressora do Estado em relação às liberdades, ou seja, a primeira geração vincula-se ao Estado Liberal. Os de segunda geração têm fulcro na igualdade (direitos sociais, culturais, coletivos e econômicos). Prestacionais, estes direitos buscam a atuação do Estado em prol da justiça social, ou seja, o Estado Social.<sup>112</sup>

No entanto, trazendo novamente esta evolução para a especificidade da causa quilombola, observa-se que mesmo na consciência da existência dos direitos coletivos, ainda não se percebe, no início do Estado Social, a existência de um direito atinente a um grupo diferenciado e a seus membros, ou seja, ainda não se vislumbra um direcionamento dos direitos sociais para a proteção das minorias. A questão social, neste início, ainda estava limitada a demandas trabalhistas e a serviços públicos como educação

---

<sup>111</sup> BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 6.<sup>a</sup> Edição. Malheiros, 1996.

<sup>112</sup> Apesar das gerações de direitos fundamentais ser assunto consolidado na doutrina, as diferenças de terminologia e abordagens leva-nos a esclarecer que estamos utilizando como referencial a classificação evolutiva fornecida por Paulo Bonavides, em suas obras *“Do Estado Liberal ao Estado Social”* e *“Curso de Direito Constitucional”*, ambos da Editora Malheiros. Com efeito, esse jurista trabalha exatamente com a correlação entre gerações de direitos fundamentais e tipos de Estado, qual seja, o Estado Liberal como promovente dos direitos fundamentais de primeira geração (ligados ao indivíduo), o Estado Social como promovente dos direitos fundamentais de segunda geração (ligados às coletividades) e o Estado Fraternal como promovente dos direitos fundamentais de terceira geração (ligados à humanidade como um todo).

e saúde. Trata-se de demandas coletivas, mas ainda dentro do ideal de que esta coletividade representa a tão esperada homogeneidade nacional, ou seja, embora fragilizada sob aspecto social e econômico, esta coletividade é identificada com os valores culturais representativos do Estado-Nação.

Carl Schmitt, por exemplo, ao tempo da Constituição de Weimar pontificava que a Constituição é a vontade original e unificada do povo, daí porque o maior perigo para o Estado era exatamente a pluralidade, que o jurista alemão concebia inclusive como inconstitucional.<sup>113</sup>

Somente após a II Guerra Mundial, especialmente em face da descoberta do horror nazista em relação aos judeus europeus, é que se vai abrir as portas para novos paradigmas em termos de proteção jurídica de direitos humanos fundamentais, agora com a observância da necessidade de proteção de minorias culturais fragilizadas dentro da comunhão nacional. Muito embora o holocausto tenha atingido uma minoria de natureza essencialmente religiosa, a dramática experiência abriu os olhos também para minorias de cunho étnico e lingüísticos, trazendo para o centro do debate jurídico as questões de gênero, cor, raça, necessidades especiais, estrangeiros, refugiados e grupos diferenciados em geral.

Torna-se necessário preciso fazer uma releitura dos direitos fundamentais reconhecidos no Estado Liberal e no Estado Social, para que a igualdade não seja apenas formal, como no Estado Liberal, ou homogeneizante, como no Estado Social. Surge o novo paradigma do Estado Democrático de Direito em que o princípio da igualdade passa a ser visto, sobretudo, como o respeito às diferenças, à pluralidade, devendo o Estado

---

<sup>113</sup> CALDWELL, Peter C. *Popular sovereignty crisis of German Constitutional Law*. Durham: Duke University Press, 1997 apud BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de Ponderação na jurisdição constitucional*. Ed. Saraiva, São Paulo, 2009, pág. 29.



atuar de forma a reduzir as desigualdades sociais e assegurar que as minorias tenham os seus direitos respeitados.<sup>114</sup>

Sendo assim, neste contexto traumático do pós-segunda guerra, a teoria dos direitos fundamentais vai buscar o seu redirecionamento para os problemas das minorias. Com o horror nazista ainda vivo na memória, patrocinado e aplicado de acordo com as leis do Estado Alemão, ocorre o reconhecimento claro de que o problema dos direitos humanos, além de transcender a ótica do indivíduo, transcende também a órbita do próprio Estado e passa a ser objeto de preocupação do Direito Internacional.

Como pontua Konrad Hesse<sup>115</sup>:

Um aspecto importante da nossa época é a significação, cada vez maior, dos direitos fundamentais, evidenciada nos esforços das Nações Unidas que conduziram à Declaração dos Direitos Humanos de 10 de dezembro de 1948 e, mais recentemente, às Convenções Internacionais sobre Direitos Cívicos e Políticos e sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. (...). Manifesta-se no reconhecimento de direitos fundamentais no Direito Comunitário, bem como na importância, cada vez maior, da Convenção Europeia de Direitos Humanos e da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, criado para organizá-los.

Esta internacionalização dos direitos fundamentais no pós-segunda guerra terá influência decisiva na questão da proteção das minorias e, especificamente, na questão quilombola, porquanto, é no contexto dos tratados e convenções internacionais sobre proteção a comunidades tradicionais não

---

<sup>114</sup> Sobre a necessidade de uma igualdade que não seja mais meramente homogeneizante, mas sim promotora dos direitos das minorias, é importante a contribuição de Dworkin, que faz uma interpretação conjunta entre os princípios da liberdade e da igualdade, sem priorizar um em detrimento do outro, considerando-os mutuamente necessários e dependentes, o que justifica uma promoção desta nova igualdade que possa ser baseada em proteções específicas de grupos minoritários, sem que isso implique cerceamento de direitos individuais dos prejudicados como esta proteção criada, no que o autor chamou de “discriminação compensatória”. Ver DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Trad. de Nelson Boeira, Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2002.

<sup>115</sup> HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. Ed. IDP/Saraiva, São Paulo, 2009, pág. 24.

integradas a comunhão nacional que os remanescentes de quilombos encontram sua inserção definitiva no contexto dos direitos fundamentais.

Com efeito, a Carta das Nações Unidas de 1945 e a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 sinalizaram o início de um processo de proeminência das questões ligadas aos direitos fundamentais das minorias marginalizadas, muito embora seja forçoso reconhecer que estas declarações iniciais da ONU não contenham dispositivos específicos de resguardo e proteção de minorias. A questão somente ganharia positividade nas décadas de cinquenta e sessenta. Em um primeiro momento, através de uma das suas organizações, a ONU acabou por reconhecer o direito das populações não integradas na comunhão nacional sobre as terras que tradicionalmente ocupam, o que foi declarado pelo art. 11 da Convenção n. 107/57 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, texto já citado neste trabalho e que, inclusive, serviu de inspiração para a redação do atual artigo 68 do ADCT.<sup>116</sup>

Prosseguindo-se, observa-se que é nesta atmosfera de consolidação dos Instrumentos Internacionais de proteção dos Direitos Humanos que se confirma normativamente o direito das minorias. Neste sentido, o Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos, adotado pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 1966, vem abrigar disposição específica sobre o tema da proteção das minorias, quando consigna no seu artigo 27 a seguinte disposição:

Nos Estados em que haja minorias étnicas, religiosas ou lingüísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar a sua própria língua.

---

<sup>116</sup> Conforme capítulo 03, subitem 3.1.

Esta mudança de discurso dentro do Estado Social, que deixou de ver a coletividade nacional não mais como uma homogeneidade, mas sim como uma pluralidade, está diretamente ligada a um reordenamento do contexto ideológico e jurídico global, no qual os estados nacionais (tenham passado pela experiência colonial ou não), estão submetidos às exigências de criarem dispositivos que revisem ou corrijam práticas históricas de supressão das diferenças.

As reivindicações das minorias nacionais passam a ser consideradas como um reconhecimento de que a construção do Estado Nacional foi um processo que cometeu erros e excessos em relação a estes grupos, sufocados pelo antigo ideal de homogeneidade. A revisão dos direitos das minorias passa a ser a afirmação de que o Estado plural é mais rico culturalmente e o reconhecimento destas demandas não trata apenas de questões de política discricionária do Estado, mas assunto de direitos fundamentais.

Neste contexto sobressai evidentemente as tentativas de reparação dos grupos indígenas, quase que dizimados ao longo do processo de colonização e povoamento europeu na América, no entanto abre-se espaço para outras comunidades colocadas à margem da cultura branca européia hegemônica, como as comunidades quilombolas.

Há um crescente consenso público internacional de que o reconhecimento das minorias, por tratar-se de regulação de direitos fundamentais destes povos, deve ser objeto inclusive de regulação internacional, com até mesmo a possibilidade de intervenção. Assim, o contexto no qual as relações étnicas devem estar referidas ultrapassa os limites estritos do Estado Nacional. Neste desiderato, diversos acordos multilaterais vêm, de fato, sendo firmados, em uma ampla tendência à

codificação destes direitos no corpo do direito internacional, levando a generalização das políticas de reconhecimento.<sup>117</sup>

É para esta concepção de proteção da vida cultural de um grupo minoritário, que boa parte da doutrina jurídica traz a questão quilombola, ou seja, a conformação dos remanescentes de quilombos como uma minoria étnica, um grupo fragilizado historicamente e que agora merece o seu resgate. Sendo assim, a ocupação quilombola, ao congregar elementos de natureza cultural, simbólica e não-econômica, aciona um outro elemento, qual seja a etnicidade como vínculo de solidariedade do grupo, como se observa do julgado do Tribunal Regional Federal da 4.<sup>a</sup> Região<sup>118</sup>:

CONSTITUCIONAL. REMANESCENTES DE COMUNIDADES DE QUILOMBOS. ART. 68-ADCT. DECRETO Nº 4.887/2003. CONVENÇÃO Nº 169-OIT.

1. DIREITO COMPARADO. DIREITO INTERNACIONAL. O reconhecimento de propriedade definitiva aos "remanescentes de comunidades de quilombos" é norma constitucional que encontra similitude no direito constitucional do continente americano. Questionamento, por parte de comitês e comissões internacionais cuja jurisdição o Brasil reconheceu competência, no sentido da preocupação com a violação dos direitos das comunidades negras, recomendando adoção de procedimentos para efetiva titulação das comunidades quilombolas. Compromissos firmados e que encontram substrato na "prevalência dos direitos humanos" como princípio regente das relações internacionais.  
(...)

(TRF 4.<sup>a</sup> Região, AI 2008.04.00.034037-5/SC)

---

<sup>117</sup> Exemplo latente é a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, de 1989, que versa sobre povos indígenas e tribais e também a criação de um alto comissariado da ONU para as minorias nacionais, em 1993. Existe inclusive a criação de constrangimentos menos consensuais, como a decisão do Banco Mundial em incluir os direitos das minorias entre os critérios para a avaliação de projetos de desenvolvimento em todo o mundo. Citado por ARRUTI, ob. Cit. Pág. 326.

<sup>118</sup> Este julgado já foi citado no capítulo 02 deste trabalho, na parte em que cuidou do conceito de comunidades remanescentes de quilombos – item 1.3

Comungando com toda esta nova conformação dos direitos fundamentais sob ótica internacionalista de proteção de minorias, comenta Deborah Duprat<sup>119</sup>:

Já agora, passados quase vinte anos da promulgação da Constituição de 1988, não se coloca mais em dúvida que o Estado nacional é pluriétnico e multicultural, e que todo o direito, em sua elaboração e aplicação, tem esse marco como referência inafastável.

A princípio resultado de exercício hermenêutico, tal compreensão, na atualidade, está reforçada por vários documentos internacionais dos quais o Brasil é signatário, merecendo destaque a Convenção 169, da OIT, a Convenção sobre a Proteção e a Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, ambas já integrantes do ordenamento jurídico interno, e, mais recentemente, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas.

A noção central, comum a esse conjunto de atos normativos, é a de que, no seio da comunidade nacional, há grupos portadores de identidades específicas e que cabe ao direito assegurar-lhes o *controle de suas próprias instituições e formas de vida e seu desenvolvimento econômico, e manter e fortalecer suas entidades, línguas e religiões, dentro do âmbito dos Estados onde moram. Assim, a defesa da diversidade cultural passa a ser, para os Estados nacionais, um imperativo ético, inseparável do respeito à dignidade da pessoa humana.*<sup>120</sup>

O efeito concreto desta relação entre comunidades remanescentes de quilombos e a proteção cultural de minorias étnicas seria a sua vinculação com os direitos fundamentais de cunho social, relacionados à dignidade da pessoa humana, a cultura e aos direitos humanos<sup>121</sup>, inserindo com isto a questão quilombola como direitos fundamentais a partir da evolução da própria teoria destes direitos, que superou o liberalismo dos séculos XVIII e XIX, o Estado Social mais rudimentar do início do século XX, até chegar ao atual sistema internacional de proteção de direitos humanos do pós-guerra.

---

<sup>119</sup> DUPRAT, Deborah. *O Direito sob o marco da pluriétnicidade/multiculturalidade*. In: Direitos dos povos e das comunidades tradicionais. Deborah Duprat, org. Manaus, UEA, 2007.

<sup>120</sup> Declaração Universal sobre a diversidade cultural, artigo 4.

<sup>121</sup> Na palestra proferida no Seminário Incra 40 anos: Reforma Agrária, Direito e Justiça, Duprat foi taxativa ao afirmar que a disposição do artigo 68 do ADCT é norma de direitos humanos.

Ficariam então as comunidades quilombolas como uma demanda de caráter social, mas revista sob um prisma da nova igualdade concebida pelo Estado Democrático de Direito, que respeita à diferença e a pluralidade do Estado Nacional, à fraternidade e a cooperação internacional entre os povos.

### **3.3 A questão quilombola dentro da evolução do constitucionalismo**

Entre todos os “ismos” nascidos nos últimos três séculos, talvez nenhum tenha sido mais bem sucedido que o movimento do constitucionalismo, entendido este enquanto técnica de limitação do poder com fins garantísticos, porquanto a existência e a consolidação de constituições escritas, surgidas com as revoluções liberais burguesas do final do século XVIII, notadamente nos Estados Unidos<sup>122</sup> e França<sup>123</sup>, é hoje uma realidade inquestionável.

Como técnica de limitação do poder, é fundamental para o entendimento do constitucionalismo moderno sempre ter a idéia de que o seu surgimento é reação ao arbítrio caracterizado pelo exercício ilimitado do poder político, que à época era exercido pela figura do rei absolutista.

O Estado absoluto então vigente se caracterizava pela tendência ao monopólio do poder político e da força por parte de uma instância superior, que não reconhecia outra autoridade, seja no plano internacional ou interno, conforme a concepção de Jean Bodin.<sup>124</sup>

---

<sup>122</sup> Constituição de 1787

<sup>123</sup> Constituição de 1791

<sup>124</sup> BODIN, Jean. *The six books of the Commonwealth*. Oxford: Basil Blackwell Oxford, 1955.

O Estado, personificado no soberano, era o único sujeito e o único protagonista da política. Nota-se, portanto, uma clara antinomia entre soberania absoluta e as idéias liberais sobre um Estado de Direito Constitucional. O respeito aos interesses do indivíduo, pelo governante, era evento pontual ou inexistente, o que causava grande insegurança e inibia o ambiente de negócios que a burguesia pretendia consolidar.

O constitucionalismo possui, portanto, como marca a sua aspiração a uma Constituição escrita que estabeleça os poderes do soberano, contendo uma série de normas jurídicas organicamente relacionadas, em oposição à tradição do medievo, que se expressava por meio de costumes<sup>125</sup>.

Contudo, comprovando que a história não se faz de abrupto, foi ainda na idade média que começaram a se estruturar alguns princípios preservadores do indivíduo em relação a quem exerce o poder. Alguns autores chegam mesmo a falar em um constitucionalismo medieval<sup>126</sup>. Isto porque surge, ainda na idade média, a primeira garantia individual, expressamente declarada na *Magna Charta Libertatum*, de 15 de junho de 1215, do Rei João Sem Terra (Inglaterra). Tratava-se de uma limitação ao poder real consistente no fato de que o soberano estava impedido de desapossar ou condenar o cidadão sem que o mesmo fosse ouvido e julgado segundo parâmetros pré-definidos (*due process of law*).

De toda forma, até a promulgação da primeira Constituição liberal escrita, nos Estados Unidos da América (1787), a preservação dos interesses individuais se fazia por documentos esparsos, cada qual cuidando de um tema específico.

---

<sup>125</sup> Desse aspecto se exclui o constitucionalismo inglês, de base jurisprudencial.

<sup>126</sup> BULOS, Uadi Lâmega. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

O vigor econômico da Europa, que num primeiro momento contribuiu para o fim do feudalismo, continua aquecido e favorece o nascimento de novas classes além das que compunham o primeiro e segundo Estados (nobreza e clero). A burguesia, formada por comerciantes prósperos, rompe o delicado equilíbrio dos estamentos e reivindica para si participação nas decisões políticas.

No entanto, como já visto, as aspirações da então nascente burguesia vindicavam principalmente a liberdade para negociar, a proteção do patrimônio e direitos estritamente individuais. Portanto é necessário pontuar sua faceta ideológica, pois o constitucionalismo torna-se, com o tempo, sinônimo de liberalismo da burguesia, técnica de manutenção de liberdades negativas onde se sobressai um Estado ausente, completamente omissa na implantação de políticas públicas afirmativas da igualdade.

A Carta Política Estatal reveste-se de supremacia, no sentido de que é a norma maior a reger governantes e governados. Tocar o núcleo de preceitos que estruturam politicamente o Estado significaria modificar o seu modo de ser, um desafio ao Poder Constituinte Originário e, por conseguinte, à soberania popular. Desta forma, a Constituição Liberal é norma rígida.

O século XIX constituiu-se num período de vivência e aprofundamento deste liberalismo construído em fins do século anterior. Esse aprofundamento redundou num período de Constituições rígidas que, nas palavras de Paulo Bonavides<sup>127</sup>, traduziam um sentimento de profunda e inevitável desconfiança contra o poder, aquela desconfiança ou suspeita clássica do liberalismo com sua doutrina de valorização da sociedade burguesa e individualista.

---

<sup>127</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 20.<sup>a</sup> Edição. São Paulo, Malheiros, 2007.



A rigidez e o formalismo das Constituições, fruto da necessidade de proteção das liberdades do chamado núcleo intangível dos direitos fundamentais, provocou uma despolitização da sociedade na medida em que não se permitia qualquer discussão sobre o conteúdo das Cartas. A população internalizava a suprema garantia representada pela Constituição e, a conta disto, omitia-se em cobrar respeito aos próprios postulados assegurados pelas leis fundamentais.

A Constituição do positivismo jurídico-estatal é, portanto, nomeadamente formalista e fechada, composta de normas que fazem coincidir o seu sentido formal e material. São diplomas herméticos em presença da realidade. Fatos sociais e valores mutáveis são dispensados na apreciação do direito constitucional. O positivista, como intérprete da Constituição, é conservador, pois não existe mutação constitucional<sup>128</sup>. A Constituição somente se altera por força do constituinte, e não do intérprete. A aplicação do direito é operação lógica, ato de subsunção, e não ato criador ou de aperfeiçoamento da norma. Não existe Constituição aberta.

Episódio bastante representativo deste formalismo interpretativo e do conservadorismo positivista é o julgamento do caso *Dred Scott x Sanford*, da Suprema Corte dos Estados Unidos em 1857<sup>129</sup>. Em meados do século XIX os Estados Unidos ainda conviviam com a escravidão em vários Estados. Contudo, em 1850 foi aprovada uma lei<sup>130</sup> que bania a escravidão nos novos territórios conquistados, os quais eram incorporados inicialmente à União<sup>131</sup>. O cirurgião militar Jonh Emerson, domiciliado no Estado do Missouri (que admitia a escravidão) foi transferido para Território

---

<sup>128</sup> O termo é usado aqui conforme o sentido dado por UADI BULOS: *Mutação Constitucional*. Saraiva: São Paulo, 1997

<sup>129</sup> As referências ao caso foram colhidas com riqueza de detalhes na obra *Suprema Corte dos Estados Unidos: Principais Decisões*, de João Carlos Souto. Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008.

<sup>130</sup> Missouri Compromise Act.

<sup>131</sup> No século XIX os Estados Unidos estavam em franca expansão territorial, seja por guerra, compra ou simples anexação. Estes territórios, quando incorporados, passavam inicialmente a condição de Território Federal, regidos por leis federais. Após o cumprimento de certos requisitos passavam então a condição de Estado.

Federal, em que a escravidão havia sido banida. Ocorre que Emerson levou consigo um dos seus escravos, de nome Dred Scott. Chegando ao Território, o escravo pleiteou a sua libertação, ao argumento de que se encontrava sob jurisdição federal, onde a escravidão era inadmitida conforme o *Missouri Compromise Act*. Tendo seu pleito negado recorreu à justiça e seu caso chegou a Suprema Corte.

Ao analisar o processo, o juiz Roger Taney<sup>132</sup> julgou improcedente o pedido de Dred Scott, argumentando falta de legitimidade ativa. O magistrado, na realidade, procedeu a interpretação restritiva da Constituição, porquanto entendeu que quando da sua adoção os negros não eram considerados cidadãos e não poderiam pleitear direitos em juízo, e, desse modo, ao intérprete era negado contrariar a intenção dos *founding fathers*, ou seja, uma visão de imutabilidade da norma bem ao gosto do positivista clássico.<sup>133</sup>

Diante desta falta de cobrança, a rigidez constitucional foi paulatinamente transformando-se em traço irreal na maioria dos Estados e o discurso da supremacia transformou-se em mero símbolo. Os postulados liberais passaram a sofrer deturpação e o que antes gerava a paz de espírito nos povos transforma-se em mera folha de papel. A Constituição burguesa fica impregnada de antioletivismo, transformando-se em expressão escrita de forças econômicas e políticas imbuídas do único propósito de manter um Estado omissos em integrar grupos marginalizados.<sup>134</sup>

Embora não se possa olhar o passado apenas com os olhos de hoje, é salutar recordar, por oportuno, que foi neste quadro de

---

<sup>132</sup> Roger Taney foi o quinto *Chief Justice* dos Estados Unidos da América, e o primeiro católico. Sua judicatura na Suprema Corte ocorreu de 1836 até 1864.

<sup>133</sup> As conseqüências deste julgamento são bem conhecidas. O acirramento de ânimos entre os Estados que admitiam e os que proibiam a escravidão acabou desembocando na violenta guerra civil americana, de 1861 a 1865.

<sup>134</sup> SIMEÃO, Álvaro Osório do Valle. *Soberania, Constitucionalismo e Mundialização do Direito*. Dissertação de Mestrado em Direito das Relações Internacionais. UNICEUB. Orientadora: Professora Maria Elizabeth Rocha.

constitucionalismo antioletivista, de inexistência de políticas públicas de promoção de igualdade e omissão estatal em integrar grupos marginalizados que ocorreu a libertação dos escravos no Brasil em fins do século XIX.

Contudo, não tardaram a vir reações doutrinárias a este constitucionalismo hermético, e que já vimos capitaneados por forças diversas, como os escritos de Karl Marx e da Igreja Católica. No que pertine mais especificamente ao constitucionalismo, reflexos acadêmicos são sentidos no plano jurídico-constitucional a partir das obras de Ferdinand Lassalle, Carl Schmitt e Hans Kelsen, que trazem novos sentidos ao constitucionalismo, ainda que sob visões bem distintas.

Neste diapasão, o pós-liberalismo é marcado pela distinção entre Constituição formal e material, pela positivação de direitos fundamentais de segunda geração, prática inaugurada com a Constituição Mexicana de 1917, e pelas idéias kelsenianas sobre democracia e jurisdição constitucional.

Em reação ao positivismo, a teoria material afirma que a produção do constituinte é questionável, pois o valor e a durabilidade da Constituição dependem da sua congruência com os fatores sociais subjacentes, ou seja, com a Constituição real. Do contrário, esta fará sucumbir aquela, resultando no seu descumprimento. O principal expoente desta corrente foi Ferdinand Lassalle, que questionou sobre qual era a essência da Constituição durante palestra proferida em 1863 para intelectuais e operários da antiga Prússia<sup>135</sup>.

A sociologia constitucional de Lassalle significou um encontro do Estado com a sociedade, elementos antes separados pelo individualismo burguês. Podemos afirmar que Lassalle fincou o marco a partir do qual se inicia a discussão sobre a constitucionalização de direitos coletivos.

---

<sup>135</sup> LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 9.<sup>a</sup> Edição, Lumen Juris, Rio de Janeiro 2009.

Restringir o texto a um conteúdo liberal negativo (é vedado ao Estado) torna-se algo que não satisfaz completamente os anseios sociais, de maneira que se faz necessário impor comportamentos positivos ao Estado em relação à consecução de seu fim maior, qual seja: a busca pelo bem comum.

Em outro plano, Carl Schmitt e Hans Kelsen aprofundam os estudos sobre controle de constitucionalidade, embora divergindo seriamente sobre o titular deste controle, mas já consolidando as idéias de supremacia e efetividade da Constituição e a criação da jurisdição constitucional, para retirar o Judiciário da mera condição de aplicador mecânico da lei para o papel de protagonista na interpretação constitucional, o que seria mais tarde complementado pela doutrina de Konrad Hesse.<sup>136</sup>

No entanto, mesmo com as contribuições de Lassalle Schmitt e Kelsen, já sob a égide de um Estado Social, e com a afirmação de alguns direitos coletivos, o constitucionalismo ainda não havia sido totalmente liberto do positivismo, até porque as próprias idéias de Kelsen, tão em voga na primeira metade do século XX, somente arejaram em parte o positivismo reinante do século XIX. Lassalle, por seu turno, traz a dimensão social para o constitucionalismo, mas estas idéias revelam-se ainda embrionárias. O marxismo, por seu turno, traz consigo demandas coletivas centralizadas na questão trabalhista.

Kelsen evolui a doutrina constitucional na afirmação do controle de constitucionalidade e conseqüentemente no fortalecimento da

---

<sup>136</sup> É realmente notável, ao longo do século XX, as contribuições da doutrina alemã para a evolução do Direito Constitucional, especialmente na área de controle de constitucionalidade (Kelsen), força normativa da constituição (Hesse) e mais recentemente direitos fundamentais (Alexy) e hermenêutica constitucional (Häberle). O importante no presente trabalho, contudo, não é discorrer sobre estas doutrinas em si, mas de que forma as mudanças provocadas por estes juristas possuem relação com os direitos dos remanescentes de quilombos. Por esta razão, a delimitação da evolução constitucional ao contexto da evolução do reconhecimento dos direitos da minorias e ao alargamento dos horizontes de interpretação, ou seja, as duas evoluções aptas a permitir, dentro do constitucionalismo, a ressemantização do termo quilombo.

jurisdição constitucional. Hesse e a sua vontade de constituição reforçam o caráter de força normativa e máxima efetividade do texto constitucional<sup>137</sup>. No entanto, a questão das minorias e especificamente o tema da proteção à diversidade cultural, ainda não haviam encontrado o seu momento.

É somente com o movimento denominado pós-positivista, também chamado de neoconstitucionalismo<sup>138</sup> ou constitucionalismo contemporâneo que, na esteira das mudanças de paradigmas do pós-segunda guerra, exacerba a importância dos direitos fundamentais e o papel do Poder Judiciário na efetivação destes direitos. É feito um aprofundamento das idéias antiformalistas e durante este período ocorre uma reação tanto à rigidez normativa do século XIX, que engessava o Estado, como à igualdade homogeneizante do início do século XX.

Combate-se a idéia de que a afirmação textual de um direito, por meio da positivação estatal, seja suficiente para a sua efetivação. O desafio é o de se estabelecer comunicação entre a Constituição e a realidade, tendo em vista que a fase de simplesmente fazer a Constituição e escrever nela inúmeros direitos encontra-se ultrapassada, pois urge mais do que nunca fazê-la ser cumprida após ser-lhe reconhecida legitimidade.

Portanto, este pensamento constitucional pós-segunda guerra mundial começa a centrar-se não mais na dicotomia entre Constituição formal e material, mas na identificação das características deste último fenômeno, sobre o qual não pairam mais dúvidas existenciais. Pretende-se explicar um conjunto de textos constitucionais que surgiram depois da segunda

---

<sup>137</sup> HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. De Gilmar Ferreira Mendes. Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1991.

<sup>138</sup> Segundo André Rufino do Vale, o termo neoconstitucionalismo pode ser utilizado como referência a uma teoria, a uma ideologia ou a um método de análise do direito, elementos estruturais de um sistema jurídico e político que se convencionou chamar de Estado de Direito. VALE, André Rufino. *Estrutura das Normas de Direitos Fundamentais*. Ed. Saraiva, São Paulo, 2009, pág. 21.

guerra mundial, em especial a partir dos anos setenta, incorporando elementos de caráter internacional que colocavam aporias no ideal de comunhão nacional.

Tais leis fundamentais não se preocupavam apenas em estabelecer competências dos poderes públicos, mas também em incorporar normas substantivas que condicionavam a atuação do Estado por meio da ordenação de fins e objetivos. Com a superação de regimes totalitários que marcaram a primeira metade do século passado, diversos países decidiram introduzir elementos relacionados a valores e a opções políticas fundamentais, com a esperança de que tais elementos formassem um consenso imune à ação das maiorias e dos governos.

O neoconstitucionalismo, portanto, retrata um fenômeno constitucional contemporâneo que apresenta características marcantes, em especial, decorrentes do surgimento destas novas leis fundamentais, e de fato, a principal novidade do neoconstitucionalismo é a situação de ver o Estado Democrático de Direito em pleno funcionamento, através de uma nova visão do texto constitucional, de maximização dos direitos fundamentais e de garantia da concretização destes direitos, ainda que à custa de intervenção do Poder Judiciário.<sup>139</sup>

Dois elementos são fundamentais neste novo constitucionalismo: a) A incorporação explícita de valores e opções políticas nos textos constitucionais, sobretudo no que diz respeito à dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais e b) A constatação de que, na efetivação destes direitos fundamentais, ocorre invariavelmente o estabelecimento de conflitos, ou seja, colisões reais ou aparentes entre comandos dotados de igual hierarquia. Pode ser, por exemplo, o usual conflito entre liberdade de expressão e direito à intimidade e à vida privada. Trazendo esta discussão para a questão quilombola, verificamos que o grande conflito

---

<sup>139</sup> BARCELOS, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle de Políticas Públicas*. In Revista Diálogo Jurídico n.º 15, Salvador, março de 2007.

ocorre entre a regularização das terras das comunidades remanescentes e o direito de propriedade de eventuais detentores de títulos imobiliários sobre área.<sup>140</sup>

Tão importante se torna o tema dos direitos fundamentais e da ponderação destes direitos, que dois nomes prestigiados deste atual constitucionalismo, Robert Alexy e Ronald Dworkin, embora possuam visões distintas, trabalham a sua doutrina centralmente neste tema de ponderação de direitos fundamentais.

Dworkin, com uma visão notadamente anglo-saxã, propõe uma separação entre regras e princípios que atende a um propósito de crítica ao positivismo, porque assume que o Direito é mais que a totalidade das regras legisladas, sendo composto igualmente por princípios supralegais<sup>141</sup>, ou seja, integra-se os princípios com os seus arranjos de significados morais, criando assim os princípios do próprio Direito.

Este alargamento do Direito para a absorção de conteúdos morais pode ser evidenciado na questão dos quilombos na medida em que se observa a delimitação e demarcação dos seus territórios como reparação de injustiças históricas perpetradas contra um grupo minoritário, o que se trata também de conciliar o atual Estado Democrático de Direito brasileiro com um passado diametralmente oposto, e que será superado não com o seu esquecimento, mas justamente com o enfrentamento das suas conseqüências.

Alexy compartilha com Dworkin críticas ao positivismo, tendo em vista que também fala em convivência entre princípios e regras, e oferece

---

<sup>140</sup> A ponderação deste conflito será tema do próximo capítulo.

<sup>141</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de Ponderação na jurisdição constitucional*. Ed. Saraiva, São Paulo, 2009, pág. 147/148.

grande contribuição na questão da ponderação, que se aparta do ideário positivista.<sup>142</sup>

Outra importante característica do novo constitucionalismo, e que veremos irá influir diretamente na questão quilombola, é a superação da rigidez e do formalismo da interpretação positivista, que engendrou no passado situações como o caso *Dred Scott x Sanford*<sup>143</sup>.

A entrada em cena de novas técnicas interpretativas, que vão muito além da mera subsunção perpetrada pela lógica positivista, cria novos nortes valorativos, impregnados de moralidade, como a dignidade da pessoa humana, a razoabilidade, a proporcionalidade, a ponderação, a concretização dos direitos fundamentais e a efetivação das promessas não cumpridas, mormente nos países de modernidade tardia, como é o caso brasileiro, ou seja, prevalece a idéia de que o texto constitucional possa promover resgates e reparações de injustiças históricas.

Em relação a importância desta nova dinâmica da interpretação para o constitucionalismo contemporâneo, assevera Inocêncio Mártires Coelho<sup>144</sup>:

Daí, também, como acentuamos de início, a importância da doutrina da interpretação para o constitucionalismo contemporâneo, cujos traços fundamentais têm sido apontados nos estudos de Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky, Luís Pietro Sanchís, Elias Díaz e Juan Fernando López Aguilar, entre outros: 1) *mais Constituição do que leis*; 2) *mais juízes do que legisladores*; 3) *mais princípios do que regras*; 4) *mais ponderação do que subsunção*; e 5) *mais concretização do que interpretação*.

A mudança dos paradigmas de interpretação é fundamental no Estado Social-Fraternal de hoje porque, com o dinamismo da sociedade

---

<sup>142</sup> Veremos com mais detalhes as idéias de Alexy no próximo tópico.

<sup>143</sup> O caso *Dred Scott x Sanford* foi detalhado na página 75.

<sup>144</sup> Prefácio da obra *Estrutura das normas de direitos fundamentais: Repensando a distinção entre regras, princípios e valores*, de André Rufino do Vale. São Paulo, Saraiva, 2009.



plural, deve-se admitir a possibilidade de uma rápida mudança não-textual da Constituição, sob pena da sua constante ilegitimidade. Esta mudança não textual somente será atingida mediante a permissão para uma interpretação constitucional flexível, complementar e distinta da exegese meramente jurídica.

A sujeição do intérprete à Constituição já não significa, como apregoavam os positivistas, sujeição ao texto formal. A atividade hermenêutica revela-se como atividade de valoração criativa do político. A efetivação dos dispositivos constitucionais passa a ser um juízo axiológico sobre a própria Constituição formal, de maneira que o jurista não deve ter uma opção sem crítica e incondicionada.<sup>145</sup>

Fundamental para dar substrato teórico a estas teses são as idéias de Hans-Georg Gadamer que expõe, em 1960, uma nova teoria da experiência hermenêutica que vai além da tradicional concepção que a equipara a uma metodologia científica. A hermenêutica deixa de ser um método para tornar-se uma ontologia, o modo de compreender e conhecer a Constituição, desvalorizando a posição positivista que elevava a razão a um *status* inquestionável e intangível. Em contrário, Gadamer nos revela que a interpretação é um problema filosófico, e não de técnica jurídica, pois o intérprete não pode se desvincular da historicidade e faticidade que cercam qualquer atividade cognitiva.<sup>146</sup>

Aquele que tem por missão tornar efetivos os preceitos constitucionais está cercado por seus próprios condicionamentos existenciais, de maneira que, mudando o personagem, muda a compreensão constitucional enquanto acontecer histórico e fático. A verdadeira hermenêutica surge da fusão dos horizontes do constituinte e do intérprete, atividade que renasce a cada caso concreto, na medida da dinâmica social. É dever do intérprete

---

<sup>145</sup> D'ÁVILA LOPES, Ana Maria. *Democracia hoje: para uma leitura crítica dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: UPF, 2001.

<sup>146</sup> GADAMER. Hans Georg. *Verdade e método*, 4. ed., Petrópolis: Vozes, 2002.

buscar a Constituição melhor, que reflita o real, a partir de uma premissa originária de poder.

O Poder Constituinte Originário passa a ser somente o ponto inicial da atividade interpretativa, tendo em vista que o constitucionalismo não pode se prender a uma remontagem literal da vontade do legislador constituinte. Neste sentido, a conhecida analogia de Michel Rosenfeld<sup>147</sup>, em que o mesmo cita a expressão “nós o povo”, constante da Constituição dos Estados Unidos. Segundo ele, no ano da constituinte americana, em 1787, os afro-descendentes, que à época eram escravos, não se identificavam como sendo parte do povo americano, e foi exatamente este entendimento que norteou o já citado julgado do caso *Dred Scott x Sanford*. Ocorre que, com a guerra civil e a abolição da escravatura, o sentido de “nós, o povo” teve de ser reconstruído para incluir estes sujeitos. A mudança de paradigma da Constituição é feita sem alteração do texto, mas incorporando o dinamismo social na sua hermenêutica.

Peter Häberle trabalha sobre este marco teórico de Gadamer e acrescenta que entre os personagens dessa atividade interpretativa dinâmica da Constituição está o povo, a sociedade que se abre como intérprete da lei fundamental. A atividade hermenêutica deve ser plural, no sentido de uma soberania popular material, uma democracia participativa. Utiliza-se um conceito de democracia não-hegemônico, equidistante do marxismo e do liberalismo: uma social-democracia participativa que deixe de ser uma mera construção teórica utilizada pelos governantes para legitimar o poder e passa a ser concebida como real possibilidade de inovação social. A interpretação da Constituição deve ser característica de uma sociedade aberta, devendo esta ser entendida como sociedade plural, alicerçada na multiplicidade de idéias, interesses e diferenças. Aberta é a sociedade que consagra o pluralismo político, econômico, científico e cultural, onde as regras jurídicas são feitas

---

<sup>147</sup> ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Ed. Mandamentos, São Paulo, 2003.

considerando as desigualdades, e, sobretudo, as particularidades que cercam as minorias.<sup>148</sup>

A legislação constitucional e a interpretação da constituição estariam, assim, mais próximas do que a ideologia e a dogmática do poder constituinte pretendem. A lei constitucional e a “interpretação constitucional republicana” acontecem numa sociedade pluralista e aberta como obra de todos os participantes, neles se encontrando “momentos de diálogos” e de “conflitos”, de continuidade e descontinuidade, de tese e de antítese. Só assim uma constituição entendida como “Ordem Jurídica Fundamental do Estado e da Sociedade” será também uma “constituição aberta” de uma “sociedade aberta”.

A teoria häberliana conduz a caracterização de que a constituição é ela mesma um processo e daí a sua insistência no termo interpretação procedimentalista. Na compreensão pluralista da legislação constitucional, é mais importante a pluralidade de intérpretes e a força normativa desta publicidade, do que propriamente o conteúdo da norma. Da teoria de Häberle decorrem dois pontos fundamentais: a) Estado e sociedade como elementos integrantes da república, expressa na Constituição; b) a Constituição entendida como uma ordem que vai para além da lei fundamental escrita.

A interpretação não será uma averiguação do “conteúdo objetivo” das normas constitucionais e, muito menos, a reconstrução de uma hipotética vontade do legislador inicial, mas um “processo” interpretativo desdogmatizado, situado no tempo, que capta as experiências (abertura para o passado) e as mudanças (abertura para o futuro). Nesta visão do processo interpretativo, os “intérpretes” ou “participantes” no processo público de

---

<sup>148</sup> HÄBERLE, Peter. *A Sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Sergio Antônio Fabris. Editor, Porto Alegre, 1997.

atualização da lei constitucional não são apenas os tribunais, mas todos aqueles que participam na comunidade política.<sup>149</sup>

Estado de direito material é aquele em que os poderes públicos estão sujeitos a princípios substanciais, estabelecidos por um constitucionalismo de direito internacional. A solução da crise pela qual passa o Estado de direito encontra-se na perspectiva de um constitucionalismo de direito internacional, disseminado pela Carta da ONU e por muitas declarações e convenções internacionais sobre direitos humanos.

Esta questão vinculada ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos, já referidas no tópico anterior como fundamento da questão quilombola, e a inclusão das questões que cercam os direitos das minorias na interpretação constitucional através da abertura proporcionada pela sociedade aberta de Häberle, será fundamental na reinterpretção, ou como os antropólogos preferem, na “ressemantização” do termo comunidades remanescentes dos quilombos.

Isto porque, muito embora tenhamos visto com profundidade que não é totalmente clara a vontade do constituinte originário<sup>150</sup>, a sociedade aberta de intérpretes não está presa aos seus paradigmas. No caso brasileiro, as lutas e bandeiras do movimento negro organizado e a revisão histórica de toda a questão do negro na sociedade e do processo de escravatura e abolição, renovou profundamente a leitura que a sociedade tinha sobre o período do fim da escravidão e o imediato pós-abolição, o que implica na

---

<sup>149</sup> HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A Sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Sérgio Antônio Fabris, Editor. Porto Alegre, 1997.

<sup>150</sup> Remeta-se ao capítulo segundo desta obra que tratou especificamente do processo constituinte.

necessidade de reinterpretação de seus significados e impactos sobre a população negra, especialmente os remanescentes de quilombos.<sup>151</sup>

Neste quadro podemos chegar a uma conclusão fundamental, no sentido de que o constitucionalismo contemporâneo introduziu a dinâmica das minorias e alargou os horizontes interpretativos da Constituição, para permiti-la ser feita pela sociedade, o que inclui atores não jurídicos (como antropólogos, sociólogos e historiadores). Se esta sociedade reinterpretou o termo comunidades remanescentes de quilombos como sendo “*grupos étnicos, definidos segundo critérios de autodefinição, com trajetória histórica própria, dotados de relações territoriais específicas, com presunção de ancestralidade negra relacionada à opressão histórica sofrida*”<sup>152</sup> e esta categoria jurídica – comunidades remanescentes de quilombos - consta da Constituição, certo é que deve ser considerado agora, na interpretação jurídica, o conceito recriado pela sociedade aberta de antropólogos, sociólogos e historiadores.

Pode-se afirmar também, como visto rapidamente no capítulo anterior, que a disposição contida no art. 68 do ADCT não se encontra isolada no contexto constitucional do continente americano, inserindo-se dentro de um quadro de significativas alterações, que vem dando forma a um novo tipo de constitucionalismo, que assume a plurinacionalidade, a pluriculturalidade, a plurietnicidade e a interculturalidade dos países, e que põe em discussão a simultaneidade de tradições culturais no mesmo espaço geográfico. Uma nova significação de direitos coletivos, que prega uma democracia intercultural, quebrando o paradigma dos Estados Nacionais que pretendiam a uniformização cultural.<sup>153</sup>

---

<sup>151</sup> Esta mudança de paradigmas foi tema também do capítulo anterior, mais precisamente no tópico 01.

<sup>152</sup> Art. 2º, “caput”.Decreto 4887/2003.

<sup>153</sup> 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](http://www.ces.uc.pt/publicacoes/outras/200317/estado_plurinacional.pdf), acesso em 01.02.2010.

A Constituição de 1988 foi elaborada já sob a existência destes conceitos, ocorrendo uma “clivagem”<sup>154</sup> completa com constituições passadas. A atual Carta Política está impregnada de direitos sociais, de afirmações de pluralidade e de críticas ao positivismo, que historicamente confundiu as chamadas “minorias” dentro da noção de “povo”. Também foi contemplado o direito à diferença, enunciando o reconhecimento de direitos étnicos. Os preceitos evolucionistas de assimilação dos “povos indígenas e tribais” na sociedade dominante foram deslocados pelo estabelecimento de uma nova relação jurídica entre o Estado e estes povos, com base no reconhecimento da diversidade cultural e étnica.

Como observado, de 1988 para cá, o conceito de “terras tradicionalmente ocupadas”, vitorioso nos embates da Constituinte, tem ampliado seu significado, coadunando-o com os aspectos situacionais, que caracterizam hoje o advento de identidades coletivas, e tornou-se um preceito jurídico marcante para a legitimação de territorialidades específicas e etnicamente construídas.

A ampliação do significado do texto constitucional, para abarcar as novas e atuais concepções sobre remanescentes de quilombos encontra perfeita sintonia com a moderna hermenêutica constitucional, especialmente com a sociedade aberta preconizada por Peter Häberle.

Por fim, importa ressaltar que podemos compreender a possibilidade de reivindicação de terras por parte das comunidades remanescentes de quilombos, na linha do sistema internacional de proteção aos direitos humanos e da proteção de valores culturais étnicos de minorias, como uma clara manifestação de um viés comunitarista que marcou os trabalhos da Constituição, se entendido este modelo como “o reconhecimento

---

<sup>154</sup> Adota-se aqui um termo no sentido de mudança de orientação, de paradigma. A expressão é muito utilizada por Deborah Duprat para conceituar o rompimento da Constituição de 88 com o silêncio de um século sobre os quilombos.

do direito à diferença, e da reivindicação política de bens em nome desta diferença<sup>155</sup>, mesmo porque o movimento comunitarista brasileiro esteve presente no processo constituinte e é reconhecida a sua relação com a comunidade aberta de intérpretes, na linha da teoria de Häberle.<sup>156</sup>

Sobre esta influência na Constituição de 1998 e tocando exatamente no ponto do artigo 216 da Carta, que também cuida da questão quilombola, é o magistério de Daniel Sarmento<sup>157</sup>:

Porém, não há como negar que a Constituição de 88 abre-se para os valores comunitários, não mantendo em relação a eles uma postura de completa neutralidade. Ele preocupa-se com a proteção e a promoção da cultura nacional (arts. 215 e 216), consagra direitos transindividuais, de titularidade coletiva, e institui alguns limites para o exercício de direitos individuais decorrentes não da tutela de outros direitos de terceiros, mas da proteção a interesses gerais da coletividade.

Ainda comentando este viés da Constituição, em nova passagem da mesma obra Sarmento pontifica<sup>158</sup>:

A Constituição de 88 foi a primeira das cartas brasileiras a ser incorporada à gramática de reivindicações de direitos dos movimentos sociais. Nos últimos tempos, trabalhadores, negros, índios, sem-terra, ambientalistas, dentre outros grupos, têm passado a ver a Constituição como um importante instrumento nas suas lutas emancipatórias. Na verdade, a conquista de algumas vitórias no cenário judicial, com suporte em argumentos constitucionais, serviu para disseminar no âmbito da sociedade civil organizada a visão da Constituição de 88 como uma ferramenta útil nas incessantes batalhas pela afirmação dos direitos dos grupos desfavorecidos.

Neste sentido, ainda que tenhamos visto certa vacilação do constituinte originário no processo constituinte, a Constituição de 88 vem se

---

<sup>155</sup> XIMENES, Júlia Maurmann. *O Comunitarismo & Dinâmica do Controle Concentrado de Constitucionalidade*. Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2010, pág. 31.

<sup>156</sup> Ximenes, ob. Cit, pág. 46.

<sup>157</sup> SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais. Estudos de Direito Constitucional*. Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2010, pág. 68.

<sup>158</sup> SARMENTO, Ob. Cit, pág. 180.

tornando instrumento de afirmação de grupos historicamente oprimidos, como o são as comunidades quilombolas, e é perfeitamente possível que a Constituição acompanhe a evolução da interpretação do termo comunidades remanescentes de quilombos, feita pela sociedade como um todo, aí incluídos antropólogos, movimentos sociais, Ministério Público e constitucionalistas, porque, como diz Barcelos<sup>159</sup>: *longe de ser um simples “estampido” ou “detonação” originária que começa na “hora zero”, a constituição escrita é, como “ordem-quadro da república”, uma lei necessária, mas “fragmentária”, “indeterminada” e “carecida de interpretação”.*

Por óbvio que esta conclusão não pode obrigar atores fundamentais da efetivação dos direitos fundamentais constitucionais, como o Supremo Tribunal Federal, o Congresso Nacional e o governo, até porque nem sempre as instituições estão em plena harmonia com os anseios sociais. No entanto, concorde-se ou não, para negar a ressemantização das comunidades remanescentes de quilombos como uma minoria centrada na questão da multiculturalidade, e com isso insistir no viés patrimonialista, seria necessário desconsiderar toda esta evolução do constitucionalismo nas últimas cinco décadas, e as opções claras que a Constituição de 88 fez, impregnada que está deste novo constitucionalismo.

Portanto, concluímos que a análise evolutiva dos direitos fundamentais e do constitucionalismo é instrumento poderoso para superar o problema da inserção das comunidades quilombolas dentro dos direitos fundamentais, especialmente quando observamos com atenção o momento atual destas teorias.

---

<sup>159</sup> BARCELOS, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle de Políticas Públicas*. In Revista Diálogo Jurídico n.º 15, Salvador, março de 2007.



### **3.4 Vinculação entre comunidades remanescentes de quilombos e direitos fundamentais**

A tarefa de encontrar os contornos da categoria conhecida pela dogmática jurídica como direitos fundamentais não é nada fácil.<sup>160</sup> O longo processo evolutivo de afirmação destes direitos em muito contribui para a multiplicidade de enfoques do tema, e as conclusões e resultados das teorias dos direitos fundamentais então sempre envoltas em críticas as mais diversas, o que é próprio do conhecimento jurídico que se constrói dialeticamente. Portanto, o resultado da tarefa de categorizar determinado direito fundamental, como é a nossa pretensão, dependerá sempre do recorte teórico que se opte para compreender e construir as definições destes direitos.

Embora tenhamos optado por não centralizar este marco em um único autor, sobressai em nossa construção o pensamento de direitos fundamentais em sua perspectiva axiológica e material.

Paulo Bonavides, por exemplo, afirma que a primeira questão que se coloca já diz respeito exatamente à terminologia, ou seja, se os termos direitos fundamentais, direitos humanos e direitos do homem se equivalem, esclarecendo o jurista cearense que as expressões são usadas indistintamente ao sabor dos teóricos, sendo que os de origem anglo-americana e latina empregam mais freqüentemente os termos direitos humanos e direitos do homem, enquanto que a expressão - direitos fundamentais - fixou-se na tradição dos publicistas alemães. Bonavides conclui, contudo, que o importante é ter em idéia que a acepção lata destes direitos seria criar e manter os pressupostos elementares de uma vida em liberdade e na dignidade humana.<sup>161</sup>

---

<sup>160</sup> RODRIGUES, Raimilan Seneterri da Silva. *A moderna interpretação dos direitos fundamentais*. In: *Neoconstitucionalismo e Direitos Fundamentais*. Org. João Luís Nogueira Matias. Ed. Atlas, São Paulo, 2009. Pág. 105-120.

<sup>161</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 20.<sup>a</sup> Edição, São Paulo, Malheiros, 2007.

Segundo Bonavides:<sup>162</sup>

A vinculação essencial dos direitos fundamentais à liberdade e à dignidade humana, enquanto valores históricos e filosóficos, nos conduzirá sem óbices ao significado de universalidade inerente a esses direitos como ideal da pessoa humana. A universalidade se manifestou pela vez primeira, qual descoberta do racionalismo francês da Revolução, por ensejo da célebre Declaração dos Direitos do Homem de 1789.

Com efeito, a liberdade e a dignidade da pessoa humana, tal como entendida pelos revolucionários franceses, seria uma manifestação inicial que se tornou, com o tempo, apenas o ponto de partida. Desde então temos visto um processo de contínuo alargamento do que se entende por direitos fundamentais, o que tem ocorrido principalmente pela inclusão paulatina de novos direitos dentro da categoria dignidade da pessoa humana.

Isto porque, apesar da multiplicidade de enfoques e marcos teóricos sobre a questão dos direitos fundamentais, parece estar consolidada doutrinariamente a evolução dos direitos fundamentais em gerações<sup>163</sup>, onde novos paradigmas são incorporados aos anteriores, exatamente numa escala de alargamento do seu rol que coincide com a própria evolução do constitucionalismo.<sup>164</sup>

Em breve resumo deste avanço de gerações, posto que já tratado anteriormente, cuida lembrar que os direitos fundamentais de primeira geração seriam os do cidadão em face do Estado, ligado principalmente a liberdade e a um rol de garantias essencialmente individuais tais como vida e patrimônio. Obviamente que este individualismo da primeira geração, quando em confronto com a questão quilombola, vinculada essencialmente a um direito de comunidades, não permite a correlação pretendida neste trabalho.

---

<sup>162</sup> BONAVIDES, ob. cit. Pág. 562.

<sup>163</sup> Preferimos a perspectiva de Bonavides, que relaciona estas gerações com as fases do Estado. No entanto reconhecemos a contribuição de Norberto Bobbio nesta questão, partindo de um viés mais de evolução histórica.

<sup>164</sup> A correlação entre direitos fundamentais e constitucionalismo é notória. As constituições, como vimos, nasceram para garantir direitos fundamentais.

No entanto, como é cediço, com o Estado Social do século XX a compreensão dos direitos fundamentais alcançou maior alargamento para abarcar também os direitos de segunda geração, realizadores do ideal da igualdade, encartando os direitos sociais, culturais e econômicos, conforme já assentou o STF em julgado paradigma<sup>165</sup>.

Prestacionais, estes direitos buscam a atuação do Estado em prol da justiça social.<sup>166</sup> Importante ressaltar que esta segunda geração, por possuir rol extenso, necessita maior aprofundamento<sup>167</sup>.

Completando o quadro evolutivo, observamos que com as grandes guerras o conteúdo dos direitos fundamentais passou a incluir direitos ligados à concretização do ideal de fraternidade entre os povos, numa terceira geração, que desconsidera Estados e indivíduos, e pensa em toda a humanidade, tais como o direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio-ambiente e ao pluralismo.<sup>168</sup>

Embora a proteções das minorias e o pluralismo étnico que se espera dos estados nacionais somente tenha surgido com mais importância neste contexto do pós-guerra, o forte componente social e cultural das comunidades quilombolas coloca este tema numa transição entre a segunda e a terceira geração.<sup>169</sup>

---

<sup>165</sup> STF MS 22.164/SP

<sup>166</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. Malheiros Editores, 20.<sup>a</sup> Edição, São Paulo, 2007, Pág. 636-647.

<sup>167</sup> O que faremos adiante.

<sup>168</sup> Muito embora Bonavides coloque o pluralismo como um direito fundamental de quarta geração, entendemos que este corte teórico de terceira para quarta geração é desnecessário, até porque a proteção a pluralidade é subproduto do sistema internacional de proteção dos direitos humanos das minorias, o que está intrinsecamente vinculado ao direito à paz.

<sup>169</sup> Neste ponto estamos com Carlos Ayres Brito, para quem o Estado Fraternal veio para transcender o Estado Social, mas sem o negar, apenas aperfeiçoar (BRITO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2006, pág. 216).

Outra questão importante sobre a temática dos direitos fundamentais esta em que, ao lado desta concepção material dos direitos fundamentais expressa em gerações, existe também uma corrente que anota uma definição apenas formal dos direitos fundamentais, entendidos estes somente como os que gozam de proteção pela Constituição com esta terminologia específica no texto da carta. A problemática então é definir se é a Constituição que transfigura determinado direito em fundamental ou se tais direitos, porque dotados de determinadas características ligada ao bem jurídico protegido, é que faz com os reconheçamos como direitos fundamentais.

Canotilho<sup>170</sup> reconhece esta problemática uma vez que em Portugal admitem-se direitos fundamentais formalmente constitucionais e outros sem assento constitucional, ou seja, ao lado de direitos fundamentais expressos em seu texto, a Constituição reconhece outros constantes de leis e de regras de direito internacional<sup>171</sup>. A Alemanha enfrenta problema semelhante, porque não existe um rol específico de direitos sociais fundamentais em sua carta<sup>172</sup>. O problema apontado pelo jurista português é “distinguir, dentre os direitos sem assento constitucional, aqueles com dignidade suficiente para serem considerados fundamentais”, apontando a seguinte solução:<sup>173</sup>

A orientação tendencial de princípio é a de considerar como direitos, extraconstitucionais materialmente fundamentais os direitos equiparáveis pelo seu objecto e importância aos diversos tipos de direitos formalmente fundamentais.

Esta compreensão pode perfeitamente ser transposta para o Brasil, tendo em vista que o nosso artigo 5.º, § 2.º, à semelhança do artigo 16, I

---

De fato o advento do Estado Social implicou a superação do Estado liberal, mas o advento do Estado Fraternal não implicou a superação do Estado Social.

<sup>170</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra. Almedina, 2003.

<sup>171</sup> Artigo 16, I .

<sup>172</sup> Cf. Alexy. Ob. Cit.

<sup>173</sup> CANOTILHO, Ob. Cit. Pág. 403.

da Constituição de Portugal, também estabelece a possibilidade de existência de direitos e garantias individuais e coletivos (a maioria direitos fundamentais), dispersos em todo o corpo normativo da carta, bem como “decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais que a república do Brasil seja parte.” O que significa dizer que nossa constituição abriu enorme margem para a construção doutrinária dos direitos fundamentais, o que depende, contudo, de uma construção científica.

Esta construção doutrinária científica passa pela conclusão de Canotilho<sup>174</sup> de que é necessário avaliar o objeto e a importância do direito que se perquire seja ou não fundamental. Além disso, como as cartas constitucionais modernas, a exemplo da portuguesa e da brasileira, não excluem a existência de direitos fundamentais fora do seu corpo normativo ou decorrentes de princípios e tratados internacionais, perde força a aceção formal destes direitos, pelo que entendemos que o grande desafio é, em verdade, desvendar o que materialmente caracteriza um direito fundamental, o que exige a resposta de algumas indagações, entre as quais: a) qual o objeto e o destinatário do direito criado b) qual a importância da proteção criada e c) se a estrutura e o conteúdo da norma podem ser considerados de direitos fundamentais dentro de um marco teórico consistente.

Estas definições são particularmente difíceis para a caracterização dos direitos fundamentais econômicos, sociais e culturais. Com efeito, as liberdades negativas situadas na primeira geração apresentam conteúdo axiológico de feição mais facilmente decifrável, até mesmo pelo tempo de criação, que já permitiu consolidação segura pela doutrina. No entanto, como já foi observado, estes não são os direitos fundamentais que encontram correlação com a proteção às comunidades remanescentes de quilombos, que estão em um ponto entre a segunda e a terceira geração de

---

<sup>174</sup> CANOTILHO, Ob. Cit. Pág. 407.

direitos fundamentais, melhor explicando, dentro de uma visão dos direitos sociais no contexto do pós-segunda guerra.<sup>175</sup>

A dificuldade de caracterizar materialmente os direitos econômicos, sociais e culturais é latente. Canotilho foi particularmente feliz em compreender esta dificuldade, tanto que em obra lançada no Brasil e já referência no tema, criou a sua “metodologia fuzzy”, ao comentar exatamente esta dificuldade:<sup>176</sup>

Como todos sabem, *fuzzy* significa em inglês “coisas vagas”, “indistintas”, indeterminadas. A nosso ver paira sobre a dogmática e sobre a teoria jurídica dos direitos econômicos, sociais e culturais a carga metodológica da vagueza, indeterminação e impressionismo que a teoria da ciência vem apelidando, em termos caricaturais, sob a designação de “*fuzzismo*” ou “metodologia *fuzzy*”. Em toda a sua radicalidade, a censura de *fuzzismo* lançada aos juristas, significa basicamente que eles não sabem do que estão a falar, quando abordam os complexos problemas dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Neste aspecto, pontua o jurista português, não é de estranhar que a problemática dos direitos sociais tenha sido deslocada, em grande parte, para as teorias da justiça, as teorias da argumentação e as teorias econômicas do direito.<sup>177</sup>

Gilmar Mendes observa que, ao fim e ao cabo, problemas concretos deverão ser resolvidos levando-se em consideração todas as perspectivas que a questão dos direitos sociais envolve. Nestas tentativas de resolução, são inevitáveis juízos de ponderação de complexas relações

---

<sup>175</sup> O suporte desta afirmação advém exatamente de toda a inserção da questão quilombola dentro da evolução da teoria dos direitos fundamentais e do constitucionalismo, objeto do tópico 3.2 e 3.3 deste trabalho.

<sup>176</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Metodologia “fuzzy” e “camaleões normativos” na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais*. In: *Estudos sobre direitos fundamentais* 1.ª edição brasileira/2.ª edição portuguesa. Editora RT, São Paulo, 2009. Pág. 99.

<sup>177</sup> CANOTILHO, metodologia..., ob cit, pág. 97.

conflituosas entre princípios e diretrizes políticas ou, em outros termos, entre direitos individuais e bens coletivos.<sup>178</sup>

Este conflito entre direitos individuais e bens coletivos é plenamente percebido na titulação de terras para os remanescentes de quilombos, com a já citada discussão entre a propriedade privada e as terras necessárias à manutenção e desenvolvimento da comunidade. Isto decorre também do fato de que os direitos sociais possuem uma titularidade específica, no caso os quilombolas, ao contrário dos direitos civis e políticos, que têm uma titularidade universal e abstrata.

Com efeito, os direitos civis e políticos são atribuídos ao homem enquanto ser abstrato e racional, ou seja, a todos independentemente da sua condição social, pois os bens e valores tutelados, como vida, liberdade e intimidade, são presumidos valiosos para todos e, neste sentido, são universais.

Com os direitos sociais, entretanto, ocorre o inverso, pois são atribuídos não ao homem genérico, mas ao homem histórico, contextualizado social e culturalmente, e as normas de direitos sociais levam em conta este contexto sócio-cultural, tais como a condição de trabalhador de uma determinada categoria, a de inválido, a de viúvo, a de integrar certos grupos vulneráveis como as mulheres, os menores ou deficientes e, porque não dizer, os remanescentes de quilombos.<sup>179</sup>

Os direitos sociais, portanto, não podem ser definidos ou justificados sem levar em consideração os destinatários da norma em seu contexto na sociedade, o que implica analisar a história, as necessidades e as

---

<sup>178</sup> Julgamento da SL 228-7/CE, disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br), acesso em 30.01.2010.

<sup>179</sup> LIMA, Francisco das Chagas Filho. *Garantia constitucional dos direitos sociais e sua concretização jurisdicional*. In Revista de Direito Público. IDP. N.º 15, pág. 5-39.

aspirações dos grupos protegidos, já que são formulados para atender carências e postulações instaladas na esfera desigual das relações sociais.<sup>180</sup>

Por isso, a insistência em revisitar o histórico da escravidão e o contexto da Lei Áurea, bem como todo o processo singular de formação das comunidades negras rurais.

Pode-se afirmar, portanto, que os direitos sociais pretendem tornar possível o gozo concreto de um regime jurídico diferenciado ou desigual, considerando exatamente esta desigualdade de fato. Por conseqüência, os direitos fundamentais sociais possuem o caráter de direito atribuído a todos aqueles que precisam dele para uma existência digna, como afirma Francisco Lima:<sup>181</sup>

Pode-se, portanto, concluir que os direitos sociais são direitos que efetivamente visam, se não a eliminar, pelo menos a diminuir as desigualdades sócio-econômicas e culturais. São, portanto, qualquer que seja o ângulo que os visualizemos, direitos de liberdade e igualdade que objetivam proporcionar uma existência digna. Por conseguinte, direitos intimamente ligados à dignidade humana e, por isso, atribuídos, sobretudo, aos carentes que em verdade são os seus titulares.

Considerando as comunidades remanescentes de quilombos como os destinatários do direito estabelecido pelo artigo 68 do ADCT, observa-se o perfeito encaixe com grupos carentes que precisam de tratamento desigual para o alcance de uma existência digna. A exploração e o longo histórico de opressão da raça negra no Brasil, em especial no meio rural onde sobrevivem os quilombolas, a necessidade da terra como elemento fundamental para a manutenção da vida em comunidade e a pobreza e carências materiais que cercam estes contingentes, tudo isto é um arcabouço suficiente para que se conclua que o destinatário da norma é absolutamente condizente com os demais beneficiários de normas de direitos fundamentais

---

<sup>180</sup> SANCHÍS, Luís Pietro. *Leys, Principios, Derechos*. Dykison, Madrid, 1998.

<sup>181</sup> Ob. Cit. Pág. 19.



sociais, como por exemplo, mulheres, idosos e portadores de necessidades especiais.

Segundo Daniel Sarmiento:<sup>182</sup>

O referido preceito constitucional atende, simultaneamente, a vários objetivos de máxima relevância. Por um lado, trata-se de norma que se liga à promoção da igualdade substantiva e da justiça social, na medida em que confere direitos territoriais aos integrantes de um grupo desfavorecido, composto quase exclusivamente por pessoas muito pobres e que são vítimas de estigma e discriminação.

Por outro, cuida-se também de uma medida reparatória, que visa a resgatar uma dívida histórica da Nação com comunidades compostas predominantemente por descendentes de escravos, que sofrem ainda hoje os efeitos perversos de muitos séculos de dominação e de violações de direitos.

Carlos Ayres Brito, por seu turno, observa que a proteção a estes grupos desfavorecidos seria corolário do Estado Fraternal em que nos encontramos atualmente, e que alargou sobremaneira o objeto dos direitos fundamentais, como asseverou:<sup>183</sup>

Entendemos por Constitucionalismo Fraternal esta fase em que as Constituições incorporaram às franquias liberais e sociais de cada povo a dimensão da fraternidade; isto é, a dimensão das ações estatais afirmativas, que são atividades assecuratórias da abertura de oportunidades para os segmentos sociais historicamente desfavorecidos, como, por exemplo, os negros, os deficientes físicos e as mulheres (para, além, portanto, de uma mera proibição de preconceitos). De par com isso, o constitucionalismo fraternal alcança a dimensão da luta pela afirmação do valor do Desenvolvimento, do Meio Ambiente ecologicamente equilibrado, da Democracia e até certos aspectos do urbanismo como direitos fundamentais.

---

<sup>182</sup> Daniel Sarmiento. *Territórios Quilombolas e Constituição: A ADI 3.239-09 e a constitucionalidade do Decreto 4887/03*. Parecer apresentado em 2007, ao grupo de trabalho sobre Quilombos, Povos e Comunidades Tradicionais da 6.<sup>a</sup> Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal – Procuradoria Geral da República.

<sup>183</sup> Ob. Cit. Pág. 217.

Colocando até certos aspectos do urbanismo como direitos fundamentais, as idéias do autor sergipano promovem alargamento suficiente destes direitos, o que comporta, “com folga”, as comunidades quilombolas como objeto dos direitos fundamentais sociais.

Com efeito, perpassando o capítulo anterior, observamos que a norma do artigo 68 do ADCT é resultado de lutas do movimento social negro organizado, ao criar uma tarefa para o Estado, que é sair da sua omissão em relação a estas comunidades e assumir a sua proteção através da titulação das terras, dentro desta nova perspectiva constitucional de um estado plural pensando pelo Constituinte Originário.

Importante teórico para o tema dos direitos fundamentais é o jurista alemão Robert Alex. Muito embora este autor já tenha sido mencionado no trabalho, é somente agora podemos observar com mais clareza o encaixe de seus referenciais com os termos do artigo 68 do ADCT.

É que Alexy focaliza sua teoria dos direitos fundamentais em uma descrição estrutural do próprio Direito, para desvendar as características das normas jurídicas e poder situá-las como regras ou princípios. Para o jurista alemão, a distinção entre regras e princípios é a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais, e uma chave para a solução de problemas centrais na dogmática dos direitos fundamentais. Esta constatação deriva do fato de que o jurista alemão compreende que as normas de direitos fundamentais são invariavelmente caracterizadas como princípios.<sup>184</sup>

Sendo esta distinção entre regras e princípios o tema central da teoria dos direitos fundamentais, Alexy propõe critérios para a sua distinção,

---

<sup>184</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais* (trad. Virgílio Afonso da Silva da 5.ª edição alemã da *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2006). São Paulo, Malheiros, 2008, pág. 85.

como o da generalidade, forma de surgimento e importância para a ordem jurídica. No entanto, a sua conclusão fundamental é a de que a melhor distinção é a que observa que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado com aquilo que se chamou de mandados de otimização:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.

Portanto, as normas de direitos fundamentais sociais se colocam como mandados de otimização, ou seja, como um princípio ou uma diretriz política a ser executada e implementada pelo Estado.

A proteção aos quilombolas surge exatamente como uma tarefa ao Estado, neste sentido a parte final do artigo praticamente repassa uma ordem, ao determinar ao Estado a emissão do título de propriedade para as comunidades quilombolas, ou seja, o artigo 68 do ADCT contém verdadeiro mandamento de otimização.

Trata-se também de uma intervenção estatal na ordem social para a correção de uma injustiça de caráter histórico, revelando que o constituinte também quis privilegiar certos bens que vêm a satisfazer as necessidades de grupos específicos, sem que isso importe em qualquer quebra de isonomia.

Francisco Tomás y Valiente<sup>185</sup>, por seu turno, afirma que: os *direitos fundamentais são a projeção normativa dos valores incorporados pela Constituição.*

Neste sentido, e em relação aos valores adotados por nossa Carta, a Constituição de 1988, no que de perto nos interessa, passa a falar não só em direitos coletivos, mas também em territórios com configuração em tudo distinta da propriedade privada. Esta, de natureza individual, com o viés da apropriação econômica. Aqueles, como local étnico e cultural. O seu artigo 216, ainda que não explicitamente, descreve-os como espaços onde os diversos grupos formadores da sociedade nacional têm modos próprios de expressão de criar, fazer e viver.

A Constituição de 1988 alterou o conceito de bens integrantes do patrimônio cultural ao considerar os que são portadores de referência à identidade, à ação e à memória dos diferentes grupos formadores da nossa sociedade.<sup>186</sup> Pela primeira vez no Brasil foi finalmente reconhecida, em texto legal, a diversidade cultural brasileira como patrimônio nacional imaterial, que, em consequência, passou a ser protegida e enaltecida, passando a ter relevância jurídica os valores populares, indígenas e afrobrasileiros.

A compreensão da adoção da opção, pelo Estado brasileiro, deste pluriétnismo e multiculturalidade também exsurge de vários documentos internacionais dos quais o Brasil é signatário, merecendo destaque os já citados Pacto dos Direitos Civis e Políticos, adotado pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 1966, e a Convenção sobre a Proteção e a Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, ambas já integrantes do ordenamento jurídico interno.

---

<sup>185</sup> TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. *La resistencia constitucional y los valores*. Doxa, n. 15-16, 1994, apud VALE, André Rufino. *Estrutura das normas de direitos fundamentais*. São Paulo, Saraiva, 2009, pág. 166.

<sup>186</sup> Art. 216.

A noção central, comum a esse conjunto de atos normativos, é a de que, no seio da comunidade nacional, há grupos portadores de identidades específicas, e que cabe ao Direito assegurar-lhes o controle de suas próprias instituições e formas de vida e seu desenvolvimento econômico, e manter e fortalecer suas entidades, línguas e religiões, dentro do âmbito dos Estados onde moram. Assim, a defesa da diversidade cultural passa a ser, para os Estados nacionais, um imperativo ético, inseparável do respeito à dignidade da pessoa humana. Nesse cenário, a Constituição reconhece expressamente direitos específicos aos quilombolas, em especial a seus territórios. Mas não só a eles. Também são destinatários de direitos específicos os demais grupos que tenham formas próprias de expressão, cujo maior exemplo são os indígenas..<sup>187</sup>

O que se pretendeu assegurar na nova Constituição é que os diferentes grupos formadores da sociedade gozem da proteção quanto a seus modos de viver, isto é, o direito à sua cultura própria, ao mesmo tempo em que se estabelece a garantia de ampla participação social e política desse segmento (ou minoria) através dos benefícios sociais que a igualdade segundo a lei impõe, sem descurar-se das diferenças culturais, ínsitas a todas as minorias étnicas.

Dentro deste quadro, é que a maioria dos que já se debruçaram sobre o tema dos quilombolas no Brasil inclinou-se no sentido de reconhecer plenamente que o direito de propriedade dos remanescentes de quilombos sobre suas terras é um direito constitucional fundamental<sup>188</sup>, pois indispensável à pessoa humana. Necessário para assegurar uma existência digna, livre e igual.

---

<sup>187</sup> DUPRAT, Deborah. *O Direito sob o marco da pluriétnicidade...* ob cit. Pág. 01.

<sup>188</sup> SUNDFELD, Carlos Ari (org). *Comunidades Quilombolas: Direito a Terra*. Brasília: Fundação Cultural Palmares, 2001.

No ponto relacionado à inserção do direito quilombola como norma garantidora de direito fundamental, cumpre recordar também que o catálogo dos direitos fundamentais encartado no Título II do texto constitucional é aberto, conforme se depreende do disposto no art. 5.º, §2.º, da Carta, fato também amplamente assente na jurisprudência<sup>189</sup> e doutrina, sempre no sentido de que as normas definidoras de direitos fundamentais podem estar localizadas fora do item específico a elas destinadas no corpo da Constituição.

Daí porque, é possível reconhecer a fundamentalidade de outros direitos presentes dentro ou fora do texto constitucional. E o principal critério para o reconhecimento dos direitos fundamentais não inseridos no catálogo, como já observamos nas lições de Canotilho e Paulo Bonavides, seria a sua ligação ao princípio *mater* da dignidade da pessoa humana, da qual aqueles direitos seriam irradiações.<sup>190</sup>

Neste sentido, a conhecida lição de Carlos Roberto de Siqueira Castro:<sup>191</sup>

Por ser uma categoria aberta e abrangente, aplicável tanto a situações da vida pública quanto às situações da vida privada, a dignidade humana há de ser considerada o princípio dos princípios constitucionais. É o parâmetro, por excelência, do sentido formal e material de justiça, que a tudo e a todos julga. Por isso, nada escapa, seja no terreno das ações e omissões do Poder Público, seja na órbita das relações e dos negócios privados, ao crivo de sua incidência pedagógica e à sua missão edificante de uma ordem jurídica comprometida com os direitos humanos e os valores da solidariedade.

Não se quer com isso, contudo, propor uma vinculação única entre direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana. O próprio

---

<sup>189</sup> STF ADI 939-7.

<sup>190</sup> Cf. Ingo Wolfgang Sarlet. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2001, p. 97-107.

<sup>191</sup> CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *Dignidade da pessoa humana: o princípio dos princípios constitucionais*. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Org.). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro/São Paulo; Recife: Renovar, 2006, p. 161.

Canotilho aponta esta impropriedade, mas é forçoso reconhecer que este princípio é a força motriz que provocou a elevação de muitos direitos à categoria de fundamentais em nossa ordem constitucional, especialmente aqueles não constantes de rol específico formal na Constituição, como o são os direitos do artigo 68 do ADCT.<sup>192</sup>

A vinculação entre direitos dos territórios das propriedades remanescentes de quilombos e o princípio da dignidade humana passa pelo reconhecimento de que esta dignidade também se irradia no plano coletivo, o que já se encontra bastante sedimentado no atual estágio evolutivo dos direitos fundamentais. Ademais, este princípio é ainda mais importante para grupos historicamente fragilizados.<sup>193</sup>

Sobre esta vinculação entre os direitos das comunidades remanescentes de quilombos e o princípio da dignidade da pessoa humana, recorreremos novamente a Daniel Sarmiento:<sup>194</sup>.

Ora, o vínculo entre a dignidade da pessoa humana dos quilombolas e a garantia do art. 68 do ADCT é inequívoco. Primeiramente, porque se trata de um meio para a garantia do direito à moradia (art. 6º, CF) de pessoas carentes, que, na sua absoluta maioria, se desalojadas das terras que ocupam, não teriam onde morar. E o direito à moradia integra o mínimo existencial, sendo um componente importante do princípio da dignidade da pessoa humana.

Mas não é só. Para comunidades tradicionais, a terra possui um significado completamente diferente da que ele apresenta para a cultura ocidental de massas. Não se trata apenas da moradia, que pode ser trocada pelo indivíduo sem maiores traumas, mas sim do elo que mantém a união do grupo, e que permite a sua

---

<sup>192</sup> Retomamos o que já dissemos sobre os direitos fundamentais no plano material.

<sup>193</sup> O princípio da dignidade da pessoa humana e sua importância para grupos fragilizados foi defendido e aprovado no julgamento do HC 82.424 pelo STF. Trata-se do célebre julgamento que definiu como crime de racismo, portanto imprescritível, a publicação de livros com conteúdo anti-semita.

<sup>194</sup> Daniel Sarmiento. *Territórios Quilombolas e Constituição: A ADI 3.239-09 e a constitucionalidade do Decreto 4887/03*. Parecer apresentado em 2007, ao grupo de trabalho sobre Quilombos, Povos e Comunidades Tradicionais da 6.ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal – Procuradoria Geral da República.

continuidade no tempo através de sucessivas gerações, possibilitando a preservação da cultura, dos valores e do modo peculiar de vida da comunidade étnica

Comunidades tradicionais, privadas da terra, tendem a se dispersar e a desaparecer, absorvidos pela sociedade hegemônica que os envolve<sup>195</sup>. Sem a terra, portanto, a identidade coletiva também sucumbe. Portanto, a garantia da terra para a comunidade quilombola é pressuposto necessário para a garantia da sua própria existência como comunidade.

Mas não se trata, contudo, de uma questão de direito de propriedade. O nosso marco teórico reconhece que estamos diante de um quadro de promoção de valores constitucionais ligados ao reconhecimento do direito à diferença, à cultura e à identidade.

Quando o constituinte condicionou um direito de propriedade a lapso temporal, o fez expressamente nos artigos 183 e 191, que tratam de usucapião. A interpretação do artigo 68 do ADCT somente pode ser feita conectada ao artigo 216, que trata da questão como um tema de cultura. Sendo assim, o direito às terras das comunidades quilombolas não tem o mesmo significado clássico do Direito Civil ou dos decorrentes da função social da propriedade.<sup>196</sup> A chave para a compreensão da expressão “terra” seria, portanto, dada pela analogia com o artigo 234, §1.º da CF/88, que trata da questão indígena.<sup>197</sup>

---

<sup>195</sup> Vide o processo que ocorreu com os indígenas.

<sup>196</sup> Esta associação entre o direito dos quilombolas às suas terras e função social da propriedade, relacionadas a questão de produtividade no campo, foi feita pelo INCRA na revogada Instrução Normativa n.º 20. Defendemos a impropriedade desta relação desde o ano de 2007, em trabalho final do curso da Especialização do Direito Público. Em 2009 esta tese foi abandonada pelo INCRA. Este assunto será aprofundado no último capítulo.

<sup>197</sup> *São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para as suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários ao seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos costumes e tradições.*



Nesta linha, Deborah Duprat acrescenta que a preservação das comunidades quilombolas é também garantia de concretização da igualdade material, entendida esta como a afirmação das suas identidades, no que seria, sem dúvida alguma, direito fundamental:<sup>198</sup>

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

Ainda neste entendimento, em artigo publicado sobre o tema, o Procurador Federal Leandro Mitidieri afirmou:

O direito de propriedade dos remanescentes de quilombos sobre as terras que tradicionalmente ocupam, é, claramente, um direito fundamental de segunda geração de natureza coletiva, dizendo respeito à igualdade e justiça social, representando a conclusão do processo inacabado de abolição, com a conseqüente reparação de uma imensa dívida histórica<sup>199</sup>.

Pela fundamentalidade do direito das comunidades remanescentes de quilombos também foi o parecer ministerial prolatado na ADI 3239<sup>200</sup>, ação que alega a inconstitucionalidade do atual marco regulatório infraconstitucional da questão. Neste sentido, pontuou o então Procurador-Geral da República Cláudio Fonteles:<sup>201</sup>

---

<sup>198</sup> Artigo de Débora Macedo Duprat: *Breves considerações sobre o Decreto n.º 3.912/01*. In: O'DWYER, Eliane Catarino (org.). *Quilombos: identidade étnica e territorialidade*. Rio de Janeiro. Ed. FGV, 2002.

<sup>199</sup> Artigo do Procurador Federal do INCRA Leandro Mitidieri: *Remanescentes de quilombos, índios, meio ambiente e segurança nacional: ponderação de interesses constitucionais*. In: *O Incra e os desafios para a regularização dos territórios quilombolas*. Vários autores. Núcleo de Estudos Agrários e Desenvolvimento Rural do Ministério do Desenvolvimento Agrário (NEAD/MDA), Brasília, 2006, p. 57-69.

<sup>200</sup> Parecer 3333/CF, de 17 de setembro de 2004.

<sup>201</sup> Tema do próximo capítulo.

Mister se faz ressaltar, antes de tudo, que o art. 68 do ADCT requer cuidadosa interpretação, de modo a ampliar ao máximo o seu âmbito normativo. Isso porque trata a disposição constitucional de verdadeiro direito fundamental, consubstanciado no direito subjetivo das comunidades remanescentes de quilombos a uma prestação positiva por parte do Estado. Assim, deve-se reconhecer que o art. 68 do ADCT abriga uma norma jusfundamental; sua interpretação deve emprestar-lhe a máxima eficácia.

Portanto, muito embora com algumas divergências pontuais em relação à terminologia, tendo em vista que uns falam em direito ligado à dignidade da pessoa humana, outros dão mais enfoque na questão cultural ou ainda em aspectos ligados a identidade étnica e igualdade material, certo é que a concordância com a relação entre direitos das comunidades quilombolas e direitos fundamentais é predominante, ressaltando-se os argumentos lançados na ADI 3239<sup>202</sup>, que tratam a questão como usucapião e com a qual, pelas diversas teses já expostas, não concordamos.

Reputa-se estas pequenas diferenças de categorização as dificuldades próprias dos estudos de direitos fundamentais sociais, como anotado por Canotilho<sup>203</sup>, e do longo processo evolutivo de afirmação destes direitos, que em muito contribui para a multiplicidade de enfoques do tema

Quanto aos entendimentos jurisprudenciais, como a questão é relativamente recente, são pouco os julgados que cuidam especificamente da correlação entre comunidades quilombolas e direitos fundamentais.

No entanto a tendência, em nível de tribunais, tem sido a de confirmar a fundamentalidade da norma do artigo 68 do ADCT, como demonstra o seguinte entendimento do Tribunal Regional Federal da 3.<sup>a</sup> Região:

---

<sup>202</sup> Comentados no capítulo 01.

<sup>203</sup> Estudos sobre Direitos fundamentais, ob. cit. pág. 100.

CONSTITUCIONAL - CIVIL E PROCESSO CIVIL – ADMINISTRATIVO- REMANESCENTES DE COMUNIDADE DE QUILOMBOS- PROPRIEDADE - FORMA ORIGINÁRIA DE AQUISIÇÃO - ARTIGO 68, ADCT - CONDIÇÕES DA AÇÃO: LEGITIMIDADE ATIVA LEGITIMIDADE PASSIVA -INTERESSE DE AGIR -REEXAME OBRIGATÓRIO -TERRAS DEVOLUTAS E TERRAS DE PARTICULAR ORIGEM DA COMUNIDADE COMPROVADA -POSSE COMPROVADA -AÇÃO PROCEDENTE -REMESSA OFICIAL IMPROVIDA.

O direito da comunidade quilombola obter o domínio da área que imemorialmente ocupa constitui um direito fundamental (art. 68 do ADCT e art. 50 , § 2<sup>o</sup>, CF), pois diz respeito diretamente à dignidade de cada integrante daquela comunidade.

Assegurar a terra para a comunidade quilombola afigura-se imprescindível não só para garantia de sua própria identidade étnica e cultural, mas também para salvaguardar o direito de todos os brasileiros à preservação do patrimônio histórico-cultural do país (art. 215, CF).

Tratando-se de direito fundamental (art. 68 do ADCT e art. 5, § 2Q da CF) possui aplicação imediata, conforme dicção do § 1<sup>o</sup>, do art. 50, da Constituição Federal, haurindo-se do próprio texto constitucional o direito dos integrantes da comunidade quilombola de granjearem a titulação da área por eles ocupada, contra tal direito não cabendo opor o domínio de entidade particular. (...) (REO 983606/SP, Rel. juiz Convocado Helio Nogueira, QUINTA TURMA, julg. em 15.12.2008, DjF3 de 03.02.2009, pago 732)

Este julgado parte exatamente do princípio da dignidade da pessoa humana para inserir a questão quilombola dentro dos direitos fundamentais, conforme expusemos neste tópico.

Refletindo a diversidade de enfoques teóricos, acrescente-se recentíssimo julgado do Superior Tribunal de Justiça que preferiu tratar o caso sob a ótica da diversidade étnica pregada pelo novo constitucionalismo, que se entende ser de ampla aceitação na nossa atual Constituição:

[...] 6. Os quilombolas tem direito à posse das áreas ocupadas pelos seus ancestrais até a titulação definitiva, razão pela qual a ação de reintegração de posse movida pela União não há de prosperar, sob pena de por em risco a continuidade dessa etnia, com todas as suas tradições e culturas. O que, em último caso, conspira contra pacto constitucional de 1988 que assegura uma

sociedade justa, solidária e com diversidade étnica. [ ...]" (RESP n.º 931.060, Rel. Benedito Gonçalves, j. 17/12/2009).

Assim, à guisa de conclusão, reconhecemos a plausibilidade de uma construção científica sólida que proclame o direito dos quilombolas aos seus territórios como direito fundamental. Dentro do marco teórico adotado, observamos que a norma do artigo 68 do ADCT, resultado de lutas do movimento negro organizado na constituinte e reinterpretado pela antropologia dentro de novas e modernas teorias hermenêuticas possui um texto suficientemente claro que permite identificar: a) o destinatário da norma – comunidades remanescentes de quilombos – um grupo social fragilizado e historicamente mantido à margem da sociedade hegemônica, constituindo autêntica minoria, ou seja, os típicos titulares da proteção dos direitos fundamentais sociais; b) um objeto a ser protegido, que é a propriedade definitiva das terras em que vivem, elemento fundamental para a preservação das comunidades; c) a importância da proteção criada, consubstanciada na manutenção e promoção da diversidade e do caráter pluralista e multicultural da sociedade brasileira e d) a estrutura e o conteúdo da norma, que reflete, na teoria de Alexy<sup>204</sup>, verdadeira diretriz política e regra de otimização a ser implementado pelo Estado brasileiro.

---

<sup>204</sup> Teoria dos Direitos Fundamentais, ob. cit.

## **4 – COMUNIDADES REMANESCENTES DE QUILOMBOS NO PÓS-CONSTITUINTE – REPASSE CRÍTICO DOS MARCOS LEGAIS**

### **4.1 Introdução**

Após um longo processo teórico de vinculação entre o direito das comunidades remanescentes de quilombos e os direitos fundamentais, é salutar direcionar esta conclusão para aspectos de ordem prática em relação à efetivação do artigo 68 do ADCT. Isto porque a vinculação defendida no capítulo anterior somente se torna relevante se puder interferir, de alguma forma, no mundo real em que se reclama o cumprimento do comando dirigido ao Estado Brasileiro.

Com efeito, como afirmamos na introdução geral, o grande desejo do presente trabalho é contribuir, de alguma forma, com a elucidação de uma série de dúvidas e polêmicas que circunda esta difícil problemática jurídica referente aos quilombos.

A categorização do artigo 68 do ADCT como direito fundamental possui conseqüências hermenêuticas que ajudam na resolução destas questões, e é exatamente nestes pontos de auxílio que iremos nos deter neste último tópico. Por isso, apesar de inúmeros sub-temas que a questão quilombola pode ocasionar, nos detivemos naqueles que possuem relação e extraem mais benefícios da fundamentalidade do artigo 68.

Por esta razão, toca-se no ponto crucial da evolução na regulamentação infraconstitucional do artigo 68 do ADCT, tendo em vista que, a ausência de lei formal votada no parlamento, têm suscitado discussões sobre a eventual auto-aplicabilidade do dispositivo constitucional, o que seria conseqüência direta da sua inserção como direito fundamental.

A utilização da desapropriação em alguns processos de regularização dos territórios quilombolas também perpassa a questão da categorização do artigo 68 do ADCT como norma de direito fundamental, tendo em vista que esta desapropriação somente adquire legitimidade jurídica enquanto vista como técnica de ponderação com o direito fundamental de propriedade.

Portanto, o que se procura agora é observar de que forma a construção da fundamentalidade do artigo 68 do ADC pode projetar conseqüências relevantes dentro do processo de efetivação de uma norma que, por ter redação extremamente direta, repassa a instrumentos infraconstitucionais a sua operacionalização no dia-a-dia.

Sendo assim, é exatamente sobre esta regulamentação infraconstitucional e a sua interface com um artigo constitucional já definido como direito constitucional, que trataremos a seguir.

#### **4.2 Evolução do quadro normativo infraconstitucional sobre as comunidades remanescentes de quilombos.**

Promulgada a Constituição Federal em 05 de outubro de 1988, o que se seguiu imediatamente sobre a questão quilombola, em termos normativos, foi somente a adoção de disposições semelhantes ao artigo 68 do ADCT em algumas Cartas Estaduais.<sup>205</sup>

Não existiu um imediato enfretamento da questão no plano federal, seja para regulamentar o dispositivo constitucional, seja para iniciar procedimentos de titulação de áreas quilombolas. Esta falta de efetividade do artigo 68 do ADCT ocorreu apesar da criação, ainda no ano de 1988, da Fundação Cultural Palmares (FCP), o que foi feito através da Lei 7668/88 na

---

<sup>205</sup> Conforme vimos no capítulo 02, várias Constituições Estaduais têm disposição semelhante ao artigo 68 do ADCT. Estas Constituições são do ano de 1989.

forma de entidade autárquica vinculada ao Ministério da Cultura, especificamente com a função de *promover a preservação dos valores culturais, sociais e econômicos decorrentes da influência negra na formação da sociedade brasileira*.<sup>206</sup>

A instituição da Fundação Cultural Palmares também ocorreu no contexto da celebração do centenário da abolição<sup>207</sup>, mais precisamente em abril de 1988, meses antes da promulgação da própria Constituição e do artigo 68 do ADCT. Desta forma, compreende-se porque na época da sua criação não foram inseridas atribuições vinculadas à titulação de comunidades remanescentes de quilombos. O atual artigo 2.º, II da referida Lei 7668/88, que confere a FCP a incumbência de reconhecer e certificar comunidades remanescentes de quilombos, somente teve a sua redação introduzida doze anos depois, através de uma medida provisória do ano 2000<sup>208</sup>.

Mesmo tendo sido resultado de intensas lutas do movimento negro dentro do processo constituinte, a falta de efetividade do artigo 68 do ADCT no imediato pós-constituinte pode ser creditada, em grande parte, às próprias divisões internas do movimento negro. Esta divisão retratava diferenças em relação ao foco e aos objetivos que a regularização quilombola deveria seguir.

Neste contexto de final dos anos oitenta e início dos anos noventa, Arruti<sup>209</sup> explicita que existia uma indefinição sobre qual órgão deveria

---

<sup>206</sup> Art. 1º Lei 7668/88.

<sup>207</sup> O embrião da FCP foi exatamente a comissão criada, no âmbito do Ministério da Cultura, para coordenar os eventos ligados ao centenário. Citado por Arruti, *ob. cit.* pág. 106.

<sup>208</sup> Art. 2º A Fundação Cultural Palmares - FCP poderá atuar, em todo o território nacional, diretamente ou mediante convênios ou contrato com Estados, Municípios e entidades públicas ou privadas, cabendo-lhe: III - realizar a identificação dos remanescentes das comunidades dos quilombos, proceder ao reconhecimento, à delimitação e à demarcação das terras por eles ocupadas e conferir-lhes a correspondente titulação. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.216-37, de 31.8.2001)

<sup>209</sup> ARRUTI, José Maurício, *ob. cit.*, pág. 105

conduzir a política quilombola na estrutura do governo federal. Isto porque duas Autarquias acabaram canalizando visões distintas sobre a questão. O Movimento Negro Unificado (MNU), que tem origem essencialmente urbana no Rio de Janeiro, ligou-se a uma linha de crítica à ideologia do Estado Democrático racial, pugnando contra uma cultura nacional eminentemente branca e tentando desconstruir a imagem de que no Brasil não existiria racismo. Neste sentido, o movimento procurou o resgate da cultura e dos valores negros, defendendo a celebração do 20 de novembro, e ações como a defesa de política de cotas e o incentivo para o acesso de negros a cargos públicos. Este grupo defendia o tratamento da questão quilombola no aspecto primordial de proteção cultural e valorização das tradições e costumes dos quilombos, a ser realizada primordialmente pela Fundação Cultural Palmares, até porque foi este grupo que integrou a Comissão para o Centenário da Abolição do Ministério da Cultura, e que depois veio a ser o embrião da própria autarquia.

Uma outra vertente do movimento negro, este com raízes nas comunidades negras rurais do Pará e do Maranhão, adotou uma linha em que a questão quilombola deveria estar inserida em uma dinâmica mais ligada à questão fundiária, no que Arruti define como uma temática étnica-camponesa. Neste contexto, a titulação quilombola estaria vinculada a um movimento de caráter rural, focado principalmente na distribuição de terras às comunidades. Este grupo sempre pugnou que os procedimentos de regularização quilombola deveriam caber ao INCRA – O Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária, autarquia federal encarregada da reforma agrária e com grande *expertise* em regularização fundiária.

A disputa entre os dois grupos encontrava correspondência na oposição entre um enquadramento dos remanescentes de quilombos como problemática fundiária ou como problemática cultural, no que ARRUTI chama de “briga” entre a *Reforma Agrária Especial x Funai dos Negros*, demonstrada exatamente através do binômio FCPXINCRA. As discussões dentro dos



movimentos sociais vinculados à causa quilombola prejudicou o início de procedimentos de regularização quilombola e pode ser considerada uma das responsáveis pela quase completa falta de efetividade do artigo 68 do ADCT nos anos seguintes à Constituição, tendo em vista que é sempre da luta destes movimentos que os avanços são alcançados.

O quadro somente não era de completa paralisação porque eram verificados alguns movimentos esparsos de regularização quilombola em Estados membros.<sup>210</sup>

No entanto, como o movimento negro fragilizado na questão quilombola em razão das suas divisões internas, e sem a menor vontade política do executivo federal em efetivar a regularização das áreas quilombolas, o artigo 68 do ADCT quase foi revogado na revisão constitucional de 1994.<sup>211</sup>

No entanto, eis que mais uma data histórica aparece para reavivar a questão quilombola na sociedade e na mídia, unificar os movimentos sociais e servir de “gancho” para atividades normativas relacionadas aos quilombos. É que no ano de 1995 completavam-se trezentos anos da morte de Zumbi dos Palmares, ocorrida exatamente no dia 20 de novembro de 1695. Dentro das comemorações ocorreram duas tratativas procurando dar efetividade ao artigo 68 do ADCT. No executivo federal o silêncio normativo foi quebrado com uma Portaria do INCRA tratando da questão. No parlamento surgiu um Projeto de Lei do Senado que tencionava criar uma lei regulamentando o artigo 68 do ADCT.

---

<sup>210</sup> Os primeiros processos de regularização de terras quilombolas foram iniciados no âmbito dos Estados-membros, especificamente Pará e Maranhão, curiosamente dois estados com forte presença do movimento negro. Cf. TREGONNI, Girolano Domenico. *Terras de quilombos: Caminhos e entraves do processo de titulação*. Editado por Girolano Domenico Tregonni, Belém, 2006.

<sup>211</sup> A emenda que tentou suprimir o art. 68 do ADCT na revisão constitucional foi de autoria do Dep. Eliel Rodrigues (PMDB/PA). Citado por ARRUTI, ob. cit. Pág. 69.

Portanto, a primeira resposta do governo federal ao artigo 68 do ADCT veio na forma de uma portaria interna do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA) no ano de 1995, que determinava a medição, demarcação e titulação “mediante a concessão de título de reconhecimento, com cláusula pró-indiviso” de áreas de comunidades remanescentes de quilombos localizadas em áreas públicas federais ou em áreas arrecadadas ou obtidas por processo de desapropriação, sob a jurisdição do órgão<sup>212</sup>. A escolha do INCRA como condutor da titulação das áreas quilombolas significou, evidentemente, uma prevalência do aspecto fundiário.

Esta portaria é considerada a primeira legislação infraconstitucional federal a cuidar do tema, com uma visão tendendo para um programa de reforma agrária especial, tanto que utiliza em seu texto a expressão “assentamentos especiais quilombolas”. Além desta orientação eminentemente agrária, a portaria tinha um alcance extremamente limitado, porque elegia como beneficiárias dos títulos apenas às comunidades quilombolas situadas em terras públicas ou previamente desapropriadas pelo INCRA para fins de reforma agrária<sup>213</sup>, não prevendo a titulação de áreas com sobreposição de domínio privado ou mesmo mecanismos de desapropriação próprios. Não existia também uma regulamentação interna que fixasse uma seqüência de fases para o processo de regularização.

O Movimento Negro Unificado, por seu turno, e também “na carona” do tricentenário de Zumbi, preferiu tentar regulamentar o artigo 68 do ADCT através da via legislativa parlamentar, tendo em vista que sua principal representante, a Senadora Benedita da Silva, apresentou o Projeto de Lei do Senado (PLS) 129/1995, de 27.04.1995, que cuidava de “*regulamentar o procedimento de titulação de propriedade imobiliária aos remanescentes das*

---

<sup>212</sup> INCRA/P/N.307/95.

<sup>213</sup> O que estava condicionada a constatação de improdutividade da área.

*comunidades dos quilombos, na forma do art. 68 do ato das disposições constitucionais transitórias.*<sup>214</sup>

Enquanto o projeto de lei seguia longo e tortuoso caminho nos corredores do Congresso Nacional, e ainda em meio aos intensos debates no seio do governo federal sobre qual seria o órgão adequado para a condução da política de regularização quilombola, é fato que alguma coisa foi feita com base na Portaria do INCRA, tendo em vista que foram titulados, apenas no Pará, entre os anos de 1995 e 1998, sete terras de quilombos, contemplando pouco mais de 600 famílias, segundo dados do próprio órgão<sup>215</sup>. O número é digno de nota quando recordamos o alcance extremamente limitado da referida Portaria, que somente cuidava de regularizações de territórios quilombolas situados em terras públicas.

Nessas titulações prevaleceu a interpretação sobre a auto-aplicabilidade do “artigo 68”, assim como a concepção de que o reconhecimento desses grupos como remanescentes de quilombos dependia apenas da sua auto-atribuição, dispensando, com isso, a produção de laudos periciais comprobatórios, ao menos até que interesses conflitantes apresentassem contestação explícita da condição quilombola de algumas dessas comunidades. No entanto, como a regularização estava restrita a terras públicas, sem colidir com propriedades particulares, não existiram maiores percalços. Convém destacar também que por esta época continuavam seguindo algumas titulações creditadas a órgãos estaduais de terras.<sup>216</sup>

No ano 2000, a indefinição sobre o condutor da política quilombola ocasionou uma nova mudança de orientação. Em novembro foi

---

<sup>214</sup> <[http://www.senado.gov.br/sf/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=1401](http://www.senado.gov.br/sf/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=1401)> Acesso em 31.03.2010.

<sup>215</sup> Estes dados estão disponíveis na DFQ – Coordenação-Geral de Regularização Quilombola do INCRA, e constam também de tabelas que segue ao final deste trabalho.

<sup>216</sup> É o caso do ITERPA, Instituto de Terra do Maranhão, que titulou comunidades quilombolas nos anos 90. Cf. TREGONNI, ob. cit.

publicada uma Medida Provisória<sup>217</sup> transferindo a competência para titulação dos territórios quilombolas para o Ministério da Cultura. Assim, todas as questões relativas aos remanescentes de quilombos passaram a ser concentradas na Fundação Cultural Palmares (FCP). Esta súbita mudança de orientação colocou em risco os procedimentos que vinham sob condução do INCRA e provocou interrupções em alguns processos, por falta de estrutura e pessoal especializado na FCP, principalmente para a realização de trabalhos de campo e medições topográficas.

Além de concentrar na FCP o tema da regularização quilombola, a Medida Provisória estabeleceu um prazo final para o encaminhamento de todos pedidos de regularização (outubro de 2001). Foi estabelecida também uma forte restrição nos critérios de reconhecimento, porquanto somente seriam reconhecidas as comunidades que estivessem ocupando suas terras pelo menos desde 13 de maio de 1888.

Em setembro de 2001, o decreto federal 3.912/01 viria consolidar a retirada das atribuições de regularização quilombola do INCRA, transferindo-as para a FCP. O decreto também interrompia um longo processo de debate legislativo que visava uma regulamentação do artigo por lei negociada no parlamento (o então projeto 129/95, que ainda estava em tramitação).

O decreto 3912/01 foi, na prática, a primeira norma regulamentando especificamente o artigo 68 do ADCT em todos os seus aspectos<sup>218</sup>. As suas opções foram consideradas um verdadeiro “balde de água fria” nos movimentos sociais<sup>219</sup>. Tratando a questão quilombola sob um prisma historicista clássico, exigia uma ocupação ininterrupta de cem anos no território

---

<sup>217</sup> MP 2.123/28 posteriormente reeditada com vários números, inclusive a já citada MP 2.216-37.

<sup>218</sup> A Portaria INCRA 307/95 possuía alcance limitado a terras públicas.

<sup>219</sup> Já nos reportamos à este Decreto no primeiro capítulo, expondo suas principais idéias e as críticas que recebeu, razão pela qual não vamos nos alongar nesta questão.

a ser transferido às comunidades, sem possibilidade de qualquer indenização aos eventuais proprietários com títulos válidos na área, tendo em vista que a questão foi tratada com uma forma de usucapião especial constitucional.

Diante da exigência de comprovação de posse centenária, a regularização sofreu grande retrocesso. Além de ser difícil encontrar comunidades que provassem o decurso do tempo exigido, a impossibilidade de indenização para os proprietários com títulos na área criava um verdadeiro confisco, de pronto rechaçado pelo judiciário e pelos próprios movimentos sociais. Neste contexto, não é de espantar que entre novembro de 2000 e novembro de 2003 não houve qualquer avanço nos processos de reconhecimento ou regularização fundiária das comunidades, seja porque não foram abertos novos processos seja pela paralisação dos que estavam em andamento.<sup>220</sup>

No contexto da vigência do Decreto 3912/01 veio finalmente a ser aprovado no Congresso Nacional, em 2002, o projeto de lei 129/95 que iria se converter finalmente em uma lei aprovada no parlamento para regularizar o artigo 68 do ADCT. No entanto, como a orientação desta lei alterava o entendimento do governo, indo ao encontro das reivindicações dos movimentos sociais e adotando a reinterpretação que a antropologia dera às comunidades quilombolas, o referido projeto foi vetado integralmente pelo Presidente da República, através da mensagem presidencial nº 370, de 13-05-2002. O veto foi justificado com duas fundamentações: a) inconstitucionalidade e b) contrariedade ao interesse público.

Na realidade, a análise da mensagem presidencial permite concluir que o governo federal usou a própria existência do Decreto 3912/01 para justificar o veto ao projeto de lei, sob o argumento de que a questão já estava regulamentada. Neste sentido:

---

<sup>220</sup> Os dados são da Coordenação de comunidades quilombolas do INCRA (DFQ). Neste sentido as tabelas dispostas ao final deste trabalho.

Senhor Presidente do Senado Federal:

Comunico a Vossa Excelência que, nos termos do § 1º do art. 66 da Constituição Federal, decidi vetar integralmente, por inconstitucionalidade e contrariedade ao interesse público, o Projeto de Lei no 129, de 1995 (no 3.207/97 na Câmara dos Deputados), que "Regulamenta o direito de propriedade das terras das comunidades remanescentes dos quilombos e o procedimento da sua titulação de propriedade imobiliária, na forma do art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal".

(...)

Além do mais, não se pode olvidar que o projeto sob exame teve o seu início no ano de 1995, época em que não existia em nosso ordenamento jurídico regras disciplinando o disposto no art. 68 do ADCT. Hoje, entretanto, esse quadro modificou-se. Está em vigor o Decreto no 3.912, de 10 de setembro de 2001, que regulamenta as disposições relativas ao processo administrativo para identificação dos remanescentes das comunidades dos quilombos e para o reconhecimento, a delimitação, a demarcação, a titulação e o registro imobiliário das terras por eles ocupadas.<sup>221</sup>

Observa-se claramente uma opção política a interferir em argumentos jurídicos. O então Presidente da República vetou uma lei aprovada no Congresso Nacional, fruto de sete anos de discussão no foro parlamentar, usando como justifica a existência de um Decreto da sua autoria (norma de hierarquia inferior). O raciocínio é simples: Se o Decreto 3912/01 praticamente sepultara a questão, tornando letra morta o artigo 68 do ADCT, não existia nenhum interesse em modificar esta orientação, o que revela o entendimento do então governo federal sobre a causa quilombola – tratava-se de usucapião - nada mais. Neste sentido veja-se, por oportuno, outro trecho da referida mensagem de veto:

O art. 2.º do texto, por sua vez, considera como comunidade remanescente de quilombos "os grupos étnicos de preponderância negra, encontráveis em todo o território nacional, identificáveis segundo categoria de autodefinição habitualmente designados por "Terras de Preto", "Comunidades Negras Rurais",

---

<sup>221</sup> Mensagem de veto n.º 370/2002, de 13.05.2002, DOU de 14.05.2002. Disponível em [www.senado.gov.br/Relatorios\\_SGM/RelPresi/2003/050-CN-Vetos.pdf](http://www.senado.gov.br/Relatorios_SGM/RelPresi/2003/050-CN-Vetos.pdf). Acesso em 07.04.2010.

"Mocambos" ou "Quilombos"". Ora, o art. 68 do ADCT não admite tal presunção legal do que sejam remanescentes das comunidades dos quilombos, fundada no que o projeto denomina de "categoria de autodefinição". Como antes assinalado, a Constituição visou a beneficiar apenas os moradores dos quilombos que viviam, até 1888, nas terras sobre as quais estavam localizadas aquelas comunidades, e que continuaram a ocupá-las, ou os seus remanescentes, após o citado ano até 5 de outubro de 1988. Por certo, o direito de propriedade assegurado pelo art. 68 do ADCT não pode decorrer de presunção legal, mas sim do fato mesmo da ocupação centenária das terras que outrora formavam os quilombos. Daí a inconstitucionalidade do art. 2º do projeto.

O veto não foi derrubado no Congresso Nacional, seguindo em vigor o Decreto 3912/01. No entanto, a politização do tema levaria a nova mudança de orientação. Isto porque, como Decreto Presidencial é norma de estabilidade extremamente precária, tendo em vista que fica “ao sabor” do governante de plantão, ficou evidente que a mudança de orientação ideológica na condução do governo federal, decorrente das eleições presidenciais de 2002, alcançaria o tema das comunidades remanescentes de quilombos.

A própria criação de uma Secretaria Especial de Promoção da Igualdade Racial (SEPIR), já fazia supor que elementos atuantes do movimento negro estavam na composição do novo governo, e que aspirações deste movimento seriam contempladas por novos marcos normativos.

Com efeito, uma das primeiras providências do novo governo foi exatamente constituir um grupo de trabalho, composto por representantes de vários órgãos governamentais e dos movimentos sociais, com o objetivo de definir novo marco regulatório da questão quilombola. Este grupo elaborou o texto que, aprovado pelo Presidente da República, veio a se converter no Decreto 4887/2003, publicado exatamente no dia 20 de novembro de 2003, revogando o Decreto 3912/2001 e que: *“Regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que trata o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.”*

Este Decreto continua em vigor, tendo em vista que não foi aprovada nenhuma lei do parlamento especificamente sobre a questão, apesar de novas tentativas neste sentido.<sup>222</sup>

Após o Decreto 4887/2003, o que tivemos de importante nos normativos envolvidos com o tema foi a internalização, na ordem jurídica nacional, da Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho, que versa sobre: “*povos tribais em países independentes, cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros setores da coletividade nacional, e que estejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial*”<sup>223</sup>, através do Decreto n.º 5.051, de 19 de abril de 2004, gozando, segundo a Constituição, do “status” de lei ordinária. Importa ressaltar, contudo, que a referida Convenção já havia sido aprovada pelo Congresso Nacional desde 2002, através do Decreto Legislativo 143/2002. Portanto o texto da OIT já era de amplo conhecimento do grupo de trabalho criado pelo governo federal, e os seus conceitos e definições foram amplamente usados na formulação dos termos do Decreto 4887/2003.<sup>224</sup>

Seguiu-se também mais recentemente, em 2007, a publicação do Decreto 6040 que: “*Institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais*”, criando, dentro do governo federal, a Comissão Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais - CNPCT

Embora a Convenção 169 da OIT e o Decreto 6040/2007 tenham íntima relação com a questão quilombola por tratarem de comunidades tradicionais, nenhuma é específica em relação ao artigo 68 do ADCT. Portanto,

---

<sup>222</sup> A regularização de áreas quilombolas está contemplada no Estatuto da Igualdade Racial. No entanto, este projeto segue alvo de intensa crítica da mídia e com discussões acaloradas no Congresso Nacional. Fonte: Folha de São Paulo, Folhaonline de 10.9.2009. Até o fechamento deste trabalho, em 13 de maio de 2010, a matéria ainda não havia sido definida no âmbito do Congresso Nacional.

<sup>223</sup> Art. 1, a.

<sup>224</sup> A análise do texto destas duas normas demonstra perfeitamente esta sintonia.



em termos específicos a norma legal que atualmente regulamenta o dispositivo constitucional das comunidades remanescentes de quilombos é o Decreto 4887/2003.

Fruto de um grupo de trabalho com ampla participação de antropólogos, movimentos sociais e representantes do Ministério Público Federal, este Decreto produziu uma completa clivagem em relação ao anterior Decreto 3912/01, tendo em vista que contempla a ressemantização do termo comunidades remanescentes de quilombos que foi feita pela antropologia e pelas escolas históricas mais recentes, quando dispõe em seu artigo 2.º que:

Art. 2º Consideram-se remanescentes das comunidades dos quilombos, para os fins deste Decreto, os grupos étnico-raciais, segundo critérios de auto-atribuição, com trajetória histórica própria, dotados de relações territoriais específicas, com presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida.

Neste aspecto, abre-se a possibilidade de reconhecimento para grupos que não tiverem origem nas fugas, as chamadas “Terras de preto, Terras de santos, Mocambos e Comunidades Negras Rurais”.<sup>225</sup> Não se exige mais a prova da ocupação centenária na área e o quilombo passa a ser inserido na ótica da proteção das minorias de cultura tradicional. Esta concepção é uma vitória dos movimentos sociais e está em consonância com o processo histórico de marginalização destes grupos. A reinterpretação do artigo 68, como vimos, e um corolário da sociedade aberta e da visão atual sobre constitucionalismo e direitos fundamentais.

O Decreto também foi bem acolhido pelos organismos internacionais de proteção dos direitos humanos, por sua similitude com as concepções da Convenção n. 169 da OIT<sup>226</sup>, que introduziu no ordenamento jurídico pátrio normas definidoras de direitos humanos no tratamento das

---

<sup>225</sup> Esta questão foi bem explicitada no capítulo 01, item 03.

<sup>226</sup> Neste sentido é o relato da Procuradora Federal Anne Cristiny dos Reis Henrique, participante brasileira da reunião anual da comissão de direitos humanos da OEA, em Washington, 2007.

comunidades tradicionais. Estes critérios foram assimilados pelo Estado brasileiro e incorporados no Decreto n. 4.887/2003, guardando ampla sintonia com a Constituição Federal de 1988 (art. 5º, §2º).

Sobre a questão da condução da política quilombola, ao que parece o Decreto finalmente pacificou a discussão FCP x INCRA mediante uma participação conjunta dos dois órgãos. O reconhecimento da comunidade, por envolver questões antropológicas ligadas a auto-definição, ficou a cargo da FCP, a quem também incumbe fornecer a certidão de reconhecimento da comunidade e manter cadastro das mesmas. Ao INCRA, por seu turno, em face da experiência com regularização de terras, incumbe os procedimentos de delimitação e titulação da área, inclusive, se necessário, com o recurso à desapropriação de terras particulares com título válidos e que estejam eventualmente sobrepostas ao perímetro demarcado.<sup>227</sup>

Além de defensores, o Decreto 4887 possui também inúmeros críticos. A reação destes grupos está canalizada basicamente em duas formas de reação, uma no campo jurídico, através da interposição da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3239, e outra no campo político, através da proposta de Decreto Legislativo n.º 44/2007, que procura sustar os efeitos do ato normativo.

No entanto, diante da constatação de que o principal normativo infraconstitucional da regularização de áreas quilombolas atualmente é o Decreto 4887/2003, e para encerramento do presente trabalho, destacamos as mais importantes opções jurídicas tomadas por esta norma, e que estão no âmbito das discussões já travadas neste trabalho, para fazermos uma análise crítica, com o objetivo, principalmente, de contribuir com o intenso debate surgido nos meios jurídicos e políticos em relação às estas cadentes questões.

---

<sup>227</sup> Este assunto será detalhado mais à frente.

### **4.3 – As opções do Decreto 4887/2003 – Análise Crítica**

#### **4.3.1 – A regulamentação do artigo 68 do ADCT por meio de decreto.**

O artigo 68 do ADCT enuncia uma importante tarefa para o Estado brasileiro. A redação da norma, no entanto, é reduzida e sem maiores explicações sobre o modo de efetivação do direito criado. Não existem, por exemplo, parâmetros para definir o que sejam comunidades remanescentes de quilombos, qual a forma de medição da área, em nome de quem a titulação deverá se feita e como proceder nos casos de conflito entre a titulação quilombolas e outros direitos igualmente importantes, como a proteção ambiental, segurança nacional e o eventual direito de propriedade anterior sobre a área. Enfim, uma série de questões que reclama a regulamentação infraconstitucional dos exatos contornos de aplicação do artigo 68.

Ocorre que, como visto no breve histórico da evolução normativa, a necessária regulamentação da questão quilombola não possui até hoje lei formal votada no parlamento e dispendo especificamente sobre o assunto. O único projeto aprovado pelo Congresso foi vetado pelo Presidente da República e, desde 2001, a questão vem sendo regulada diretamente por Decretos Presidenciais, sem intermediação legislativa formal, a teor do atual Decreto 4887/2003.

Esta ausência de lei formal específica, e a sua eventual necessidade, é discussão recorrente nas impugnações aos procedimentos de regularização de áreas quilombolas, e não é incomum ouvir-se argumentos afirmando tratar-se o Decreto 4887/2003 de um autêntico regulamento autônomo, com vício de inconstitucionalidade formal, tendo em vista que estaria regulamentando imediata e diretamente texto constitucional, fora dos casos previstos no artigo 84, IV da Constituição<sup>228</sup>.

---

<sup>228</sup> Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República

Este é um dos principais argumentos da ADI 3239/DF, que aponta estar o Decreto, entre outras coisas, criando direitos e deveres entre particulares e a administração pública e estabelecendo previsão específica de desapropriação, o que somente poderia ser feito por lei formal, tendo em vista invadir a esfera do direito fundamental de propriedade.

O argumento de que o Decreto 4887/2003 exorbita as prerrogativas do Presidente da República também é o fundamento do Projeto de Decreto Legislativo 44/07, de autoria dos Deputados Valdir Colatto (PMDB-SC) e Waldir Neves (PSDB-MS), que susta a aplicação do Decreto 4.887/03.<sup>229</sup> A tese central do referido projeto é de que o Poder Executivo, ao legislar acerca de dispositivo constitucional através de um decreto, determinando titulares e forma de delimitação do território e criando direitos, extrapolou suas atribuições e usurpou as funções típicas do Poder Legislativo.

Em situação oposta, também não são poucos os que defendem a plena constitucionalidade formal do Decreto 4887/03, seja por tratar-se de questão de direitos fundamentais, seja pela alegada existência da intermediação normativa das leis 7.668/88, que criou a Fundação Cultural Palmares, da Lei 9.649/98, que definiu competências do Ministério da Cultura para proceder a regularização de terras pertencentes às comunidades

---

VI – dispor, mediante decreto, sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001) a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001) b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

<sup>229</sup> O relator, Dep. Eduardo Sciarra (DEM-PR), recomenda sua aprovação com emenda. Sciarra sugere não sustar totalmente o decreto, mas manter os artigos de cunho administrativo, como o que define atribuições de órgãos públicos, anulando apenas os que exorbitem do poder regulamentar, como seria o caso da desapropriação. Por outro lado, ele excluiu do projeto original a previsão de anulação de todos os atos administrativos expedidos com base no regulamento, por considerá-la dispensável.

quilombolas<sup>230</sup> e ainda da Convenção n.º 169 da OIT, internalizada através do Decreto 5.051/2004 com força de lei ordinária.

A tese de que o artigo 68 do ADCT não necessita de lei formal para a sua regulamentação é que encontra maior aceitação jurídica<sup>231</sup>. Com efeito, boa gama de doutrinadores expõe que o artigo 68 do ADCT, por veicular norma de direito fundamental, não reclama a necessidade de intermediação legislativa para ter eficácia, a teor do artigo 5.º, §1.º da Constituição<sup>232</sup>. Sendo assim o Decreto 4887/2003 não invadiria matéria reservada a lei, posto que esta é desnecessária. Tratando-se de direito fundamental a própria Constituição pode ser invocada diretamente, independente de lei regulamentadora. Neste sentido escreve Walter Claudios Rothemburg, com apoio da doutrina de Daniel Sarmento<sup>233</sup>:

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

Diante desta aplicabilidade imediata, a edição de lei em sentido formal, em princípio, seria desnecessária. Sendo o artigo 68 do ADCT típica norma de direito fundamental, já teria redação suficientemente densa ao identificar o titular do direito consagrado (comunidades remanescentes de quilombos), o seu devedor (o Estado), o objeto do direito (a propriedade

---

<sup>230</sup> Lei 9649/98. Art. 14 - Os assuntos que constituem área de competência de cada Ministério são os seguintes: IV- Ministério da Cultura; c) aprovar a delimitação das terras dos remanescentes das comunidades dos quilombos, bem como determinar as suas demarcações, que serão homologadas mediante decreto

<sup>231</sup> Todos os que compreendem o direito dos quilombos como direito fundamental, em regra, argumentam que o artigo 68 do ADCT não precisa de lei formal para ser regulamentado. Neste sentido, por exemplo, Déborah Duprat e Daniel Sarmento.

<sup>232</sup> *As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata.*

<sup>233</sup> ROTHEMBURG, Walter Claudios. *Parecer contrário ao projeto de decreto legislativo nº 44, de 2007, de autoria do deputado federal Valdir Colatto*. Disponível em [www.ccr6.pgr.mpf.gov.br](http://www.ccr6.pgr.mpf.gov.br).

definitiva das terras ocupadas), e o dever correlato (o reconhecimento da propriedade e a expedição dos respectivos títulos).<sup>234</sup>

Estando presentes todos os elementos necessários para a fruição do direito, desnecessária a edição de lei formal, podendo o procedimento ser regulamentado por decreto, na esteira do precedente do STF na ADIN 1.590/SP<sup>235</sup>, segundo o qual se for suposta a eficácia plena e a aplicabilidade imediata do dispositivo constitucional, a sua implementação não depende de complementação normativa e não parece constituir matéria de reserva à lei formal, podendo ser regulamentada por Decreto.

Nesta linha de entendimento, no julgamento do RE 203.954-3/CE, o Plenário do STF reconheceu, por unanimidade, a validade de Portaria do Ministério da Fazenda que proibia a importação de automóveis usados<sup>236</sup>. O ato normativo não regulamentava qualquer lei formal e retirou seu fundamento de validade diretamente do artigo 237 da Constituição Federal, que atribuiu ao Ministério da Fazenda o controle e a fiscalização do comércio exterior, dentro da defesa dos interesses nacionais. No voto proferido pelo Ministro Celso de Mello, a tese central foi didaticamente explicada:

---

<sup>234</sup> SARMENTO, Daniel. Territórios Quilombolas e Constituição: A ADI 3.239 e a Constitucionalidade do Decreto 4.887/03. <[http://ccr6.pgr.mpf.gov.br/documentos-e-publicacoes/docs\\_artigos/Territorios\\_Quilombolas\\_e\\_Constituicao\\_Dr.\\_Daniel\\_Sarmen to.pdf](http://ccr6.pgr.mpf.gov.br/documentos-e-publicacoes/docs_artigos/Territorios_Quilombolas_e_Constituicao_Dr._Daniel_Sarmen to.pdf)> Acesso em 30.03.2010.

<sup>235</sup> EMENTA: I. Ação direta de inconstitucionalidade: objeto Tem-se objeto idôneo à ação direta de inconstitucionalidade quando o decreto impugnado não é de caráter regulamentar de lei, mas constitui ato normativo que pretende derivar o seu conteúdo diretamente da Constituição. (...) IV. Servidor público: teto de remuneração (CF, art. 37, XI): auto-aplicabilidade. Dada a eficácia plena e a aplicabilidade imediata, inclusive aos entes empresariais da administração indireta, do art. 37, XI, da Constituição, e do art. 17 do ADCT, a sua implementação - não dependendo de complementação normativa - não parece constituir matéria de reserva à lei formal e, no âmbito do Executivo, à primeira vista, podia ser determinada por decreto, que encontra no poder hierárquico do Governador a sua fonte de legitimação. (ADI 1590 MC, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, TRIBUNAL PLENO, julgado em 19/06/1997, DJ 15-08-1997 PP-37034 EMENT VOL-01878-01 PP-00092)

<sup>236</sup> Portaria DECEX 8/91, Art. 27.

Se é certo, portanto, que o exercício válido da competência administrativa pressupõe a existência de lei, não se torna menos exato reconhecer que, no caso, o ato estatal impugnado – vedação à importação de bens de consumo usados previstos na Portaria DECEX 8/91 (art. 27) – extraiu sua autoridade e a sua eficácia de norma indiscutivelmente revestida do mais elevado grau de positividade jurídica em nosso sistema normativo: o próprio texto da Constituição da República.<sup>237</sup>

Mais recentemente têm sido citado o precedente do STF no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 12, que declarou a perfeita validade da Resolução do Conselho Nacional de Justiça que proibiu o nepotismo no âmbito do Poder Judiciário sem a intermediação de lei formal neste sentido. Na ocasião os Ministros concluíram que o ato do CNJ retirava seu fundamento de validade dos princípios constitucionais da impessoalidade e da moralidade, o que não demandaria lei em sentido estrito para serem efetivados.

Em outro giro, defende-se também que, se a intermediação legislativa é mesmo necessária, ele já existe e seria contemplada na Lei 9.649/1998, que versa sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, atribuindo ao Ministério da Cultura competência para “aprovar a delimitação das terras dos remanescentes das comunidades dos quilombos, bem como determinar as suas demarcações, que serão homologadas mediante decreto” (art. 14, IV, “c”); e a Lei 7.668/1988, que institui a Fundação Cultural Palmares e lhe dá competência para “realizar a identificação dos remanescentes das comunidades dos quilombos, proceder ao reconhecimento, à delimitação e à demarcação das terras por eles ocupadas e conferir-lhes a correspondente titulação” (art. 2º, III).

Neste sentido é o Parecer da Procuradoria-Geral da República na ADI 3239<sup>238</sup>:

---

<sup>237</sup> Julgado em 20.11.1996. Rel. Min Ilmar Galvão. DJ 07.02.97.

<sup>238</sup> Parecer 3333/2004

Ação direta de inconstitucionalidade em face do Decreto 4887/2003, que regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades de quilombos de que trata o art. 68 do ADCT.

Decreto que regulamenta o art. 14, IV, "c", da Lei n.º 9.649/98 e o art. 2.º III e parágrafo único da Lei n.º 7.668/88. Inexistência de inconstitucionalidade formal.

Conjugando os dois argumentos, tanto em relação a fundamentalidade do dispositivo, quanto em relação à existência de lei intermediadora, o já citado julgamento do Tribunal Regional Federal da 4.ª Região<sup>239</sup>:

(...)

2. INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO. Na interpretação das normas constitucionais, há que se ter em conta a unidade da Constituição, a máxima efetividade e a eventual concordância, não sendo, em princípio, inconstitucional regulamentação, por decreto, de direitos das referidas comunidades, passados quase vinte anos da promulgação de uma "disposição constitucional transitória".

3. NECESSIDADE DE LEI. A regulamentação, por meio de decreto, que não fere a Constituição, nem constitui espécie de decreto autônomo, quando: a) inexistente, para o caso, expressa previsão de lei em sentido formal, a regular a matéria; b) as Leis nº 7.688/88 e 9.649/98 dão suporte ao procedimento da administração; c) estão presentes todos os elementos necessários para a fruição do direito.

(...)

Por fim, existe um outro argumento que é sempre adicionado pelos defensores da constitucionalidade do ato normativo, que é o fato do Decreto 4887/2003 estar em perfeita sintonia com a Convenção 169 da OIT, ratificada pelo Brasil em junho de 2002 por meio do Decreto Legislativo nº 142/2002. Neste contexto, pois, o referido Decreto viria disciplinar as disposições do art. 68 do ADCT, aduzidas dos critérios fixados na Convenção nº 169-OIT. Esta, por sua vez, plenamente aplicável aos quilombolas, porque incluídos estes na disposição do art. 1.1."a" como "povos tribais", no sentido de

---

<sup>239</sup> AI 2008.04.00.010160-5/PR, Publicação 31.07.2008.



serem aqueles que, "em todos os países independentes, cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros setores da coletividade nacional, e que sejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou legislação especial". Ademais, a referida Convenção previu que: a) os governos deverão "adotar as medidas que sejam necessárias para determinar as terras que os povos interessados ocupam tradicionalmente e garantir a proteção efetiva dos seus direitos de propriedade e posse" (art. 14, 2); e b) deverão ser "instituídos procedimentos adequados no âmbito do sistema jurídico nacional para solucionar as reivindicações de terras formuladas pelos povos interessados" (art. 14, 3 c/art. 1.3, no tocante ao entendimento de "povos" da Convenção). Daí porque o regulamento poderia disciplinar tais situações.

Pesa em contrário ao argumento do Decreto 4887/2003 como regulamento da Convenção 169 da OIT o fato de que a sua promulgação somente ocorreu em 2004, através do Decreto 5051, posteriormente, portanto, ao Decreto. O entendimento do STF é no sentido de que apenas após a sua promulgação o tratado se incorpora definitivamente ao ordenamento jurídico nacional<sup>240</sup>. Esta circunstância foi apontada pelo ex-ministro Carlos Veloso, em parecer juntado aos autos da ADI 3239, que defendeu a impossibilidade de invocação da Convenção 169 como fundamento de validade do Decreto 4887/2003, citando doutrina de Canotilho que prescreve o princípio da proibição de pré-efeitos dos atos normativos:

(...) os actos legislativos e outros atos normativos não podem produzir qualquer efeitos jurídicos (pretensão de eficácia) quando não estejam ainda em vigor nos termos constitucional e legalmente prescritos (proibição de pré-efeito das leis e de actos normativos).<sup>241</sup>

---

<sup>240</sup> ADI 1480/DF, Rel. Min Celso de Mello., DJ de 18.05.2001.

<sup>241</sup> CANOTILHO, J.J.Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Almedina, pág. 259, apud VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Parecer sobre a ADI 3239, feito a pedido de Aracruz Celulose S.A. Nos autos do referido processo às folhas 448/494.

Não verificamos também segurança na tese jurídica de que o Decreto 4887/2003 é intermediado pelas leis 9.649/1998 e 7.668/88. Esta constatação decorre da observação que estas leis não foram editadas para regular o artigo 68 do ADCT. Tratam de questões bem diversas, como a criação de uma autarquia (FCP) e a competência de um determinado Ministério, ou seja, são normas voltadas especificamente para distribuição de competências administrativas, que limitam-se a prever, genericamente, os órgãos condutores da regularização quilombola, sem, no entanto, disciplinar ou mesmo fazer menção ao artigo 68 do ADCT.

Seria, portanto, o caso de uma chamada delegação disfarçada, pois é a lei que deve criar os direitos e as obrigações, cabendo ao Decreto somente especificá-las, o que não é o caso. Neste sentido Celso Antônio Bandeira de Melo:

A lei que limitar-se a pretender (transferir) ao executivo o poder de ditar, por si, as condições ou meios que permitem restringir um direito configura delegação disfarçada, inconstitucional. É que “as funções de cada poder são indelegáveis, à exceção da previsão constitucional de que trata o artigo 68 da Constituição”.<sup>242</sup>

Apesar do afastamento de Convenção 169 da OIT e das leis 9.649/1998 e 7.668/88 como intermediadoras entre o artigo 68 do ADCT e o Decreto 4887/2003, os argumentos pela constitucionalidade formal deste ato normativo são convincentes e sólidos quando tratam a questão sob a ótica das normas de direitos fundamentais. Com efeito, consoante foi exaustivamente explanado no capítulo anterior deste trabalho, verifica-se afirmativamente, após longo processo evolutivo, a perfeita interface da norma do artigo 68 do ADCT com os direitos fundamentais.

A constatação de que o artigo 68 do ADCT encerra verdadeira norma de direito fundamental resulta em conseqüências hermenêuticas relevantes, das quais uma das mais importantes é exatamente

---

<sup>242</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, Malheiros, 18.<sup>a</sup> edição., 2005, págs. 328-329.

a aplicabilidade imediata do dispositivo, na esteira inconteste do artigo 5.º, § 1.º da CF/88.

Ademais, os precedentes do Supremo Tribunal Federal sob a possibilidade de decreto regulamentar diretamente dispositivo constitucional são contundentes, especialmente se estamos no campo das normas definidoras de direitos fundamentais. Neste ponto, a nossa Suprema Corte alinha-se aos novos paradigmas do Constitucionalismo em que a Constituição passa a desempenhar papel relevante. O intérprete hoje deve procurar, em cada caso, extrair a força normativa máxima possível da Constituição, não permitindo que seus comandos percam efetividade em razão da inexistência de prévia regulamentação pela via legislativa formal.

Neste contexto, e com o apoio das teses já desenvolvidas, conclui-se que, de inconstitucionalidade formal o Decreto 4887/2003 não padece. Aliás, entendimento em contrário iria de encontro a todo um longo escorço argumentativo já desenvolvido no presente trabalho, donde se conclui que, caso o entendimento do STF seja em sentido contrário, representaria, a nosso sentir, um retrocesso em relação ao atual estágio da proteção das minorias via jurisdição constitucional.

No entanto, ainda que se conclua pela inconstitucionalidade formal do Decreto 4887/2003, não podemos afirmar que a regulamentação do artigo 68 do ADCT por Decreto Presidencial tenha sido a opção política mais acertada.

Compreende-se que a discussão sobre a eventual inconstitucionalidade do Decreto 4887/2003, em razão de ser ou não regulamento autônomo, é eminentemente jurídica, sendo mais consistente, neste aspecto, a tese pela validade da norma (inclusive pelos precedentes do próprio STF). No entanto, o que observamos neste trabalho, e entendemos ser esta constatação digna de destaque, é que esta discussão, derredor de revelar

preocupações jurídicas legítimas, em verdade tem servido ao discurso puramente ideológico dos grupos políticos envolvidos com a questão.

Com efeito, a preocupação sobre eventual inconstitucionalidade do Decreto que regulamenta o artigo 68 do ADCT, sob o argumento de invadir esfera reservada a edição de lei em sentido formal, vem sendo utilizado pelas orientações ideológicas ao sabor do Decreto de plantão.

Quando o Decreto 3912/01 foi publicado, tratando a regularização de áreas quilombolas como uma usucapião praticamente impossível em face do prazo de cem anos exigido para a sua configuração, não foram poucas as vezes que se levantaram argüindo a sua inconstitucionalidade. Entre os argumentos abordados estava exatamente o fato de regulamentar diretamente dispositivo constitucional, numa inconstitucionalidade tida como formal, como assinalou Deborah Duprat:<sup>243</sup>

Invoca-se, no preâmbulo do decreto, o art. 84, IV, da Constituição Federal, como supostamente atributivo de competência do presidente da república para sua expedição. Sua redação é a seguinte:

“Art.84. Compete privativamente ao presidente da República:

(...)

“IV – sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução”.

Evidencia o dispositivo, em sua literalidade, a inexistência do exercício de poder regulamentar sem fundamento numa lei prévia.

Quando o Decreto 3912/01 foi revogado e substituído pelo Decreto 4887/2003, desta feita com uma concepção completamente diferente da questão, vinculada diretamente à pauta e aos anseios dos movimentos sociais e dos antropólogos, os mesmos doutrinadores passaram a defender a

---

<sup>243</sup> PEREIRA, Deborah Macedo Duprat de Brito. *Breves Considerações sobre o Decreto nº 3.912/01* in: O' DWYER, 2001, ob. cit. pág.281-289.

sua plena constitucionalidade formal, em razão de tratar-se de norma de direito fundamental.<sup>244</sup>

Por outro lado, grupos que silenciaram quando o Decreto 3912/01 foi publicado, insurgiram-se contra o Decreto 4887/2003 propondo inclusive a já citada ADI 3239-6/DF, que questiona a constitucionalidade deste decreto por, entre outros argumentos, regulamentar diretamente dispositivo constitucional.<sup>245</sup>

Em resumo, a discussão sobre a inconstitucionalidade do Decreto 4887/03, por supostamente ser decreto autônomo fora dos casos previstos na Constituição, tem sido prejudicada em razão de um processo típico de politização do discurso, situação que, aliás, vem acompanhado a trajetória da regularização quilombola desde que a Constituição foi promulgada com o artigo 68 do ADCT.

As evidências desta politização são marcantes. A discussão quase interminável sobre qual órgão do governo deveria conduzir a questão, a edição de dois decretos diametralmente opostos em menos de três anos (coincidindo a alteração com a mudança de governo), o veto ao projeto de lei aprovado no Congresso Nacional em 2002 e a exigência, mais recente, de retirada da questão quilombola como condição para a aprovação do anteprojeto do Estatuto da Igualdade Racial, numa manobra comandada exatamente pelo mesmo partido que aviou a ADI 3239/DF.

O mesmo grupo político que editou o Decreto 3912/01 agora patrocina o Projeto de Decreto Legislativo 44/2007, o que demonstra que a “verdadeira” objeção do referido projeto é em relação às garantias dos direitos quilombolas, e não à regulação pelo executivo de norma constitucional.

---

<sup>244</sup> Palestra: *Direitos das comunidades remanescentes de quilombos*. Proferida no Seminário INCRA 40 anos: Reforma Agrária Direito e Justiça. Auditório do Tribunal Regional Federal da 5.<sup>a</sup> Região, 16.10.2009.

<sup>245</sup> A ADI foi proposta em 2004 pelo DEM, que, à época do Decreto 3912/01 era integrante do governo federal.

A questão quilombola, na realidade, tem permanecido numa situação de total falta de consenso entre as forças políticas, posto que estes grupos cuidaram de adotar, ao talante das suas visões de Estado, uma das interpretações possíveis para o termo comunidade remanescente de quilombos que vimos no primeiro capítulo desde trabalho.

Os debates em torno da ADI 3239 revelam que, para além dos argumentos informados pelas posições político-ideológicas dos atores e por concepções de direitos, as posições seriam determinadas pelos interesses em jogo. Assim, um curioso debate toma forma, por exemplo, na questão da desapropriação. É que o movimento quilombola, por um cálculo pragmático, tendo em vista a perspectiva de arrefecer os conflitos com proprietários nas áreas em litígio, se articula a outros atores, como o Ministério Público, para garantir, no decreto presidencial, o direito à desapropriação em casos de títulos válidos superpostos ao território.<sup>246</sup>

Em contrapartida, o texto da ADI manifesta a estratégia do Democratas para derrubar o Decreto promulgado pelo Presidente Lula, opondo-se à desapropriação sob o argumento de, a exemplo dos direitos indígenas, tratar-se o direito quilombola ao território de direito originário, invertendo-se, entre os atores, posições que são entendidas no senso comum político como mais à direita (o primeiro) ou mais à esquerda (o segundo).<sup>247</sup>

Em outra observação, verificamos que o conceito historicista clássico de agrupamento de escravos fugidos parece comportar aos grupos

---

<sup>246</sup> Reiteramos que vamos tratar do assunto de forma mais aprofundada em tópico posterior.

<sup>247</sup> FIGUEIREDO, André Luiz Videira de. *O “Caminho Quilombola”: Interpretação constitucional e reconhecimento de direitos étnicos*. Tese de Doutorado em sociologia apresentada ao Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro. Orientador Professor Luiz Jorge Werneck Viana. Rio de Janeiro, abril de 2008.

tidos de “direita”, enquanto o conceito mais abrangente de comunidades negras rurais reflete pensamento tido como de “esquerda”.

Na realidade, o palco de todo este debate não deveria ser a edição de Decretos pelo Presidente “de plantão”. A questão quilombola é por demais importante. Trata-se de uma reparação histórica, e o Decreto Presidencial, por mais bem intencionado que seja, é ato normativo precário, porque submetido a vontade exclusiva e singular do Presidente.

A correlação destas forças, que é legítima no Estado Democrático de Direito, deveria atuar e fazer valer suas posições no parlamento, com a edição de lei formal em caráter definitivo, como inclusive chegou a ser feito. Neste sentido, lamenta-se um veto presidencial inoportuno e que poderia ter sido derrubado, porquanto fundamentado em uma justificativa completamente desarrazoada, que era a própria existência de um Decreto Presidencial sobre a questão.

Os procedimentos de regularização de terras quilombolas têm-se revelado complexos e demorados. Existe a necessidade de confecção de laudos antropológicos, da análise de títulos de domínio sobrepostos à área, pesquisas históricas, publicação de editais, recebimento de impugnações e recursos que garantem o contraditório e a ampla defesa, ou seja, toda uma cadeia de procedimentos que pode ultrapassar, perfeitamente, o tempo de uma eventual mudança no comando do Poder Executivo.

Imaginemos então, por exemplo, o que aconteceria com vários processos abertos e atualmente em curso se o Decreto 4887/2003 vier a ser revogado em janeiro de 2011, quando é perfeitamente possível a mudança de orientação no executivo federal.

É certo que o artigo 68 do ADCT necessita de regulamentação, por ser demais sintético. O próprio Poder Executivo

reconhece que o preceito constitucional exige normatização ulterior para sua aplicabilidade, tanto que, enquanto esta regulamentação não existiu simplesmente não foi observada qualquer efetividade da questão.

No entanto, à parte a questão jurídica formal, é coerente que esta regulamentação não ocorra por ato normativo precário, ainda que não exista inconstitucionalidade formal nisto e mesmo considerando os acertos das opções efetuadas no referido Decreto.

Esta constatação decorrente do fato de que a insegurança e as reviravoltas provocadas pela normatização via Decreto Presidencial acabam por gerar o pior dos mundos, que é o risco de falta de efetividade de tão importante política pública em razão das falta de segurança do marco regulatório adotado.

Por enquanto, diante da falta de ação e da paralisia do legislativo<sup>248</sup>, o grande embate das forças e das concepções sobre a questão quilombola acabará ocorrendo, como tem acontecido atualmente, no foro da Suprema Corte, quando do julgamento da ADI 3239.

Neste sentido anote-se a participação na referida ação de 13 *amici curiae* e o pedido de audiências públicas antes do julgamento<sup>249</sup>. Mas tudo isto somente ocorrerá se, até a data do julgamento, o Decreto 4887/2003 ainda existir.

---

<sup>248</sup> Reitere-se que existe projeto de lei tramitando em estágio avançado, no âmbito do Parlamento, que regulamente a questão, no caso é o Estatuto da Igualdade Racial, que, entre outros assuntos, dedica um capítulo às comunidades remanescentes de quilombos.

<sup>249</sup> É interessante observar como a questão divide concepções distintas. O Estado do Pará pediu o seu ingresso como *amicus curiae* defendendo a plena constitucionalidade do Decreto, enquanto que o Estado de Santa Catarina o fez de forma diametralmente oposta, ou seja, dois Estados-membros com concepções completamente opostas. Na realidade, por trás destas manifestações, estão evidentemente os titulares momentâneos do poder político local.



#### 4.3.2 – O critério de auto-definição.

Importante e polêmica opção feita pelo Decreto 4887/2003, esta em consonância com tratados e convenções internacionais sobre comunidades tradicionais da qual o país é signatário<sup>250</sup>, é a adoção do critério de auto-definição<sup>251</sup> para o reconhecimento das comunidades remanescentes de quilombos.

Albergado por este critério, o Decreto 4887/2003 esclarece que os próprios moradores da área, reconhecendo sua condição de remanescente dos quilombos, constituam associação para inscrição no Cadastro Geral das comunidades remanescentes de quilombos, mantida junto à Fundação Cultural Palmares, a quem compete expedir a certidão de reconhecimento.<sup>252</sup>

O critério causa controvérsias pelo receio que a maioria tem de entregar, aos próprios interessados, a definição da sua condição de eventuais beneficiários dos territórios. De acordo com a ADI 3239, submeter a qualificação constitucional a uma declaração do próprio interessado nas terras importa em perigosíssima possibilidade de fraudes, com a real possibilidade de reconhecimento de direitos a pessoas não beneficiadas pelo artigo 68 do ADCT, originando uma espécie de “indústria quilombola”.

Os argumentos, no entanto, não encontram o respaldo das ciências afins que auxiliam o Direito na temática dos quilombos, isto porque o critério da auto-atribuição é considerado pela Antropologia, assim como pela Psicologia, como o parâmetro elementar para a auto-afirmação de um povo, e, da mesma forma é critério primordial para a identificação das comunidades

---

<sup>250</sup> Especialmente as Convenções n.º 107 e 169 da OIT.

<sup>251</sup> Artigo 2.º, § 1º Para os fins deste Decreto, a caracterização dos remanescentes das comunidades dos quilombos será atestada mediante autodefinição da própria comunidade.

<sup>252</sup> Art. 3.º, § 4.º

quilombolas, porque é elemento definidor da condição de qualquer grupo étnico.<sup>253</sup>

Para Alfredo Wagner Berno de Almeida, a inexistência da auto-definição implicaria uma visão externa sobre a própria comunidade, ou seja, estar-se-ia impondo, mais uma vez, a concepção cultural hegemônica do Estado sobre os grupos minoritários, na medida em que seria a maioria que decidiria quem é a minoria, o que na prática é somente a continuidade da dominação. Ademais, segundo o antropólogo, somente a comunidade tem condições de avaliar a construção social do grupo enquanto categoria específica<sup>254</sup>:

O recurso de método mais essencial, que suponho deva ser o fundamento da ruptura com a antiga definição de quilombo, refere-se às representações e práticas dos próprios agentes sociais que viveram e construíram tais situações em meio a antagonismos e violências extremas...

(...)

Os procedimentos de classificação que interessam são aqueles construídos pelos próprios sujeitos a partir dos próprios conflitos, e não necessariamente aqueles que são produtos de classificações externas, muitas vezes estigmatizantes.

Isso é básico na consecução da atividade coletiva e das categorias sobre as quais ela se apóia.

Com esta mesma orientação segue o estudo realizado pela Sociedade Brasileira de Direito Público<sup>255</sup>:

(..) o critério a ser seguido na identificação dos remanescentes das comunidades quilombolas em si é também o da 'autodefinição dos agentes sociais', Ou seja, para que se verifique se certa comunidade é de fato quilombola, é preciso que se analise a construção social inerente àquele grupo, de que forma os agentes

---

<sup>253</sup> Os grupos indígenas também são reconhecidos por auto-definição.

<sup>254</sup> ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. *Os quilombos e as novas etnias*. In: O'DWYER, Eliane Cantarino (org.). *Quilombos: identidade étnica e territorialidade*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2002, p. 67-68.

<sup>255</sup> SUNDFELD, Carlos Ari (org). *Comunidades Quilombolas: Direito a Terra*. Brasília: Fundação Cultural Palmares, 2001.

sociais se percebem, de que forma almejavam a construção da categoria a que julgam pertencer.

Tal construção é mais eficiente e compatível com a realidade das comunidades quilombolas do que a simples imposição de critérios temporais ou outros que remontem ao conceito colonial de quilombo.

Os posicionamentos vão ao encontro da definição moderna de comunidades quilombolas enquanto minoria étnica, e também estão em consonância com as conclusões deste trabalho em capítulos anteriores. Trata-se de um critério valioso porque parte da premissa correta de que, na definição da identidade étnica, é fundamental considerar as percepções dos próprios sujeitos objeto da identificação, sob pena de cancelarmos leituras etnocêntricas, oriundas de observadores externos com outras culturas, com uma visão muitas vezes carregada de preconceitos.

A auto-definição também atua dentro do prisma da dignidade da pessoa humana, como pontua Daniel Sarmiento:<sup>256</sup>

A idéia básica, que pode ser reconduzida ao próprio princípio da dignidade da pessoa humana, é de que na definição da identidade, não há como ignorar a visão que o próprio sujeito de direito tem de si, sob pena de se perpetrarem sérias arbitrariedades e violências, concretas ou simbólicas.

A questão ganha contornos definitivos quando se constata que o critério de auto-definição está em consonância com a Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho OIT, ratificada pelo Congresso Nacional, através do Decreto Legislativo n. 143, de 20 de junho de 2002. Em seu artigo 1.º, alínea “b” 2, a Convenção é explícita:

A consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos que se aplicam as disposições da presente convenção.

---

<sup>256</sup> SARMENTO, Daniel. *Territórios Quilombolas e Constituição: A ADI 3.239 e a Constitucionalidade do Decreto 4.887/03*. <[http://ccr6.pgr.mpf.gov.br/documentos-e-publicacoes/docs\\_artigos/Territorios\\_Quilombolas\\_e\\_Constituicao\\_Dr.\\_Daniel\\_Sarmiento.pdf](http://ccr6.pgr.mpf.gov.br/documentos-e-publicacoes/docs_artigos/Territorios_Quilombolas_e_Constituicao_Dr._Daniel_Sarmiento.pdf)> Acesso em 30.03.2010

O já citado parecer da Procuradoria Geral da República na ADI 3239/DF é pela improcedência do questionamento sobre a auto-definição, tendo em vista que o critério seria adequado pela sua aceitação no âmbito da antropologia. Neste sentido:

Critério de auto-atribuição para identificação das comunidades quilombolas e das terras a elas pertencentes. Estudos antropológicos atestam a adequação deste critério. Parecer pela improcedência da ação.<sup>257</sup>

O risco de abusos ou generalizações exageradas na titulação de terras, que tanto atemoriza alguns setores da sociedade, inclusive da mídia<sup>258</sup>, em verdade não resiste à constatação de que a auto-definição prevista no Decreto 4887/2003 é apenas uma das partes a serem atendidas de um processo bastante complexo, que exige trabalhos de diversos campos do conhecimento, sejam eles, antropológicos, sociológicos, arqueológicos e do próprio direito.

A auto-definição é colocada como uma das fases necessárias para aquisição do direito a propriedade. Na realidade poderíamos dizer tratar-se de ponto de partida, tendo um caráter meramente informativo do que se vai buscar provar. Portanto, a auto-definição não é uma ameaça a segurança jurídica, mas surge da tentativa de permitir ao poder público, com auxílio da própria comunidade, a proteção do patrimônio cultural. Podemos entender, portanto, a auto-definição como um auxílio da própria comunidade no processo de reconhecimento das terras quilombolas

---

<sup>257</sup> Parecer 3333/04- ADI 3239.

<sup>258</sup> As reportagens televisivas e de revistas semanais sobre a temática quilombola adotam, em sua maioria, um tom de críticas às comunidades remanescentes de quilombos, especialmente através da Rede Globo de Televisão e da Revista Veja. Para um maior aprofundamento, é interessante observar o capítulo intitulado: *A retórica da reação: a questão quilombola na imprensa brasileira*, constante da tese de doutorado de André Luiz Videira de Figueiredo denominada. *O Caminho Quilombola: Interpretação constitucional e reconhecimento de direitos étnicos*. Tese de Doutorado em sociologia apresentada ao Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro. Orientador Professor Luiz Jorge Werneck Viana. Rio de Janeiro, abril de 2008.

A auto-definição, no entanto, não é o único critério adotado pelo Decreto 4887/2003. Com efeito, o referido ato normativo também exige do grupo uma trajetória histórica própria e uma relação específica com o território ocupado, com ancestralidade negra vinculada à opressão e resistência cultural. Estes elementos constituem exigências a serem aferidas através de laudos antropológicos e pesquisas históricas, o que minimiza o risco de fraudes.

O Acórdão 2835/2009<sup>259</sup>, do Tribunal de Contas da União, foi produzido em razão de uma matéria veiculada na imprensa sobre a possível fraude na regularização da comunidade quilombola da Ilha de Marambaia<sup>260</sup>. Sem embargo de discordâncias das conclusões deste documento em outros pontos, reconhecemos que, pertinente à questão da auto-definição, as conclusões do TCU foram felizes, ao pontuar:

A auto-definição deve, em nosso entender, ser a ação inicial que deflagre o processo, o qual, posteriormente, deve ter os passos técnicos, jurídicos e administrativos cabíveis para atestar a real condição de beneficiários a tal direito, quais sejam o do reconhecimento de ocupação, permanência e outras condições de pré-requisitos para a possível titulação de terras.”

Evidente que o risco de abuso nunca vai desaparecer, tendo em vista que os relatórios e laudos antropológicos podem mascarar dados, no entanto este é um risco geral de toda e qualquer atividade humana, não justificando qualquer modificação do critério de auto-definição.

#### **4.3. 3 – A opção pela desapropriação**

No processo histórico de criação das comunidades negras rurais as terras ocupadas pelos ex-escravos, tanto antes quanto após a abolição, eram em sua maioria devolutas ou áreas isoladas. A enorme abundância de áreas livres no Brasil até o final do séc. XIX não dificultava esta

---

<sup>259</sup> Disponível em <[www.tcu.gov.br/acórdãos](http://www.tcu.gov.br/acórdãos)>

<sup>260</sup> Trata-se de uma titulação extremamente complexa, por envolver sobreposição com área da Marinha do Brasil.

posse em terras livres de domínio particular. Contudo, é possível reconhecer que várias destas comunidades foram criadas em áreas que posteriormente foram, de uma forma ou de outra, tituladas a particulares.

Isto se explica por vários fatores. No primeiro capítulo já esclarecemos como a Lei de Terras de 1851, ao permitir a aquisição da propriedade somente por compra, foi crucial para tolher durante largo período de tempo qualquer possibilidade das comunidades quilombolas conseguirem titulação sobre as áreas ocupadas, ocupações que até 13 de maio de 1888 eram consideradas ilegais.

Some-se a isso a pouca organização e segurança existentes no sistema cartorial brasileiro antes do advento da lei 6.015/73, ou ainda pela simples negligência das autoridades em reconhecer a existência destas comunidades negras na posse das terras, o que era típico de uma sociedade da primeira metade do século XX que tinha um direito de cunho eminentemente patrimonialista, sem qualquer apego às demandas sociais, onde propriedade de terras era privilégio de poucos.

Na realidade, é impossível desconsiderar que estamos falando de um século de absoluto silêncio normativo sobre comunidades remanescentes de quilombos. Seria absurdo imaginar que os negócios imobiliários com as terras eventualmente sobrepostas ou marginais às comunidades negras rurais tivessem ficado, à semelhança da legislação, “congelados” durante tanto tempo. A expansão populacional e agrícola brasileira no século XX foi extraordinária, não sendo mais possível a existência de áreas ermas ou isoladas.<sup>261</sup>

---

<sup>261</sup> Durante o século XX o país teve sua população aumentada em quase dez vezes. De 17.438.434 pessoas em 1900, atingiu em 1999, segundo projeções do IBGE, a cifra de 163.947.500 habitantes.

O absoluto silêncio normativo sobre as comunidades quilombolas ao longo de todo o período pós-abolição e a conseqüente falta de proteção jurídica às posses destas comunidades neste extenso lapso temporal é fator importante da existência de muitos territórios sobrepostos como títulos privados<sup>262</sup>. Esta constatação ganha mais força quando é feita uma pequena comparação, por exemplo, com a questão indígena.

Com efeito, a Constituição de 1988 reserva aos indígenas “direitos originários sobre as terras tradicionalmente ocupadas”<sup>263</sup>. A doutrina sempre se orientou no sentido de que isto constituía a constitucionalização da posse *indigenata*, entendida esta como a velha tradição de reservar as terras indígenas das concessões que eram feitas a particulares, como explica José Afonso da Silva<sup>264</sup>:

Os dispositivos constitucionais sobre a relação dos índios com suas terras e o reconhecimento dos seus direitos originários sobre elas nada mais fizeram do que consagrar e consolidar o *indigenato*, velha e tradicional instituição jurídica luso-brasileira que deita suas raízes já nos primeiros tempos da Colônia, quando o Alvará de 1.º de abril de 1680, confirmado pela Lei de 6 de junho de 1755, firmara o princípio de que, nas terras outorgadas a particulares, seria *sempre* reservado o *direito dos índios, primários e naturais senhores delas*.

Portanto, observa-se que diferentemente dos quilombolas, os indígenas, desde a colônia, já gozavam de proteção jurídica das suas posses. Nas comunidades quilombolas, ao contrário do *indigenato*, o que vigorava era a premissa de repressão à resistência negra, e nunca se cuidou de reservar terras às estas comunidades, não sendo espantoso que várias delas tenham sido tituladas a particulares.

---

<sup>262</sup> Exemplo é a comunidade quilombola de Preto Forro, em Cabo Frio-RJ e Invernada dos Negros, em Santa Catarina.

<sup>263</sup> Art. 231, “caput”.

<sup>264</sup> SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 13.ª edição, São Paulo, Malheiros, 1997.

Por isso é que, no atual quadro da localização geográfica das comunidades remanescentes de quilombos, várias delas estão inseridas em áreas que ao longo do último século foram regularmente registradas em nome de particulares, muitas delas com vários anos, até mesmo décadas de legítima titulação de domínio, vislumbrando-se de pronto o surgimento de um dos principais conflitos na temática quilombola, que é a necessidade de conciliar o direito de propriedade finalmente reconhecido para estas comunidades e o direito patrimonial dos proprietários de terras que eventualmente estiverem sobrepostas ao território quilombola, frutos, como observamos, de um século de negócios imobiliários realizados de acordo com as leis civis do país.

A pluralidade de situações que envolvem a propriedade coletiva destas comunidades, associada aos efeitos do sistema de aquisição de terras brasileiro durante muito tempo unicamente mediante compra, bem como a informalidade das posses quilombolas (ou desconhecimento ou dificuldade de regularização) e mesmo o desaparecimento de qualquer referência a quilombos na legislação por praticamente um século acarretam, por óbvio, situações de propriedade anterior legítima que não podem ser desconsideradas.

Ainda neste aspecto, também contribui para este quadro de sobreposição entre áreas quilombolas e particulares o caráter amplo que o Decreto 4887/2003 estende aos territórios quilombolas, que é definido como toda a área necessária ao pleno desenvolvimento físico, social, cultural e econômico da comunidade<sup>265</sup>, alargando os limites das comunidades e resultando em “choques” com propriedades particulares.

Este conflito tornou-se um dos grandes problemas a ser enfrentado na implementação do artigo 68 do ADCT. Enquanto questões como regulamento autônomo e auto-definição estão relacionados com discussões

---

<sup>265</sup> Artigo 2.º, § 2.º



jurídicas ou antropológicas, a possibilidade de perda da propriedade privada para efetivação de uma política voltada para uma minoria enfrenta interesses econômicos poderosos, direitos de terceiros e um outro direito também fundamental, que é a propriedade.

Nos debates do processo constituinte esta discussão não foi travada. Partia-se da premissa que as comunidades eram poucas e estavam localizadas em regiões remotas, sem maiores percalços na titulação. Sem uma avaliação mais precisa na época dos debates, vários constituintes acharam tratar-se de algumas poucas áreas, em sua maioria situadas em terras devolutas ou que já haviam completado os requisitos para uma eventual prescrição aquisitiva. Seria um problema para ser resolvido em alguns anos, típico de disposição transitória.

Com a abertura interpretativa do conceito de remanescentes de quilombos, o problema passou a ser uma realidade. O movimento negro, especialmente o vinculado a entidades camponesas do Maranhão e do Pará, não desconheciam a questão, muito embora na época ainda não existisse um amadurecimento sobre o modo de equacionar esta problemática.

Na primeira normatização da questão, através da Portaria INCRA 307/95, o Estado não quis ou não pôde enfrentar o problema, preferindo ignorá-lo. Limitando a titulação somente a terras públicas, este normativo evitou qualquer embate com eventuais particulares proprietários. Regularizando apenas terras da União ou já previamente desapropriadas para reforma agrária, o que o INCRA fazia era mera transferência de patrimônio imobiliário público para as comunidades quilombolas, tanto que nenhuma oposição foi verificada às regularizações da época.

O Decreto 3912/01 encarou a questão sob um prisma preocupante. Foi determinado à Fundação Cultural Palmares que verificasse a existência de títulos de propriedade sobrepostos às áreas demarcadas, mas

estes seriam simplesmente ignorados e a FCP deveria providenciar o registro do território demarcado no cartório de registro de imóveis competente, simplesmente desconsiderando os registros anteriores.

Entedia-se que o próprio constituinte já teria realizado a transferência da propriedade para as comunidades quilombolas, não cabendo, portanto, qualquer outra providência ao Estado senão simplesmente declarar e registrar esta propriedade, independente de qualquer título anterior existente.

Esta solução gerou situações traumáticas. Entre 2001 e 2003 a FCP delimitou áreas quilombolas e emitiu títulos de propriedade. Porém, quando estes títulos eram levados a registro cartorário, os tabeliões verificavam sobreposição com títulos já existentes e simplesmente se negavam a proceder ao registro, suscitando dúvida que normalmente é conduzida nas varas de registros públicos.<sup>266</sup>

Por outro lado, os proprietários somente tomavam conhecimento de que as suas terras estavam tituladas a comunidades quilombolas pelo aviso cartorário, tendo em vista que o Decreto 3912/01 sequer determinava a sua intimação na fase administrativa. Com isso, várias titulações resultaram em conflitos fundiários exacerbados, com profusão de ações judiciais e o recurso até mesmo a violência física.<sup>267</sup> As contestações judiciais dos proprietários, em sua grande maioria, foram exitosas, porque neste aspecto o judiciário entendeu que estava havendo verdadeiro “confisco” de propriedade privada, no que não se pode inculcar como sendo uma visão conservadora do Judiciário, tendo em vista que a situação realmente não possuía base na Constituição.

Por esta razão, os próprios movimentos sociais constataram que nenhuma política que negasse eventual indenização aos particulares

---

<sup>266</sup> Artigo 198, Lei 6.015/73.

<sup>267</sup> Exemplo de forte conflito é o da comunidade de Linharinho – ES.

conseguiria ser efetivada. Tornava-se necessária a introdução de algum mecanismo de indenização como forma de garantir a efetividade das regularizações. Esta necessidade de indenização, no entanto, trouxe novo e importante elemento na já complexa problemática dos quilombos, que é o dispêndio de recursos públicos em mais uma política pública estatal, o que envolve escolhas políticas do Estado sobre que demandas priorizar no quadro permanente de escassez financeira.

O grupo vinculado às idéias mais liberais, compost em sua maioria por políticos e economistas identificados com o controle dos gastos públicos, e que já verificavam com desconfiança as novas balizas de interpretação das comunidades quilombolas, ganharia grande reforço, porque agora, além de abalo ao direito de propriedade, estava-se diante de gastos a serem suportados pelo erário público, principalmente o federal, que é, senão o único, o grande responsável por conduzir a questão quilombola.

O esforço argumentativo e doutrinário para defender a desapropriação não tardou, contudo, a aparecer. Defendeu-se, sobre este problema da superposição de áreas remanescentes de quilombos com terras particulares legitimamente tituladas, que a questão deveria ser analisada fazendo-se uma abordagem sistemática da Constituição, em conjugação com as normas vigentes de Direito Administrativo que regulam a intervenção do Estado na propriedade, especialmente diante da necessidade de compatibilizar a efetivação do comando previsto no artigo 68 do ADCT com o respeito aos princípios constitucionais da propriedade privada, da proporcionalidade e do devido processo legal.

A questão deveria ser equacionada, portanto, com a seguinte constatação: O estado brasileiro deveria, nos anos seguintes à abolição da escravatura, ter doado largas porções de terras devolutas aos ex-escravos, para que pudessem dignamente viver, se possível, inclusive, garantido meios para que estas comunidades pudessem efetivamente cultivar a

terra. Não o fez, e no rastro deste descaso, ao longo de cem anos tivemos toda sorte de negócios imobiliários de terras, com sucessivas compras e vendas, realizadas segundo as leis do país, contudo ignorando solenemente, em muitos casos, a presença de ex-escravos e seus descendentes na área negociada.

Hoje o estado social procura resgatar esta dívida, por representar, mais que um simples pagamento ou reparação pecuniária, a verdadeira efetivação de um direito fundamental de um grupo historicamente oprimido de nossa sociedade. Contudo, ficou a necessidade de decidir o que fazer com os títulos de propriedade regularmente criados, tendo em vista a proteção à propriedade privada e a vedação ao confisco.

Boa parte da doutrina chegou a conclusão de que a solução mais justa, proporcional, e que melhor acomodaria os interesses constitucionais em conflito seria aquela que, por um lado reconhece a propriedade imediata das comunidades quilombolas, mas, por outro lado, preservasse aos antigos proprietários um direito de indenização em razão da perda dos seus bens<sup>268</sup>.

Esta indenização somente poderia ser suportada pelo Estado, tendo em vista que isto reparte entre toda a sociedade, e não apenas aos proprietários destas terras, o ônus de financiar os custos da implementação do artigo 68 do ADCT, pois é do interesse de todos a preservação da cultura quilombola e a manutenção da pluralidade étnica e cultural que ela representa.

O direito dos remanescentes de quilombos aos seus territórios não é, como já observamos, um simples direito patrimonial, sendo condição necessária para a preservação de uma identidade étnica e garantia da dignidade humana de cada membro do grupo. No outro lado da balança, importa reconhecer que o direito de propriedade privada é também um direito

---

<sup>268</sup> Neste sentido: Duprat, Sarmiento, Carlos Sundfeld, Rothemburg, dentre outros.

fundamental<sup>269</sup>, configurando princípio essencial da ordem econômica capitalista.

No estado social, no entanto, a propriedade não tem mais o caráter absoluto que desfrutava no período constitucional do liberalismo-burguês. A relativização da propriedade é admitida em proveito da proteção de outros bens jurídicos essenciais, como o interesse e a utilidade pública. Neste sentido muitas constituições, e entre elas a brasileira, passaram a exigir, como condição do direito de propriedade, o cumprimento da sua função social.<sup>270</sup> Sendo assim, é salutar reconhecer que a função social de propriedade ocupada por comunidade quilombola é servir de território para o grupo étnico, permitindo a continuidade e reprodução da sua cultura.<sup>271</sup>

Na escala de valores da Constituição a regularização quilombola tem, *a priori*, peso superior ao direito de propriedade particular, o que pode ser constado de sua ligação com o princípio *mater* da dignidade da pessoa humana<sup>272</sup>, contudo isto não significa que a se possa simplesmente ignorar a propriedade particular.<sup>273</sup>

Reconhecendo o conflito entre direitos fundamentais, a solução passaria então pela ponderação, porquanto importante característica atribuída aos direitos fundamentais é a relatividade, ou seja, a possibilidade de relativização de sua aplicação quando em colisão com outros direitos. Neste sentido, é inevitável reconhecer também a proteção à propriedade privada

---

<sup>269</sup> Art. 5., XXII, CF/88.

<sup>270</sup> Art. 5.º XXIII

<sup>271</sup> SARMENTO, Territórios quilombolas e ... ob. cit.

<sup>272</sup> Conf. Cap 03.

<sup>273</sup> Imaginemos, por exemplo, uma comunidade quilombola sobreposta às terras de um minifúndio onde se pratica agricultura familiar. Desalojar esta família da área, com certeza, é também um atentado a dignidade destes pequenos agricultores, que não teriam como viver. A justa indenização entra como forma de evitar esta possível indignação, na medida em que o preço pago deve-se supor suficiente para a aquisição de área semelhante. Existiria o incômodo grave da mudança de território, mas a relação desta família com a terra possui caráter distinto dos quilombolas, para quem o território é o lugar e é também a comunidade.

como uma garantia constitucional, prevalecendo, contudo, a força e a eficácia do direito fundamental quilombola, donde se conclui que a regularização efetivamente deve ocorrer, somente restando definir como e de que forma, pois relativizar o direito implica apenas em redefinir sua forma de efetivação e não em negar a sua vigência.

A colisão entre direitos fundamentais e a ponderação como forma de superação deste conflito é tema que tem sido intensamente discutido dentro do moderno constitucionalismo.<sup>274</sup> Alexy, por exemplo, concentra seus estudos em torno dos direitos fundamentais a partir da colisão entre eles, afirmando que o exercício da ponderação, entendida esta como método de aplicar normas-princípios, é caminho para a superação dos conflitos. Isto porque, como já visto, para o jurista alemão as normas de direito fundamental possuem caráter de princípios, que *ordenam que algo seja realizado na maior medida, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes, ou seja, são comandos de otimização*. Ainda segundo Alexy, da visão dos princípios como comandos de otimização decorre uma estrutura da ponderação, que se expressa pelos subprincípios da proporcionalidade (necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito)<sup>275</sup>.

No que respeita aos três subprincípios da proporcionalidade citados por Alexy, ensina Luís Roberto Barroso:<sup>276</sup>

a) da adequação, que exige que as medidas adotadas se mostrem aptas para atingir os objetivos pretendidos; (b) da necessidade ou

---

<sup>274</sup> Neste sentido destacamos a obra, já referida no tema, de Paulo Gustavo Gonet Branco: *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*. Ed. Saraiva, São Paulo, 2009. Embora o tema seja palpitante, é fundamental esclarecer que ele não constitui objeto primordial deste trabalho, por esta razão justifica-se o pouco aprofundamento na questão.

<sup>275</sup> Cf. Teoria dos direitos fundamentais, apud BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação*, ob. cit. págs. 167 e 171. Neste sentido também BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. São Paulo, Saraiva, 1996, pág. 209.

<sup>276</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. São Paulo, Saraiva, 1996, pág. 209.

exigibilidade, que impõe a verificação da inexistência de meio menos gravoso para o atingimento dos fins visados; e da (c) proporcionalidade em sentido estrito fins, que é a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se é justificável a interferência na esfera dos direitos do cidadão.

Em relação a questão quilombola, a solução pela indenização dos títulos particulares sobre a área revela-se adequado aos fins que se propõe porque retira o obstáculo à continuidade e manutenção da terra quilombola, é necessária e exigível porque não existe medida mais branda que atinja o objetivo de titulação quilombola (e a indenização nem é medida tão drástica assim), e o ônus imposto ao proprietário é factível diante do benefício de preservação da cultura dos quilombos.

Sendo assim, cuida-se efetivamente de introduzir na equação quilombola à indenização, a ser paga pelo Poder Público, aos proprietários que tenham títulos válidos sobre a área, o que em outras palavras que dizer exatamente o instituto jurídico da desapropriação.

Daniel Sarmiento chegou a defender que não seria necessária a efetiva ação de desapropriação pelo Estado, restando aos proprietários privados que tenham títulos válidos sobre a área a possibilidade do ajuizamento de ações de reparação de danos, à semelhança do que ocorre na desapropriação indireta<sup>277</sup>.

O caso quilombola, contudo, não comporta a saída pela desapropriação indireta, porquanto este instituto pressupõe a invasão do Estado sobre o domínio particular, o que efetivamente não ocorreu, posto que não se pode considerar que os quilombolas sejam uma extensão do Poder Público, e tampouco são invasores. Ademais a desapropriação indireta, como verdadeiro esbulho que é, tem custos ainda maiores, pois sobre a indenização

---

<sup>277</sup> Neste sentido foi o parecer: *A garantia do direito à posse dos remanescentes de quilombos antes da desapropriação*. da 6ª Câmara de Conciliação do MPF - índios e minorias. disponível na Internet em <http://ccr6.mpf.gov.br/institucional/grupos-de-trabalho/quilombos/documentos> acesso em 09.06.2007.

fixada em juízo somam-se juros compensatórios sobre o valor total, haja vista que não houve depósito prévio<sup>278</sup>. O próprio Sarmento, posteriormente, reviu esta posição.<sup>279</sup>

A solução passa mesmo pela desapropriação direta. O Estado possui, já foi dito, dívida histórica com estas comunidades, e o seu descaso ao longo de mais de um século permitiu que particulares legitimamente comprassem terras nas áreas quilombolas. O custo para resolver estes vários anos de negligência serão exatamente as justas indenizações que deverão ser previamente pagas aos proprietários destas terras, pressuposto formal de toda desapropriação, tendo em vista que quilombolas e proprietários rurais não podem ser penalizados pela omissão estatal.

A orientação pela desapropriação, não resta dúvida, é a mais coerente com o nosso ordenamento jurídico. A transferência compulsória das terras, sob o argumento de que a Constituição já teria operado a transferência da propriedade aos quilombolas<sup>280</sup>, efetiva um direito fundamental em detrimento do completo sacrifício de outro, faltando, portanto, necessidade e exigibilidade, ou seja, não atende ao requisito da proporcionalidade, tendo em vista que existe meio menos gravoso para que se atinja o mesmo objetivo. Na solução do problema surge exatamente a desapropriação como uma verdadeira forma de ponderação entre os direitos fundamentais envolvidos, dentro do critério de proporcionalidade.

Consolidada a necessidade de fazer esta ponderação através da desapropriação, foi que o Decreto 4887/03 definiu os procedimentos de titulação das áreas ocupadas por comunidades remanescentes de

---

<sup>278</sup> Na desapropriação direta os juros incidem somente sobre a diferença entre a condenação e 80% da oferta, conforme decidido pelo STF na ADI 2332/DF.

<sup>279</sup> No seu artigo mais recente - Territórios quilombolas e constituição - é feito logo o aviso de que foi defendida solução diferente em escritos passados.

<sup>280</sup> Neste sentido foi o Parecer SAJ n.º 1.490/01, da Casa Civil da Presidência da República e o revogado Decreto 3.912/01.



quilombos, especificando que, em caso de recaírem os territórios em terras particulares devidamente registradas, as mesmas deverão ser desapropriadas pelo Poder Público.<sup>281</sup>

Trata-se da solução do conflito entre direitos fundamentais pela ponderação na própria via legislativa, porque perfeitamente previsível o conflito, sem a necessidade de recurso à ponderação judicial caso a caso, como bem explica Teori Zavascki:<sup>282</sup>

A concordância prática entre direitos fundamentais eventualmente tensionados entre si é obtida mediante regras de conformação oriundas de duas fontes produtoras: há a regra criada pela via da legislação ordinária e há a regra criada pela via judicial direta, no julgamento de casos específicos em conflito. A primeira (solução pela via legislativa) pode ocorrer sempre que forem previsíveis os fenômenos de tensão e de conflito, sempre que for possível intuí-los, à vista do que comumente ocorre no mundo dos fatos. (...) O certo é que (...) qualquer que seja o agente ou a via utilizada, a solução do conflito entre direitos fundamentais, na busca de concordância prática entre eles, opera, necessária e invariavelmente, uma *limitação* de um em benefício do outro.

Preocupa os postulantes da ADI 3239 o fato de que a desapropriação para a regularização das terras dos quilombos foi estabelecida mediante Decreto, e não por lei específica, como seria exigido pelo artigo 5.º XXIV da Constituição. Além disso, argumentam que o tema dos quilombos não se enquadra em qualquer dos casos previstos nas hipóteses de desapropriação contidos na Lei 4.132/64 (que regula a desapropriação por interesse social).

---

<sup>281</sup> Decreto 4887/2003, 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.*

<sup>282</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005 pp. 63/64

Realmente houve certa vacilação na definição específica da desapropriação quilombola. É que decidindo o Decreto 4887/03 pela desapropriação, não cuidou de indicar qual seria o seu fundamento legal e tampouco qual seria o procedimento, judicial ou administrativo, desta desapropriação.

A solução para este problema advém do próprio texto constitucional. Neste sentido, deve-se utilizar para a questão quilombola o que foi especificamente previsto na parte da política cultural, pois a própria Constituição fornece o fundamento, tendo em vista que o artigo 216, §1.º prevê a desapropriação para a proteção do patrimônio cultural brasileiro, exatamente no outro ponto, além do artigo 68 do ADCT, em que a Carta fala de quilombos.

Vale destacar, neste sentido, a conclusão da Equipe da Sociedade Brasileira de Direito Público, em trabalho coordenado pelo Professor Carlos Ari Sunfeld, intitulado “Comunidades Quilombolas Direito à Terra”<sup>283</sup>:

Nossa conclusão, portanto, é que o Poder Público, para garantir às comunidades quilombolas a propriedade definitiva das terras que estejam ocupando, no caso delas pertencerem a particulares, deve lançar mão do processo de desapropriação, com fundamento no art. 216, § 1º da Constituição Federal. O referido processo de desapropriação é nítido interesse social, com fundamento constitucional no art. 216, § 1º, e será feito em benefício de comunidades quilombolas. Tais desapropriações, quando for o caso, devem ser feitas pelos Estados e também pela União, pois ambos têm o dever constitucional de dar cumprimento aos arts. 215 e 216 da CF e ao art. 68 do ADCT, não demandando, por isso, a edição de lei específica. O Poder Público já dispõe de instrumentos jurídicos e materiais necessários para iniciar e conduzir os processos de desapropriação, sendo perfeitamente possível, na esfera federal, a coordenação de tarefas entre FCP e o INCRA.

O fato de a desapropriação do artigo 216, §1.º da CF/88 não dispor de procedimento próprio não é qualquer empecilho, porquanto cai na vala comum do rito geral das desapropriações por interesse social, previsto na Lei 4.132/62, e por utilidade pública, prevista no Decreto-lei 3365/41, os quais

---

<sup>283</sup> Ob. Cit. Pág. 118.

possuem indicação expressa de utilização subsidiária em toda e qualquer desapropriação que não contenha rito específico. Ademais, estas leis gerais de desapropriação também possuem estofamento constitucional na norma geral do artigo 5.º, inciso XXIV da CF/88, onde expressamente consignado que a lei regulará a desapropriação por interesse social e utilidade pública.

Temos então que o artigo 216, §1.º da CF/88 criou efetivamente um novo caso de interesse social para autorizar a desapropriação de propriedade particular. Declarada a área quilombola de interesse social, resta ao poder público desapropriá-la segundo o rito geral das desapropriações, sem lançar mão de uma desapropriação específica para outra demanda social.

Este tem sido, corretamente, o fundamento da maioria dos Decretos relacionados à questão quilombola já expedidos, como por exemplo, o do quilombo Família Silva<sup>284</sup> e o da comunidade Maranduba, situada no município de Ubatuba/SP. Os decretos também têm feito referência à lei geral de desapropriação por interesse social (Lei 4.132/64).

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 quilombola.

Não há dúvidas de que as áreas quilombolas, sua cultura, seu modo de viver, suas crenças, suas tradições, etc., sejam patrimônio

---

<sup>284</sup> Decreto de 26 de Outubro de 2006: Declara de interesse social a área ocupada pela Comunidade Remanescente do Quilombo Família Silva, situada no Município de Porto Alegre, Estado do Rio Grande do Sul e dá outras providências. – O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso as atribuições que lhe conferem os arts. 84, inciso IV, e 216, §1.º, da Constituição, e tendo em vista o disposto no art. 5.º da Lei 4.132, de 10 de setembro de 1962, combinado com o art. 6.º do Decreto-Lei 3365, de 21 de junho de 1945. DECRETA:

cultural brasileiro, o qual deve ser preservado, inclusive, por meio do instituto da desapropriação do art. 216, § 1º, da CF (hipótese concreta de desapropriação trazida pelo Poder Constituinte Originário).

Sendo assim, constatando-se que a desapropriação como forma de proteção do patrimônio cultural dos quilombos está prevista no próprio texto constitucional, torna-se incongruente a alegação de que não existe lei formal para fundamentar a desapropriação desta importante política pública de promoção de um direito fundamental.

#### **4.3.4 – A inalienabilidade da titulação coletiva**

O artigo 17 do Decreto 4887/2003 prevê que, uma vez concluído o processo de regularização das áreas dos remanescentes de quilombos, o título de propriedade será reconhecido mediante outorga de título coletivo e pró-indiviso em nome de associações quilombolas legalmente constituídas, com obrigatória cláusula de inalienabilidade, imprescritibilidade e impenhorabilidade do imóvel<sup>285</sup>.

O polêmico artigo insere uma questão importante na regularização quilombola, que é a impossibilidade de disposição da terra titulada pela comunidade, o que implica dizer que o direito de propriedade lhes é passado de forma incompleta, tendo em vista que não comporta o direito de alienação.<sup>286</sup>

---

<sup>285</sup> Art. 17 – A titulação prevista neste Decreto será reconhecida e registrada mediante outorga de título coletivo e pró-indiviso às comunidades a que se refere o art. 2.º, caput, com obrigatória inserção de cláusula de inalienabilidade, imprescritibilidade e impenhorabilidade.

Parágrafo único: As comunidades serão representadas por suas associações legalmente constituídas.

<sup>286</sup> A máxima romana da propriedade é o “*jus utendi, fruendi et abutendi*”, que é exatamente o direito de usar, gozar e dispor da coisa. A disposição da coisa esta relacionada exatamente com a possibilidade de vendê-la. No Brasil é o atual artigo 1228 do Código Civil.

Impossível nesse aspecto não fazer novamente um paralelo com as terras indígenas. É que no caso dos índios, a terra demarcada é de propriedade da União, cabendo às comunidades apenas a posse e o usufruto perpétuo<sup>287</sup>, existindo a inalienabilidade, a imprescritibilidade e impenhorabilidade<sup>288</sup>. A solução do constituinte é plenamente justificável, tendo em vista que, se as terras são de domínio da União, trata-se de bens públicos afetados a finalidade relevante, disso resultando claramente a indisponibilidade completa do bem imóvel, como, aliás, ocorre no regime geral do direito administrativo. Além disso, a permanência da terra em nome da União reforça uma tutela e um paternalismo sobre os índios que se estende em outros campos do direito, por exemplo, no direito penal e civil.<sup>289</sup>

Ocorre que a situação das comunidades remanescentes de quilombos é bem diversa. A União Federal ou os Estados-membros não são tutores das comunidades quilombolas e nem estes são reconhecidos como indivíduos com responsabilidade civil e penal especial. Além disso, o artigo 68 do ADCT deixa claro que as terras tradicionalmente ocupadas serão de propriedade das próprias comunidades, cabendo ao Estado emitir o título em favor dos beneficiários.

Sendo assim, dentro deste regime diferenciado em relação aos indígenas, é perfeitamente compreensível que a titulação não seja feita em nome do Estado, mas sim em favor das próprias associações de remanescentes quilombolas, ou seja, existirá efetiva transferência de propriedade.<sup>290</sup>

---

<sup>287287</sup> Art. 231, §2.º

<sup>288288</sup> Art. 231, §4.º

<sup>289</sup> A capacidade civil dos índios é regulada por legislação especial e os indígenas não aculturados são considerados inimputáveis.

<sup>290</sup> Mesmo porque o que o artigo 68 reconhece é a propriedade.

Esta titulação coletiva e pró-indiviso também não suscita maiores discussões, tendo em vista que figura recorrente no direito das coisas.<sup>291</sup>

No entanto, a questão ganha contornos polêmicos quando se constata que, de acordo com o artigo 17 do Decreto 4887/2003, a transferência desta propriedade para os quilombolas não é feita de forma completa, haja vista que tolhido destas comunidades a possibilidade de dispor da terra, tendo em vista a inalienabilidade prescrita.

Trata-se aqui de observar que a propriedade é repassada aos remanescentes de quilombos faltante um dos requisitos do artigo 1228 do Código Civil, diferenciando então os quilombolas dos demais proprietários em geral. Em termos amplos, os quilombolas não podem vender ou arrendar o território. Seria correta esta opção do Decreto 4887/2003? Esta é a questão que nos colocamos a analisar criticamente.

A Constituição de 1988 assegura o direito de propriedade também como direito fundamental<sup>292</sup>, protegendo-a de ingerências tanto do legislador ordinário quanto do próprio constituinte derivado<sup>293</sup>. Existe consenso doutrinário e jurisprudencial, contudo, de que o direito de propriedade - como de resto qualquer outro - não possui caráter absoluto. Disso não resulta a livre intervenção do Estado na propriedade, que somente pode ocorrer mediante os parâmetros e limites instituídos pela Constituição, tais como a desapropriação<sup>294</sup> e institutos correlatos como a ocupação e a requisição ou ainda mediante tributação progressiva ou a perda decorrente do devido processo legal.

---

<sup>291</sup> Condomínio pró-indiviso é aquele onde tudo é de todos e não existe parcela particular, como no condomínio edilício.

<sup>292</sup> Art. 5. XXII

<sup>293</sup> Art. 60, §4.º, IV

<sup>294</sup> A desapropriação como método legal de perda da propriedade já foi tratada no tópico anterior.

Fora das hipóteses constitucionais, não é permitido ao Estado, inclusive na via legislativa, restringir o exercício do direito de propriedade. Além disso, a propriedade dos bens não compreende apenas a titularidade, mas também o aproveitamento do seu conteúdo econômico. Existirá, portanto, violação ao direito de propriedade se, a despeito da titularidade, limitações impostas pelo Estado venham a lhe esvaziar o valor e a utilidade econômica. A jurisprudência nacional, inclusive, já se consolidou neste sentido, nas hipóteses em que as limitações no direito de propriedade impostas por limitações administrativas criadas pelo Estado implicam em verdadeira desapropriação indireta.<sup>295</sup>

O artigo 68 do ADCT assegura aos quilombolas a propriedade definitiva das terras que estejam ocupando, sem expor adiante qualquer restrição específica ao exercício deste direito. Considere-se também que os quilombolas não estão sujeitos a qualquer tutela ou restrição de capacidade civil ou penal.

Quando a Constituição quis restringir o direito de propriedade por determinado grupo étnico-racial o fez expressamente, *ex vi* do caso indígena, em que foi o próprio constituinte que inseriu a restrição da indisponibilidade do bem<sup>296</sup>. Numa interpretação analógica observa-se que, acaso quisesse o mesmo para os quilombolas, certamente teria dito expressamente.

---

<sup>295</sup> "O poder público pode criar parques (art. 5., lei 4.771/1965), ficando resguardado o direito de propriedade, com a conseqüente obrigação da reparação patrimonial, quando ilegalmente afetados os direitos inerentes a propriedade. As "limitações administrativas" configurando a ocupação ou apossamento permanente, vedando o uso, gozo e livre disposição da propriedade, desnaturando-se conceitualmente, materializa verdadeira desapropriação. Impõe-se, então, a obrigação indenizatória justa e em dinheiro, espandendo mascarado "confisco". Retirado do proprietário o valor econômico da propriedade, vivo o domínio, afetando o direito de propriedade, a ação inclui-se entre as ações reais. (REsp 81497/SP, Rel. Ministro MILTON LUIZ PEREIRA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/10/1996, DJ 25/11/1996 p. 46149)

<sup>296</sup> Até porque, a rigor, o caso indígena não cuida de propriedade, e sim de usufruto perpétuo.

Esta limitação, na realidade, esconde um paternalismo jurídico e uma arrogância cultural, como se as comunidades não tivessem condições de saber o que é melhor para elas, pressupondo de pronto que seriam feitos negócios na área prejudiciais aos remanescentes.

Ocorre que quem decide reparar injustiças históricas não pode fazê-lo pela metade, por isso a restrição contida no art. 17 colide com as práticas observadas no sistema internacional de proteção das comunidades tradicionais. Com efeito, a já citada Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, sobre povos indígenas e tribais, garante aos povos o direito de decidir suas próprias prioridades no que se refere ao desenvolvimento econômico, ou seja, a decisão sobre os rumos da comunidade, inclusive no aspecto financeiro, deve caber as próprias comunidades sem paternalismos ou tutelas, o que inclui também a possibilidade de alienação e transmissão de direitos das terras por ele ocupadas, como é expresso no texto da referida Convenção<sup>297</sup>.

É possível até mesmo, excepcionalmente, a remoção destes povos, mediante acordo de recebimento de terras de igual qualidade e situação jurídica ou de indenização em dinheiro, conforme a preferência da comunidade.<sup>298</sup>

---

<sup>297</sup> Art. 7, I - Os povos interessados deverão ter o direito de escolher suas, próprias prioridades no que diz respeito ao processo de desenvolvimento, na medida em que ele afete as suas vidas, crenças, instituições e bem-estar espiritual, bem como as terras que ocupam ou utilizam de alguma forma, e de controlar, na medida do possível, o seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural. Além disso, esses povos deverão participar da formulação, aplicação e avaliação dos planos e programas de desenvolvimento nacional e regional suscetíveis de afetá-los diretamente. Art. 17 - 1. Deverão ser respeitadas as modalidades de transmissão dos direitos sobre a terra entre os membros dos povos interessados estabelecidas por esses povos. 2. Os povos interessados deverão ser consultados sempre que for considerada sua capacidade para alienarem suas terras ou transmitirem de outra forma os seus direitos sobre essas terras para fora de sua comunidade.

<sup>298</sup> Art. 16. 2 - Quando, excepcionalmente, o traslado e o reassentamento desses povos sejam considerados necessários, só poderão ser efetuados com o consentimento dos mesmos, concedido livremente e com pleno conhecimento de causa. Quando não for possível obter o seu consentimento, o traslado e o



A Convenção n.º 169 da OIT já foi internalizada na ordem jurídica nacional. Ressalte-se também que, após cumpridos os requisitos formais de internalização, como foi o caso, a referida Convenção foi recepcionada pelo ordenamento jurídico com força de lei ordinária<sup>299</sup>, ou seja, grau hierárquico superior ao Decreto 4887/2003.

A conclusão, portanto, é que o artigo 17 do Decreto 4887/2003, na parte em que obriga a inserção de cláusula de inalienabilidade no título de propriedade a ser conferido às comunidades remanescentes de quilombos, malgrado prestigiados entendimentos em contrário, é inválido, seja por dispor de forma contrária a Convenção já internalizada em nosso ordenamento jurídico, quanto por ser incompatível com o previsto na Constituição Federal, posto que tamanha restrição somente poderia existir quando prevista pelo próprio constituinte, o que não é o caso.

É preciso, contudo, esclarecer uma questão fundamental. Ao considerarmos que a terra transferida aos quilombolas pode ser objeto de alienação, não se está com isso afirmando que o direito das comunidades aos seus territórios é disponível, pelo contrário.

Nota característica dos direitos fundamentais é a sua indisponibilidade. Como ensina Luigi Ferrajoli<sup>300</sup>, esta indisponibilidade há de

---

*reassentamento só poderão ser realizados após a conclusão de procedimentos adequados estabelecidos pela legislação nacional, inclusive enquetes públicas, quando for apropriado, nas quais os povos interessados tenham a possibilidade de estar efetivamente representados. 4 - Quando o retorno não for possível, conforme for determinado por acordo ou, na ausência de tais acordos, mediante procedimento adequado, esses povos deverão receber, em todos os casos em que for possível, terras cuja qualidade e cujo estatuto jurídico sejam pelo menos iguais aqueles das terras que ocupavam anteriormente, e que lhes permitam cobrir suas necessidades e garantir seu desenvolvimento futuro. Quando os povos interessados preferirem receber indenização em dinheiro ou em bens, essa indenização deverá ser concedida com as garantias apropriadas.*

<sup>299</sup> Art. 5º, § 2.º da CF/88.

<sup>300</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías – La ley del más débil*, Ed. Trotta, Madrid, 2001.

ser entendida em sua dupla face: indisponibilidade ativa, que não permite aos seus titulares a sua alienação, e a indisponibilidade passiva, no sentido de não serem expropriados ou limitados por outros sujeitos, começando pelo Estado.

Neste sentido, o que não pode ser objeto de alienação é o direito das comunidades de receber a propriedade do seu território tradicionalmente ocupado, ou seja, é indisponível a reparação histórica devida às comunidades. Contudo, uma vez que a reparação é feita e a titulação foi efetivada, a alienação da terra em si, não se constitui em disponibilidade do direito, até porque ele já foi exercido. Trata-se somente da comunidade gerir o patrimônio conquistado, sem limitação por outros sujeitos, inclusive e principalmente pelo Estado, como bem aponta Ferrajoli.

Ademais, como visto pelo espírito da Convenção 169 da OIT, a proteção orienta-se sempre no sentido de garantir a esses grupos o máximo de liberdade e autogoverno possível, de acordo com os seus próprios interesses. Isto porque ninguém quer uma preservação que fique “congelada” no tempo. Não se deseja criar uma espécie de quadro imutável da comunidade supostamente feliz vivendo em sua terra. Não se pode “coisificar” culturas em cristais coletivos e é imprudente impor, por decreto, como deve ser a existências das comunidades.

Seria o caso então de querer que eles vivessem como no século XIX? Ora, uma vez feita a reparação, cuida-se de permitir aos próprios grupos gerir a conquista alcançada, pois não se trata de animais de zoológico para a nossa apreciação. São seres humanos plenos e capazes, sabedores dos seus desígnios, que receberam uma terra não “de favor”, mas por luta e conquista, e pelo final reconhecimento da imensa contribuição que trouxeram à cultura do nosso país.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O surgimento do artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição de 1988 (ADCT) trouxe para a ciência jurídica, de forma inédita, a dinâmica das comunidades remanescentes de quilombos, tornando tarefa necessária para os intérpretes e aplicadores do Direito estipular conceitos, alcance e eficácia que permitam superar o desafio de efetivar o comando emanado do Poder Constituinte Originário.

A categoria jurídica *comunidades remanescentes de quilombos*, no entanto, é de difícil exegese para o intérprete desacostumado à interface com ciências sociais diversas do direito, tendo em vista que os campos histórico e antropológico, que lidam com a questão há muito mais tempo, são os que possuem os instrumentais aptos a determinar um conceito que possa desvendar os significados que se escondem por trás do texto.

Mesmo este recurso à história e a antropologia não facilita a vida do intérprete, porque ambas divergem substancialmente sobre a determinação do exato sentido do preceito criado pelo artigo 68 do ADCT.

As escolas históricas clássicas determinam quilombo com referência direta e exclusiva à comunidade de escravos fugidos, sendo os remanescentes apenas àqueles descendentes destes fugitivos que eventualmente ainda habitassem o local para onde se dirigiram os escravos quando das fugas.

A antropologia, por seu turno, compreende de uma outra forma o termo comunidade remanescente de quilombos, considerada mais atual, tendo em vista que fruto das pesquisas e entendimentos antropológicos surgidos principalmente a partir dos anos sessenta. Observamos que esta mudança de orientação recebeu o nome de “ressemantização” do termo quilombos, para considerá-lo como grupo étnico ou grupo social diferenciado,

não se prendendo apenas a fatos históricos, mas também a outros significados de ordem sociológica e antropológica, que autorizam uma reconstrução do termo no contexto das minorias étnicas e como sujeito de identidade constitucional.

Neste sentido, as comunidades quilombolas seriam constituídas de grupos criados até mesmo após a abolição, mas com raízes históricas vinculadas à opressão da escravidão. O marco abolicionista formal da Lei Áurea deixa de ser considerado a data limite para a criação da comunidade, que está mais vinculada a preservação dos seus valores e tradições e a total falta de perspectiva econômica no pós-abolição.

O forte senso comunitário, especialmente reforçado pela mera posse da terra sem títulos de domínio oficiais, que gera a necessidade de união para a defesa coletiva, levou a antropologia a afirmar que quilombo é, principalmente, a comunidade. Dentro deste contexto a relação humana adquire mais relevância que a territorial. Quilombo é o lugar e é também a comunidade.

Constatou-se, com o apoio de farta doutrina, que esta “ressemantização” do termo quilombos foi amplamente aceita pela sociedade de intérpretes do atual modelo do Estado Democrático de Direito no Brasil. O que se constata, portanto, é que, a despeito de um sentido mais restrito do conceito de remanescentes de comunidade dos quilombos, vinculado à caracterização de escravos “fugidos”, os cânones legais e jurisprudenciais que tratam a questão atualmente tendem a adotar um conceito mais amplo, que é o de comunidades quilombolas numa perspectiva antropológica relacionada ao surgimento e evolução de comunidades negras dotados de relações territoriais específicas, com presunção de ancestralidade relacionada à opressão histórica sofrida em razão da escravidão, ou como define a antropologia, as chamadas “comunidades negras rurais”.

Muito embora esta reinterpretação não tenha ficado clara dentro do processo constituinte, pudemos constatar com segurança que a existência do artigo 68 do ADCT é fruto de lutas e articulações do movimento negro no antes e no durante os trabalhos constituintes, dentro de todo um contexto de reorientação da questão do negro no Brasil, com a defesa da idéia de que a liberdade de 1888 foi conquistada pela luta e reação dos próprios negros, e não mera concessão de brancos apiedados com a penúria da escravidão, e também a importante constatação de que a abolição não alterou a situação de fato da população negra do Brasil.

Ficou demonstrado que os constituintes, ou mesmo o movimento negro organizado, não tinham amadurecido suficientemente um debate sobre esta questão, e a inclusão do artigo foi feita de forma açodada, tanto que inserido em disposições transitórias e usando uma terminologia – *remanescentes das comunidades de quilombos* – que não era mais utilizada pela antropologia, pois tratava-se de uma denominação que define o grupo pelo que ele já não é mais.

Apesar disso, observa-se que todas as propostas referentes a comunidades remanescentes de quilombos na Constituição partiram de parlamentares diretamente vinculados ao movimento negro, onde desde o final dos anos setenta já existia a preocupação com a completa mudança de paradigmas sobre a questão da abolição, introduzindo-se o conceito antropológico de comunidades negras rurais.

Com relação à assimetria da localização em disposições transitórias, além deste fato não ter qualquer relevância do ponto de vista prático, não é uma exceção no texto constitucional, tendo em vista que, como costuma acontecer com um texto normativo oriundo de uma discussão marcadamente democrática, pautada por concessões, acordos e exigências de todo o tipo, a Constituição de 1988 não prima pelo rigor em sua sistematização.

Portanto, conclui-se que, ainda que a análise do histórico de criação do artigo 68 do ADCT não permita afirmar com certeza as supostas intenções do legislador, é preciso agregar à interpretação a mudança de referência formada pelas sucessivas conversões simbólicas a que o termo quilombo estava sendo submetido no contexto do ressurgimento do movimento negro, do revisionismo da escravidão e, principalmente do que teria sido efetivamente a abolição, ou seja, ainda que aqueles que participaram diretamente da formulação e aprovação do artigo 68 não tivessem nenhuma certeza sobre o conceito que criavam, esta criação foi feita dentro do contexto das conversões simbólicas do texto, a chamada “ressemantização”.

Para o campo jurídico, contudo, tão importante quanto a ressemantização do termo é a correlação entre as mudanças no significado do que seja comunidades remanescentes de quilombos e as mudanças que têm sido feitas no campo do Direito Constitucional, especialmente nos estudos da teoria dos direitos fundamentais e do neoconstitucionalismo.

Isto nos leva a constatar que o aspecto jurídico mais importante da referência constitucional aos quilombos é a sua eventual vinculação com os direitos fundamentais, tendo em vista as conseqüências decorrentes dos princípios de supremacia e eficácia destes direitos.

No entanto, para afirmar com segurança a existência de relação direta entre o artigo 68 do ADCT e os direitos fundamentais, e que inclusive constituiu o problema central deste trabalho, foi preciso recorrer a todo um histórico de evolução destes direitos e do próprio constitucionalismo para, em seguida, fazer o “encaixe” da atual fase vivida por estas teorias com a nossa problemática dos quilombos, tendo em vista que a eventual inserção das comunidades quilombolas dentro da ótica dos direitos fundamentais não pode advir simplesmente da leitura do disposto no artigo 68 do ADCT<sup>301</sup> e tampouco

---

<sup>301</sup> Feita no cap 01

da referência única ao processo de criação da norma no processo constituinte.<sup>302</sup>

Neste sentido, e sobre a evolução dos direitos fundamentais, observamos que é na atual atmosfera de consolidação dos instrumentos internacionais de proteção dos Direitos Humanos que se confirma normativamente o direito das minorias, como é o caso dos quilombolas, e que existe consenso internacional de que as reivindicações das minorias nacionais passam a ser consideradas como um reconhecimento de que a construção do Estado Nacional foi um processo que cometeu erros e excessos em relação à estes grupos, sufocados pelo antigo ideal de homogeneidade. A revisão dos direitos das minorias passa a ser a afirmação de que o Estado plural é mais rico culturalmente, e o reconhecimento destas demandas não trata apenas de questões de política discricionária do Estado, mas assunto de direitos fundamentais.

Portanto, o efeito concreto desta relação entre comunidades remanescentes de quilombos e a proteção cultural de minorias étnicas seria a sua vinculação com os direitos fundamentais de cunho social, relacionados à dignidade da pessoa humana, a cultura e aos direitos humanos, ficando as comunidades quilombolas como uma demanda de caráter social, mas revista sob um prisma de fraternidade e cooperação transnacionais, ou seja, algo como uma transição entre a segunda e a terceira geração dos direitos fundamentais.

Sobre o constitucionalismo, chega-se a uma conclusão fundamental, no sentido de que o constitucionalismo contemporâneo introduziu a dinâmica das minorias e alargou os horizontes interpretativos da Constituição, para permiti-la ser feita pela sociedade<sup>303</sup>, o que inclui atores não jurídicos. Esta sociedade aberta, constituída também de antropólogos,

---

<sup>302</sup> Feita no cap 02

<sup>303</sup> A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição.

sociólogos e historiadores, reinterpretou o termo comunidades remanescentes de quilombos, sendo coerente que este fato deve ser considerado na interpretação jurídica do artigo 68 do ADCT.

Ademais, a disposição contida no art. 68 do ADCT insere-se dentro de um quadro de significativas alterações, que vem dando forma a um novo tipo de constitucionalismo, que assume a plurinacionalidade, a pluriculturalidade e a pluriétnicidade dos países, e que põe em discussão, pois, a simultaneidade de tradições culturais no mesmo espaço geográfico. Uma nova significação de direitos coletivos, que prega uma democracia intercultural que quebra os paradigmas do antigo ideal do Estado Nacional homogêneo.

Conclui-se que a Constituição de 1988 foi elaborada já sob a existência destes novos paradigmas, e é por isso que houve uma completa inovação do texto constitucional em relação às minorias, tendo em vista que a atual Carta Política está impregnada de direitos sociais, de afirmações de pluralidade e de críticas ao Estado que historicamente confundia as chamadas “minorias” dentro da noção de “povo”.

Também foi contemplado o direito à diferença, enunciando o reconhecimento de direitos étnicos, o que é uma clara manifestação de um viés comunitarista que marcou os trabalhos da Constituição, e que tem forte ligação com a sociedade aberta de Peter Häberle.

Concorde-se ou não, para negar a ressemantização das comunidades remanescentes de quilombos como uma minoria centrada na questão da multiculturalidade, e com isso insistir no viés patrimonialista, seria necessário desconsiderar toda esta evolução do constitucionalismo nas últimas cinco décadas, além das opções claras que a Constituição de 88 fez.

Portanto, conclui-se que a análise evolutiva dos direitos fundamentais e do constitucionalismo é instrumento poderoso para superar o



problema da inserção das comunidades quilombolas dentro dos direitos fundamentais, especialmente quando observamos com atenção o momento atual destas teorias.

Neste ponto chegamos finalmente à conclusão do marco teórico, no sentido de que a nossa constituição abriu enorme margem para a construção doutrinária dos direitos fundamentais, o que depende, contudo, de uma construção científica. Esta construção passa pela conclusão de que é necessário avaliar o objeto e a importância do direito que se perquire seja ou não fundamental, respondendo principalmente a) qual o objeto e o destinatário do direito criado b) qual a importância da proteção criada e c) se a estrutura e o conteúdo da norma podem ser considerados de direitos fundamentais dentro de um marco teórico consistente.

Mesmo com estas definições sendo particularmente difíceis para a caracterização dos direitos fundamentais econômicos, sociais e culturais, podemos observar, com apoio em Alexy<sup>304</sup>, que as normas de direitos fundamentais sociais se colocam como mandados de otimização, ou seja, como um princípio ou uma diretriz política a ser executada e implementada pelo Estado. Neste sentido a proteção aos quilombolas surge exatamente como uma tarefa ao Estado, com a parte final do artigo praticamente repassando uma ordem, ao determinar ao Estado a emissão do título de propriedade para as comunidades quilombolas.

Além disso, a principal característica dos direitos sociais é a sua vinculação com as irradiações do princípio *mater* da dignidade da pessoa humana, condição plenamente satisfeita em relação ao artigo 68 do ADCT.

Assim, depois da análise do histórico de evolução e da estrutura das normas de direitos fundamentais, conseguimos, em conclusão,

---

<sup>304</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais* (trad. Virgílio Afonso da Silva da 5.ª edição alemã da *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2006). São Paulo, Malheiros, 2008

reconhecer a plausibilidade de uma construção científica sólida que proclame o direito dos quilombolas aos seus territórios como direito fundamental.

Dentro do marco teórico adotado verificamos que a norma do artigo 68 do ADCT, resultado de lutas do movimento negro organizado na constituinte e reinterpretado pela antropologia dentro de novas e modernas teorias hermenêuticas, possui um texto que permite identificar: a) o destinatário da norma – comunidades remanescentes de quilombos – um grupo social fragilizado e historicamente mantido à margem da sociedade hegemônica, constituindo autêntica minoria, ou seja, os típicos titulares da proteção dos direitos fundamentais sociais; b) um objeto a ser protegido, que é a propriedade definitiva das terras em que vivem, elemento fundamental para a preservação das comunidades; c) a importância da proteção criada, consubstanciada na manutenção e promoção da diversidade e do caráter pluralista e multicultural da sociedade brasileira e d) a estrutura e o conteúdo da norma, que reflete, na teoria de Alexy, verdadeira diretriz política e mandado de otimização a ser implementado pelo Estado brasileiro.

No último capítulo deste trabalho, contudo, tivemos de reconhecer as imensas dificuldades de implementação da diretriz deste mandado de otimização estabelecido no artigo 68 do ADCT.

Constatando que a esperada efetividade do artigo 68 do ADCT depende de sua regulamentação no plano infraconstitucional, passamos a analisar todo o histórico destas tentativas de regulação, para ao final concluir que têm sido extremamente tumultuadas as tratativas neste sentido, com idas e vindas e seguidas mudanças de orientação que são reflexo dos espectros políticos do Estado brasileiro e, às vezes, das divisões internas do próprio movimento negro. Neste contexto, verificamos que sequer existe lei formal a regular o artigo 68 do ADCT, estando a regulamentação atual entregue ao Decreto Presidencial 4887/2003.

Passando a fazer uma análise crítica das principais opções políticas deste Decreto, constatamos que, ainda que não exista inconstitucionalidade formal desta norma, e mesmo considerando os acertos de várias opções efetuadas em seu texto, não é coerente a regulamentação do artigo 68 do ADCT por Decreto Presidencial. Esta afirmação decorre do fato de que a insegurança e as reviravoltas provocadas pela normatização nesta via, frutos de sua vinculação com grupos políticos eventualmente detentores do Poder Executivo, acaba por gerar o pior dos mundos, que é o risco de falta de efetividade de tão importante política pública, em razão da falta de segurança jurídica do marco regulatório adotado.

Ao final do trabalho, já em análise das principais opções adotados no Decreto, verificamos o acerto da escolha do critério de auto-definição para as comunidades remanescentes de quilombos, especialmente em face da sua coerência com a antropologia e os tratados e convenções internacionais dos quais o Brasil é signatário.

Revelou-se também acertado o recurso à desapropriação como forma de equacionar a colisão entre o direito fundamental dos quilombolas e o direito de propriedade de eventuais proprietários com títulos válidos no território, por ser mais coerente com o nosso ordenamento jurídico. A transferência compulsória das terras, sob o argumento de que a Constituição já teria estabelecido a propriedade aos quilombolas, é temerária porque efetiva um direito fundamental em detrimento do completo sacrifício de outro, faltando, portanto, necessidade e exigibilidade, ou seja, não atende ao requisito da proporcionalidade, tendo em vista que existe meio menos gravoso para que se atinja o mesmo objetivo. Na solução do problema, surge exatamente a desapropriação como uma verdadeira forma de ponderação entre os direitos fundamentais envolvidos, dentro do critério de proporcionalidade.<sup>305</sup>

---

<sup>305</sup> No corpo do trabalho discorremos como mais profundidade sobre a proporcionalidade.

Observamos que esta desapropriação, como forma de proteção do patrimônio cultural dos quilombos, está prevista no próprio texto constitucional<sup>306</sup>, tornando-se incongruente a alegação de que não existe lei formal para fundamentar a desapropriação promovida para a titulação de territórios quilombolas.

Na análise final das opções do Decreto 4887/2003, nos permitimos concluir, em discordância a posição adotada nesta norma, com a forma da titulação mediante título coletivo pró-indiviso, com obrigatória cláusula de inalienabilidade, imprescritibilidade e impenhorabilidade.

Esta contrariedade ocorreu exclusivamente sobre a inserção da inalienabilidade, discorrendo especificamente sobre este tema em razão do grave atentado aos quilombolas que está subjacente a esta opção e que pode passar despercebida em uma análise superficial.

Isto porque observamos que, desta forma, a propriedade é repassada aos remanescentes de quilombos faltante um dos requisitos do artigo 1228 do Código Civil, relacionado ao direito de dispor da coisa. Então os quilombolas estão diferenciados dos demais proprietários em geral. Em termos amplos, os quilombolas não podem vender ou arrendar o território.

Verifica-se que esta opção fere preceitos fundamentais porque, fora das hipóteses constitucionais, não é permitido ao Estado, inclusive na via legislativa, restringir o exercício do direito de propriedade. Além disso, esta orientação está em desacordo com o sistema internacional de proteção das comunidades tradicionais.<sup>307</sup>

---

<sup>306</sup> Art. 216,§1.º

<sup>307</sup> Cujo maior exemplo atualmente é a Convenção n.º 169 da OIT.

Contudo, o mais importante, e foi com isso que nos permitimos encerrar a presente dissertação, é a constatação que esta opção esconde um paternalismo jurídico e uma arrogância cultural latentes, como se as comunidades não tivessem condições de saber, elas próprias, o que é melhor, tratando os quilombolas como uma espécie de tutelados, ignorando com isso a sua condição de seres humanos plenos e capazes, sabedores dos seus desígnios, que receberam uma terra não “de favor”, mas por luta e conquista, e pelo final reconhecimento da imensa contribuição que trouxeram à cultura do nosso país.

Por fim, em palavras finais cumpre alertar que por certo o presente trabalho não conseguiu esgotar tão rica e complexa discussão. A inserção do direito dos quilombolas na ótica dos direitos fundamentais fornece instrumentos que auxiliam na efetivação do artigo 68 do ADCT, mas não resolvem, por si só, todas as questões envolvidas, razão pela qual não deixamos também de apontar lacunas que permaneceram, entre as quais questões como comunidades quilombolas que desejam, por algum motivo, desistir do reconhecimento, ou comunidades em que parte quer, e outra não, a certificação e regularização quilombola.

Não tratamos também de alguns problemas que já começam a aparecer nos processos de regularização, como o que fazer com quilombolas que já são proprietários de terras na área da comunidade. São estas e outras questões que demonstram a riqueza do tema e que podem ser desenvolvidas por outros pesquisadores ou, quem sabe, em futura tese de doutorado.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais* (trad. Virgílio Afonso da Silva da 5.<sup>a</sup> edição alemã da *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2006). São Paulo, Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. *Os quilombos e as novas etnias*. In Eliane Cantarino (Org). *Quilombos: identidade étnica e territorialidade*. Rio de Janeiro. Ed. FGV, 2002, pág. 43-81.

\_\_\_\_\_. Palestra proferida pelo no Seminário INCRA 40 anos: Reforma Agrária Direito e Justiça. Auditório do Tribunal Regional Federal da 5.<sup>a</sup> Região, 16.10.2009

ARRUTI, José Maurício. *Mocambo. Antropologia e História do processo de formação quilombola*. Edusc, 2006.

\_\_\_\_\_. *O quilombo conceitual. Para uma sociologia do artigo 68*. In: Texto para discussão: Projeto Egbé – Territórios negros (KOINONIA), 2003.

\_\_\_\_\_. *A emergência dos 'remanescentes': notas para o diálogo entre indígenas e quilombolas*. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/mana/v3n2/2439.pdf>

BALDI, César Augusto. *Territorialidade étnica e proteção jurídica: As comunidades quilombolas e a desapropriação*. In FERNANDES, Edesio; ALFONSIN, Betânia ( orgs). *Revisitando o instituto da desapropriação*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, Malheiros, 18.<sup>a</sup> edição., 2005, págs. 328-329.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro, Renovar, 2005.

\_\_\_\_\_. *Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle de Políticas Públicas*. In Revista Diálogo Jurídico n.º 15, Salvador, março de 2007.

BARRETO, Nelson Ramos. *A revolução quilombola: Guerra racial, confisco agrário e urbano e coletivismo*. Artpress, São Paulo, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. São Paulo, Saraiva, 1996, pág. 209.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Ed. Elsevier, Rio de Janeiro, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. Malheiros Editores, 6.<sup>a</sup> edição, São Paulo, 1996.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional*. Malheiros Editores, 20.<sup>a</sup> Edição, São Paulo, 2007.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de Ponderação na jurisdição constitucional*. Ed. Saraiva, São Paulo, 2009.

BRITO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2006

BUCCI, Maria Paula Dallari. *As políticas públicas e o Direito Administrativo*. Revista Trimestral de Direito Público, n.13, São Paulo, Malheiros, 1996, Pág. 135.

BULOS, Uadi Lammêgo Bulos. *Curso de Direito Constitucional*. Saraiva, São Paulo, 2007.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra. Almedina, 2003.

\_\_\_\_\_. *Estudos sobre direitos fundamentais* 1.ª edição brasileira/2.ª edição portuguesa. Editora RT, São Paulo, 2009.

CANTANHEDE, Aniceto Filho. *A pesquisa antropológica nos quilombos: uma experiência*. In: O Incra e os desafios para a regularização dos territórios quilombolas. Vários autores. Núcleo de Estudos Agrários e Desenvolvimento Rural do Ministério do Desenvolvimento Agrário (NEAD/MDA), Brasília, 2006, p. 14-35.

CASTILHO, Manoel Lauro Volkmer. *Parecer n.º AGU/MC-1/2006: Interpretação da questão quilombola na Constituição de 1988*, Consultoria Geral da União, aprovado pelo Advogado-Geral da União em despacho de 28.12.2006.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *Dignidade da pessoa humana: o princípio dos princípios constitucionais*. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Org.). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro/São Paulo;Recife: Renovar, 2006.

CATHARINO, Alexandre de Castro. *Direito Coletivo das Comunidades Remanescentes de Quilombos: Rupturas e Continuidades no Sistema Jurídico Brasileiro*. Disponível em [http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/recife/efetividade\\_alexandre\\_catharina.pdf](http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/recife/efetividade_alexandre_catharina.pdf). Acesso em 27.06.2009

COELHO, João Gilberto Lucas. *O Processo Constituinte 1987-1988*. Editora AGIL-UNB. Brasília 1988.

D'ÁVILA LOPES, Ana Maria. *Democracia hoje: para uma leitura crítica dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: UPF, 2001.

DEL PRIORE, Mary. *O livro de ouro da história do Brasil*. Rio de Janeiro. Ediouro, 2003.

DUPRAT, Débora Macedo. *Breves considerações sobre o Decreto n.º 3.912/01*. In: O'DWYER, Eliane Catarino (org.). *Quilombos: identidade étnica e territorialidade*. Rio de Janeiro. Ed. FGV, 2002.

\_\_\_\_\_. *O estado pluriétnico*. In: Além da Tutela: bases para uma nova política indigenista III. Rio de Janeiro, Laced, 2002, pág. 41-47.

\_\_\_\_\_. *Os fundamentos jurídicos da titulação das terras de quilombos*. In: *Quilombos: A hora e a vez dos sobreviventes*. São Paulo: Comissão Pró-Índio, 2001, pág. 89-98.

\_\_\_\_\_. Palestra: *Direitos das comunidades remanescentes de quilombos*. Proferida no Seminário INCRA 40 anos: Reforma Agrária Direito e Justiça. Auditório do Tribunal Regional Federal da 5.<sup>a</sup> Região, 16.10.2009

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Trad. de Nelson Boeira, Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2002.

FABIANI, Aldemir. *O quilombo antigo e o quilombo contemporâneo. Verdades e Construções*. Artigo apresentado no XXIV Simpósio Nacional de História. Disponível em <http://snh2007.anpuh.org/resources/content/anais/Adelmir%20Fiabani.pdf>, acesso em 01.02.2010.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías – La ley del más débil*, Ed. Trotta, Madrid, 2001.

FIGUEIREDO, André Luiz Videira de. *O “Caminho Quilombola”: Interpretação constitucional e reconhecimento de direitos étnicos*. Tese de Doutorado em sociologia apresentada ao Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro. Orientador Professor Luiz Jorge Werneck Viana. Rio de Janeiro, abril de 2008.

FONTELES, Claudio. *Parecer 3333/CF*, de 17 de setembro de 2004, prolatado nos autos da ADI 3239/DF.

FREYRE, Gilberto. *Casa Grande & Senzala*. 51.<sup>a</sup> Edição, Ed. Global, Rio de Janeiro 2006.

GADAMER, Hans-George. *Verdade e método*, 4. ed., Petrópolis: Vozes, 2002.

GOMES, Flávio dos Santos. *Histórias de quilombolas. Mocambos e comunidades de senzalas no Rio de Janeiro, século XIX*. Companhia das Letras, 2006.

GOULART, José Alípio. *Os Quilombos*, *Revista Brasileira de Cultura*, vol. 6, 1970, pgs. 129/141

HÄBERLE, Peter. *A Sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Sergio Antônio Fabris. Editor, Porto Alegre, 1997.

HASEMBALG, Carlos. *Discurso sobre a raça: pequena crônica de 1988*. In: HASEMBALG, C.; SILVA, Nelson do V. *Relações raciais no Brasil contemporâneo*. Rio de Janeiro. Ed. IUPERJ, 1992.

HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. Ed. IDP/Saraiva, São Paulo, 2009, pág. 24.

\_\_\_\_\_. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. De Gilmar Ferreira Mendes. Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1991.

HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, verbete “quilombo” pág. 2359.



- KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 9.<sup>a</sup> Edição, Lumen Juris, Rio de Janeiro 2009.
- LEÃO XIII. *Encíclica Rerum Novarum*, 1891, disponível em < [www.vatican.va/.../hf\\_l-xiii\\_enc\\_15051891\\_rerum-novarum\\_po.html](http://www.vatican.va/.../hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum_po.html)>, acesso em 30.03.2010.
- LEIRIA, Maria Lúcia Luz. *Voto vencedor proferido no julgamento do Agravo de Instrumento 2008.04.00.034037-5/SC*, no Tribunal Regional Federal da 4.<sup>a</sup> Região, disponível em [www.trf4.jus.br](http://www.trf4.jus.br).
- LEITÃO, Sérgio. *Direitos territoriais das comunidades negras rurais*. São Paulo: Instituto Sócio-ambiental, 1999.
- LEITE, Ilka B. *O legado do testamento: a Comunidade de Casca em perícia*. Florianópolis: NUER/UFSC, 2002.
- LIMA FILHO, Francisco das Chagas. *Garantia constitucional dos direitos sociais e sua concretização jurisdicional*. In Revista de Direito Público. IDP. N.º 15, pág. 5-39.
- LORA ALÁRCÓN, Pietro. *Palenques em Colombia: realidades comunitárias e el problema de lá educación*. São Paulo, USP, 2007.
- MAESTRI, Mário. "Terra e liberdade: as comunidades autônomas de trabalhadores escravizados no Brasil." In: AMARO, Luiz Carlos [Org.]. *Afro-brasileiros: história e realidade*. Porto Alegre: EST, 2005.
- MARIN, Rosa E. *Terras e afirmação política de grupos rurais negros na Amazônia*. In: O'DWYER, E. C. (Org.). *Terras de Quilombos*. Rio de Janeiro: ABA, 1995.
- MARTINS, Ives Gandra e BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*, 3.<sup>a</sup> edição. São Paulo, Saraiva, 2002, vol. 9.
- MARTINS, José de Souza. *Divisões Perigosas*. Ed. Civilização Brasileira, Rio, 2007
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. Ed. Saraiva /IDP. 2007
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Voto proferido no julgamento da SL 228-7/CE*, disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br), acesso em 30.01.2010.
- MENDES, Soraia Rosa. *Titulação de território quilombola incidente em terrenos de marinha: Limites de alcance das normas garantidoras da propriedade estatal frente ao artigo 68 do ADCT*. In: Revista de Direito Agrário, Ano 20, n.º 20, Associação Brasileira de Direito Agrário, Brasília, 2007, p. 79-87.
- MITIDIERI, Leandro. *Remanescentes de quilombos, índios, meio ambiente e segurança nacional: ponderação de interesses constitucionais*. In: O Incra e os desafios para a regularização dos territórios quilombolas. Vários autores. Núcleo de Estudos Agrários e Desenvolvimento Rural do Ministério do Desenvolvimento Agrário (NEAD/MDA), Brasília, 2006, p. 57-69.

MOURA, Glória. *Quilombos Contemporâneos no Brasil*. In: CHAVES, Rita et al. *Brasil África: como se o mar fosse mentira*. São Paulo: Unesp, 2006

O'DWYER, Eliane Cantarino (Org). *Quilombos: identidade étnica e territorialidade*. Rio de Janeiro. Ed. FGV, 2002

OLIVEIRA, Leinad Ayer. *Quilombos - a hora e a vez dos sobreviventes*. São Paulo. Comissão Pró-índio de São Paulo, 2001.

REIS, João José. *Escravidão e invenção da liberdade. Estudos sobre o negro no Brasil*. São Paulo, Brasiliense, 1988.

REIS, João José & GOMES, Flávio dos Santos. *Liberdade por um fio; história dos quilombos no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

RIOS, Aurélio Virgílio: *Quilombolas e Igualdade Étnico-Racial*. In: Flávia Piovesan e Douglas Martins de Souza (Orgs.). *Ordem Jurídica e Igualdade Étnico-Racial*. Brasília: SEPPPIR, 2006, p. 187-216.

RODRIGUES, Raimilan Seneterri da Silva. *A moderna interpretação dos direitos fundamentais*. In: *Neoconstitucionalismo e Direitos Fundamentais*. Org. João Luís Nogueira Matias. Ed. Atlas, São Paulo, 2009. Pág. 105-120.

ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Ed. Mandamentos, São Paulo, 2003.

ROTHEMBURG, Walter Claudios: *Direitos dos descendentes de escravos (Remanescentes das comunidades de Quilombos)*. In: Daniel Sarmento, Daniela Ikawa e Flávia Piovesan (Orgs.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008, p. 445-475.

\_\_\_\_\_ *Parecer contrário ao projeto de decreto legislativo nº 44, de 2007, de autoria do deputado federal Valdir Colatto*. Disponível em [www.ccr6.pgr.mpf.gov.br](http://www.ccr6.pgr.mpf.gov.br).

SANCHÍS, Luís Pietro. *Leys, Principios, Derechos*. Dykison, Madrid, 1998.

SANTANA, Gilsely Bárbara Barreto. *A foto cabe na moldura? A questão quilombola e a interface com a Propriedade*”. Dissertação de Mestrado em Direito da Universidade de Brasília, defesa em 30.04.2008, orientadora Professora Ela Wiecko Volkmer de Castilho.

SANTANA, Marílson. *Fundamentação do estatuto próprio do direito das comunidades remanescentes de quilombos no estado democrático de direito*. Dissertação de Mestrado. Curso de Mestrado em Direito da Universidade de Brasília – UNB/2004. Orientador: Prof. Menelick de Carvalho Neto.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Um discurso sobre as ciências*. 12.<sup>a</sup> edição. Porto. Afrontamentos 2001.

\_\_\_\_\_ *La reinvención 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](http://www.ces.uc.pt/publicacoes/outras/200317/estado_plurinacional.pdf), acesso em 01.02.2010.

SANTOS, Gilda Diniz. Anais da Palestra: *Regularização de Territórios Remanescentes de Quilombos*, proferida em 01.12.2006 no curso de formação de Procuradores Federais do INCRA.

\_\_\_\_\_, *Uma contribuição para execução da regularização das terras de comunidades remanescentes de quilombos*. In: Revista de Direito Agrário, Ano 20, n.º 20, Associação Brasileira de Direito Agrário, Brasília, 2007, p. 41-58.

SANTOS, Tânia Maria dos. O Direito à cultura na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre. Editora Verbo Jurídico, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 1997

\_\_\_\_\_. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 7.ª Edição. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2009.

SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais. Estudos de Direito Constitucional*. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro 2010.

\_\_\_\_\_. *Parecer: A garantia do direito à posse dos remanescentes de quilombos antes da desapropriação*, 6ª Câmara de Conciliação do MPF - índios e minorias, disponível na Internet em <<http://ccr6.mpf.gov.br/institucional/grupos-de-trabalho/quilombos/documentos>>

\_\_\_\_\_. *Territórios Quilombolas e Constituição: A ADI 3.239-09 e a constitucionalidade do Decreto 4887/03*. Parecer apresentado em 2007, ao grupo de trabalho sobre Quilombos, Povos e Comunidades Tradicionais da 6.ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal – Procuradoria Geral da República.

SCHWARTZ, Stuart. *Mocambos, quilombos e Palmares: A resistência escrava no Brasil colonial*. In: Estudos Econômicos, Vol. 17, número especial, 1987.

SILVA, Cláudio Teixeira. *O usucapião singular disciplinado no artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias* – in Revista de Direito Privado. São Paulo. RT. N.º 11, pág. 83.

SILVA, Dimas Salustiano da. *Quilombos no Maranhão: a luta pela liberdade (uma interpretação do artigo 68 das DCT sob a ótica de um Direito Alternativo)*. Monografia de Conclusão do Curso – UFMA/Departamento de Direito. São Luís. 1991.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 13ª edição, São Paulo, Malheiros, 1997.

SIMEÃO, Álvaro Osório do Valle. *Soberania, Constitucionalismo e Mundialização do Direito*. Dissertação de Mestrado em Direito das Relações Internacionais. UNICEUB. Orientadora: Professora Maria Elizabeth Rocha.

SOWELL, Thomas. *Ação afirmativa ao redor do mundo*. Rio de Janeiro: Universidade, 2005.

SOUTO, João Carlos. *Suprema Corte dos Estados Unidos: Principais Decisões*, Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008.

SOUZA, Bárbara Oliveira. *Aquilombar-se. Panorama histórico, identitário e político do movimento quilombola brasileiro*. Dissertação de Mestrado em Antropologia Social, UNB. 2008.

SUNDFELD, Carlos Ari (org). *Comunidades Quilombolas: Direito a Terra*. Brasília: Fundação Cultural Palmares, 2001.

TREGONNI, Girolano Domenico. *Terras de quilombos: Caminhos e entraves do processo de titulação*. Editado por Girolano Domenico Tregonni, Belém, 2006.

VALE, André Rufino. *Estrutura das Normas de Direitos Fundamentais*. Ed. Saraiva, São Paulo, 2009

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Parecer sobre a ADI 3239, feito a pedido de Aracruz Celulose S.A. Nos autos do referido processo às folhas 448/494*

XIMENES, Júlia Maurmann. *O Comunitarismo & Dinâmica do Controle Concentrado de Constitucionalidade*. Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2010

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005 pp. 63/64