



UnB

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

CRISTIANO CELESTINO DOURADO BORGES AMORIM

POR DIREITOS E RECONHECIMENTO: AS COMUNIDADES
REMANESCENTES DE QUILOMBOS E AÇÃO DIRETA DE
INCONSTITUCIONALIDADE 3239-9/2004

Brasília
Dezembro 2016

CRISTIANO CELESTINO DOURADO BORGES AMORIM

**POR DIREITOS E RECONHECIMENTO: AS COMUNIDADES
REMANESCENTES DE QUILOMBOS E AÇÃO DIRETA DE
INCONSTITUCIONALIDADE 3239-9/2004**

Monografia de graduação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em direito sob orientação do Professor Dr. Guilherme Scotti e tendo como banca examinadora Ms. Givânia Maria da Silva e o Dr. Nelson Fernando Inocência da Silva

MEU SONHO NÃO FAZ SILÊNCIO

José Carlos Limeira

Meu sonho jamais faz silêncio
E a ninguém caberá calá-lo!
Trago-o como herança que me mantém desperto
Como esta cor não traduzida em versos,
Pois se fariam necessários muitos e tantos versos

Meu sonho vara madrugadas,
Som alto de timbales que se arrebatam em cânticos!
E trago-o como Olorum na crença,
Que não me pune em pecados,
Mas enche-me o peito grávido de esperanças
Como malungos marchando ao sol de novembro,
Subindo as serras,
Defesa e guerra.

Meu sonho jamais faz silêncio!
É a lança brilhante de Zumbi,
A espada de Ogum,
É o lê, o rumpi, é o rum,
É a fúria sem arreios,
Terra farta dos anseios,
Desacato, ato, sem freios!

Vôo livre da águia que não cansa,
Me faz erê, me faz criança.

Meu sonho jamais faz silêncio,
É um griot velho que me conta as lendas
De onde fisga tantas lembranças.

E com ele invado chats, pages, sites...
Na intimidade de corpos em dança
Perpetuando o gosto pelo correto.

Meu sonho é pura herança!
Rastro dos que plantaram, lutaram,
Construíram o que não usufruíam:
Areia que moldada em vaso
Onde não nos cabe culpas.
É lúcido ao sol dos trópicos, charqueado ao frio,
É como um fio

Grita alto e bom som:
Que o seio do amanhã nos pertence,
Carregamos toda pressa!

Meu sonho não faz silêncio,
E não é apenas promessa!

Planta em mim mesmo, na alma,
Palmares, Palmares, Palmares...
Pelo que de belo, pelo que de farto:
Muitos Palmares!

Dedicatória

Para minha mãe Dona Lindaura Dourado, Minha madrinha Carmélia Dourado de Brito e tia Cida de Paula Borges que estão aqui para ver que tudo aquilo deu nisso. Para que saibam que seus esforços não foram em vão e que todas as nossas vitórias são coletivas.

Para minha Vó Libinha por ser a tradução da palavra afeto

Para Lidiane C. Amorim de S. Dourado, meu amor, que me ensina que a luta vale pena, que o amor vale pena.

Aos meus irmãos Anita Dourado, Flávio Dourado, Arionete Dourado e Arilda Dourado por serem os melhores irmãos do mundo

Para Lucas e Mateus que me ensinam muito todo dia mesmo sem saber

Para nossas crianças Maria Clara, Pedro, David, Gabriela, Mateus e Helena com fé de que a luta não será em vão jamais e que amanhã vai ser melhor

(Em Memória)

Dona Maria Rosa da Conceição
Para Dona Enedina Francisca de Souza da Comunidade Quilombola de Lagoa das Piranhas- Bom Jesus da Lapa-BA

Para Seu Eliécio Rodrigues da Comunidade Quilombola de Vicentes Xique -Xique -BA

AGRADECIMENTOS

Talvez tarefa mais complexa do que produzir um texto é informar quem foi importante para que este texto viesse ao mundo. Um texto é sempre fruto de um trabalho coletivo. Muitos contribuem mesmo sem se dar conta.

E por conta de ser um trabalho coletivo, o risco maior do agradecimento é produzir injustiças e esquecer quem não pode nem deve ser esquecido. Correndo sérios riscos de cometer injustiças, mesmo que de modo totalmente involuntário, agradeço de coração a todas as pessoas que direta ou indiretamente me ajudaram a tornar este sonho possível. Gratidão é um sentimento maravilhoso e que nos faz feliz pela consciência da coletividade da jornada.

Agradeço:

A minha mãe Lindaura Dourado por toda inspiração e por sempre acreditar. Por ser quem é e por me incentivar a ser quem Eu Sou

A minha madrinha Carmélia Dourado por tudo

A Lidiane C. Amorim de S. Dourado pelo companheirismo e pela sabedoria da presença

A Tia Cida pelo bondade e pela generosidade sempre

A Luis Augusto Dourado e Jandira Martins pela generosidade sempre

A Paulo Otaviano Dourado e Rejane Bastos pelo apoio imprescindível

A Maria da Glória Marques Dourado (Goinha) por tudo

A Maria José Dourado (zeinha) pela generosidade

A José Reis (tio Zequinha) pela presença

A Laura Marques Dourado, Paulo Jackson Dourado, Sebastiana Dourado Monteiro da Costa, Lisaura de Castro Dourado, Maria Lídia de Castro Dourado, Maria do Carmo Dourado Pimenta, Francisco Dourado Primo (in memória) por todo o apoio.

Aos meus Primos-irmãos por serem meus amigos e melhores companheiros de jornada. George Dourado de Brito, David Dourado de Brito, Lais de Paula Borges, Laerte de Paula Borges, Moysés Monteiro Dourado da Costa, Thiago Dourado Pimenta, Francisco Dourado Pimenta, Maria Bernadete Dourado Pimenta.

Walter Valois pela parceria sempre

A Aerton Davi do Nascimento e José Brito por fazerem parte da minha infância

Aos EnegreSeres Lia Maria, Ana Flávia, Ana Luisa, Sabrina Faria, Bruna Rosa, Cris Pereira, Rafael Santos, Murilo Mangabeira, Wilton Santos, Wander Pavão, Silvio Rangel, Mariângela Andrade, Charliane Rosa, Raissa Gomes, Dalila Negreiros por serem tão imprescindíveis em minha vida.

A Fernanda, Raylon, Marina, Amanda, Jefferson, Eduardo, Euler, Charles Everton, Patrício, Johnson, Rochell, Diego, Sylvana, Roberto Wagner, Luciana, Erika Amélia, Cecília, Leandro e Pablo por formarem a equipe de trabalho mais maravilhosa de todos os tempos e os amigos que todos deviam ter.

A Christiane Borges, Luciana Resende, Liliane Fernandes, Ana Paula Meira, Flávia Squinca, João Marcos, Cristiane Fulgêncio, Daniel Gomes, Erica, Roberta Brangioni, Flávia Squinca, Edimara Diniz, Márcia Alves, Marcelo Machado, Tais Machado por ter tornado minha vida em Brasília muito mais alegre e muito mais interessante.

A Gilvan Gomes e Bernado Perondi pela amizade.

Aos desnecessários Eliane, Guilherme, Isabel, Luisa, Mateus, Milena, Pedro, Priscila e Vanessa pela amizade.

Aos Colegas da Coordenação de Regularização de Territórios Quilombolas Ângela Gregório, Bruna, Cássia Mendes, Danilo Pires, Fernanda Anjos, Guilherme Mansur, Isabelle Picelli, José Henrique, Julia Dalla, Costa, Ricardo Bressan, Roberto Almeida, Robervone Nascimento, Sara Rodrigues, Thaís Albano pela convivência que permite crescimento .

A Luiz Jardim pelas parcerias sempre.

A Christiane Amorim, Davyson Allis, Edioni Costa Yohane Rocha, Kelly Pimenta, Rafael Cavalcante, Sandra Henrique e Wellington Portugal por serem bons amigos.

A Savigny, Rosa Amélia, Talita, Guilherme, Misael, Jazon, Heloisa, Girneide, Mailane, Nara, Nanda pelo companheirismo de um tempo de saudades.

A João Borges e Evandro Peteca por serem os melhores professores.

Agradeço ao Professor Guilherme Scotti pela orientação atenciosa, generosa e necessária.

Agradeço aos membros da banca Givânia Maria da Silva da Comunidade Quilombola de Conceição das Crioulas e ao Professor Nelson Fernando Inocêncio da Silva do Instituto de Artes da UnB.

A "minha equipe de revisão" Danilo Farias, Lidiane C. Amorim de Sousa Dourado, Roberto Almeida, Robervone Nascimento, que ajudaram este texto ter menos erros

RESUMO

A monografia discute a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do Decreto 4887/2003 que regulamenta a titulação das terras das comunidades remanescentes de Quilombo prevista no art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988. O Decreto está sob julgamento do Supremo Tribunal Federal-STF a partir da Ação de Direta de Inconstitucionalidade - ADI 3239-9 proposta pelo Partido da Frente Liberal-PFL atual Partido Democratas. A partir dos dois votos já proferidos na ação, se busca demonstrar os argumentos favoráveis e contrários a constitucionalidade do Decreto.

PALAVRAS CHAVE – Quilombo, Remanescentes de Quilombo, Controle de Constitucionalidade, STF, ADI 3239, Direitos Territoriais

ABSTRACT

The monograph discusses the constitutionality or unconstitutionality of Decree 4887/2003 that regulates the titling of the lands of the remaining communities of Quilombo foreseen in art. 68 of the Transitional Constitutional Provisions Act of the Federal Constitution of 1988. The Decree is under judgment of the Federal Supreme Court-STF from the Direct Action of Unconstitutionality 3239-9 proposed by the Party of the Liberal Front -PFL current Democratic Party. From the two votes already given in the action, it seeks to demonstrate the arguments favorable and contrary to the constitutionality of the Decree.

KEY WORDS - Quilombo, Remnants of Quilombo, Constitutionality Control, ADI 3239

RÉSUMÉ

Cette monographie analyse la constitutionnalité ou inconstitutionnalité de la réglementation des terres de communautés quilombos, la garantie constitutionnelle de la reconnaissance de leur territoire prévus dans la Constitution et les dispositions énoncées dans l'article 68 de l'Acte des dispositions constitutionnelles transitoires et réglementés par le décret 4887/2003. Le décret est examiné par le Tribunal Suprême de l'action en inconstitutionnalité - ADI 3239-9 proposé par le Parti du courant avant Party PFL libéraux démocrates. D'après les deux votes déjà exprimés en action, il cherche à montrer les arguments pour et contre la constitutionnalité du décret.

Mots clefs : Quilombo, Contrôle de constitutionnalité, STF, L'action directe d'inconstitutionnalité 3239, Les droits territoriaux

LISTAS DE SIGLAS UTILIZADAS

ABA - Associação Brasileira de Antropologia

ADCT -Ato das Disposições Constitucionais Transitórias -ADCT

ADI -Ação Direta de Inconstitucionalidade

AGU - Advocacia Geral da União

CD/INCRA-Conselho Diretor do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária.

CDR/INCRA - Comitê de Decisão Regional do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária

CIDH - Corte Interamericana de Direitos Humanos-

DFQ - Coordenação Geral de Regularização de Território Quilombolas

INCRA - Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária

MPF - Ministério Público Federal

OIT - Organização Internacional do Trabalho

PFL - Partido da Frente Liberal

PFE - Procuradoria Federal Especializada

RTID - Relatório Técnico de Identificação e Delimitação-RTID

STJ - Supremo Tribunal de Justiça (atual STF)

STF - Supremo Tribunal Federal

TRF-4 - Tribunal Regional Federal da Quarta Região

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO:.....	13
INTRODUÇÃO.....	15
Capítulo 1: O CONCEITO JURÍDICO DE QUILOMBO: DIÁLOGOS ENTRE DIREITO, ANTROPOLOGIA E A HISTORIOGRAFIA.....	19
Capítulo 2: OS VOTOS PROFERIDOS NA ADI 3239.....	28
2.1- VOTO DO RELATOR MINISTRO CESAR PELUSO.....	35
2.2- O VOTO DA MINISTRA ROSA WEBER.....	38
Capítulo 3: COMUNIDADES NEGRAS RURAIS EM DIREITO COMPARADO: UM ESBOÇO	43
Capítulo 4: O ART. 68 DO ADCT E A DISPUTA DE INTERPRETAÇÃO.....	47
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	58
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	60

APRESENTAÇÃO:

Nós fomos sofridos, nós fomos reprimidos, nós fomos sacrificados, sofremos aqui, fiquemos escondidos e até agora esse pedaço de terra que antes nos pertenceu, que antes nos era dado a liberdade de poder plantar. A liberdade, né? A liberdade de ter tudo aqui nesse território. Agora pros outros tomarem assim, alguma coisa tem que ser feita

Miguel Antônio de Souza, 2008

Comunidade Remanescente de Quilombo de Lagoa das Piranhas Bom Jesus da Lapa Bahia

A escolha do meu objeto de pesquisa está intimamente imbricada com minha trajetória acadêmica e profissional, e sobretudo, com minha história de vida.

Até os 16 anos vivi numa pequena cidade rural brasileira: América Dourada, no sertão da Bahia, e a realidade rural sempre fez parte do meu cotidiano.

No ano de 2002, iniciei na Universidade de Brasília o curso de Ciências Sociais no qual me graduei em 2005 com habilitação em antropologia. Na graduação em antropologia fiz minha monografia de final de curso sobre a trajetória de uma estudante e de um estudante negros da Universidade de Brasília, com o título Narrar é E(r)xistir: a trajetória de dois estudantes negros da Universidade de Brasília. Desde então a temática racial tem sido uma preocupação também acadêmica. Como estudante negro, a temática racial foi uma preocupação desde os primeiros anos, mesmo que muitas vezes não soubesse ou tivesse plena consciência.

Em 2004-2005 fui estagiário na 6ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal em Brasília e desde então o tema Quilombo tornou-se uma preocupação acadêmica.

Durante minha primeira graduação, participei do EnegreSer, um coletivo de estudantes negras e negros fundado na UnB e que foi fundamental em minha formação.

Em 2007 e 2008 trabalhei como antropólogo na Superintendência do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA na Bahia em um convênio firmado com a Universidade Estadual de Feira de Santana, participando da elaboração do Relatório Antropológico da Comunidade Quilombola de Lagoa das Piranhas no Município de Bom Jesus da Lapa-BA.

Assim, falo de um duplo lugar, ou da intersecção de dois lugares. Uma trajetória acadêmica e profissional ligada a discussão racial e étnica de um lado e de outro uma trajetória pessoal de um negro Brasileiro.

Do cruzamento destes dois lugares, chego ao meu objeto de pesquisa e este não me é indiferente. E aqui se coloca um desafio para o ser pesquisador. Como se aproximar de um objeto de pesquisa tão próximo e tão significativo e ao mesmo tempo não perder a pretensão de produzir conhecimento válido. O desafio foi aceito e assim apresento o texto produzido deixando nítido para o leitor o lugar de fala do autor.

Desde o ano de 2013, ocupo o cargo efetivo de Analista em Reforma e Desenvolvimento Agrário do INCRA na especialidade Antropologia com lotação na Coordenação Geral de Regularização de Territórios Quilombolas - DFQ na Sede do Instituto em Brasília. Isto significa que o meu objeto de pesquisa é também o objeto de trabalho cotidiano.

INTRODUÇÃO

Um férreo e rígido monopólio do poder permanece, no Brasil, nas mãos da camada “branca” minoritária, desde os tempos coloniais até os dias de hoje, como se tratasse de um fenômeno de ordem “natural” ou de um perene direito “democrático”. O mito da “democracia racial” está fundado sobre tais premissas dogmáticas. Dai resulta o fato surpreendente de todas as mudanças socioeconômicas e políticas verificadas no país, desde 1500 a 1978, não terem exercido a menor influência na estrutura de supremacia racial branca, que continua impávida - intocada e inalterável.

Abdias do Nascimento

Os homens e as mulheres da África, e de descendência africana, têm tido uma coisa em comum - uma experiência de discriminação e humilhação imposta sobre eles por causa de sua origem africana. Sua cor foi transformada tanto na marca como na causa de sua pobreza, sua humilhação e sua opressão.

Julius Nyerere.

O objetivo da pesquisa é fazer uma análise comparativa dos argumentos apresentados no âmbito do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI 3239-9 de 2004 impetrada pelo Partido da Frente Liberal – PFL, atual Partido Democratas. Nesta ação, o Partido questiona a constitucionalidade do Decreto 4887/2003 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 - ADCT, da Constituição de 1988. As comunidades quilombolas são grupos étnicos brasileiros que se autodefinem a partir de sua relação com seus territórios, seu parentesco e sua ancestralidade negra.

O problema de pesquisa a ser respondido é: “quais os argumentos favoráveis a constitucionalidade do Decreto 4887/2003 e quais os argumentos contrários a constitucionalidade do Decreto. A hipótese de pesquisa posta foi a seguinte: a definição de constitucionalidade ou inconstitucionalidade do Decreto 4887/2003 está relacionada com a interpretação a ser dada ao artigo 68 do ADCT.

Esta decisão a ser tomada no âmbito da ADI 3239-9 reveste-se de grande interesse por sua enorme repercussão, tendo em vista que a decisão do Supremo Tribunal Federal é vinculante para todas as instâncias inferiores.

Além dos votos já proferidos no julgamento no Supremo Tribunal Federal - STF e da petição inicial, a monografia utiliza levantamento bibliográfico, pesquisa de jurisprudência nacional e internacional e também dados oficiais do governo brasileiro.

Segundo a Fundação Cultural Palmares, atualmente já foram emitidas 2404 certidões para 2855 comunidades certificadas nas cinco regiões do país, sendo 1804 no Nordeste, 402 no Sudeste, 351 no Norte, 172 no Sul e 126 no Centro-Oeste. Existem ainda 326 processos de certificação abertos ainda não concluídos.¹

O processo de regularização fundiária dos territórios quilombolas segue o seguinte fluxograma:²

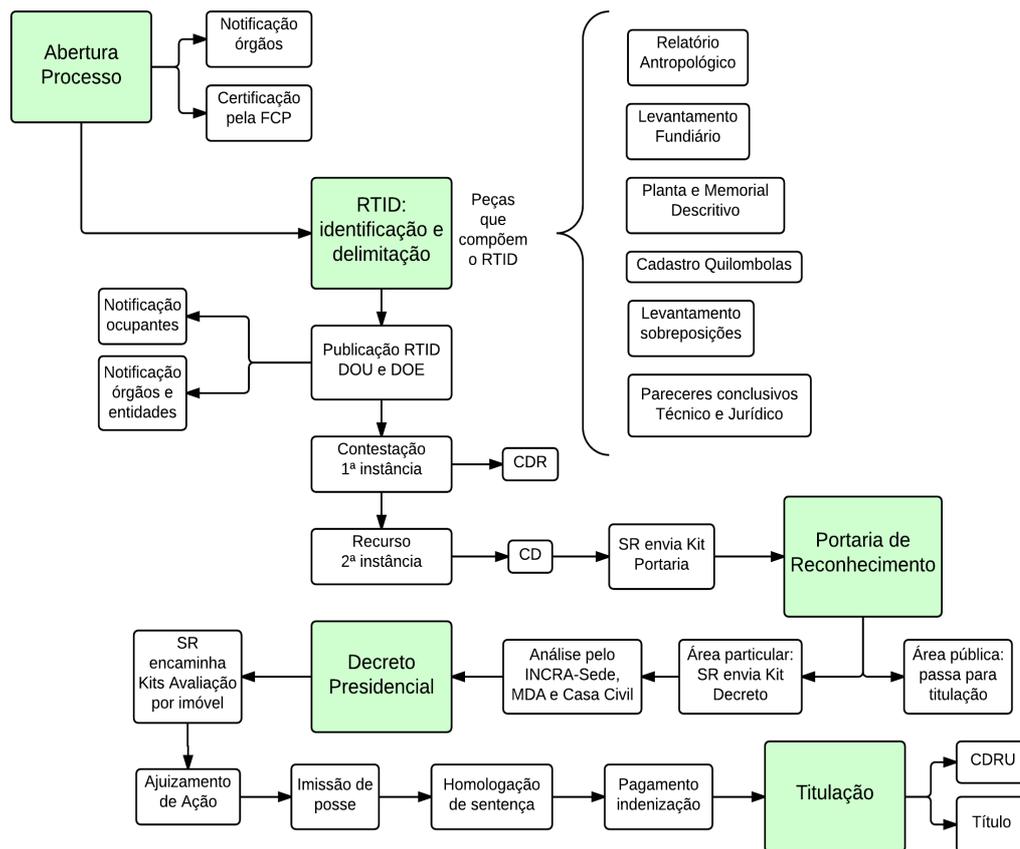


Figura 1. Elaborado pela Coordenação Geral de Regularização de Territórios Quilombolas

1

Dados disponíveis em http://www.palmares.gov.br/?page_id=88

2 Fluxograma da Coordenação Geral de Regularização de Quilombos do INCRA. Para maiores detalhes acerca dos dados de regularização fundiária quilombola no INCRA em http://www.incra.gov.br/sites/default/files/incra-andamentoprocessos-quilombolas_quadrogeral.pdf acesso em novembro de 2016

O processo pode ser aberto de ofício ou a requerimento da comunidade.³. Até setembro de 2016, havia 1533 processos de regularização fundiária de Territórios Quilombolas, sendo 872 no Nordeste, 279 no Sudeste, 130 na região Norte, 143 no Sul e 109 na região Centro Oeste.⁴

Daí, o INCRA deve iniciar a elaboração do Relatório Técnico de Identificação e Delimitação - RTID composto de 6 peças técnicas. Após a publicação do Relatório, é aberto prazo para contestação em 1ª instância que são julgados pelo Comitê de Decisão Regional -CDR de cada Superintendência Regional. Depois do período de contestações pode ser impetrado recurso em segunda instância ao Conselho Diretor - CD do INCRA em Brasília.

Após a finalização do RTID pela Superintendência Regional do INCRA respectiva e julgamento das contestações e recursos, a presidência do INCRA deverá proceder a publicação da Portaria de Reconhecimento do Território Identificado.

Em seguida, deve ser emitido Decreto presidencial reconhecendo o território como de interesse social, o que possibilitará a desapropriação de imóveis de terceiros incidentes no território. Após a decretação, o INCRA deve indenizar os títulos de propriedade incidentes na área decretada e proceder a titulação do território.

Caso a área do território quilombola identificado pelo INCRA incida sobre terras de domínio da União, o INCRA deverá adotar os procedimentos previstos na Portaria Interministerial MPOG/MDA nº 210/2014, que trata da delegação de competência ao INCRA para outorgar a beneficiários de projetos federais de assentamento de reforma agrária e a grupos remanescentes das comunidades dos quilombos a Concessão de Direito Real de Uso - CDRU ou a transferência do domínio pleno de terrenos rurais da União, contemplados nos incisos I, III, IV e VII do art. 20 da Constituição Federal, que estejam sob gestão exclusiva da Secretaria do Patrimônio da União do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão - SPU/MP.

O INCRA já publicou 213 relatórios técnicos, 121 portarias de reconhecimento de territórios quilombolas, 82 decretos de declaração de interesse social e foram emitidos 86 títulos de propriedade⁵

³ Para maiores informações sobre os processos autuados no Incra <http://www.incra.gov.br/sites/default/files/incra-processosabertos-quilombolas-v2.pdf> acesso em novembro de 2016

⁴ Dados Disponíveis em <http://www.incra.gov.br/sites/default/files/incra-processosabertos-quilombolas-v2.pdf>

⁵ Dados disponíveis em http://www.incra.gov.br/sites/default/files/incra-andamentoprocessos-quilombolas_quadrogeral.pdf.

Para facilitar a compreensão, dividi o texto em 4 partes. No capítulo primeiro, o conceito jurídico de quilombo: diálogos entre direito, antropologia e a historiografia, busco resgatar nos campos do Direito, da Antropologia e da Historiografia conceitos de quilombo circulantes, tentando compreender como o Direito Constitucional tem lidado com as dificuldades que o tema traz pra dentro do campo e, neste sentido, tentado formular um conceito jurídico de Quilombo.

No capítulo segundo faço uma análise dos dois votos já proferidos no Julgamento da ADI 3239-9 e também contribuições de Amici Curiae.

No Capítulo terceiro, analiso a disputa de significado em torno do art. 68 do ADCT e o papel desta disputa no julgamento da Ação. No quarto e último capítulo, faço um breve relato do direito das Comunidades Negras Rurais em alguns países da América e como a Corte Interamericana de Direitos Humanos julgou dois casos paradigmáticos do tema. Finalizo com algumas considerações acerca da discussão empreendida ao longo da monografia.

Capítulo 1: O CONCEITO JURÍDICO DE QUILOMBO: DIÁLOGOS ENTRE DIREITO, ANTROPOLOGIA E A HISTORIOGRAFIA

A terra é o meu quilombo,
o meu espaço é o meu quilombo.
Onde eu estou, eu estou,
quando estou eu sou.

Beatriz Nascimento

El mundo que queremos es uno donde quepan muchos mundos. La patria que construimos es una donde quepan todos los pueblos y sus lenguas, que todos los pasos la caminen, que todos la rían, que la amanezca a todos.

Comité Clandestino Revolucionario Indígena, 2 de enero de 1996 Ceceña

O processo de formação histórica da sociedade brasileira conta com o trabalho construtivo dos africanos e africanas que para cá foram trazidos à força por e seus descendentes. Ressalta-se que esta participação foi resultado de ações exploratórias e forçadas. Estima-se que mais de três milhões de africanos⁶ foram trazidos para o Brasil e submetidos à escravidão.

Neste contexto, a formação de Quilombos ocupa lugar de destaque e tem sido objeto de estudo dos mais diversos campos do conhecimento. O processo de formação dos Quilombos é múltiplo. Compra de terras, doações. Ocupação de terras livres e isoladas. Recebimento de herança, pagamentos por serviços e até mesmo a permanência de escravizados em terras abandonadas. Uma diversidade enorme de processos.

Quilombo é, assim, um conceito político, mas também um conceito síntese da luta dos descendentes de africanos desde a chegada do primeiro escravizado no país. Pensar Quilombo implica em pensar um conceito imbricado na formação histórica brasileira. Quilombo então, nesta perspectiva, pode ser compreendido também como uma oposição à condição de subalternização dos africanos e africanas que aqui aportaram e seus descendentes.

⁶ (Parecer da Associação Brasileira de Antropologia, Grupo de Trabalho Quilombos, 2012 disponível em www.abant.org.br).

Como forma de luta e de oposição, é inegável que o Quilombo repercute naquilo que o Brasil é mas também naquilo que o Brasil pode ser. O grande intelectual negro e grande estudioso do tema, Edison Carneiro, acerca da importância do Quilombo na vida nacional aponta que:

O quilombo, foi, portanto, um acontecimento singular na vida nacional, seja qual for o ângulo por que o encaremos. Como forma de luta contra a escravidão, como estabelecimento humano, como organização social, como reafirmação dos valores das culturas africanas, sob todos estes aspectos o quilombo revela-se como um fato novo, único, peculiar (CARNEIRO, 2001 p.20).

Em relação ao conteúdo, o antropólogo Kabengele Munanga afirma que:

o quilombo brasileiro é, sem dúvida, uma cópia do quilombo africano reconstruído pelos escravizados para se opor a uma estrutura escravocrata, pela implantação de uma outra estrutura política na qual se encontraram todos os oprimidos. Escravizados, revoltados, organizaram-se para fugir das senzalas e das plantações e ocuparam partes de territórios brasileiros não-povoados, geralmente de acesso difícil. Imitando o modelo africano, eles transformaram esses territórios em espécie de campos de iniciação à resistência, campos esses abertos a todos os oprimidos da sociedade (negros, índios e brancos), prefigurando um modelo de *democracia plurirracial que o Brasil ainda está a buscar*” (MUNANGA, 1995-96, p. 63, grifo no original).

Munanga nos traz o conceito de Quilombo com um claro referente em África. O Quilombo seria então uma forma de oposição à estrutura escravocrata. Contudo, é preciso ressaltar que os Quilombos, ao contrário do que se afirma no senso comum brasileiro, em raríssimos casos, se confundem com a figura do isolamento. Como oposição ao modelo escravagista, está inserido na dinâmica colonial e o isolamento absoluto foi o traço central de poucas experiências históricas⁷.

O Quilombo como organização social é, pois, um elemento central da dinâmica colonial. Seja como contraponto da organização social escravagista, seja como instituição autônoma. O quilombo funciona como *locus* privilegiado da luta política contra a escravidão.

Toda a estrutura formal de dominação descrita, todavia, não foi capaz de impedir que, nas brechas do sistema, o grupo social negro recusasse coletivamente a complementaridade racial e a subordinação imposta pelo poder colonial português; não foi capaz de impedir, sobretudo, que os negros se reapropriassem dos conteúdos de sua diversidade étnica e construíssem ou reconstruíssem identidades, estabelecendo a partir delas vínculos diretos com a terra o exemplo talvez mais clássico disso seja, no período colonial, os quilombos (SILVA .p.153-154).

⁷ Quanto a dinâmica dos quilombos ver: Reis 2006; Nascimento 1980.

Durante muito tempo, o conceito jurídico de Quilombo adotado foi o utilizado como “*resposta ao rei de Portugal em virtude de consulta feita ao Conselho Ultramarino, em 1740*”, onde: “*toda habitação de negros fugidos, que passem de cinco, em parte despovoada, ainda que não tenham ranchos levantados e nem se achem pilões nele*” (ALMEIDA, 1996, p. 47). No entanto, essa definição é restritiva e não dá conta das dinâmicas sociais pelas quais os atuais grupos quilombolas passaram e tampouco dá conta da imensa diversidade que a formação assumiu em seu período colonial:

A historiadora Beatriz Nascimento afirma que:

A primeira referência a quilombo que surge em documento oficial português data de 1559, mas somente em 1740, em 2 de dezembro, assustadas frente ao recrudescimento dos núcleos de população negra livres do domínio colonial, depois das guerras do nordeste no século XVII, as autoridades portuguesas definem, ao seu modo, o que significa quilombo: “*toda a habitação de negros fugidos que passem de cinco, em parte desprovida, ainda que não tenham ranchos levantados nem se achem pilões neles*” (NASCIMENTO, 2006 p.119).

O antropólogo Alfredo Wagner Berno de Almeida aponta para diversidade das formações dos Quilombos:

houve escravo que não fugiu, que permaneceu autônomo dentro da esfera da grande propriedade e com atribuições diversas, houve aquele que sonhou em fugir e não conseguiu fazê-lo, houve aquele que fugiu e foi recapturado, e houve esse que não pode fugir porque ajudou os outros a fugirem e seu papel era ficar (ALMEIDA, 1996, p. 61).

Os cinco elementos que compõem a definição de Quilombo do conselho ultramarino funcionaram como a definição oficial de Quilombo que como tal serviu de parâmetro jurídico, especialmente para o processo de enfrentamento dos Quilombos pela empresa colonial:

Esses cinco elementos funcionaram como definitivos e como definidores de *quilombo*. Jazem encastrados no imaginário dos operadores do direito e dos comentadores com pretensão científica. Daí a importância de relativizá-los realizando uma leitura crítica da representação jurídica que sempre se mostrou inclinada a interpretar o quilombo como algo que estava fora, isolado, para além da civilização e da cultura, confinado numa suposta autossuficiência e negando a disciplina do trabalho (ALMEIDA, 1996, p. 49).

Interessante notar que desde 1740 até o período republicano esta definição oficial de Quilombo composta dos cinco elementos mencionados praticamente não sofre alteração, Vale ressaltar que na

legislação republicana nem aparecem mais, pois com a abolição da escravatura imaginava-se que o quilombo automaticamente desapareceria ou não teria mais razão de existir. Constata-se um silêncio nos textos constitucionais sobre a relação entre os ex-escravos e a terra, principalmente no que tange ao símbolo de autonomia produtiva representado pelos quilombos. E quando é mencionado na Constituição de 1988, 100 anos depois, o quilombo já surge como sobrevivência, como 'remanescente'. Reconhece-se o que sobrou, o que é visto como residual, aquilo que restou, ou seja, aceita-se o que já foi. Julgo que, ao contrário, se deveria trabalhar com o conceito de quilombo considerando o que ele é no presente (ALMEIDA, 1996, p. 53).

Rompendo com o sentido estrito de fuga, há ainda a compra de terras por escravos alforriados, e isso deve ser considerado uma vez que foi uma forma muito comum de formação de quilombos, principalmente após a abolição:

Assim, as áreas adquiridas mediante transações mercantis tornam-se também passíveis de ser contempladas: como não estão regularizadas e os formais de partilha não foram feitos, permanecem 'intrusadas' e constituem fonte de conflito. As áreas de herança, garantidas pelos direitos de sucessão, mas usurpadas e griladas inscrevem-se nesse quadro. Os descendentes e herdeiros constituem os principais agentes sociais em diversas situações analisadas. Inúmeras pesquisas chamam a atenção para isso, recorrendo às técnicas de história oral pelas quais os agentes sociais que receberam as terras como herança narram as dificuldades da formalização (ALMEIDA, 1996, p. 62).

O que é fato já amplamente comprovado nos estudos historiográficos e antropológicos é a diversidade dos tipos e formações quilombolas. É também preciso destacar a diversidade dentro dos próprios quilombos. Para o historiador João Reis:

O quilombo podia ser pequeno ou grande, temporário ou permanente, isolado ou próximo dos núcleos populacionais; a revolta podia reivindicar mudanças específicas ou a liberdade definitiva, e esta para grupos específicos ou para os escravos em geral. Além dessas questões mais amplas, há outras relativas ao contexto histórico mais favorável ao surgimento de quilombos e revoltas, o perfil de seus participantes e líderes, suas motivações e vocabulário (REIS, 1995/1996, p.16).

O ministro Agostinho Marques Perdigão Malheiros do antigo Supremo Tribunal de Justiça que é antepassado do nosso atual STF relata em seu livro de 1866 a existência do Quilombos ou Mocambos:

Entre nós foi freqüente desde tempos antigos, e ainda hoje se reproduz, o fato de abandonarem os escravos a casa dos senhores e internarem-se pelas matas ou sertões, eximindo-se assim de fato ao cativo, embora sujeitos à vida precária e cheia de privações, contrariedades e perigos que aí pudessem ou possam levar. Essas reuniões foram denominadas quilombos ou mocambos; e os escravos assim fugidos (fossem em grande ou pequeno número) quilombolas ou calhambolas. No Brasil tem sido fácil aos escravos em razão de sua extensão territorial e densas matas, conquanto procurem eles sempre a proximidade dos povoados para poderem prover às suas necessidades, ainda por via do latrocínio (PERDIGÃO MALHEIROS 1866, p.28-29).

Destaca-se que o texto de Perdigão Malheiros é de 1866 e já nesta época a discussão acerca dos quilombos está presente. É preciso lembrar que o autor era membro da Suprema Corte, o que denota que o tema era preocupação da elite jurídica do Império.

A fala de Almeida em relação ao entendimento atual de Quilombo, rompe com a definição antiga e desvincula da ideia de que os atuais quilombolas são “sobras, reminiscências” do passado, deve-se olhar para o futuro, e considerar que:

o ponto de partida da análise crítica é a indagação de como os próprios agentes sociais se definem e representam suas relações e práticas em face dos grupos sociais e agências com que interagem. [...] O importante aqui não é tanto como as agências definem, ou como uma ONG define, ou como um partido político define, e sim como os próprios sujeitos se autorrepresentam e quais os critérios político-organizativos que norteiam suas mobilizações e forjam a coesão em torno de uma certa identidade. Os procedimentos de classificação que interessam são aqueles construídos pelos próprios sujeitos a partir dos próprios conflitos, e não necessariamente aqueles que são produto de classificações externas, muitas vezes estigmatizantes (ALMEIDA, 1996, pp. 67 e 68).

É preciso insistir na diversidade dos Quilombos. Imaginá-lo como um local distante, isolado e resultado unicamente de fuga nem de longe dá conta do processo diverso e múltiplo na formação dos Quilombos: Para o historiador João Reis:

Entende-se atualmente que a população nos quilombos **não era constituída apenas de escravos fugidos e seus descendentes**. Para os quilombos também convergiram outros tipos de trãnsfugas, como soldados desertores, os perseguidos pela justiça secular e eclesiástica, aventureiros, vendedores, índios e brancos. Logo, nos quilombos predominou a reinvenção, a mistura de valores e instituições várias, a escolha de uns e descarte de outros recursos culturais vindos como os diferentes grupos étnicos africanos ou aqui encontrados entre os brancos e índios (REIS, 1995/1996, sem grifo no original).

As raízes coloniais profundas do conceito de Quilombo têm um aspecto penal sobressalente. Também ressaltam-se os usos do conceito para fins de perseguição dos escravizados e escravizadas em fuga; assim, a descolonização do conceito é muito importante para compreensão dos sentidos atualmente atribuídos. A colonialidade não é elemento secundário nesta disputa de sentido do termo Quilombola e por isso é tão importante. Catherine Walsh nos traz que:

Es esta matriz de colonialidad en su conjunto que ha estructurado –y sigue estructurando– las sociedades de América del Sur, dando el marco (capitalista, moderno, colonial, cristiano) para la vida en sociedad «nacional»; es desde allí que la ambigüedad fundacional de la nación y su modelo de Estado y sociedad excluyentes asumen base y toman fuerza. Con esta ambigüedad fundacional me refiero al carácter uninacional del Estado –de todos los Estados sudamericanos– y a la naturaleza monocultural de sus estructuras e instituciones sociales y políticas, productos de la complicidad de la modernidad-colonialidad y su modelo «civilizatorio» y universalizante asumido como propio por los grupos dominantes nacionales y luego impuesto sobre «el resto» (WALSH, 2008, p.139).

Desta maneira, pensar o conceito de Quilombo como fonte de políticas de reconhecimento se choca com este modelo estruturado na colonialidade e no racismo que está imbricado na formação brasileira. O racismo, como estrutura⁸ da sociedade brasileira, desde a chegada do(a) primeiro(a) africano(a) escravizado(a), é fundamental para se entender a discussão acerca dos Quilombos.

De modo que não é difícil imaginar o Quilombo como espaço privilegiado de luta. A disputa em torno da conceituação do que seja Quilombo é uma continuidade da luta. A luta se deu, se dá e se dará com muitas armas. As palavras são armas de luta também. Um das mais importantes.

A “abolição dos escravos”, em 1888, ocorreu de forma incompleta: aos escravizados foi dada a liberdade, sem, contudo, dar-lhes meios de garantir sua existência sociocultural. Além disso, os locais utilizados pelos negros após a abolição, como lugar de moradia e de manutenção de uma autonomia relativa, foram desqualificados, como lugares “perigosos” e apropriados por grupos que aqui chegavam e por oligarquias locais. A própria Lei de Terras de 1850, que colocava os africanos e seus descendentes na categoria de “libertos”, negou-lhes a condição de proprietários. Terra comprada, herdada, doada por ex-senhores ou pelo Estado são alguns exemplos da origem da apropriação dos territórios quilombolas. A manutenção deste espaço passou a ser uma espécie de resistência que se prolonga ao longo de gerações, neste cenário surge a expressão “quilombo” (Parecer da Associação Brasileira de Antropologia, Grupo de Trabalho Quilombos, 2012).

A titulação dos territórios quilombolas é fundamental para própria reprodução das comunidades:

A aplicação do direito constitucional, através da titulação dessas áreas, para estar em consonância com a viabilização de um padrão de existência que seja compatível e que assegure a vida nos seus próprios termos, significaria menos quantificar ou traçar meramente um espaço físico esvaziado de seu sentido social, e mais justamente recuperar a idéia de que estes espaços sociais estão qualificados e atravessados por redes de relações que, postas em curso, garantem a própria permanência do grupo neste território (CHAGAS, 2001, p.228).

No contexto de disputa de sentido dos conceitos e também na luta por direitos, na compreensão de um conceito de Quilombo que dê conta da diversidade de situações existentes no mundo da vida é muito importante o conceito de grupo étnico.

⁸ Ver BOURDIEU, Pierre. O poder simbólico, 1989

E nesse sentido, os limites desse grupo étnico é definido pelo próprio grupo, como coloca Fredrik Barth em *O guru, o iniciador e outras variações antropológicas* (2000). A contrastividade cultural entre os indivíduos passa a depender de “sinais diacríticos”, diferenças que os atores sociais consideram significativas, e não das diferenças ditas objetivas listadas por um observador externo.

Grupos étnicos distinguem-se de outros grupos, por exemplo, de grupos religiosos, na medida em que se entendem a si mesmos e são percebidos pelos outros como contínuos ao longo da história, provindos de uma mesma ascendência e idênticos malgrado separação geográfica. Entendem-se também a si mesmos como portadores de uma cultura e de tradições que os distinguem de outros (CARNEIRO DA CUNHA, 1986, p. 117).

Para Arruti (2003), a referência teórica fundamental dessa definição é expressamente o conceito de grupos étnicos. O uso deste conceito impõe uma definição de remanescentes de Quilombos alicerçada em critérios subjetivos e contextuais, marcados pela ideia de constratividade. O conceito surge associado à ideia de uma afirmação de identidade (quilombola) que é sintetizada pela noção de *auto-definição*, como previsto na Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho. Por isso, o rótulo Quilombo, hoje, não estaria apenas relacionado ao que o grupo foi no passado atávico, mas à sua capacidade de mobilização para negar um estigma e reivindicar cidadania.

O Grupo de trabalho Quilombos da Associação Brasileira de Antropologia – ABA formulou o seguinte conceito de Quilombo:

Quilombo não se refere a resíduos ou resquícios arqueológicos de ocupação temporal ou de comprovação biológica. Também não se trata de grupos isolados ou de população estritamente homogênea. **Nem sempre foram constituídos a partir de movimentos insurrecionais ou rebeldes.** Sobretudo consistem em grupos que desenvolveram práticas cotidianas de resistência na manutenção e na reprodução de modos de vida característicos e na consolidação de território próprio. A identidade desses grupos não se define por tamanho nem número de membros, mas por experiência vivida e versões compartilhadas de sua trajetória comum e da continuidade como grupo. **Constituem grupos étnicos conceituados pela antropologia como tipo organizacional que confere pertencimento por normas e meios de afiliação ou exclusão** (ABA, 1994, sem grifos no original).

A Instrução Normativa do INCRA nº 57/2009, norma para elaboração do Relatório Antropológico, peça central do Relatório Técnico de Identificação e Delimitação que é utilizado no processo de regularização fundiária dos territórios Quilombolas, prescreve no artigo 10, Inciso I, alínea a, que na elaboração do relatório antropológico deve conter:

1. apresentação dos conceitos e concepções empregados no relatório (referencial teórico), observem os critérios de autoatribuição, que permita caracterizar a trajetória histórica própria, as relações territoriais específicas, com presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida.

Os Quilombos atuais são “grupos que desenvolveram práticas de resistência na

manutenção e reprodução de seus modos de vida característicos num determinado lugar”, em que sua identidade é definida por uma “*referência histórica comum, construída a partir de vivências e valores partilhados*” (ARRUTI, 2003, p.16).

Após a discussão acerca do conceito de Quilombo ou, melhor dizendo, dos conceitos de Quilombo e definições que o Direito tem dado ao conceito, bem como da contribuição da antropologia e da historiografia, passo à discussão da petição inicial e também dos dois votos já proferidos no âmbito da ADI 3239-9 e, ainda, os argumentos constantes nas petições das instituições que se apresentaram como *amici curiae*. Ao final do capítulo, explico como o tema tem sido tratado no Direito comparado com a análise de dispositivos constitucionais de alguns países e decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos-CIDH.

Capítulo 2: OS VOTOS PROFERIDOS NA ADI 3239.

Essas terra aqui era tudo comum. O único dono era o Senhor Bom Jesus da Lapa. Todo pé de barriguda daqui tinha aqui uma marca de BJ do Bom Jesus, os gados de antigamente meu pai contava que também tinham esse BJ. Mas, ninguém daqui não pagava nada. A terra aqui era livre, era tudo comum, não tinha fazendeiro. Nós das Piranhas que era os fazendeiros, que nós plantava pra nós mesmo.

Dona Maria Rosa da Conceição (1910-2012)
Comunidade Remanescente de Quilombo de Lagoa das
Piranhas Bom Jesus da Lapa-BA
em memória

Quando eu vejo o rio sair dessa vazante aí, ô meu pai do céu!
Eu tenho uma vontade de possuir um pedacinho de roça de
vazante, porque todo ano eu nunca passei uma seca aqui
dentro dessa Piranha não, era lá na roça. Antônio plantava era
cedo, nós não ficava aqui não.

Dona Enedina Francisca de Souza (1931- 2009)
Comunidade Remanescente de Quilombo de Lagoa das
Piranhas Bom Jesus da Lapa -BA em memória

Como dito, trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Partido da Frente Liberal – PFL, atual Partido Democratas, em 25 de junho de 2004, em face do Decreto 4.887, de 20 de novembro de 2003, que regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos objeto do art. 68 do ADCT.

Em 18 de abril de 2012, quase oito anos após o ajuizamento da ação, o relator César Peluso proferiu o seu voto. Após o voto, o julgamento foi suspenso em virtude de pedido de vista da ministra Rosa Weber. O julgamento retornou em 25 março de 2015 quando a ministra Rosa Weber proferiu seu voto e o julgamento foi novamente suspenso após pedido de vista do ministro Dias Toffóli. E assim se encontra.

Esta é a primeira vez que a questão chega para discussão no Supremo Tribunal Federal. Nas instâncias inferiores, o Decreto 4887/2003 tem sido objeto de intensos debates jurídicos.⁹ Muitos

são os casos em que a constitucionalidade do Decreto está em discussão. Como paradigma desta discussão, podemos tomar a decisão tomada no caso Invernada dos Negros no Estado de Santa Catarina.¹⁰ A inconstitucionalidade do Decreto foi alegada por dois recorrentes e o caso chegou ao TRF 4 que em controle concreto julgou pela constitucionalidade.

O modelo de controle de constitucionalidade abstrato adotado pela Constituição de 1988 atribui ao Supremo Tribunal Federal - STF a competência para julgar os casos em que se apresenta controvérsia constitucional.

O controle de constitucionalidade abstrato é exercido sobre lei ou ato normativo federal ou lei estadual, tendo como parâmetro unicamente a Constituição Federal de 1988. Assim, o controle de constitucionalidade em abstrato visa observar se determinada norma tem compatibilidade com a Constituição.

Caso seja constatada sua incompatibilidade, deve ser declarada inconstitucionalidade com efeitos *ex tunc*, ou seja, retroagindo seus efeitos (que podem ser modulados pelo STF) e *erga omnes*, ou seja, não restritos às partes que porventura façam parte da lide. A declaração de inconstitucionalidade vale para todos e é vinculante para toda a administração pública direta e indireta e também para o poder judiciário. O que significa que o entendimento dado à questão pelo STF deve ser seguido pelo Poder Executivo e pelo Judiciário. Por isso mesmo o papel da jurisdição constitucional tem ganhado relevo nos últimos anos. Nas palavras de Paulo Bonavides:

A Constituição é cada vez mais, num consenso que se vai cristalizando, a morada da justiça, da liberdade, dos poderes legítimos, o paço dos direitos fundamentais, portanto, a casa dos princípios, a sede da soberania. A época constitucional que vivemos é a dos direitos fundamentais que sucede a época da separação de poderes. Em razão disso, cresce a extraordinária relevância da jurisdição constitucional, ou seja, do controle de constitucionalidade, campo de batalha da Lei Fundamental onde se afiança juridicamente a força legitimadora das instituições. Em verdade, a justiça constitucional se tornou uma premissa da democracia: a democracia jurídica, a democracia com legitimidade (BONAVIDES, 2004 p. 127).

Assim, torna-se evidente o importante papel do controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro.

Este controle concentrado exige que o autor seja um dos legitimados contantes do texto constitucional. Assim, quanto a legitimidade ativa do autor para demandar o controle concentrado de constitucionalidade está em conformidade com o art. 103, inciso VIII da Constituição Federal e com a Lei 9868/1999, art. 2º, inciso VIII. Sendo o PFL, atual Democratas, um partido político com representação no Congresso Nacional pode ele demandar o Supremo Tribunal Federal para que seja

Luiza Corrêa Andrade COMUNIDADES QUILOMBOLAS NO JUDICIÁRIO BRASILEIRO: Análise Comparativa da Jurisprudência 2009

analisado seu pleito.

A ação se reveste de grande repercussão diante dos interesses envolvidos e da quantidade de pessoas que será afetada pela decisão tanto se for acolhida a ação quanto se for negado provimento.

Um indicativo da grande repercussão do julgamento é a grande quantidade de instituições que se apresentaram para atuar como *Amicus Curiae* que é, segundo o glossário do STF, “*uma intervenção assistencial em processos de controle de constitucionalidade por parte de entidades que tenham representatividade adequada para se manifestar nos autos sobre questão de direito pertinente à controvérsia constitucional. Não são partes dos processos; atuam apenas como interessados na causa*”¹¹.

Para defender a procedência da ADI 3239-9 e a conseqüente declaração de inconstitucionalidade do Decreto 4887/2003 se apresentaram as seguintes instituições: *Associação Brasileira de Celulose e Papel – BRACELPA, pela Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil – CNA, pela Confederação Nacional da Indústria - CNI, pela Sociedade Rural Brasileira – SRB assim como o parecer do ex-ministro do STF, Carlos Velloso, encaminhado pelo Amicus Curiae CNA, e o Estado de Santa Catarina .*

Em sentido oposto, com vistas a defender a constitucionalidade do Decreto 4887/2003, e, portanto, a improcedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade, as seguintes instituições mais o Estado do Pará e o Município de Nova Iguaçu se apresentaram como *Amici Curiae*, são eles:

Centro pelo Direito à Moradia Contra os Despejos (COHRE), Centro de Justiça Global, Instituto Socioambiental (ISA), Instituto de Estudos, Formação e Assessoria em Políticas Sociais (POLIS) e Terra de Direitos; Federação dos Trabalhadores na Agricultura do Estado do Pará (FETAGRI-PARÁ) e Coordenação das Associações das Comunidades Remanescentes de Quilombos do Pará (MALUNGU/PARÁ); Estado do Pará; Coordenação Nacional de Articulação das Comunidades Negras Rurais Quilombolas (CONAQ); Centro de Assessoria Jurídica Popular Mariana Criola (CAJPMC) e Koinonia Presença Ecumênica e Serviços; Associação dos Quilombos Unidos do Barro Preto e Indaiá (AQUBPI), Associação de Moradores Quilombolas de Santana (Quilombo de Santana) e Coordenação das Comunidades Negras Rurais Quilombolas de Mato Grosso do Sul; Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA); Estado do Paraná; (9) Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB); Instituto de Advocacia Racial e Ambiental (IARA) e Clube Palmares de Volta Redonda (CPVR); Fundação N’golo, Escritório de Direitos Humanos, Grupo de Estudos em Direito Internacional da Universidade Federal de Minas Gerais (GEDI/MG), Programa Pólos de Cidadania da Universidade Federal de Minas Gerais e Fórum Brasileiro de Direitos Humanos; Município de Nova Iguaçu; Partido dos Trabalhadores (PT); os Moradores e Agricultores da Comunidade Espírito Santo (AMECES), Núcleo de Práticas Jurídicas (NPJ) e Centro Universitário do Pará (CESUPA);) Comissão Pastoral da Terra – Regional Maranhão e; Associação dos Moradores e Agricultores da Comunidade Espírito Santo (AMECES) e Núcleo de Prática Jurídica (NJP/CESUPA) (CORREA, 2009)

11 <http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=A&id=533>

Ao todo, 29 instituições se apresentaram como *Amici Curiae* para defender a constitucionalidade do Decreto.

Na ação, o autor atribui ao Decreto 4887/2003 inconstitucionalidade formal e material. Significa dizer que não só a forma adotada, mas também o conteúdo do Decreto, na visão do autor, contrariam dispositivos constitucionais.

No aspecto formal, o Decreto teria invadido esfera reservada a lei e haveria então manifesta inconstitucionalidade em virtude da pretensão de regulamentar o dispositivo constitucional diretamente sem fundamento em lei formal, violando assim o art. 84 inciso VI da Constituição de 1988.

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: 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;

b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos;

O dispositivo impugnado constituiria então um decreto autônomo e por isso seria inconstitucional:

Ao pretender regulamentar diretamente, sem supedâneo em lei formal, o art. 68 do ADCT (“ o PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso IV, e VI, alínea a, da Constituição e de acordo com disposto no art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, o Decreto n.º 4887/2003 incorreu em autonomia ilegítima. O texto constitucional dá aos decretos e regulamentos, segundo o disposto no art. 84, IV, da Constituição a função de fiel executar as leis, conferindo-lhe, portanto, natureza de instrumento normativo secundário, que tem sua validade dependente de lei formal. Ao dispensar a mediação de instrumento legislativo e dispor *ex novo*, o ato normativo editado pelo Presidente da República invade esfera reservada à lei, incorrendo em manifesta inconstitucionalidade (PETIÇÃO INICIAL ADI 3239 -9, p.3).

Do ponto de vista material, a inicial pretende impugnar o disposto no art.13 do Decreto 4887/2003:

Art. 13. Incidindo nos territórios ocupados por remanescentes das comunidades dos quilombos, o título de domínio particular não invalidado por nulidade, prescrição ou comisso, e nem tornado ineficaz por outros fundamentos, será realizada vistoria e avaliação do imóvel, objetivando a adoção dos atos necessários à sua desapropriação, quando couber.

§ 1º Para os fins deste Decreto, o INCRA estará autorizado a ingressar no imóvel de propriedade particular, operando as publicações editalícias do art. 7º efeitos de comunicação prévia.

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

A alegação do autor é que a desapropriação proposta neste artigo está revestida de

inconstitucionalidade, uma vez que não haveria propriedade a desapropriar visto que a propriedade dos quilombolas decorre diretamente do texto constitucional conforme art. 68 do ADCT. Seria uma espécie de usucapião especial. E, então, caberia ao Estado somente emitir os títulos respectivos.

Ante o enunciado constante do art. 68 do ADCT, descabe ao Poder Público desapropriar a área, visto que a propriedade decorre diretamente do texto da constituição. Nos termos da dicção constitucional, reconhecida a propriedade definitiva. Ou seja, não há que se falar em propriedade alheia a ser desapropriada para ser transferida aos remanescentes de quilombos, muito menos em promover despesas públicas para fazer frente a futuras indenizações. As terras são, desde logo, por força da própria Lei Maior, dos remanescentes das comunidades quilombolas que lá fixam residência desde 05 de outubro de 1988. O papel do Estado limita-se, segundo o art. 68 do ADCT, a meramente emitir os respectivos títulos. Petição inicial (PETIÇÃO INICIAL ADI 3239 -9, p.06).

Além disso, a expropriação de propriedades de terceiros estaria em desconformidade com a norma do art. 5º inciso XXIV que trata da desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social.

De outro lado, a ADI 3239-9 questiona o dispositivo previsto no art. 2º do Decreto 4887/2003, que trata da definição do conceito de Quilombo adotando o critério da auto-atribuição. O dispositivo impugnado é o seguinte:

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.

§1ºPara os fins deste Decreto, a caracterização dos remanescentes das comunidades dos quilombos será atestada mediante auto-definição da própria comunidade.

O autor afirma em sua petição que *“a toda evidência, submeter a qualificação constitucional a uma declaração do próprio interessado nas terras importa radical subversão da lógica constitucional. Segundo a letra da Constituição, seria necessário comprovar a remanescência - e não a descendência - das comunidades dos quilombos para que fossem emitidos os títulos”* (PETIÇÃO INICIAL ADI 3239, p. 8).

A autodeclaração seria um elemento que caracterizaria inconstitucionalidade na visão do Autor. Afirma ainda que *“a área cuja propriedade deve ser reconhecida constitui apenas e tão somente o território em que comprovadamente, durante a fase imperial da história do Brasil, os quilombos se formara”* (PETIÇÃO INICIAL ADI 3239, p.9).

A definição de terras ocupadas pelas comunidades quilombolas está prevista no § 2º do art. 2º do Decreto impugnado: *“São terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos as utilizadas para a garantia de sua reprodução física, social, econômica e cultural.”*

Quanto à participação dos Quilombolas no processo de demarcação, a previsão legal está no §3º do art. 2º do referido Decreto: *“para a medição e demarcação das terras, serão levados em*

consideração critérios de territorialidade indicados pelos remanescentes das comunidades dos quilombos, sendo facultado à comunidade interessada apresentar as peças técnicas para a instrução procedimental.”

Os autores argumentam que existe vício de inconstitucionalidade, uma vez que o decreto determinaria a expropriação das áreas com uso de recursos públicos para a desapropriação:

Sendo a propriedade, desde a promulgação da Constituição, dos remanescentes, incorre em vício de inconstitucionalidade qualquer norma que determine a expropriação das áreas, bem como o uso de recursos públicos, para a transferência posterior aos titulares do direito originário de propriedade definitiva. Ademais, a pretensa desapropriação a que se refere o dispositivo regulamentar não se enquadra em nenhuma das modalidades a que refere o art. 5º, XXIV, do texto constitucional, bem como não enquadra em nenhuma das leis que as regem (PETIÇÃO INICIAL ADI 3239-9, p.7).

Assim, para o autor, o Estado deveria emitir os títulos das terras que as comunidades remanescentes de Quilombo estivessem efetivamente ocupando. Não haveria espaço no comando constitucional do ADCT 68 para desapropriação de terras de particulares.

Deste modo, em resumo a Petição Inicial da ADI 3239-9 traz quatro questões centrais: o Decreto 4887/2003 constitui regramento autônomo incompatível com a natureza de Decreto, violando o art. 84, incisos IV e VI da CF 88, uma vez que o Decreto disciplina direitos, o que caracterizaria autonomia ilegítima do Decreto sem fundamento em lei formal. Em segundo lugar, traz uma ampliação indevida do conteúdo do art. 68 do ADCT.

Em terceiro lugar, defende que o Decreto cria uma nova forma de desapropriação não prevista constitucionalmente e, por outro lado, a Constituição Federal de 1988 já teria transferido a propriedade das terras ocupadas aos remanescentes, o que violaria o art.5º inciso XXIV, uma vez que a propriedade decorre diretamente do art. 68 do ADCT. Por último o critério da auto-atribuição poderia resultar num aumento indevido das terras a serem tituladas.

A previsão para acompanhamento de todas as fases do processo por parte das comunidades quilombolas está contida no art. 6º do Decreto 4887/2003: *“fica assegurada aos remanescentes das comunidades dos quilombos a participação em todas as fases do procedimento administrativo, diretamente ou por meio de representantes por eles indicados.”*

Esta previsão de participação dos interessados é regulamentada pela Instrução Normativa INCRA nº 57/2009¹² sendo o Instituto, como já dito, o órgão responsável pelo procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação, desintrusão, titulação e registro das terras ocupadas por Remanescentes das Comunidades dos Quilombos de que tratam o Art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988 e o Decreto nº 4.887, de

¹² http://www.incra.gov.br/media/institucional/legislacao/atos_internos/instrucoes/instrucao_normativa/in_57_2009_quilombolas.pdf

20 de novembro de 2003. nos seguintes termos:

Art. 9º. A identificação dos limites das terras das comunidades remanescentes de quilombos a que se refere o art. 4º, a ser feita a partir de indicações da própria comunidade, bem como a partir de estudos técnicos e científicos, inclusive relatórios antropológicos, consistirá na caracterização espacial, econômica, ambiental e sociocultural da terra ocupada pela comunidade, mediante Relatório Técnico de Identificação e Delimitação - RTID, com elaboração a cargo da Superintendência Regional do INCRA, que o remeterá, após concluído, ao Comitê de Decisão Regional, para decisão e encaminhamentos subsequentes (IN INCRA nº57/2009).

Início a análise pelo voto do Relator Ministro César Peluso, já aposentado do STF, depois passo a analisar o voto vista da Ministra Rosa Weber.

2.1- VOTO DO RELATOR MINISTRO CESAR PELUSO.

O Ministro Relator César Peluso¹³, preliminarmente, conheceu da demanda, o que significa que a ação apresenta os requisitos de forma para que seja apreciada pelo Supremo. O relator lembrou que a jurisprudência do STF é uníssona no sentido de aferir a constitucionalidade do decreto, uma vez que:

a aferição da constitucionalidade dos decretos, na via da ação direta, só é vedada quando estes se adstringem ao papel secundário de regulamentar normas legais, cuja inobservância enseja tão-só conflito resolúvel no campo da legalidade. Tratando-se, porém, de decreto autônomo, como no caso, o ato normativo se credencia ao controle concentrado de constitucionalidade, como se tem proclamado (VOTO CÉSAR PELUSO, p.1).

Quanto ao mérito, julgou procedente o pedido formulado pelo autor para declarar a inconstitucionalidade do decreto 4887/2003. O Ministro declarou em seu voto que independente de o art. 68 do ADCT constituir norma de eficácia limitada, contida, ou plena, este deveria ser complementado por lei em sentido formal, sob pena de violação do princípio da legalidade. A administração não poderia, sem lei, impor obrigações a terceiros ou restringir-lhes direitos.

Por resumir, não obstante o artigo 68 do ADCT não seja norma de eficácia plena e aplicação imediata, nem por isso o Chefe do Executivo está autorizado a integrar-lhe normativamente os comandos mediante regulamento, como o fez. O Decreto nº 4.887/2003 ofende, pois, os princípios da legalidade e da reserva de lei (VOTO CESAR PELUSO, p. 12).

A discussão acerca da eficácia da norma contida no ADCT 68 reveste-se da maior importância, o que será ainda discutido mais adiante.

O Ministro Peluso tratou ainda da evolução do quadro normativo posterior ao art. 68 do ADCT em âmbito municipal, estadual federal e internacional:

Convencido da inconstitucionalidade do diploma impugnado, não posso, todavia, furtar-me a sopesar, com igual atenção, o crescimento dos conflitos agrários e o incitamento à revolta que a usurpação de direitos dele decorrente pode trazer, se já a não trouxe. É que o nobre pretexto de realizar justiça social, quando posto ao largo da Constituição, tem como consequência inevitável a desestabilização da paz social, o que o Estado de Direito não pode nem deve tolerar. Antes, deve afastar, como é óbvio (VOTO CÉSAR PELUSO, p.20).

O Ministro também ponderou existir inconstitucionalidade material no Decreto 4887/2003 uma vez que contraria o disposto no artigo 68 do ADCT:

13 O voto do Relator foi já objeto de análise em vários artigos organizados por PRIOSTE e ARAÚJO, 2015.

Há, também, inconstitucionalidade material. E, nesse aspecto, mais uma vez, a argumentação do Partido requerente tem consistência irrecusável. Quero inicialmente colocar-me ao lado da ponderação sempre lúcida do ex-Ministro CARLOS VELLOSO, que emitiu parecer acostado à manifestação do amicus curiae Confederação Nacional da Indústria – CNI e que está vazado nestes termos: “O Decreto 4.887, de 2003, além de inconstitucional, sob o ponto de vista formal, contém dispositivos ofensivos à Constituição. É dizer, contém normas materialmente inconstitucionais, normas que, mesmo se veiculadas mediante lei, apresentariam o mesmo vício. É que elas inovam e desvirtuam o disposto no art.68 do ADCT (VOTO CESAR PELUSO, p.19).

Em sua análise, o relator afirma que o Constituinte teria escolhido um conceito histórico de quilombo, conhecida de todos, e portanto, aquele adotado pelo Decreto impugnado estaria em desacordo com este conceito e, portanto, eivado de inconstitucionalidade:

Já no que tange ao conceito de quilombos, é de se ter presente que as muitas acepções que o termo admite são condicionadas por alguns fatores, tais quais, época, ponto de vista sociopolítico e a área do conhecimento daqueles que lidam com o tema. Ora, identificados os requisitos temporais acima vistos, é seguro afirmar que, para os propósitos do art. 68 do ADCT, o constituinte optou pela acepção histórica, que é conhecida de toda a gente. Dos Dicionários da língua portuguesa, Aurélio Século XXI e Houaiss, retiram-se as seguintes definições, respectivamente:

que se abrigavam escravos fugidos: "A palavra 'quilombo' teria o destino de ser usada com várias acepções, a mais famosa delas a de habitação de escravos fugidos, em Angola, e a desses refúgios e dos estados que deles surgiram no Brasil." (Alberto da Costa e Silva, A Enxada e a Lança, p. 507.)” p. 39

“1. Local escondido, geralmente no mato, onde se abrigavam escravos fugidos; 2. povoação fortificada de negros fugidos do cativeiro, dotada de divisões e organização.” (VOTO CESAR PELUSO, p.39)

Para o Ministro Relator, os destinatários da norma do art. 68 “*São aqueles que subsistiam nos locais tradicionalmente conhecidos como quilombos, entendidos estes na acepção histórica, em 05 de outubro de 1988. Noutras palavras: os que, tendo buscado abrigo nesses locais (quilombos), antes ou logo após a abolição, lá permaneceram até a promulgação da Constituição de 1988*”.

O Ministro considera então que deve haver um critério temporal para que se considere determinado grupo como quilombola e portanto destinatário da norma constitucional. O marco deve ser então a abolição da escravatura. Os grupos devem ocupar as áreas desde 1888 até a promulgação da Constituição de 1988.

Na visão do Ministro, caberia ao Estado somente emitir os títulos das terras que os remanescentes ocupam: “*É declarada a propriedade definitiva aos remanescentes das comunidades de quilombolas, com base em direito subjetivo preexistente (certeza do direito), com o objetivo de conferir-lhes a segurança jurídica que antes não possuíam. Ao Estado caberá apenas a emissão dos títulos de propriedade, para posterior registro no cartório competente* (VOTO CÉSAR PELUSO p. 42).

Após apresentar o conceito de Quilombo, que seria aquele posto pelo Constituinte originário, o voto aduz o que considera ser a inconstitucionalidade mais grave do Decreto 4887/2003, referindo-se ao fato de prever a desapropriação de terras de terceiros para que as comunidades quilombolas tivessem garantidos os seus direitos, o que violaria frontalmente o disposto no inciso XXIV do art. 5º da CF 1988:

I Aqui reside a mais flagrante inconstitucionalidade. Já ficou fora de dúvida que as terras a serem tituladas são aquelas cuja posse é secular. Pois bem, das duas uma: ou os remanescentes subsistem em terras públicas, devolutas, ou, se eventualmente estão em terras particulares, já as têm, em razão do prazo, como terras usucapidas. De modo que nem cabe na espécie, com a única interpretação que quadra ao art. 68 do ADCT, excogitar desapropriação. Numa palavra, o uso desse instituto é absolutamente desnecessário na espécie. Mas o diploma impugnado, porque admitiu impropriamente a ocupação presumida, previu, no art. 1315, a desapropriação de imóveis privados. Ora, a violação à Constituição é, aqui, vistosa. Tal desapropriação, além de não disciplinada por lei específica, como impõe o inciso XXIV do art. 5º da CF, não se amolda a nenhuma das hipóteses já previstas em lei 16 e que se resumem à necessidade ou utilidade pública e interesse social (VOTO CÉSAR PELUSO, p.44).

No que tange aos destinatários da norma do ADCT 68, o relator faz uma interpretação restritiva:

Reafirmo que os respeitáveis trabalhos desenvolvidos por juristas e antropólogos, que pretendem ampliar e modernizar o conceito de *quilombos*, guardam natureza metajurídica e por isso não têm, nem deveriam ter, compromisso com o sentido que apreendo ao texto constitucional. É que tais trabalhos, os quais denotam avanços dignos de nota no campo das ciências políticas, sociais e antropológicas, não estão inibidos ou contidos por limitações de nenhuma ordem, quando o legislador constituinte, é inegável, as impôs de modo textual. Não é por outra razão que o artigo 68 do ADCT alcança apenas certa categoria de pessoas, dentre outras tantas que, por variados critérios, poderiam ser identificadas como “quilombolas”. Isso explica, aliás, a inserção desse dispositivo no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (VOTO CÉSAR PELUSO P. 39).

Após analisar o voto do relator, passo ao voto da ministra Rosa Weber, contrário à declaração de inconstitucionalidade do Decreto 4887/2003.

2.2- O VOTO DA MINISTRA ROSA WEBER

A ministra Rosa Weber conheceu da demanda, informando, portanto, que a ação preenche os requisitos formais para análise pela Suprema Corte. A Ministra inicia seu voto fazendo um resumo dos argumentos trazidos à baila na demanda- e aponta que o autor expressamente afirma que o decreto 4887/2003 afronta os arts. 5º, XXIV, e 84, VI, da CF e 68 do ADCT e, portanto, as razões de insurgência estão adequadamente colocadas:

Não merece endosso a Defesa quanto a não se credenciar o Decreto 4.887/2003 ao controle concentrado enquanto ato de efeitos meramente concretos, sem conteúdo normativo. Consabido que impugnável pela via da ação direta de inconstitucionalidade o ato normativo infralegal quando ostenta coeficiente mínimo de normatividade, generalidade e abstração, materializando **ato normativo autônomo, a retirar diretamente da Constituição da República** o seu **fundamento de validade** (VOTO ROSA WEBER, p. 4 com grifo no original).

Um dos pontos que poderia ensejar o não conhecimento da demanda é o fato de a petição inicial não conter pedido de declaração de inconstitucionalidade do Decreto 3912/2001, que foi expressamente revogado pelo Decreto 4887/2003, o que provocaria a repristinação do decreto 3912/2001 em caso de declaração de inconstitucionalidade do decreto 4887/2003. Significa que, sendo o Decreto impugnado, o ato que revogou o Decreto 3912/2001, com sua saída do ordenamento por meio da declaração de inconstitucionalidade, aquele decreto voltaria ao plano da existência de validade. A este respeito, a Ministra assim se manifestou:

Ausência de impugnação de ato jurídico revogado pela norma pretensamente inconstitucional, eivado do mesmo vício, que se teria por repristinada. Cognoscibilidade da ação direta. Entendo, assim como o eminente Relator, que não configura óbice à **cognoscibilidade da ação direta a ausência de pedido de declaração da inconstitucionalidade do ato normativo revogado pelo Decreto 4.887/2003, a saber, o Decreto 3.912/2001, por** padecer este de **vício formal idêntico** ao que o Autor imputa ao Decreto 4.887/2003. Na linha da ressalva de entendimento consignada pelo eminente Ministro Gilmar Mendes em seu voto na ADI 2.574 (Relator Ministro Carlos Velloso, DJ 29.8.2003), tenho por viável proceder à interpretação compreensiva e, eventualmente, estender a declaração também à norma de origem idêntica. Em tal hipótese, em absoluto configurada declaração de inconstitucionalidade *ultra petita* de norma não impugnada, cuidando-se, na verdade, de apreciação, já no plano da **eficácia da decisão**, sobre a compatibilidade ou incompatibilidade, com a Constituição, do **eventual efeito repristinatório** decorrente da **declaração de inconstitucionalidade da norma impugnada**, de modo a admiti-lo ou recusá-lo (VOTO ROSA WEBER, p.5com grifo no original).

No que tange à análise do conteúdo, a Ministra Rosa Weber considera que o direito a ser exercido pelas comunidades quilombolas reveste-se da qualidade de Direito Fundamental, e neste sentido afirma:

Quanto ao primeiro enunciado - “aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva” -, a norma não prevê direito potencialmente exercível em momento futuro incerto, dependente de lei. O direito fundamental subjetivo está consagrado no próprio preceito constitucional transitório. O sentido da norma constitucional – porque de eficácia plena – é inverso ao que se extrai da leitura de uma norma de eficácia limitada: a norma constitucional definidora de direito fundamental não assenta incumbência ao legislador, ao contrário, desde já – promulgada a Constituição –, fixa limite à atuação legislativa, de tal modo que nenhuma lei que venha a ser editada poderá frustrar ou restringir o exercício dos direitos nela – norma constitucional – afirmados, por absoluta incompatibilidade com a ordem de direitos estabelecida. Em virtude da precedência hierárquica da Constituição em relação à lei, a norma definidora de direito fundamental limita a atuação do legislador infraconstitucional” (VOTO ROSA WEBER, P. 15).

Assim, da interpretação do direito protegido pelo art. 68 do ADCT como fundamental decorrem uma série de consequências e uma delas é que o papel do Estado deve ser o de viabilizar, por meio de sua estrutura administrativa, o direito contido no comando constitucional em análise:

O direito fundamental insculpido no art. 68 do ADCT em absoluto demanda do Estado delimitação legislativa, e sim organização de estrutura administrativa apta a viabilizar a sua fruição. A dimensão objetiva do direito fundamental que o preceito enuncia, enfatizo, impõe ao Estado o dever de tutela – observância e proteção –, e não o dever de conformação. (VOTO ROSA WEBER p. 16)

É preciso ressaltar que ao considerar o direito como fundamental, é necessário aplicar o disposto no art. 5º § 1º e, portanto, a eficácia atribuída ao dispositivo é plena.

Assinalo que a vedação contida no art. 5º, § 1º, da Carta Política de que sejam as normas definidoras de direitos fundamentais interpretadas como meras declarações políticas ou programas de ação, ou ainda como “normas de eficácia limitada ou diferida”, importa em que os titulares do direito não necessitem “aguardar autorização, concretização ou outra determinação estatal” para o respectivo exercício. (VOTO Rosa Weber p. 18)

Na opinião da Ministra, contrapondo-se ao afirmado pelo Ministro Relator, não houve invasão de matéria reservada a lei e, portanto, não houve inconstitucionalidade por esse motivo:

Disponíveis à atuação integradora tão-somente os aspectos do art. 68 do ADCT que dizem com a regulação do comportamento do Estado na implementação do comando constitucional, não identifiquei invasão de esfera reservada à lei nem concluo, por conseguinte, pela violação, pelo Poder Executivo, do art. 84 da Carta Política ao editar o Decreto 4.887/2003. Este, do meu ponto de vista, traduz efetivo exercício do poder regulamentar da Administração inserido nos limites estabelecidos pelo art. 84, VI, da Constituição da República (VOTO ROSA WEBER, ADI 3239-9, p.20).

Deste modo, não houve, na visão da Ministra, violação do inciso VI do art. 84 da CF 88, conforme aduzido pelo autor e abalizado no voto do Relator.

Não se pode perder de vista, no exame da constitucionalidade de ato normativo, que o parâmetro é sempre a realização do conteúdo do comando constitucional articulado em oposição à sua negativa. Reconhecido, na Carta, um direito fundamental, a inviabilização do seu exercício – por ação ou omissão – se reveste do vício da inconstitucionalidade.

Assim, a declaração de inconstitucionalidade deve traduzir uma aplicação jurisdicional da Constituição. Em outras palavras, a eventual declaração de inconstitucionalidade somente se legitima se não falha ao ser descrita, ela mesma, como aplicação efetiva da Constituição (VOTO ROSA WEBER, p.21).

A ministra Rosa Weber adota uma visão de Quilombo mais dinâmica do que aquela adotada pelo ministro César Peluso. Ela relaciona os Quilombos como forma de organização social alternativa à ordem escravista:

Sob qualquer ângulo, é de se enfatizar, a formação dos quilombos, calhambos ou mocambos retém o caráter de ato de resistência, de inconformismo, enfim, de luta por reconhecimento. Apesar de frequentemente inseridos no ambiente e na economia locais, os quilombos representavam uma possibilidade de organização social alternativa à ordem escravista. Não bastasse o Brasil ter sido o último país das Américas a abolir o regime escravocrata, negligenciou, até o advento da Constituição Cidadã, os direitos – inclusive territoriais – das coletividades originadas dos agrupamentos formados por escravos fugidos (VOTO ROSA WEBER, p.26).

Se por um lado rechaça uma definição rígida de Quilombo, a ministra informa que o Quilombo descreve um fenômeno histórico objetivo apesar das dificuldades em sua definição:

Assim, ao mesmo tempo em que não é possível chegar a um significado de quilombo dotado de rigidez absoluta, tampouco se pode afirmar que o conceito vertido no art. 68 do ADCT alcança toda e qualquer comunidade rural predominantemente afrodescendente sem qualquer vinculação histórica ao uso linguístico desse vocábulo. Quilombo, afinal, descreve um fenômeno objetivo – ainda que de imprecisa definição-, do qual não pode ser apartado, embora essa afirmação mereça ser temperada com as reflexões do filósofo italiano Remo Bodei, para quem “as lembranças estão expostas naturalmente à dissolução e à mutilação e nenhuma forma de identidade conserva-se indefinidamente no tempo sem transformar-se” (VOTO ROSA WEBER, p.31).

No que se refere à auto-atribuição, que, na visão do autor da ADI, ensejaria uma inconstitucionalidade, pois poderia haver uma ampliação indevida dos sujeitos de direito previstos no ADCT 68, Rosa Weber caminha em sentido contrário e afirma:

a adoção da auto-atribuição como critério de determinação da identidade quilombola em absoluto se ressent, a meu juízo, de ilegitimidade perante a ordem constitucional. Assumindo-se a boa-fé, a ninguém se pode recusar a identidade a si mesmo atribuída – e para a má-fé o direito dispõe de remédios apropriados. Logo, em princípio, ao sujeito que se afirma quilombola ou mocambeiro não se pode negar o direito de assim fazê-lo sem correr o risco de ofender a própria dignidade humana daquele que o faz (VOTO ROSA WEBER, p.34).

Quanto à participação dos quilombolas na identificação dos territórios, o voto afirma que há aí uma positividade a ser exaltada, uma vez que dar voz aos interessados é uma possibilidade legítima:

O art. 2º, § 3º, do Decreto 4.887/2003, ao comandar sejam levados em consideração, na medição e demarcação das terras, os critérios de territorialidade indicados pelos

remanescentes das comunidades quilombolas, longe de submeter o procedimento demarcatório ao arbítrio dos próprios interessados, positiva o devido processo legal na garantia de que as comunidades interessadas tenham voz e sejam ouvidas. Aliás, não há leitura do art. 2º, § 3º, do Decreto 4.887/2003 que ampare a conclusão de que deixada, a delimitação das terras ocupadas pelos remanescentes das comunidades dos quilombos, ao arbítrio exclusivo dos interessados. Tal conclusão corresponde a verdadeiro non sequitur, sequer admitida, portanto, como possibilidade hermenêutica legítima (VOTO ROSA WEBER, p.36).

O critério da autoatribuição defendido no voto de Rosa Weber está em conformidade com a convenção 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, adotada em Genebra, em 27 de junho de 1989. A Convenção foi aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº143, de 20 de junho de 2002 e promulgada por meio do Decreto 5051/2004.

1.A presente convenção aplica-se:

a) aos 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;

b) aos povos em países independentes, considerados indígenas pelo fato de descenderem de populações que habitavam o país ou uma região geográfica pertencente ao país na época da conquista ou da colonização ou do estabelecimento das atuais fronteiras estatais e que, seja qual for sua situação jurídica, conservam todas as suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas, ou parte delas.

2.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.

De acordo com Camerini, (2012) a definição destes sujeitos a partir da auto-atribuição, em conformidade com o dispositivo da Convenção 169 da OIT, parece se chocar com certa conformação do que seja Direito, em especial com a noção tradicional de segurança jurídica:

A definição dos sujeitos de direitos designados *remanescentes das comunidades dos quilombos* e dos *territórios quilombolas*, a partir do critério da autodefinição, consagrado na Convenção 169 da OIT, parece abalar as regras de enunciação de um discurso jurídico canonizado pela noção de segurança jurídica, voltada para a repetição do passado no presente e pouco adequada às funções jurídico-constitucionais de transformação e construção de um futuro livre, justo e solidário. O regime jurídico-civilista da propriedade, imaginado e vivido como universal, vê-se igualmente pressionado ante a contemplação de um modo de apropriação da propriedade quilombola –, não idêntico a si, visto que baseado no *uso coletivo e definitivo* do território, o que redundará na subtração de importantes parcelas do espaço fundiário do mercado de terras” (CAMERINI, 2012, p..157).

No mesmo caminho trilhado pelo voto de Rosa Weber, a Procuradoria Geral da República -PGR apresentou parecer contrário à ADI 3239-9. O PGR em seu parecer informa que o ADCT 68, por se tratar de norma de direito fundamental, não pode ser interpretado com vistas a reduzir o alcance do direito por ele abrangido:

Mister se faz ressaltar, antes de tudo, que o art. 68 do ADCT requer cuidados a 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 (Parecer PGR ADI 3239-9 p. 09).

Assim, os direitos fundamentais decorrem diretamente da Constituição e, portanto, são integralmente concretizáveis sem qualquer necessidade de nenhum outro ato para seu exercício em plenitude. Nenhum ato pode, assim, impor limitação ou diminuir o seu efeito.

O INCRA também atuou como *Amicus Curiae* em defesa da constitucionalidade do Decreto. A peça apresentada pelo Instituto se coaduna com o voto da Ministra Rosa Weber. Para o INCRA:

Os fundamentos contidos na petição inicial desta ADI representam um retrocesso jurídico na compreensão do Direito, haja vista que a valorização da terra, da forma como exposta pelo Autor, se baseia puramente na sua representação monetária e especulativa, distanciando-se dos princípios que norteiam a compreensão constitucional da função social da propriedade e suas múltiplas formas de expressão, especialmente na compreensão da valorização dos direitos fundamentais do homem como o centro do ordenamento jurídico. (Petição Amicus Curiae INCRA p. 36)

Para a subprocuradora Geral, Débora Duprat, a norma prevista no art. 68 do ADCT é direito fundamental e por isso:

Toda norma relativa a direito fundamental que trate de minorias, sejam étnicas ou não, toda norma que trata de assegurar esses direitos tem incidência imediata; efetivamente, tratam de imediato da situação. Isso não poderia ser de outra forma, pois, se tem os direitos que são ditos fundamentais e que têm relação com a própria identidade de uma pessoa, é certo que não pode ficar a depender de uma norma infralegal para que passe a existir, por que, do contrário, seria a destruição desse próprio direito cada vez que houvesse uma inércia legislativa, o que não se pode admitir (DUPRAT 2003, p.246).

O direito dos quilombolas à titulação de suas terras não constitui evento isolado típico unicamente do Brasil. Existem comunidades negras rurais afrodescendentes em diversos países da América.

Neste sentido, no capítulo seguinte faço uma breve explanação sobre o direito de algumas comunidades afrodescendentes em alguns países das América e analiso os casos paradigmáticos da Corte Interamericana de Direitos Humanos-CIDH, *Mayagna Sumo Awas Tingni v. Nicarágua* (2001) e o caso *Moiwana v. Surinam* (2006).

Capítulo 3: COMUNIDADES NEGRAS RURAIS EM DIREITO COMPARADO: UM ESBOÇO

Os negros foram inferiorizados. Foram e continuam sendo postos nessa posição de inferioridade por tais e quais razões históricas. Razões que nada tem a ver com suas capacidades e aptidões inatas mas, sim, tendo que ver com certos interesses muito concretos.

Darcy Ribeiro

É preciso ter em conta que esta discussão acerca dos direitos de grupos étnicos e outras minorias não está isolada no âmbito do contexto regional latino-americano. A Constituição do Equador de 2008, por exemplo, no capítulo quarto “*Derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades*” afirma em seu Art. 57:

Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos, dentre eles:

1. Mantener, desarrollar y fortalecer libremente su identidad, sentido de pertenencia, tradiciones ancestrales y formas de organización social.
2. No ser objeto de racismo y de ninguna forma de discriminación fundada en su origen, identidad étnica o cultural.
3. El reconocimiento, reparación y resarcimiento a las colectividades afectadas por racismo, xenofobia y otras formas conexas de intolerancia y discriminación.
4. Conservar la propiedad imprescriptible de sus tierras comunitarias, que serán inalienables, inembargables e indivisibles. Estas tierras estarán exentas del pago de tasas e impuestos.
5. Mantener la posesión de las tierras y territorios ancestrales y obtener su adjudicación gratuita. El reconocimiento, reparación y resarcimiento a las colectividades afectadas por racismo, xenofobia y otras formas conexas de intolerancia y discriminación. territorios ancestrales y obtener a partir do art.garante

A Constituição da Colômbia de 1991 no artigo transitório 55 dispõem acerca do reconhecimento das comunidades negras rurais

Dentro de los dos años siguientes a la entrada en vigencia de la presente Constitución, el Congreso expedirá, previo estudio por parte de una comisión especial que el Gobierno creará para tal efecto, una ley que les reconozca a las comunidades negras que han venido ocupando tierras baldías en las zonas rurales ribereñas de los ríos de la Cuenca del Pacífico, de acuerdo con sus prácticas tradicionales de producción, el derecho a la propiedad colectiva sobre las áreas que habrá de demarcar la misma ley.

A Constituição da Nicarágua de 1986 em seu capítulo que trata dos direitos das comunidades da Costa Atlântica dispõe em seu art. 89:

Las comunidades de la Costa Atlántica son parte indisoluble del pueblo nicaragüense y, como tal, gozan de los mismos derechos y tienen las mismas obligaciones. Las comunidades de la Costa Atlántica tienen el derecho de preservar y desarrollar su identidad

cultural en la unidad nacional; dotarse de sus propias formas de organización social y administrar sus asuntos locales conforme a sus tradiciones. El Estado reconoce las formas comunales de propiedad de las tierras de las comunidades de la Costa Atlántica. Igualmente reconoce el goce, uso y disfrute de las aguas y bosques de sus tierras comunales. Art. 90. [Derecho de expresar y preservar su cultura] Las comunidades de la Costa Atlántica tienen derecho a la libre expresión y preservación de sus lenguas, arte y cultura. El desarrollo de su cultura y sus valores enriquece la cultura nacional. El Estado creará programas especiales para el ejercicio de estos derechos.

No âmbito do sistema regional de proteção de direitos humanos, temos alguns precedentes importantes na questão dos direitos do Povos e comunidades tradicionais afrodescendentes.

No caso *Comunidad Mayagna Sumo Awas Tingni Vs. Nicaragua* de 2001, a Corte Interamericana de Derechos Humanos foi demandada a se manifestar acerca de possível violação da Convenção Interamericana de Derechos Humanos ou do Pacto de San Jose da Costa Rica por parte do Estado da Nicarágua. De acordo com o relatório da causa:

La Comisión presentó este caso con el fin de que la Corte decidiera si el Estado violó los artículos 1 (Obligación de Respetar los Derechos), 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno), 21 (Derecho a la Propiedad Privada) y 25 (Protección Judicial) de la Convención, en razón de que Nicaragua no ha demarcado las tierras comunales de la Comunidad Awas Tingni, ni ha tomado medidas efectivas que aseguren los derechos de propiedad de la Comunidad en sus tierras ancestrales y recursos naturales, así como por haber otorgado una concesión en las tierras de la Comunidad sin su consentimiento y no haber garantizado un recurso efectivo para responder a las reclamaciones de la Comunidad sobre sus derechos de propiedad. (Relatório Caso CIDH Comunidad Mayagna Sumo Awas Tingni Vs. Nicaragua, p.2)

Neste caso, a Corte estabeleceu que o Estado da Nicarágua, ao não titular as terras ocupadas pelo Povo Mayagna Sumo Awas Tingni, violou os artigos 25 e 21 da Convenção Interamericana de Derechos Humanos e por isso, em conformidade com jurisprudência da Corte, deveria reparar os danos causados à comunidade em virtude da violação.

Assim, a sentença determina, no item 3, que:

el Estado debe adoptar en su derecho interno, de conformidad con el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que sean necesarias para crear un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación de las propiedades de las comunidades indígenas, acorde con el derecho consuetudinario, los valores, usos y costumbres de éstas, de conformidad con lo expuesto en los párrafos 138 y 164 de la presente Sentencia. (Relatório Caso CIDH Comunidad Mayagna Sumo Awas Tingni Vs. Nicaragua, p.87)

Outro caso paradigma da CIDH é *Comunidade Moiwana v. Suriname* (2005). Em 1986 forças governamentais atacaram a aldeia Moiwana, do Povo Maroons, que são comunidades afrodescendentes. Ao menos 35 pessoas foram mortas. A Corte foi acionada para julgar se o Estado do Suriname “violó los artículos 25 (Protección Judicial), 8 (Garantías Judiciales) y 1.1

(Obligación de Respetar los Derechos) de la Convención, en perjuicio de determinadas personas que habitaron la aldea de Moiwana (infra párrs. 71 a 74 y 86(17) donde están identificadas las presuntas víctimas).” (Relatório CIDH Caso Moiwana v. Suriname p.02.)

A Corte decidiu em 2005 em favor da comunidade Moiwana. Dentre outras disposições destaco os três primeiros itens da sentença:

1 El Estado debe cumplir las medidas dispuestas relativas a su obligación de investigar los hechos denunciados, así como identificar, juzgar y sancionar a los 92 responsables, en los términos de los párrafos 202 a 207 de la presente Sentencia.

2. El Estado debe, a la brevedad posible, recuperar los restos de los miembros de la comunidad Moiwana que fallecieron durante los hechos del 29 de noviembre de 1986, así como entregarlos a los miembros de la comunidad Moiwana sobrevivientes, en los términos del párrafo 208 de la presente Sentencia.

3. El Estado debe adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole necesarias para asegurar a los miembros de la comunidad Moiwana su derecho de propiedad sobre los territorios tradicionales de los que fueron expulsados y asegurar, por lo tanto, el uso y goce de estos territorios. Estas medidas deberán incluir la creación de un mecanismo efectivo para delimitar, demarcar y titular dichos territorios tradicionales, en los términos de los párrafos 209 a 211 de la presente Sentencia (Relatório CIDH Caso Moiwana v. Suriname, pp.91-92).

Ressalta-se então o importante papel da Corte Interamericana de Direitos Humanos na Proteção ao Direito das Comunidades Remanescentes de Quilombo, em particular o direito de propriedade dos territórios historicamente ocupados. Mas não somente este direito. O direito a integridade física, o direito a manutenção de seus costumes, seus ritos. Segundo Ariel Dulitzki, esta jurisprudência do Sistema interamericano tende a se desenvolver ainda mais:

La Corte, junto con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (la Comisión o la Comisión Interamericana) integra el llamado Sistema Interamericano de Derechos Humanos, creado dentro de la Organización de los Estados Americanos (OEA). En los últimos diez años, el Sistema Interamericano ha comenzado a adoptar decisiones de manera sistemática en casos relativos a reclamos territoriales de pueblos indígenas y afrodescendientes. Particularmente, la jurisprudencia interamericana ha reconocido el derecho colectivo de indígenas y afrodescendientes al territorio (Madariaga, 2005; Pasqualucci, 2006). Esta jurisprudencia continuará desarrollándose necesariamente, debido a la cantidad de casos en trámite: de acuerdo a la información pública hoy existen en el sistema más de 70 casos relativos a pueblos indígenas, muchos de los cuales se refieren a reclamos territoriales (Madariaga, 2002); y existe un número menor de casos relativos a afrodescendientes. (DULITZKY, 2010, p. 15).

No próximo capítulo, procedo a uma análise do processo interpretativo do art. 68 e suas

principais consequências para o juízo da constitucionalidade ou inconstitucionalidade do decreto 4887/2003.

Capítulo 4: O ART. 68 DO ADCT E A DISPUTA DE INTERPRETAÇÃO.

O negro rejeita a piedade e o filantropismo aviltantes e luta pelo seu direito ao Direito.

**Abdias do Nascimento Jornal O quilombo nº
01 1948**

Como informado, o artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988 é onde temos a designação formal e explícita do Direito das Comunidades Remanescentes de quilombos: “*Artigo 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*”.

Na configuração deste dispositivo na Consituição de 1988, teve papel crucial a participação dos movimento negro e do movimento quilombola¹⁴.

A interpretação a ser dado a este dispositivo é central em toda discussão sobre o direito das comunidades negras rurais quilombolas. Neste sentido, os processos de disputa acerca do sentido do referido comando constitucional têm sido intensos e frequentes desde a CF 1988.

Quais os grupos são destinatários da norma presente no artigo 68 do ADCT? Quais os grupos podem ser definidos como remanescentes de quilombos? Quais são os critérios de pertencimento a um grupo que se denomina quilombola? Qual o procedimento para titulação das terras? Qual a abrangência do direito?

Estas são algumas das perguntas fundamentais para se compreender o direito emanado do comando constitucional. Há uma clara disputa interpretativa sobre o conteúdo do dispositivo constitucional transitório.

Existem poderosas agências que possuem interesses acerca da interpretação do art. 68 do ADCT. Estão em disputa uma interpretação que confira uma menor eficácia do conceito e, de outro lado, uma interpretação que conceda uma extensão maior ao direito constitucional; existe, portanto, um claro conflito interpretativo e dele decorrerão graves consequências. O processo interpretativo é fundamental.

O processo de interpretação é fundante no Direito e segundo sociólogo Pierre Bourdieu:

De modo diferente da hermenêutica literária ou filosófica, a prática teórica de interpretação de textos jurídicos não tem nela própria a sua finalidade; directamente orientada para fins práticos, e adequada à determinação de efeitos práticos, ela mantém a sua eficácia à custa

14 Ver Convenção do Negro pela constituinte disponível em <http://www.institutobuzios.org.br/documentos/CONVEN%C3%87%C3%83O%20NACIONAL%20DO%20NEGRO%20PELA%20CONSTITUTINTE%201986.pdf>

de uma restrição de sua autonomia. Assim as divergências entre os – interpretes autorizados – são necessariamente limitadas e a coexistência de uma pluralidade de normas jurídicas concorrentes está excluída por definição da ordem jurídica. Como no texto religioso, filosófico ou literário, no texto jurídico estão em jogo lutas pois a leitura é uma maneira de apropriação da força simbólica que nele se encontra em estado potencial. Mas, por mais que os juristas possam opor-se a respeito de textos cujo sentido nunca se impõe de maneira absolutamente imperativa, eles permanecem inseridos num corpo fortemente integrado de instâncias hierarquizadas que estão à altura de resolver os conflitos entre os intérpretes e as interpretações (BOURDIEU 1989, p.214).

A tradição fundada no positivismo jurídico¹⁵ interpreta o Direito como sendo a norma posta. O direito seria então um campo científico no qual os valores morais e, portanto, qualquer forma de interpretação tem lugar secundário sob pena de corromper sua cientificidade. Por outro lado, o positivismo sofreu inúmeras críticas. A tentativa de ver o Direito como ciência e, portanto, como um campo autônomo implicou uma redução no papel da interpretação. Para Bourdieu:

De facto, a interpretação da lei nunca é o acto solitário de um magistrado ocupado em fundamentar na razão jurídica uma decisão mais ou menos estranha, pelo menos na sua gênese à razão e ao direito e que agiria como hermeneuta preocupado em produzir uma aplicação fiel da regra com julga Gadamer ou que actuaria como lógico agarrado ao rigor dedutivo do seu - método de realização- , como queria Motulsky. Com efeito, o conteúdo prático da lei que se revela no veredicto é o resultado de uma simbólica entre profissionais dotados de competências técnicas e sociais desiguais, portanto, capazes de mobilizar, embora de modo desigual, os meios ou recursos jurídicos disponíveis, pela exploração das - regras possíveis-, e de os utilizar eficazmente, quer dizer como armas simbólicas, para fazerem triunfar a sua causa; o efeito jurídico da regra, quer dizer, a sua *significação* real, determina-se na relação de força específica entre os profissionais, podendo-se pensar que essa relação tende a corresponder (tudo o mais sendo igual do ponto de vista do valor na equidade pura das causas em questão) à relação de força entre os que estão sujeitos a jurisdição respectiva (BOURDIEU 1989,p. 224-225).

Neste sentido, a interpretação tem uma posição de destaque naquilo que consideramos como dizer o direito ou dizer o que dizem as leis. Para o jurista Lênio Luiz Streck:

O processo de produção do sentido (daquilo que é sentido/pensado/apreendido pelo sujeito) do discurso jurídico , sua circulação e seu consumo , não podem ser guardados sob um hermético segredo, como se sua holding fosse uma abadia do medievo. Isto porque o que rege o processo de interpretação dos textos legais são suas condições de produção, as quais, devidamente difusas e ocultas (da)s, “aparecem” como se fossem provenientes de um “lugar virtual”, ou de um lugar fundamental”. Ora, as palavras da lei não são unívocas ; são sim plurívocas; questão que o próprio Kelsen já detectara de há muito. Por isto, é necessário dizer que, pelo processo interpretativo, não decorre a descoberta do “unívoco” ou do “correto” sentido, mas, sim, *a produção de um sentido originado de um processo de compreensão, onde o sujeito a partir de uma situação hermenêutica, faz uma fusão de horizontes a partir de sua historicidade* . Não há interpretação sem relação social. (STRECK, 1999, p.17).

Um dos maiores críticos do positivismo jurídico e talvez o que alcançou maior notoriedade é Ronald Dworkin para quem:

15 Ver Bobbio 1995

O direito como integridade nega que as manifestações do direito sejam relatos factuais do convencionalismo, voltados para o passado, ou programas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltados para o futuro. Insiste em que as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que, por este motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro; interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento (DWORKIN 2007, p.272).

De modo bastante elucidativo, Carvalho Netto e Scotti (2011) nos alerta que a interpretação tem um caráter intersubjetivo ao mesmo tempo em que o intérprete e seus propósitos jogam papel central, respeitando os limites que o objeto impõem a interpretação, que são inegáveis¹⁶.

Os propósitos que estão em jogo na interpretação criativa construtiva das obras de arte e das práticas sociais, como o direito, são fundamentalmente os do intérprete, não os do autor. Atribui-se um propósito a um objeto ou a uma prática, tornando-o o melhor possível em face de seu contexto temático. O que não quer dizer que o objeto não imponha limites à interpretação; a própria natureza intersubjetiva, paradigmática da interpretação vai exigir condições de plausibilidade para qualquer interpretação, especialmente em face de uma história interpretativa minimamente compartilhada. Sua validação é portanto, ao final, discursiva na verificação de racionalidade (CARVALHO NETTO e SCOTTI, .pp.32-33).

Uma das discussões centrais então passa por determinar a interpretação da norma do art. 68 do ADCT. Decidir se a norma é de eficácia limitada ou de eficácia plena é uma questão que envolve interpretação. Se considerarmos a norma como do tipo contida decorre disso que haveria a necessidade de um complemento legislativo de modo a garantir o direito das comunidades remanescentes. De outro lado, ao interpretarmos a norma como de eficácia plena decorre então a ausência de necessidade de um regramento complementar para garantia do direito.

Para João Carlos Bemerguy Camerini:

o dispositivo do artigo 68 ostenta elementos suficientes para permitir sua execução imediata, o que vedaria a sua inclusão na categoria das normas de eficácia limitada. (...) a aplicabilidade imediata (eficácia jurídica plena) é evidente e ressalta já da redação do dispositivo. Estão suficientemente indicados, no plano normativo, o *objeto* do direito (a propriedade definitiva das terras ocupadas), seu *sujeito ou beneficiário* (os remanescentes das comunidades dos quilombos), a *condição* (a ocupação tradicional das terras), o *dever* correlato (reconhecimento da propriedade e emissão dos títulos respectivos) e o *sujeito passivo ou devedor* (o Estado, Poder Público). Qualquer leitor bem-intencionado compreende tranquilamente o que a norma quer dizer, e o jurista consegue aplicá-la sem necessidade de integração legal (CAMERINI 2012, p. 172).

Ao analisar a interpretação que estava sendo dado pelas instâncias inferiores ao dispositivo do artigo 68 do ADCT, Luíza Andrade Corrêa (2009) chegou à seguinte conclusão:

A interpretação do artigo 68 do ADCT utilizada nos acórdãos de jurisdição infraconstitucional, na decisão ou na alegação das partes quando se pretende afastar a

16 Ver a respeito do caráter aberto da interpretação Umberto Eco 1968 *Obra Aberta* e Umberto Eco 2012 *Lector in Fabula*

aplicação do direito no caso concreto é a mesma utilizada nos documentos da Adin que defendem a inconstitucionalidade do Decreto 4.887/03. Os principais argumentos são a defesa constitucional da propriedade privada, a impossibilidade de desapropriação e a existência de um usucapião extraordinário que demanda a comprovação de que os quilombolas se encontravam em 1988 na mesma terra em que seus antecedentes formaram o quilombo no ano de 1888 (CORRÊA, 2009, p. 21).

Os argumentos contrários a constitucionalidade do Decreto são similares aqueles apresentados na petição inicial da ADI 3239.

O Procurador da República Daniel Sarmento, que no MPF tem sido um dos autores mais profícuos quanto à questão quilombola, apresenta entendimento semelhante ao externado por Camerini(2012).

o art. 68 do ADCT contém autêntica norma consagradora de direito fundamental, o que torna inequívoca a incidência do disposto no art. 5º, § 1º, do texto magno, segundo o qual “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata”. Tal comando implica, antes de tudo, que os direitos fundamentais não dependem de concretização legislativa para surtirem os seus efeitos. Tratando-se de direito fundamental, a própria Constituição pode ser invocada diretamente, independentemente da edição de lei regulamentadora. Em outras palavras, a inércia do legislador não tem o condão de frustrar a possibilidade de fruição imediata do direito fundamental pelo seu titular. Ademais, cumpre destacar que o texto do art. 68 do ADCT é suficientemente denso, de molde a permitir a sua aplicação imediata, na medida em que já indica o titular do direito consagrado (os remanescentes das comunidades de quilombos), o seu devedor (o Estado), o objeto do direito (a propriedade definitiva das terras ocupadas), e o dever correlato (o reconhecimento da propriedade e expedição dos respectivos títulos) (SARMENTO, 2008, p.10).

Para o antropólogo José Maurício Andion Arruti, a norma constante do ADCT 68 representa um duplo giro. Por um lado se fixa uma identidade Quilombola por meio da nomeação oficial enquanto remanescente de Quilombo. De outro lado, existe uma consagração daquilo que existente e salta aos olhos:

Da parte do Estado, o “reconhecimento” de um grupo como indígena ou como quilombola - ato de nomeação oficial que fixa uma identidade política, administrativa e legal - ainda que reivindique ser apenas um ato de consagração de uma realidade – material ou discursiva - é também um ato de criação, na medida em que vem instituir, junto a uma série mais extensa e complexa de atos e enunciações, um novo sujeito social. Mas, como condição de realização prática daquela recontextualização, tal “reconhecimento” é também uma ameaça permanente a ela, ao instituir um novo sistema de identificação modelizante, pronto a recapturar e englobar aquelas subversões classificatórias” (ARRUTI 2003, p. 01).

O procurador Daniel Sarmento informa que existe uma ligação entre o conteúdo a ser interpretado do art. 68 do ADCT e o princípio da Dignidade Humana que seria o epicentro axiológico da CF 88:

Assim, é possível traçar com facilidade uma ligação entre o princípio da dignidade da pessoa humana – epicentro axiológico da Constituição de 88 – com o art. 68 do ADCT, que almeja preservar a identidade étnica e cultural dos remanescentes de quilombos. Isto

porque, a garantia da terra para o quilombola é pressuposto necessário para a garantia da sua própria identidade. Não bastasse, não é apenas o direito dos membros de cada comunidade de remanescentes de quilombo que é violado quando se permite o desaparecimento de um grupo étnico. Perdem também todos os brasileiros, das presentes e futuras gerações, que ficam privados do acesso a um “modo de criar, fazer e viver”, que compunha o patrimônio cultural do país (art. 215, *caput* e inciso II, CF) (SARMENTO, 2006, p. 07).

Neste sentido, os direitos fundamentais “*sujeitam-se a um regime diferenciado em relação às demais normas da Constituição, que visa a reforçar a sua força normativa e a ampliar o seu potencial transformador. Este reforço resulta do reconhecimento da importância central dos direitos fundamentais no sistema constitucional, e da constatação dos riscos a que eles se sujeitam, sobretudo no contexto de sociedades desiguais e opressivas como a brasileira*” (SARMENTO, 2006, p. 10).

Mas ao mesmo tempo, o intérprete deve, segundo Sarmento, buscar a efetivação em seu mais elevado grau de modo a distanciá-lo cada vez mais do mundo das promessas e com o objetivo de “*torná-los reais na vida de pessoas de carne e osso Nesta linha, entre várias exegeses e construções possíveis de um determinado instituto, o intérprete deve sempre buscar aquela que confira maior força normativa aos direitos fundamentais*” (SARMENTO, 2006, p. 12).

Na visão do antropólogo José Mauricio Andion Arruti, a categoria remanescente tem um duplo sentido. Por um lado a Lei enuncia os sujeitos de direito por outro, lado o próprio direito:

A categoria “remanescente de quilombo” foi criada pelo mesmo ato que a instituiu como sujeito de direitos (fundiários e, de forma mais geral, “culturais”) e, nesse ato, o objeto da lei não é anterior à ela ou, de um outro ângulo, nele o direito cria o seu próprio sujeito. O “artigo 68” não apenas reconheceu o direito que as “comunidades remanescentes de quilombos” têm às terras que ocupam, como criou tal categoria política e sociológica, por meio da reunião de dois termos aparentemente evidentes (ARRUTI, 2003, p.2).

A Ministra Rosa Weber em seu voto afirma:

O objeto do art. 68 do ADCT é o direito dos remanescentes das comunidades dos quilombos de ver reconhecida pelo Estado a sua propriedade sobre as terras por eles histórica e tradicionalmente ocupadas. Tenho por inequívoco tratar-se de **norma definidora de direito fundamental de grupo étnico-racial minoritário**, dotada, portanto, de **eficácia plena e aplicação imediata**, e assim **exercitável, o direito subjetivo nela assegurado, independentemente de integração legislativa** (VOTO ROSA WEBER, p.14, grifo no original).

Para a Ministra, o direito das comunidades Quilombolas a terem os territórios reconhecidos por meio de títulos emitidos pelo Estado Brasileiro deriva da própria Constituição em seu Artigo 68 do ADCT. No mesmo voto, a Ministra traz uma análise precisa e concisa do direito emanado pelo artigo:

O direito fundamental insculpido no art. 68 do ADCT em absoluto demanda do Estado delimitação legislativa, e sim organização de estrutura administrativa apta a viabilizar a sua fruição. **A dimensão objetiva do direito fundamental que o preceito enuncia, enfatiza, impõe ao Estado o dever de tutela – observância e proteção –, e não o dever de conformação.** Nessa linha, o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias elenca de modo completo e abrangente os elementos delineadores do direito que consagra, ainda que sem esmiuçar os detalhes procedimentais ligados ao respectivo exercício. Nele definidos, como destaca a melhor doutrina, o **titular** (os remanescentes das comunidades dos quilombos), o **objeto** (as terras por eles ocupadas), o **conteúdo** (o direito de propriedade), a **condição** (ocupação tradicional), o **sujeito passivo** (o Estado) e a **obrigação específica** (emissão de títulos) (VOTO ROSA WEBER, p.16).

Da leitura do trecho do voto da ministra Rosa Weber, resta claro que o direito das comunidades quilombolas à titulação de seus territórios possui dimensão de direito fundamental.

No mesmo sentido, caminha a petição do INCRA como *amicus curiae* no caso em análise:

O direito à titulação e ao reconhecimento do território das comunidades quilombolas é um direito fundamental (art. 68 do ADCT). O Decreto nº 4887/2003 é, na verdade, arcabouço normativo digno de orgulho para o nosso país porque guarda sintonia com a principiologia internacional dos direitos humanos, assimilando definições e critérios trazidos pela convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT (adotada em Genebra em 27 de junho de 1989), ratificada pelo Congresso Nacional, através do Decreto Legislativo nº 14. de 20 de junho de 2002, e promulgada pelo Presidente da República, por meio do Decreto nº5.051, de 19 de abril de 2004 (AMICUS CURIAE INCRA, p. 07).

Os direitos fundamentais na moderna doutrina do Direito não podem ser apenas letra de lei. Consistem antes de tudo numa promessa de realização. Um plano a ser cumprido. Mas para isso requer que sejam efetivos. Os direitos fundamentais são, portanto, um pulsar do contrato social. Um devir direitos. E ao mesmo tempo um compromisso do texto constitucional que representa o contrato social sendo sua materialidade escrita. Não pode, portanto, os direitos fundamentais estarem a mercê dos ventos políticos das maiorias de ocasião:

a atual doutrina do Direito é unânime em requerer que o Direito em geral e, em especial, o Direito Constitucional, sejam uma efetividade viva, ou seja, que se traduzam na vivência cotidiana de todos nós.

Os direitos fundamentais, tal como os entendemos hoje, são o resultado de um processo histórico tremendamente rico e complexo, de uma história, a um só tempo, universal, mas sempre individualizada; comum, mas sempre plural (CARVALHO e SCOTTI, 2011, p.13).

O caráter de direito fundamental e a dificuldade do Estado em prestar os direitos daí decorrentes: é ressaltado por João Carlos Bemerguy Camirini:

Que as terras quilombolas possuem conteúdo jusfundamental, não é difícil sustentar, no nível do discurso racional que parte da premissa de uma democracia inclusiva social, econômica e culturalmente, como se pretende a brasileira. O nó crítico reside no problema da eficácia dos direitos fundamentais que requerem prestações positivas do Estado para se

realizarem, sendo esse o caso das comunidades remanescentes (CAMERINI, 2012 p.171).

A subprocuradora Déborah Duprat do Ministério Público Federal é uma das vozes mais atuantes na defesa dos interesses das comunidades quilombolas e indígenas. No que tange aos direitos destes grupos garantidos pela Constituição ela defende que:

A Constituição brasileira, na linha do direito internacional, rompe a presunção positivista de um mundo preexistente e fixo, assumindo que fazer, criar e viver dão-se de forma diferente em cada cultura, e que a compreensão de mundo depende da linguagem do grupo. Nesse cenário, a Constituição reconhece expressamente direitos específicos a índios e quilombolas, em especial, seus territórios. Mas não só a eles. Também são destinatários de direitos específicos os demais grupos que tenham formas próprias de expressão e de viver, criar e fazer (DUPRAT, 2007 p.17).

Quanto à constatação de que o direito opera com categorias e preferências que indicam o seu caráter político e, portanto, que tem o condão de operar mudanças sociais ou manutenção de status, Deborah Duprat afirma:

Compreendeu-se que o Direito não era cego à qualidade e às *competências* das pessoas. Ao contrário, operava com classificações, com elementos binários, tais como: homem/mulher; adulto/criança, idoso; branco/outras etnias; proprietário/despossuído; são/doente. Ao primeiro elemento dessas equações, imprimia um valor positivo; ao segundo, negativo. A incapacidade relativa da mulher e a tutela dos índios são alguns dos emblemas desse modelo. Assim, o sujeito de direito, aparentemente abstrato e intercambiável, tinha, na verdade, cara: era masculino, adulto, branco, proprietário e são (DUPRAT, 2007, p.13).

Para o ex-desembargador e ex-consultor geral da União Lauro Volkmer de Castilho, em uma passagem bastante elucidativa da amplitude e da complexidade dos direitos das comunidades quilombolas, e ao mesmo tempo da clareza deste direito no texto constitucional:

o que a disposição constitucional está a contemplar é uma territorialidade específica cujo propósito não é limitar-se à definição de um espaço material de ocupação, mas de garantir condições de preservação e proteção da identidade e características dos remanescentes destas comunidades assim compreendidas que devem ser levadas em linha de conta na apuração do espaço de reconhecimento da propriedade definitiva. (...) a noção de quilombo que o texto refere tem de ser compreendida com certa largueza metodológica para abranger não só a ocupação efetiva senão também o universo de características culturais, ideológicas e axiológicas dessas comunidades em que os remanescentes dos quilombos (no sentido lato) se reproduziram e se apresentam modernamente como titulares das prerrogativas que a Constituição lhes garante. É impróprio (...) lidar nesse processo como 'sobrevivência' ou 'remanescentes' como sobra ou resíduo, quando pelo contrário o que o texto sugere é justamente o contrário. (VOLKMER DE CASTILHO, 2007, p. 54).

A destinação de territórios aos remanescentes de Quilombo constitui então uma garantia de que estas comunidades terão meios de garantir a sua própria existência uma vez que a terra ocupa uma centralidade decisiva para estes grupos. O território é não somente o local da reprodução física, mas também e principalmente o local da permanência existencial destes grupos. O território é um

lugar simbólico. É nele que estão os antepassados. As histórias acontecem no território. O território é local da memória, das práticas religiosas. Não é somente um *locus* econômico de produção. É um *locus* existencial:

E, ao conferir aos remanescentes das comunidades de quilombos a propriedade das terras por eles ocupadas, fé-lo à vista da circunstância de que os territórios físicos onde estão esses grupos constituem-se em espaços simbólicos de identidade, de produção e reprodução cultural, não sendo, portanto, algo exterior à identidade, mas sim a ela imanente. Se assim o é, trata-se, à toda evidência, de norma que veicula disposição típica de direito fundamental, por disponibilizara esses grupos o direito à vida significativamente compartilhada, por permitir-lhes a eleição de seu próprio destino, por assegurar-lhes, ao fim e ao cabo, a liberdade, que lhes permite instaurar novos processos, escolhendo fins e elegendo os meios necessários para a sua realização, e não mais submetê-los a uma ordem pautada na homogeneidade, onde o específico de sua identidade se perdia na assimilação ao todo. (DUPRAT 2007, p.34-35).

Esta visão está em consonância com o disposto nos artigos 215 e 216 da Constituição. Estes dois artigos garantem a todos o exercício dos direitos culturais bem como proteção aos bens de natureza material e imaterial aos grupos formadores da sociedade brasileira. E assim, não deve haver dúvida que as comunidades remanescentes de quilombo constituem grupos formadores e por isso devem ter seus direitos protegidos. Deste modo, o art. 68 deve ser analisado em conjunto também com estes dois dispositivos constitucionais.

Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira.

É preciso ressaltar que esta interpretação aqui discutida encontra enormes dificuldades de se afirmar de modo a garantir direitos, isto se deve dentre outros motivos pelo fato de que:

No contexto pós-colonial, o direito à diferença e sua manutenção, o pertencimento étnico reivindicado por diversos grupos têm contrariado a pretensa homogeneidade dos Estados-Nação, explicitando configurações sociais baseadas em identidades culturais e processos de subjetivação autônoma que têm desafiado os campos econômico, político e, particularmente, o campo jurídico, fundado no direito universal individual (COSTA FILHO, 2016 p. 275).

A interpretação a ser dada ao dispositivo constante do ADCT 68 deve também levar em consideração os tratados e normas de direito internacional. Neste sentido, outra fonte fundamental para o Direito das Comunidades Remanescentes de Quilombos é a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT que compõe norma internacional de Direitos Humanos, e que

considera a consciência do grupo como critério fundamental, e tal convenção foi ratificada pelo Congresso Nacional através do Decreto Legislativo nº 143, de 20 de junho de 2002, e promulgada pelo Presidente da República por meio do Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004. Desta forma, conforme estabelece o art. 5º, §3º da Constituição Federal:

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Assim, ao ser ratificada pelo Congresso Brasileiro, essa Convenção adentra o ordenamento constitucional brasileiro como uma emenda constitucional. E qual a importância desta Convenção para o Direito das Comunidades Quilombolas? Já no seu artigo segundo a Convenção traz de modo cristalino as obrigações dos governos nacionais em relação aos povos a quem se destinam a Convenção nos países signatários.

Artigo 2º

1.Os governos deverão assumir a responsabilidade de desenvolver, com a participação dos povos interessados, uma ação coordenada e sistemática com vistas a proteger os direitos desses povos e a garantir o respeito pela sua integridade.

2.Essa ação deverá incluir medidas:

a)que assegurem aos membros desses povos o gozo, em condições de igualdade, dos direitos e oportunidades que a legislação nacional outorga aos demais membros da população;

b)que promovam a plena efetividade dos direitos sociais, econômicos e culturais desses povos, respeitando a sua identidade social e cultural, os seus costumes e tradições, e as suas instituições;

c) que ajudem os membros dos povos interessados a eliminar as diferenças sócio – econômicas que possam existir entre os membros indígenas e os demais membros da comunidade nacional, de maneira compatível com suas aspirações e formas de vida.

Assim, a Convenção 169 da OIT, no artigo 14 traz o direito de propriedade e de posse das comunidades tradicionais e a obrigação do Estado para sua garantia:

1.Dever-se-á reconhecer aos povos interessados os direitos de propriedade e de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Além disso, nos casos apropriados, deverão ser adotadas medidas para salvaguardar o direito dos povos interessados de utilizar terras que não estejam exclusivamente ocupadas por eles, mas às quais, tradicionalmente, tenham tido acesso para suas atividades tradicionais e de subsistência. Nesse particular, deverá ser dada especial atenção à situação dos povos nômades e dos agricultores itinerantes.

2.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.

3.Deverão ser instituídos procedimentos adequados no âmbito do sistema jurídico nacional para solucionar as reivindicações de terras formuladas pelos povos interessados.

No âmbito da Administração Pública Federal um importante documento que tem balizado o entendimento acerca da questão referente ao reconhecimento e titulação de terras das comunidades quilombolas é o Parecer AGU/MC – 1/2006 Processo nº 00400.002228/2006-25 que tem como objetivo fixar a interpretação da Constituição a ser uniformemente seguida pelos órgãos e entidades da Administração Federal e dirimir as controvérsias entre os órgãos jurídicos da Administração Federal no que concerne ao processo de reconhecimento das ocupações dos remanescentes das comunidades quilombola, o parecer foi elaborado pelo Procurador Lauro Wolkmer de Castilho.

Para a adequada compreensão dessa disciplina parece conveniente uma criteriosa aproximação sistemática dessas disposições, procurando delas extrair o sentido próprio em pesquisa sempre orientada pela teleologia constitucional. Assim, quando menciona “aos remanescentes das comunidades de quilombos” o texto do art. 68 ADCT quer referir-se aos indivíduos, agrupados em maior ou menor número, que pertençam ou pertenciam a comunidades, que portanto **viveram, vivam ou pretendam ter vivido ou viver na condição de integrantes delas como repositório das suas tradições, cultura, língua e valores, historicamente relacionados ou culturalmente ligados ao fenômeno sócio-cultural quilombola**. Aliás, as noções jurídicas de remanescente e de remanescente de comunidade, bem por isso, estão logicamente entrelaçadas ao conceito de quilombo, isto é, ao conceito jurídico-constitucional de quilombo, que à sua vez depende necessariamente do conteúdo sócio histórico-antropológico derivado do fato histórico-social “quilombo (WOLKMER DE CASTILHO, 2006, pp.46-47, sem grifo no original).

Esta noção do ser quilombola trazida por Wolkmer de Castilho é muito importante para compreensão do lugar do Direito das comunidades quilombolas no nosso ordenamento constitucional. É fundamental esclarecer então que há um conceito jurídico constitucional de Quilombo. Este conceito é informado não só pela referência explícita do artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias mas também por toda a gama de direitos presentes na constituição e também aos tratados internacionais dos quais o Brasil faz parte, como já mencionado.

Uma importante legislação infraconstitucional é o Decreto Federal nº 6040 que institui no âmbito da Administração Pública Federal a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais traz em seu artigo 3º:

- I- Povos e Comunidades Tradicionais: grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição;
- II- Territórios Tradicionais: os espaços necessários a reprodução cultural, social e econômica dos povos e comunidades tradicionais, sejam eles utilizados de forma permanente ou temporária, observado, no que diz respeito aos povos indígenas e quilombolas, respectivamente, o que dispõem os **arts. 231 da Constituição e 68 do Ato das Disposições Constitucionais** Transitórias e demais regulamentações (sem grifo no original).

Assim, a ideia comum a toda esta legislação seja ela tratada em tratados internacionais como a Convenção 169 da OIT, seja o próprio texto constitucional ou ainda a legislação infraconstitucional é a noção de que existem grupos que possuem identidades específicas e que é obrigação do Estado Nacional como imperativo ético garantir que estes grupos tenham os seus direitos respeitados, incluindo nesses, o direito aos seus territórios.

O conceito de território é muito importante e o Direito fundado na sacralização da propriedade individual tem grande dificuldade de lidar com isto. Não é só terra. Não é qualquer terra. É esta terra. É aquela terra. Onde vivem os antepassados, onde está o rio, as matas.

Um espaço demarcado por limites, reconhecido por todos que a ele pertencem pela coletividade que o conforma, um tipo de identidade social, construído contextualmente e referenciado por uma situação de igualdade na alteridade. O território seria, portanto, uma das dimensões das relações interétnicas, uma das referências do processo de identificação coletiva. Imprescindível e crucial para a própria existência do social. Enquanto tal, pode ser visto como parte de uma relação, como integrante de um jogo. Desloca-se, transforma-se, é criado e recriado, desaparece, reaparece. Como uma das peças do jogo da alteridade, é também principalmente contextual. No caso dos grupos étnicos, a noção de território parece ser tão ambígua como a própria condição dos grupos e talvez seja justamente o que acentua seu valor defensivo (LEITE, 1990).

Este caráter inclusivo da norma constante do ADCT 68 é ressaltado pela desembargadora Maria Lúcia Luz Leiria no voto preferido em julgamento no Tribunal Regional Federal da 4ª região no processo referente à comunidade Quilombola de Invernada dos Negros/SC, já citado:

uma norma constitucional com nítido caráter de inclusão e reconhecimento de direitos não poderia ser interpretada a partir de uma legislação colonial de nítido caráter de imputabilidade penal e de perfil escravocrata. E é neste sentido, pois, que deve ser reconhecido que, no Brasil, "a injustiça social tem um forte componente de injustiça histórica e, em última instância, de racismo antiíndio e antinegro" e que ao "contrário do que se pode pensar, a justiça histórica tem menos a ver com o passado que com o futuro", porque "estão em causa novas concepções de país, soberania e desenvolvimento (LEIRIA, 2014 VOTO INVERNADA DOS NEGROS, p.18).

Assim, chegamos ao fim desta monografia após um percurso de análise que buscou apresentar aos leitores questões jurídicas e hermenêuticas presentes no julgamento da ADI 3239 e seus impactos para a política de reconhecimento e de garantia de direitos para as Comunidades Quilombolas.

Ao se colocar os argumentos presentes nos dois votos já proferidos e bem como da petição inicial, busquei apresentar o panorama nestes argumentos colocados tanto no contexto regional quando no contexto da ordem constitucional nacional. Desta maneira finalizo com algumas considerações.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Eu não sou descendente de escravos. Eu descendo de seres
humanos que foram escravizados
Makota Valdina

Os antagonismos presentes no julgamento da ADI 3239-9 são bons pra fazer pensar. Eles permitem uma série de questões muito importantes. Um ponto que chama muito a atenção é a possibilidade de, num julgamento de controle concentrado de constitucionalidade, existirem dois votos que praticamente não oferecem nenhum ponto de diálogo entre si. Isto é um ponto muito intrigante e conta muito do nosso modelo de controle.

De um lado, aqueles que defendem a inconstitucionalidade do Decreto 4887/2003 usaram argumentos preferencialmente formais. De outro lado, aqueles que defendem a constitucionalidade deixam de lado as questões formais ou as tem em segundo plano e se fundam nos princípios do ordenamento jurídico. Ressaltam, portanto, o conteúdo da norma impugnada na ação.

A conclusão deste julgamento se revestirá de grande importância. O Decreto 4887/2003 que regulamenta o dispositivo constitucional do artigo 68 do ADCT tem como base assegurar direitos as Comunidades Quilombolas levando em consideração o caráter de grupo portador de uma identidade própria e diferenciada.

O resultante deste processo de luta por direito e reconhecimento é uma perspectiva de Direito que deixa ao léu uma visão atomista e positivista para reconhecer identidades complexas e múltiplas. Isto posto, surgem então grandes desafios para o campo do direito. O risco de se adotar a visão literalista e colonial do direito das minorias é que se está aí a expressar um Direito que chancela um racismo que é marca indelével deste país desde muito.

As comunidades remanescentes de Quilombo não foram. Elas são e desejam continuar a ser. Este continuar a ser implica certamente uma garantia de direitos e dentre eles, por sua amplitude, o de maior importância é o direito a titulação de seus territórios.

É preciso nestas considerações anotar que o Julgamento da ADI 3239 lida com questões que dizem respeito a própria formação do Estado Nacional e neste sentido ao próprio projeto de país a ser construído, nestes termo Catherine Walsh nos traz importante reflexão.

Al crear un Estado y sociedad que parten de y dan razón a los grupos y a la cultura dominantes haciendo que lo «nacional» los represente, refleje y privilegie y no al conjunto

de la población, se estructura la conflictividad y problemática persistentes y pervivientes de la colonialidad, algo que difícilmente cambia sin transformar de manera radical las mismas estructuras fundacionales y organizativas del Estado y sociedad nacionales (y por ende las condiciones de poder, saber, ser y de la vida misma). Es a este problema a lo que el plurinacional e intercultural realmente apuntan, siendo ambos propuestas, procesos y proyectos de la decolonialidad (WALSH, 2008, P.139).

A negação de direitos às comunidades quilombolas se dá então num contexto histórico mais amplo e a ADI é, assim, mais um episódio de um longo, permanente e constante processo de produção desta negação, da produção de invisibilidade, da produção de supremacia branca e de subalternidades negras.

E nestes termos é que creio serem melhor compreendidos os debates acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade do Decreto 4887/2003.

Destaco que tanto o ADCT 68 quanto o Decreto 4887/2003 foram frutos de intensas lutas dos movimentos negros e quilombola. E como todas as conquistas do povo negro neste país ocorreu após intensa disputa. Muitos dos temas aqui discutidos podem e devem ser aprofundados em um momento seguinte. É preciso deixar em conta as limitações do próprio texto monográfico. Gostaria muito de aprofundar as questões referentes a participação do movimento negro e quilombola no processo constituinte e também no processo de elaboração do decreto 4887/2003. É muito importante também aprofundar o papel da Corte Interamericana de Direitos Humanos na garantia de Direitos as Comunidades Quilombolas.

Também me interessa por aprofundar o estudo em relação ao direito dos povos afrodescendentes na América Latina que aqui foi esboçado. Assim, esta monografia pode de certa forma ser considerada um projeto de pesquisa de médio e longo alcance.

De modo que muitas das questões aqui abordadas precisam ser aprofundadas num momento de continuidade da minha trajetória acadêmica. Então estas considerações finais é um até breve.

Por último, mas não menos importante, destaco o fato desta monografia ter sido produzida num tempo de regressão.. Tempos de aviltamento de direitos e garantias individuais e coletivas. Que este tempo tenebroso seja breve, que a democracia (imperfeita) seja restaurada com o florescimento de um novo tempo.

Ofereço este texto a todo povo quilombola que luta desde sempre por um país justo e democrático.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AFONSO DA SILVA, José. *Eficácia das normas constitucionais*. 7ª Ed. São Paulo:Malheiros Editora, 2007.
- ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de em : DUPRAT Deborah, (org). *Pareceres jurídicos- direitos dos povos e das comunidades tradicionais*. Manaus: UEA, 2007. Disponível em: http://ccr6.pgr.mpf.gov.br/documentos-e-publicacoes/artigos/documentosepublicacoes/docs_artigos/Parecer_AGU_01_2006.pdf , p.
- ARRUTI, José Mauricio Andion. *O quilombo conceitual Para uma sociologia do “artigo 68*. Texto para discussão Projeto Egbé Territórios Negros (KOINONIA), 2003. Disponível em <http://www.ufes.br/~dephis/quilombo.pdf> A
- BARTH, Frederik. *O guru, o iniciador e outras variações antropológicas* (organização de Tomke Lask). Rio de Janeiro: Contra Capa Livraria, 2000.
- BONAVIDES, PAULO *Jurisdição constitucional e Legitimidade (Algumas observações sobre o Brasil* Estud. av.[online]. 2004, vol.18, n.51, pp.127-150. ISSN 0103-4014. <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142004000200007>.
- BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*. Tradução de Fernando Tomaz. Lisboa: DIFEL, 1989.
- CAMERINI, João Carlos Bemerguy *Os Quilombos perante O STF: A Emergência De Uma Jurisprudência dos Direitos Étnicos* (adin 3.239-9) REVISTA DIREITO GV, SÃO PAULO 8(1) | P. 157-182 | JAN-JUN 2012
- CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. *Antropologia do Brasil : mito, história, etnicidade*. São Paulo: Brasiliense/EDUSP, 1986.
- CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito:a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.
- CARNEIRO.Edison (org) *Os Quilombos na Dinâmica Social do Brasil*. Maceió: Edufal, 2001.
- CASTILHO, Manoel Lauro Volkmer de. Parecer AGU/MC 1/2006. em : DUPRAT Deborah , (org). *Pareceres jurídicos- direitos dos povos e das comunidades tradicionais*. Manaus: UEA, 2007, p. 54. Disponível em: http://ccr6.pgr.mpf.gov.br/documentos-e-publicacoes/artigos/documentosepublicacoes/docs_artigos/Parecer_AGU_01_2006.pdf , p. 7 e 11
- CHAGAS, Mirian de Fátima. *A política do reconhecimento dos "remanescentes das comunidades*

dos quilombos" Horiz. antropol.vol.7no.15.Porto Alegre: July 2001.

CIDH.Sentença Comunidade Moiwana v. Surinam Disponível em http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=255&lang=es

CIDH. Sentença Caso Mayagna Suo V. Nicaragua Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_79_esp.pdf

COLÔMBIA.Constitucion Política de Colombia, 1991 Disponível em <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Colombia/colombia91.pdf>

COSTA FILHO, Aderval. *Quantos diques devem ser rompidos: instâncias de decisão e entraves ao processo de reconhecimento e regularização de territórios quilombolas* em OLIVEIRA Oswaldo Martin de.(org) Direitos Quilombolas e dever do Estado em 25 Direitos Quilombolas e Dever do Estado em 25 ano da Constituição Federal de 1988, Brasília: ABA Publicações, 2016.

CORRÊA, Luiza Andrade *Comunidades Quilombolas no Judiciário Brasileiro: Análise Comparativa Da Jurisprudência* Monografia de Graduação São Paulo:SBDP 2009.

DUPRAT, Déborah. *O direito sob o marco da pluriethnicidade/ multiculturalidade: Pareceres Jurídicos – Direito dos Povos e das Comunidades Tradicionais (org) Deborah Duprat)projeto nova cartografia social da amazônia* (ppgsca-ufam / Fundação Ford / ppgda-uea) Manaus, 2007.

DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. London:The Belknap Press of Harvard University Press Cambridge, Massachusetts, 2011.

_____.*O império do Direito* São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DULITZKI, Ariel E. *Cuando los afrodescendientes se transformaron en “pueblos tribales”. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos y las comunidades rurales negras*. ILSA, 2010. Disponível em <http://ilsa.org.co:81/biblioteca/dwnlds/od/elotrdr041/od41-cuando.pdf>

ECO, Humberto *Obra Aberta*. São Paulo: Editora Perspectiva, 1968.

Lector in fabula São Paulo: Editora Perspectiva. 2ª ed. 2012.

EQUADOR.CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, 2008. Disponível em : <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaStfInternacional/newsletterPortalInternacionalFoco/anexo/ConstituicaoEquador.pdf>

LEITE, Ilka Boaventura. *Território negro em área rural e urbana:algumas questões*. In: LEITE, Ilka Boaventura (org.) Terras e territórios de negros no Brasil. Textos e Debates. Publicação do Núcleo de Estudos sobre Identidades e Relações Interétnicas- UFSC. Ano I, nº 2, 1990.

MUNANGA, Kabengele. *Origem e Histórico do Quilombo na África*. Revista USP , São Paulo, 28, pp. 56-63.

NASCIMENTO, Abdias do. *O quilombismo*. Editora Vozes:petrópoles, 1980.

.em Jornal O quilombo nº 01, . 09 de dezembro de 1948, p.01 Disponível em <http://ipeafro.org.br/acervo-digital/leituras/ten-publicacoes/jornal-quilombo-no-01/>

- PERDIGÃO MALHEIROS Agostinho Marques A Escravidão no Brasil Ensaio Histórico-Jurídico-Social Rio De Janeiro - Typografia Nacional,1866 Disponível em http://www.asser.edu.br/rioclaro/graduacao/pedagogia/docs_professor/Escravidao-no-Brasil-Vol-1.pdf
- PRIOSTE, Fernando Gallardo Vieira; ARAÚJO, Eduardo. Fernandes de.(org) Rio de Janeiro ... Janeiro:Lumen Juris, 2015.
- SILVA, René Marc da Costa. *Identidade, territorialidade e futuro das comunidades rurais negras no Brasil*. Brasília a. 43 n. 170 abr./jun. 2006. Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/92838/Silva%20Ren%C3%A9.pdf?sequence=5>
- RATTS Alex. *Eu sou atlântica sobre a trajetória de vida de Beatriz Nascimento* São Paulo: Instituto Kuanza e Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2006.
- REIS, João José. *Quilombos e revoltas escravas no Brasil* Disponível em <http://www.journals.usp.br/revusp/article/viewFile/28362/30220> Acesso em 21.10.2016.
- RIBEIRO, Darcy. *Sobre o óbvio/Ensaaios insólitos* Rio de Janeiro: Editora Guanabara,1986.
- SARMENTO, Daniel. *A garantia do direito à posse dos remanescentes de quilombos antes da desapropriação*. Comissão Pró-Índio de São Paulo. 2006.
- .Territórios Quilombolas e Constituição: A ADI 3.239 e a Constitucionalidade do Decreto 4.887/03* Disponível em http://www.mpf.mp.br/atualizacao-tematica/ccr6/documentosepublicacoes/artigos/docs/artigos/docs_artigos/Territorios_Quilombolas_e_Constituicao_Dr._Daniel_Sarmiento.pdf
- RIOS. Aurélio Virgílio Veiga Rios(org). *Seminário Internacional as minorias e o direito* (2001: Brasília) / Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários;AJUFE; Fundação Pedro Jorge de Mello e Silva; The British Council. -- Brasília : CJF, 2003.
- STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m)crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado,1999.
- ZAGATTO, Bruna. *Relatório Antropológico Comunidade Remanescente de Quilombo de Lagoa das Piranhas*. INCRA, Salvador: 2008, Mimeo.
- WALSH Catherine *Interculturalidad, plurinacionalidad y decolonialidad: las insurgencias político-epistémicas de refundar el Estado* Tabula Rasa. Bogotá - Colombia, No.9: 131-152, julio-diciembre, 2008.