
IDENTIFICAÇÃO DOS REMANESCENTES DAS COMUNIDADES DE QUILOMBOS NO CONTEXTO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL

*IDENTIFICATION OF THE REMAINING QUILOMBO COMMUNITIES
IN THE CONTEXT OF FRATERNAL CONSTITUTIONALISM*

*Emanuel de Melo
Advogado da União*

em exercício na Procuradoria Regional da União junto à 1ª Região da Justiça Federal

SUMÁRIO: Introdução; 1 Os quilombos e a Constituição fraternal – para além do constitucionalismo liberal e social; 2 O conceito de quilombos: necessidade de superação do paradigma arqueológico em face dos direitos culturais dos quilombolas; 2.1 O conceito arqueológico de quilombo; 2.2 O moderno conceito de quilombo; 3. A identificação dos remanescentes das comunidades de quilombos; 3.1 Os critérios de identificação dos remanescentes das comunidades de quilombos e a busca pela verdade possível; 3.1.1 A auto-atribuição como ponto de partida do diálogo intercultural; 3.1.2 A territorialidade; 3.1.3 A coletividade do grupo no contexto de sua evolução histórica própria; 3.1.4 Presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O reconhecimento do direito à terra para a comunidades remanescentes dos antigos quilombos é uma exigência do constitucionalismo fraternal, expressamente positivado nos termos do art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Os quilombolas constituem relevante minoria, sendo que a inclusão de tais atores sociais afigura-se como essencial para a concretização dos objetivos da República, em especial a construção de uma sociedade sem preconceitos. O presente texto tem o objetivo de investigar os limites da aplicação do mencionado dispositivo, analisando: o conceito arqueológico e moderno de quilombos; as transformações no significado da igualdade e da propriedade ao longo dos paradigmas liberal, social e fraternal do constitucionalismo; o multiculturalismo dos direitos humanos de Boaventura de Sousa Santos. Finalmente, o estudo dos critérios de identificação de tais comunidades é essencial, pois é a partir da correta caracterização de tais atores sociais que a proteção constitucional pode incidir. O texto busca demonstrar o desacerto da caracterização do quilombo como realidade arqueológica estanque, bem como assentar a correção do critério da auto-atribuição como legítimo meio para a abertura de um diálogo intercultural.

PALAVRAS-CHAVE: Quilombolas. Multiculturalismo; Auto-atribuição.

ABSTRACT: The acknowledgment of property to the descendents of the ancient quilombos consists in a demand of the fraternal constitutionalism, as expressed in the art. 68 of the Brazilian Constitution's transitory dispositions. That group consists in a relevant minority, which justifies the inclusion of them as social actors essentials to the concretization of the Republic objectives. The present text has the proposal of investigating the limits to application of the art. 68, analyzing: the classic and modern concept of quilombos; the transformation in the understanding of equality and property; the human rights multiculturalism of Boaventura de Sousa Santos. At last, the study of the quilombos' recognition criterions is essential to achieve the correct characterization of them, in the way of obtaining the Constitution protection. This text aims to demonstrate that: 1) the classical concept of quilombos is wrong; 2) the self-declaration criterion of identification is a correct way to achieve a multicultural dialogue.

KEYWORDS: Quilombos. Multiculturalism. Self-declaration.

INTRODUÇÃO

Sabe-se que a Constituição Federal de 1988 previu em seu art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) o direito dos remanescentes das comunidades dos quilombos à propriedade de tais terras, cabendo ao Poder Público a demarcação de tais áreas e a expedição do respectivo título. É claro o intuito fraternal e emancipatório de tal norma consagradora de direitos fundamentais.

Tal dispositivo, no entanto, encerra certos problemas de ordem prática, como no ponto referente à identificação dos sujeitos do mencionado direito. Ante a ausência de lei nacional sobre o assunto, o Poder Executivo, dando cumprimento direto à Constituição, tem expedido Decretos regulamentando o assunto. Nesse sentido, está em vigor o Decreto nº 4.887¹, de 20 de novembro de 2003, o qual revogou o Decreto nº 3.912 de 10 de setembro de 2001.

O Decreto atualmente em vigor aponta os seguintes critérios para identificação dos remanescentes das comunidades dos quilombos, de acordo com seu art. 2º: 1) a auto-atribuição; 2) a trajetória histórica própria no contexto do coletivismo; 3) territorialidade; 4) a presunção de

1 Não se desconhecem as diversas alegações de inconstitucionalidade que pairam sobre tal Decreto. Nesse sentido, a ADI nº 3239, da relatoria do aposentado Ministro César Peluso, ataca os seguintes pontos daquela regulamentação: 1) inconstitucionalidade formal do Decreto autônomo, havendo necessidade de lei para regular o tema; 2) inconstitucionalidade dos critérios de identificação postos, notadamente a auto-atribuição, devendo-se prestigiar os rígidos critérios objetivos do Decreto anterior; 3) desnecessidade de desapropriação da área demarcada. O presente artigo parte da premissa de que tal Decreto é constitucional, forte nos seguintes argumentos, todos sintetizados no Parecer, da lavra de Daniel Sarmiento, apresentado pelo Ministério Público Federal na mencionada ADI: 1) formalmente, o Decreto em vigor simplesmente regulamenta norma de direito fundamental, o qual tem aplicabilidade imediata; além disso, tal decreto não seria autônomo, por regulamentar a Lei 9.784/99, bem como a Convenção 169 da OIT; 2) materialmente, o critério da auto-atribuição, adiante analisado aprofundadamente, prestigia o direito à diferença, levando em conta a visão de mundo da minoria, não se admitindo uma interpretação hegemônica dos conceitos alheios. Em relação à necessidade de desapropriação, entende-se que ADI deve ser julgada procedente, pois a Constituição, de fato, não condicionou a emissão do título de propriedade à desapropriação, sendo necessária, no entanto, indenização ao antigo proprietário. As questões em torno da inconstitucionalidade formal e da desnecessidade de desapropriação não serão abordadas no presente estudo, ante a completa falta de pertinência com o objeto da investigação ora proposta. Para um aprofundamento no tema, ver: SARMENTO, Daniel. Territórios quilombolas e Constituição: a ADI 3.239 e a Constitucionalidade do Decreto 4.887/03. Disponível em: http://6ccr.pgr.mpf.gov.br/documentos-e-publicacoes/docs_artigos/Territorios_Quilombolas_e_Constituicao_Dr_Daniel_Sarmiento.pdf. Acessado em: 23 de novembro de 2012. Sobre a conveniência, mas não a necessidade, de se editar lei sobre o tema, a fim de se elaborar uma real política de Estado e não de governo, ver: SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Público e igualdade étnico-racial. In.: *Ordem jurídica e igualdade étnico-racial*. PIOVESAN, Flávia; SOUZA, Douglas Martins (coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 120-126.

ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida.

O presente trabalho propõe-se a analisar esses critérios de identificação, com o intuito primordial de investigar: 1) o acerto em se prever um critério como o da auto-atribuição, levando em conta os riscos para fraudes que o mesmo pode proporcionar e 2) a existência de eventual hierarquia entre tais critérios. Informando essa análise, durante toda a exposição, ter-se-á a ressignificação de certos conceitos e a busca pela inclusão e respeito ao outro, de acordo com o paradigma do Estado Democrático de Direito e do constitucionalismo fraternal.

Sendo assim, o texto desenvolver-se-á a partir de uma apresentação necessária acerca dos direitos dos remanescentes das comunidades quilombolas, delimitando-se o conceito de quilombo. Nesse ponto, demonstrar-se-á como o conceito clássico e repressivo de quilombo merece ser relido, não se admitindo qualquer perspectiva arqueológica sobre o mesmo. Sua evolução culminará com o entendimento dos quilombolas como grupo étnico, dotado, portanto, de cultura própria.

Em seguida, os critérios de identificação acima elencados serão postos a prova, analisando-se cada um deles, mas com especial atenção para o a auto-atribuição, numa perspectiva, principalmente, voltada para a proteção dos direitos humanos.

Finalmente, buscar-se-á sustentar que a concretização do art. 68 do ADCT somente será possível se o paradigma acerca da busca arqueológica da reconstrução de fatos for substituído pelo paradigma da construção argumentativa da verdade. Parte-se, assim, da premissa básica cada vez mais repetida de que a verdade substancial é algo inatingível pelo homem.

1 OS QUILOMBOS E A CONSTITUIÇÃO FRATERNAL – PARA ALÉM DO CONSTITUCIONALISMO LIBERAL E SOCIAL

Uma das marcas mais belas da Constituição Federal de 1988 é seu nítido caráter fraternal². A primeira ideia que vem à mente quando

2 A Constituição usa de modo indistinto, as expressões solidariedade e fraternidade. Logo no preâmbulo estão consignadas certas aspirações que compreendem valores supremos de uma sociedade fraterna. O termo qualifica, portanto, a sociedade. Em seguida, no famoso art. 3º, quando a Constituição fixa os objetivos da República Federativa do Brasil, tem-se, em seu inciso I, a meta de se construir uma sociedade, livre, justa e solidária. Percebe-se, agora, que não é mais a expressão “fraterna” que qualifica a sociedade, mas sim a palavra “solidária”. Quisesse a Constituição dotar de significado diverso ambas as expressões, teria, tanto no preâmbulo, como no art. 3º, colocado as duas expressões conjuntamente, nestes termos: “construir uma sociedade, livre, justa, solidária e fraterna”. Pensar de modo diverso levaria ao absurdo de se sustentar que a Constituição quer uma sociedade solidária, mas não fraterna, em total contradição com

se pensa em fraternidade é a de ajuda desinteressada ao próximo, reconhecendo-se alguma dificuldade deste em se manter, pelo menos momentaneamente, através de suas próprias forças. Esse é o fundamento básico, por exemplo, das ações afirmativas.

O constitucionalismo e o Estado de Direito, no entanto, não surgiram preocupados com tais considerações de amor ao próximo. Nesse sentido, para se compreender o constitucionalismo fraternal do Estado Democrático de Direito, deve-se traçar uma breve evolução, do constitucionalismo liberal ao social, com as respectivas marcas no Estado Liberal e Social.

É conhecido o marco inicial do constitucionalismo clássico, apontado por diversos autores a partir das revoluções americana de 1776 e francesa de 1789. Tal abordagem, no entanto, encontra-se incompleta, como sustenta Dalmo de Abreu Dallari. Para o autor, o constitucionalismo precede às mencionadas revoluções, nestes termos:

O constitucionalismo nasceu durante disputas medievais pelo predomínio sobre terras e populações, com a afirmação de lideranças e costumes próprios de cada região. Aqui nasceu a Constituição costumeira, que aos poucos foi sendo reconhecida como fato e como direito, passando a ser invocada como base e fundamento da organização social, dos direitos individuais e do poder político. A consciência da existência de uma constituição, como expressão da individualidade e da história de um povo, surgiu e se desenvolveu no quadro das lutas contra o Absolutismo, tendo papel de extrema relevância na busca de redução ou eliminação de fatores de dominação e na luta pela abolição de privilégios.³

Tendo como característica básica a confecção de uma Constituição escrita, é célebre a lição liberal francesa no sentido de que “qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”, nos termos do art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

o preâmbulo, o qual, apesar de não ser norma jurídica, deve ser levado em conta como vetor interpretativo do texto constitucional. Como não fez tal distinção, sua intenção foi de apresentar os vocábulos como sinônimos. No presente texto, ambas as expressões serão aplicadas indistintamente. Para um estudo sobre a evolução histórica dos conceitos ver: FERREIRA, Emanuel de Melo. A evolução da solidariedade: das sociedades clássicas à principiologia constitucional. In: Anais do XIX Congresso Nacional do CONPEDI, Florianópolis/SC: Fundação Boiteux, 2010, p. 5985-5993.

3 DALLARI, Dalmo de Abreu. *A Constituição na vida dos povos – da idade média ao século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 35

O constitucionalismo liberal representou a ruptura com o absolutismo monárquico, não mais se reconhecendo privilégios em razão do nascimento, pelo que consagrou a liberdade e igualdade sob o aspecto formal, no sentido de que todos são iguais perante a lei. Exigia-se, unicamente, um absentéismo estatal para a proteção dos direitos civis.⁴

A interpretação meramente formal da igualdade seria o objeto do maior descontentamento da sociedade com o constitucionalismo liberal, quando do agravamento das sérias tensões sociais surgidas com o desenvolvimento da Revolução Industrial. Ficou evidente a necessidade de se prover um mínimo de igualdade material aos indivíduos, considerando que, de fato, há desigualdade entre os homens. A fórmula liberal, assim, aplicada isoladamente, consistiria em mera retórica. Ganha força, assim, uma concepção material dos direitos, determinando uma postura ativa, prestacional, do Estado no sentido de promover, por exemplo, a igualdade material entre os indivíduos.

É na terceira fase dessa evolução, no entanto, quando se vai encontrar a justificativa para o reconhecimento de direito às minorias, como mulheres, crianças, idosos, índios e remanescentes das comunidades dos quilombos. O constitucionalismo fraternal é aquele que reconhece a diferença entre os homens e não tenta assimilá-la, mas sim respeitá-la. Fixam-se regras básicas de convivência, como o respeito aos direitos fundamentais e à democracia e, uma vez cumpridas essas condições, aquela minoria, substancialmente diferente da maioria, tem total direito de viver sua vida de acordo com suas crenças e convicções.

Carlos Ayres Britto sintetiza o constitucionalismo fraternal do seguinte modo:

Efetivamente, se considerarmos a evolução histórica do Constitucionalismo, podemos facilmente ajuizar que ele foi liberal, inicialmente, e depois social. Chegando, nos dias presentes, à etapa fraternal da sua existência. Desde que entendamos por Constitucionalismo Fraternal esta fase em que as Constituições incorporam às franquias liberais e sociais de cada povo soberano a dimensão da Fraternidade; isto é, a dimensão das ações estatais afirmativas, que são atividades assecuratórias da abertura de oportunidades para os segmentos sociais historicamente desfavorecidos, como, por exemplo, os negros, os deficientes físicos e as mulheres (para além, portanto, da mera proibição de preconceitos). De par com

4 BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 40. Segundo o autor: "Na doutrina do liberalismo, o Estado foi sempre o fantasma que atemorizou o indivíduo. O poder, de que não pode prescindir o ordenamento estatal, aparece, de início, na moderna teoria constitucional como o maior inimigo da liberdade."

isso, o constitucionalismo fraternal alcança a dimensão da luta pela afirmação do valor do Desenvolvimento, do Meio Ambiente ecologicamente equilibrado, da Democracia e até de certos aspectos do urbanismo como direitos fundamentais. Tudo na perspectiva de se fazer da interação humana uma verdadeira comunidade. Isto é, uma comunhão de vida, pela consciência de que, estando todos em um mesmo barco, não têm como escapar da mesma sorte ou destino histórico.

Se a vida em sociedade é uma vida plural, pois o fato é que ninguém é cópia fiel de ninguém, então que esse pluralismo do mais largo espectro seja plenamente aceito. Mais até que plenamente aceito, que ele seja cabalmente experimentado e proclamado como valor absoluto. E nisso é que se exprime o núcleo de uma sociedade fraterna, pois uma das maiores violências que se pode cometer contra seres humanos é negar suas individualizadas preferências estéticas, ideológicas, profissionais, religiosas, partidárias, geográficas, sexuais, culinárias, etc. Assim como não se pode recusar a ninguém o direito de experimentar o Desenvolvimento enquanto situação de compatibilidade entre a riqueza do País e a riqueza do povo. Autosustentadamente ou sem dependência externa”.⁵ (destaques no original)

Especificamente no âmbito do reconhecimento do direito à propriedade aos remanescentes das comunidades quilombolas, percebe-se, no contexto do constitucionalismo fraternal, o acerto do constituinte de 1988 em consagrar a norma prevista no art. 68 do ADCT.

Levando em conta o passado de forte exclusão vivido pelas comunidades quilombolas ou seus remanescentes, seu passado de resistência à opressão bem como suas especiais e próprias formas de fazer, viver e criar, tem-se a caracterização de um grupo com cultura própria, diferente da maioria circundante. Além disso, a íntima relação com a terra em que habitam ou pretendem habitar torna ainda mais necessária a existência do art. 68, pois, como se sabe, muitas das consequências nefastas da escravidão perduram até hoje.

2 O CONCEITO DE QUILOMBOS: NECESSIDADE DE SUPERAÇÃO DO PARADIGMA ARQUEOLÓGICO EM FACE DOS DIREITOS CULTURAIS DOS QUILOMBOLAS

Sem dúvida alguma a delimitação conceitual do termo “quilombos” é essencial para a compreensão do art. 68 do ADCT e dos critérios postos no Decreto 4.887/2003 para identificação dos remanescentes daquelas áreas. Sobre o tema, duas principais correntes conceituais se apresentam:

5 BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 216-217.

a primeira propõe uma leitura arqueológica do termo, nos moldes em que classicamente concebido, enquanto a segunda apregoa uma evolução interpretativa.

2.1 O CONCEITO ARQUEOLÓGICO DE QUILOMBO

O termo quilombo possui definição clássica, atrelada à legislação repressiva do período imperial brasileiro. Nesse sentido, quilombo foi concebido como: “toda habitação de negros fugidos, que passem de cinco, em parte despovoada, ainda que não tenham ranchos levantados e nem se achem pilões nele”. Tal conceito, de acordo com a informação de Alfredo Wagner Berno de Almeida, foi formulado como uma “resposta ao rei de Portugal”, em face de consulta feita ao Conselho Ultramarino, em 1740.⁶

O mencionado autor aponta os cinco elementos informadores do conceito, analisando-os nos seguintes termos:

O primeiro é a fuga, isto é, a situação de quilombo sempre estaria vinculada a escravos fugidos. O segundo é que quilombo sempre comportaria uma quantidade mínima de “fugidos”, a qual tem que ser exatamente definida — e nós vamos verificar como é que ocorrem variações dessa quantidade no tempo. Em 1740, o limite fixado correspondia a “que passem de cinco”. O terceiro consiste numa localização sempre marcada pelo isolamento geográfico, em lugares de difícil acesso e mais perto de um mundo natural e selvagem do que da chamada “civilização”. Isso vai influenciar toda uma vertente empirista de interpretação, com grandes pretensões sociológicas, que conferiu ênfase aos denominados “isolados negros rurais”, marcando profundamente as representações do senso comum, que tratam os quilombos fora do mundo da produção e do trabalho, fora do mercado. Esse impressionismo gerou outro tipo de divisão, que descreve os quilombos marginalmente, fora do domínio físico das plantations. O quarto elemento refere-se ao chamado “rancho”, ou seja, se há moradia habitual, consolidada ou não, enfatizando as benfeitorias porventura existentes. E o quinto seria essa premissa: “nem se achem pilões nele”. Que significa “pilão” nesse contexto? O pilão, enquanto instrumento que transforma o arroz colhido em alimento, representa o símbolo do autoconsumo e da capacidade de reprodução. Sob esse aspecto, gostaria de sublinhar que foi a partir de uma pesquisa sobre conflitos envolvendo famílias camponesas,

6 ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. Os quilombos e as novas etnias. In: *Quilombos – identidade étnica e territorialidade*. O'DWYER, Eliane Cantorino (Org.). Rio de Janeiro: Fundação FGV, 2002. p. 47.

que representam simultaneamente unidades familiares de trabalho/ produção e de consumo, que cheguei às denominadas terras de preto. Um dado de pesquisa é que nessas situações sociais o pilão traduz a esfera de consumo e contribui para explicar tanto as relações do grupo com os comerciantes que atuam nos mercados rurais quanto sua contradição com a grande plantação monocultora. Aliás, ao contrário do que imaginaram os defensores do “isolamento” como fator de garantia do território, foram essas transações comerciais da produção agrícola e extrativa dos quilombos que ajudaram a consolidar suas fronteiras físicas, tornando-as mais viáveis porquanto acatadas pelos segmentos sociais com que passavam a interagir.⁷ (destaques no original)

O conceito proposto, como será visto, sofreu diversas impugnações, apresentando variações que culminaram, hodiernamente, com o reconhecimento dos quilombolas como entidade étnica sujeita à proteção estatal. Uma dessas variações é apontada no trecho transcrito, referindo-se à diminuição do número de escravos fugidos para fins de caracterização dos quilombos. Além disso, o próprio conceito como um todo fora abandonado quando do advento da República, como se, num passe de mágica, simplesmente não mais existissem os quilombos.⁸

No contexto das críticas lançadas ao conceito, pode-se assentar que a ideia de fuga como único meio de formação dessas comunidades é incompleta.⁹ Não foram raras operações como as de doação, principalmente em face da crise econômica que atingiu o preço de produtos como algodão e cana-de-açúcar, fazendo com que diversos engenhos fossem desarticulados, com o conseqüente abandono ou doação de tais bens, pelos grandes proprietários, aos escravos. Além disso, estes, simplesmente, ocupavam tais terras abandonadas, existindo, ainda hoje, testamentos e inventários comprovando essa forma de aquisição da propriedade.¹⁰

7 Idem. p. 48-49. O intuito de Alfredo Wagner Berno de Almeida, no seu artigo ora em estudo, é desconstruir esse conceito “frigorificado” de quilombo. Para tanto, o autor lança diversas impugnações ao longo do texto, demonstrando que, mesmo antes de se pensar as comunidades quilombolas como entidades étnicas sujeitas à proteção estatal, aquele conceito clássico já não se sustentava, ante, por exemplo, as transformações econômicas que acabaram por diminuir os poderes dos senhores de engenho, fazendo com que estes perdessem, gradativamente, a possibilidade de impor sua vontade violentamente aos escravos fugidos.

8 Idem. p. 53.

9 ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos dos descendentes de escravos (remanescentes das comunidades de quilombos). In: *Igualdade, diferença e direitos humanos*. SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 449.

10 ALMEIDA, op. cit. p. 63.

Outra crítica feita ao conceito refere-se à necessária distância entre o quilombo e o restante da sociedade, notadamente da casa do senhor de engenho. Novamente, o argumento econômico serve para justificar a presente impugnação, pois, como a diminuição do poder dos grandes proprietários, estes não mais puderam conter o avanço e crescimento daquelas comunidades, as quais puderam se desenvolver até bem próximo dos antigos locais de opressão, como a casa-grande. O caso Frechal é um exemplo dessa constatação, pois tal quilombo fora constituído a 100 metros da casa-grande.¹¹

As duas últimas características do conceito em estudo, quais sejam, a habitualidade da moradia dos ocupantes dos quilombos, bem como a utilização de tais terras para sua subsistência, não se afiguram, em si mesmas, incorretas. Nesse sentido, como será analisado adiante, quando da proposição de releitura daquele conceito, a especial forma de interação entre as comunidades quilombolas e a terra configura-se um traço marcante para a caracterização delas como entidades étnicas, cujos direitos culturais devem ser protegidos.

2.2 O MODERNO CONCEITO DE QUILOMBO

Já se demonstrou que o conceito clássico de quilombo não resiste às críticas antes apontadas, concernentes na origem exclusiva na fuga dos escravos, na necessária distância entre o quilombo e a casa-grande e na fixação fechada de um número mínimo de ocupantes do território.

A ressignificação do conceito de quilombo culmina com a caracterização das comunidades a ele ligadas como entidades étnicas, ou seja, minorias com próprias maneiras de fazer, viver e criar, que bem as diferenciam da sociedade que a circunda. Jorge Miranda aponta a dificuldade em se definir o termo “cultura”. Mesmo assim, o autor aponta o conteúdo do mesmo: *“tudo aquilo que tem significado espiritual e, simultaneamente, adquire relevância coletiva; tudo que se reporta a bens não económicos; tudo que tem ver com obras de criação ou de valoração humana, contrapostas às puras expressões da natureza”*.¹²

11 Idem. p. 54. Os efeitos da crise economia são bem analisados pelo autor, nestes termos: “Caso nos empenhemos numa releitura das fontes documentais e arquivísticas, veremos que há indícios dessa idéia de quilombo enquanto processo de produção autônomo, no momento em que os preços dos produtos do sistema de monocultura agrário-exportador estavam em declínio no mercado internacional. Esse quadro propiciava situações de autoconsumo e de autonomia a pouca distância da casa-grande. Tratava-se de famílias de escravos que mantinham uma forte autonomia em relação ao controle da produção pelo grande proprietário, que não era mais o organizador absoluto da produção diante das dificuldades com a queda do preço de seu produto básico”.

12 MIRANDA, Jorge. *Notas sobre cultura, Constituição e direitos culturais*. Disponível em: <<http://www.fd.ul.pt/Portals/0/Docs/Institutos/ICJ/LusCommune/MirandaJorge.pdf>>. Acesso em: 30 nov. 2012.

Não é difícil encontrar nos direitos dos remanescentes das comunidades de quilombos o próprio termo “quilombos” a caracterização apresentada pelo autor português mencionado. Inicialmente, deve-se consignar que a relação daqueles sujeitos com a terra em que ocupam ou exploram não é caracterizada pela marca individual, mas sim coletiva. Nesse sentido, o próprio art. 17 do Decreto nº 4.887/2003 reconhece, corretamente, que os títulos de propriedade serão expedidos de forma coletiva, cabendo às associações legalmente constituídas a representação das comunidades.¹³

Além disso, o intuito da propriedade quilombola não é o aumento do patrimônio de seus membros. A tais comunidades, na sua ampla maioria formada por pessoas pobres, é deferido, unicamente, o direito de propriedade para fins de exploração para sua própria subsistência. É nesse sentido que o mencionado art. 17 determina a obrigatoriedade de cláusula de inalienabilidade em tais títulos de propriedade, fortalecendo a ideia de que o aspecto econômico e patrimonial, para as comunidades remanescentes de quilombos, é totalmente secundário. Não se quer com isso sustentar que eventuais excedentes encontráveis na exploração sustentável das áreas não possam ser objeto de apropriação pela comunidade. A busca por melhores condições de vida, com a aplicação do superávit fruto de excedentes da produção, não está vedada, pelo que se busca garantir o desenvolvimento das comunidades.

Finalmente, as mencionadas formas próprias de criar, fazer e viver de tais comunidades transformam a relação ordinária e marcadamente patrimonial que a maioria da sociedade apresenta em relação à natureza. Como criação tipicamente humana, essas novas formas de enxergar os bens ambientais credenciam, mais uma vez e de acordo com o último conteúdo proposto por Jorge Miranda, o reconhecimento da cultura própria dos quilombolas.

Essas características agora apontadas como as mais relevantes para a caracterização moderna dos quilombos foram levadas em conta, com extrema seriedade, pela Associação Brasileira de Antropologia (ABA), como apontado por Eliane Cantorino O’Dwyer. A autora, após assentar a necessidade “*de se perceberem os fatos a partir de uma outra dimensão que venha a incorporar o ponto de vista dos grupos sociais que aspiram à vigência do direito atribuído pela Constituição Federal*”, transcreve o entendimento

13 “Art. 17. A titulação prevista neste Decreto será reconhecida e registrada mediante outorga de título coletivo e pró-indiviso às comunidades a que se refere o art. 2o, caput, com obrigatória inserção de cláusula de inalienabilidade, imprescritibilidade e de impenhorabilidade. Parágrafo único. As comunidades serão representadas por suas associações legalmente constituídas”.

básico daquela associação sobre a caracterização dos remanescentes das comunidades de quilombos, nestes termos:

O termo quilombo tem assumido novos significados na literatura especializada e também para grupos, indivíduos e organizações. Ainda que tenha um conteúdo histórico, o mesmo vem sendo ‘ressemantizado’ para designar a situação presente dos segmentos negros em diferentes regiões e contextos do Brasil. [...] Contemporaneamente, portanto, o termo quilombo não se refere a resíduos ou resquícios arqueológicos de ocupação temporal ou de comprovação biológica. Também não se trata de grupos isolados ou de uma população estritamente homogênea. Da mesma forma, nem sempre foram constituídos a partir de movimentos insurrecionais ou rebelados mas, sobretudo, consistem em grupos que desenvolveram práticas cotidianas de resistência na manutenção e reprodução de seus modos de vida característicos e na consolidação de um território próprio. [...] No que diz respeito à territorialidade desses grupos, a ocupação da terra não é feita em termos de lotes individuais, predominando seu uso comum. A utilização dessas áreas obedece à sazonalização das atividades, sejam agrícolas, extrativistas ou outras, caracterizando diferentes formas de uso e ocupação dos elementos essenciais ao ecossistema, que tomam por base laços de parentesco e vizinhança, assentados em relações de solidariedade e reciprocidade.¹⁴

As características culturais do grupo estão todas claramente postas no mencionado documento:

- 1) origem não necessariamente insurrecional, mas marcada pela existência de grupos que resistem no sentido de manter suas próprias formas de vida;
- 2) territorialidade;

¹⁴ O'DWYER, Eliane Cantorino. Introdução - os quilombos e a prática profissional dos antropólogos. In: *Quilombos – identidade étnica e territorialidade*. O'DWYER, Eliane Cantorino (Org.). Rio de Janeiro: Fundação FGV, 2002. p. 18-19. No mesmo sentido, Daniel Sarmento aponta que: “Para comunidades tradicionais, a terra possui um significado completamente diferente da que ele apresenta para a cultura ocidental hegemônica. Não se trata apenas da moradia, que pode ser trocada pelo indivíduo sem maiores traumas, mas sim do elo que mantém a união do grupo, e que permite a sua continuidade no tempo através de sucessivas gerações, possibilitando a preservação da cultura, dos valores e do modo peculiar de vida da comunidade étnica”. SARMENTO, Daniel. A garantia do direito à posse dos remanescentes de quilombos antes da desapropriação. Disponível em: <http://6ccr.pgr.mpf.gov.br/institucional/grupos-de-trabalho/quilombos-1/documentos/Dr_Daniel_Sarmento.pdf>. Acesso em: 29 nov. 2012.

- 3) coletividade e sustentabilidade no uso dos recursos naturais; 4) solidariedade entre os membros.

Essa evolução das comunidades quilombolas, com o reconhecimento do direito à sua diferença, aponta para o constitucionalismo fraternal e para a caracterização dos direitos humanos numa perspectiva multicultural. É esse novo paradigma, por exemplo, que vai tornar essencial e legitimador a aceitação do critério da auto-atribuição como requisito para a identificação das comunidades remanescentes e consequente reconhecimento do seu direito de propriedade.

Como o reconhecimento desses direitos somente é possível numa perspectiva multicultural, é a partir desse ideário que serão analisados os critérios identificadores dos remanescentes das comunidades quilombolas. É a concepção multicultural dos direitos humanos que justifica o reconhecimento do direito à diferença, com o consequente respeito que maioria hegemônica tem de ter com as minorias.

3 A IDENTIFICAÇÃO DOS REMANESCENTES DAS COMUNIDADES DE QUILOMBOS

Como dito anteriormente, o Decreto nº 4.887/2003 aponta os seguintes critérios para identificação dos remanescentes das comunidades dos quilombos, de acordo com seu art. 2º: 1) a auto-atribuição; 2) a trajetória histórica própria no contexto do coletivismo; 3) territorialidade; 4) a presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida.

Tal regulamentação é amplamente informada pelo multiculturalismo dos direitos humanos, pois expressamente reconhece os quilombolas como grupo diferente da maioria e não pretende assimilá-los a ela. Para a compreensão do dispositivo e, principalmente, do critério da auto-atribuição, é essencial compreender em que consiste a concepção multicultural de direitos humanos, no contexto do debate entre o universalismo e o relativismo dos direitos humanos. O referencial teórico básico, como anunciado, será o texto “*Uma concepção multicultural de direitos humanos*”, de Boaventura de Souza Santos.¹⁵

Em tal obra, o autor sustenta a necessidade de um diálogo intercultural como forma de garantir o conteúdo emancipatório dos

15 SANTOS, Boaventura de Souza. Uma concepção multicultural de direitos humanos. In.: *Contexto Internacional*, n. 23. p. 7-34. Disponível em: <http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concecao_multicultural_direitos_humanos_ContextoInternacional01.PDF>.

direitos humanos, reconhecendo-se que cada cultura é incompleta e apresenta visões parciais da dignidade da pessoa humana. Essa compreensão de diversidade e diferenças entre as culturas somente é possível a partir de uma interpretação dos fenômenos envolvidos que siga um método hermenêutico diatópico. A hermenêutica diatópica normatiza a interpretação no contexto do diálogo intercultural, levando em conta, seriamente, as diferenças e semelhanças entre as culturas. No entanto, o papel desse método não é buscar a igualdade, mas sim frisar as desigualdades entre as culturas. Assim está caracterizado esse procedimento:

A hermenêutica diatópica baseia-se na ideia de que os topoi de uma dada cultura, por mais fortes que sejam, são tão incompletos quanto a própria cultura a que pertencem. Tal incompletude não é visível do interior dessa cultura, uma vez a que a aspiração à totalidade induz a que se tome a parte pelo todo. O objectivo da hermenêutica diatópica não é, porém, atingir a completude – um objectivo inatingível – mas, pelo contrário, ampliar ao máximo a consciência de incompletude mútua através de um diálogo que se desenrola, por assim dizer, com um pé numa cultura e outro, noutra. Nisso reside o seu carácter diatópico.¹⁶

Como se buscará demonstrar adiante, a legitimidade e proeminência do critério da auto-atribuição se deve ao fato de ser a partir dele que o diálogo intercultural poderá ser estabelecido.

3.1 OS CRITÉRIOS DE IDENTIFICAÇÃO DOS REMANESCENTES DAS COMUNIDADES DE QUILOMBOS E A BUSCA PELA VERDADE POSSÍVEL

Os critérios de identificação dos remanescentes das comunidades de quilombos previstos no art. 2º do Decreto nº 4.887/2003 vieram superar o anacrônico sistema previsto no Decreto nº 3.912/2001. A evolução merece ser, sucintamente, analisada.

O antigo Decreto nº 3.912/2001, em seu artigo 1º, previa que *“somente pode ser reconhecida a propriedade sobre as terras que: I – eram ocupadas por quilombos em 1888; II – estavam ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos em 5 de outubro de 1988”*. Percebe-

16 Idem. p. 21. Os topoi são “os lugares comuns retóricos mais abrangentes de uma determinada cultura”. O autor aponta, ainda, que: “compreender determinada cultura a partir dos topoi de outra cultura pode revelar-se muito difícil, se não mesmo impossível”. Idem. p. 20.

se, claramente, como a anterior regulamentação partia do conceito arqueológico de quilombo. Desse modo, as críticas anteriormente lançadas são plenamente aplicáveis à presente definição.

Além delas, é possível tecer mais algumas considerações acerca do anacronismo das datas propostas. A fixação da ocupação em 1888, levando em conta a simbólica data da abolição da escravidão, chega a ser ingênua, se não fora, deliberadamente, adotada com fins unicamente destinados a evitar a real concretização do art 68. Ora, é de todos conhecida a lição histórica de que, em diversas províncias brasileiras, como o Ceará, a escravidão já havia sido abolida desde 1884. Diga-se, ainda, que soa, no mínimo, estranho um prazo de usucapião de 100 anos, reconhecendo que, nos termos da lei civil, o maior prazo é de 15 anos.¹⁷ Sendo assim, ante a total imprestabilidade em se fixar a data da abolição da escravidão, a mesma deve ser totalmente desconsiderada.

A fixação do segundo marco, de igual modo, afigura-se incorreta. É certo que o texto do art. 68 garante o direito de propriedade para aqueles remanescentes das antigas comunidades que *estejam ocupando* tais áreas. Valendo-se dessa disposição verbal no gerúndio, o Decreto nº 3.912/2001 entendeu por bem fixar aquele outro marco temporal, referente à promulgação da Constituição. Novamente, a imprecisão e a desvinculação com a realidade social é manifesta, pois um grupo que, eventualmente, tenho sido expulso de suas terras, até mesmo violentamente, não pode ser privado do direito à área, mesmo não a ocupando em 5 de outubro de 1988. É evidente que um sujeito não pode ter seu direito sonogado em face de fato de outrem, ainda mais diante de eventual violência. Além do mais, ambas as datas são inconstitucionais por apontarem restrições ao art. 68 sem qualquer autorização constitucional, chegando, praticamente, a inviabilizar sua concretização.¹⁸ Como se sabe, as

17 SARMENTO, Daniel. *Territórios quilombolas e Constituição*: a ADI 3.239 e a Constitucionalidade do Decreto 4.887/03. Disponível em: <http://6ccr.pgr.mpf.gov.br/documentos-e-publicacoes/docs_artigos/Territorios_Quilombolas_e_Constituicao_Dr._Daniel_Sarmento.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2012.

18 Deborah Duprat bem analisou essas inconstitucionalidades nestes termos: “Ao dispor que aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos, o art. 68 do ADCT não apresenta qualquer marco temporal quanto à antigüidade da ocupação, nem determina que haja uma coincidência entre a ocupação originária e a atual. O fundamental, para fins de se assegurar o direito ali previsto, é que de comunidades remanescentes de quilombos se cuide e que, concorrentemente, se lhe agregue a ocupação das terras enquanto tal. Assim, os dois termos — remanescentes de comunidades de quilombos e ocupação de terras — estão em relação de complementaridade e acessoriedade, de tal forma que a compreensão de um decorre necessariamente do alcance do outro. E estes, e apenas estes, são necessários à interpretação do comando

normas constitucionais, principalmente as consagradoras de direitos fundamentais, devem ser interpretadas de modo a que se retire a máxima efetividade das mesmas, garantindo-se direitos na máxima amplitude possível.¹⁹ A regulação ora criticada parte, no entanto, de uma mínima eficácia do texto.

Não bastassem essas inconstitucionalidades, as disposições do Decreto antigo, por não respeitarem a auto-atribuição, a territorialidade, a coletividade e tradição de resistência à opressão daqueles grupos, afigurar-se-ia manifestamente inconvenção,²⁰ por violarem frontalmente as disposições da Convenção nº 169 da OIT, a qual, por ter natureza de tratado internacional sobre direitos humanos, tem caráter supra-legal, de acordo com o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF).²¹ As questões em torno da inconvenção, no entanto, não foram levantadas diante da revogação do Decreto ora em comento e também porque esse entendimento do STF somente foi adotado em 2008, após, portanto, a publicação do Decreto.

A busca pela verdade no caso, a saber, caracterizar corretamente um sujeito como remanescente de comunidade quilombola não pode, a pretexto de se alcançar uma verdade absoluta, fixar critérios manifestamente contrários aos direitos culturais de uma minoria étnica. A busca por essa verdade deve ser também ressignificada, partindo-se da premissa, hoje cada vez mais difundida no direito processual, de que a verdade é algo em si inatingível.

Provar um fato ocorrido contemporaneamente, tentando reconstruí-lo a partir dos meios de prova admitidos pelo Direito já é algo problemático, imagine-se buscar, unicamente por critérios estritamente objetivos, provar um fato ocorrido há mais de 100 anos. Esses problemas acerca da reconstrução dos fatos, no processo civil, são de diversas ordens, como a subjetividade do testemunho de quem os tiver presenciado ou mesmo a vedação posta pelo ordenamento acerca

constitucional. O que não se admite, certamente, é que um mero decreto — o que sequer à lei se autoriza —, numa visão unilateral, opere um reducionismo no conteúdo de sentido da norma". (destaques no original). PEREIRA, Deborah Macedo Duprat de Brito. Breves Considerações sobre o Decreto No 3.912/01. In.: *Quilombos – identidade étnica e territorialidade*. O'DWYER, Eliane Cantorino (Org.). Rio de Janeiro: Fundação FGV, 2002. p. 283.

19 SANTILI, Juliana. *Socioambientalismo e novos direitos – proteção jurídica à diversidade biológica e cultural*. São Paulo: Peirópolis. p. 172.

20 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. O Controle de Convencionalidade das Leis. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 30 nov. 2012.

21 RE 466.343. Rel. Ministro César Peluso. Dje nº 104. Publicação em 05/06/2009.

da admissibilidade de provas ilícitas. Evidentemente, tal vedação é correta, mas, juntamente com o problema anterior, ela leva a uma conclusão inafastável: não se pode alcançar uma verdade absoluta através de qualquer procedimento. O que se deve buscar, assim, é uma verdade possível, construída argumentativamente pelas partes envolvidas no litígio.²²

O alcance a essa verdade possível, negado pelo Decreto anterior, é garantido pelo atual. Como dito anteriormente, o art. 2º do Decreto nº 4.887/2003 fixa os seguintes critérios para identificação dos remanescentes: “*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.*”

Como será estudado adiante, a atual regulamentação, além de fixar aqueles critérios subjetivos e objetivos para a identificação dos remanescentes das comunidades de quilombos, prevê a participação de eventuais prejudicados no procedimento de demarcação, garantindo-se o contraditório necessário para a construção dialogada da verdade.²³ A busca por essa verdade possível na caracterização dos quilombolas, no entanto, não pode se converter em instrumento para acobertar fraudes, devendo essa preocupação ser levada a sério quando da análise dos critérios postos para identificação.

3.1.1 A AUTO-ATRIBUIÇÃO COMO PONTO DE PARTIDA DO DIÁLOGO INTERCULTURAL

A auto-atribuição consiste na oitiva prévia do beneficiário de determinado direito consagrado para minorias como forma de legitimar sua caracterização como sujeito de direito, dando especial destaque para essa declaração como forma de não se impor uma verdade hegemônica da maioria sobre a vida dessa minoria. A auto-atribuição está prevista no art. 1º, item 2 da Convenção 169 da OIT, o qual expressamente consigna que: “*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.*”

22 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 48-50.

23 Art. 7º, §2º. Além do mais, tratando-se de processo administrativo, incidem as normas constitucionais garantidoras do devido processo legal e as disposições da Lei nº 9.874/99, a qual regulamenta o processo administrativo no âmbito federal.

A partir das considerações anteriormente lançadas sobre o multiculturalismo e, especialmente, sobre a hermenêutica diatópica, fica fácil justificar a legitimidade do presente critério. Ele assume o caráter de ponto de partida necessário para o diálogo intercultural, o qual decorre, como visto, da constatação de que as culturas apresentam diferentes e incompletas concepções de dignidade da pessoa humana.

Não se desconhece a diferenciação que a doutrina constitucional faz entre direitos fundamentais e direitos humanos, situando os primeiros na ordem interna de determinado Estado (como previsto na Constituição) e os segundos na ordem internacional (como consagrado nos tratados). Nesse sentido, poder-se-ia objetar que a questão de identificação dos quilombolas, por ser assunto de direito interno, não deveria sofrer os influxos da teoria multicultural dos direitos humanos, a qual, na própria formulação de Boaventura de Sousa Santos, está situação no contexto da globalização e internacionalização do discurso daqueles direitos.

Essa eventual objeção, de caráter meramente formal, não poderia proceder. É certo que a questão quilombola, numa análise a partir unicamente do art. 68, poderia se apresentar como questão de direito unicamente interno, não atraindo as preocupações do multiculturalismo. No entanto, toda questão de direito fundamental (analisada, portanto, sob o ângulo interno) também se afigura como um problema de direitos humanos à medida em que, caso o Estado em questão não atue, será possível o acionamento de cortes internacionais de direitos humanos. Além disso, o paradigma da soberania absoluta dos Estados está superado, admitindo-se intervenções internacionais (não meramente estrangeiras) com a finalidade de proteger os direitos humanos.

Mas não é só. É certo que a concepção multicultural dos direitos humanos, como formulada por Boaventura de Sousa Santos, preocupa-se com o desenvolvimento dos direitos humanos no contexto da globalização, num cenário que coloca em jogo dominadores e dominados, tendências hegemônicas e contra-hegemônicas. Ora, qual seria a situação dos remanescentes das antigas comunidades de quilombos, aqui no Brasil, senão a de um grupo historicamente dominado e excluído? Sendo assim, é manifesta a aplicabilidade do multiculturalismo à hipótese.

Admitindo-se sua utilização, deve-se, igualmente, admitir como legítimo o critério da auto-atribuição, pois é através dele que o Estado e a sociedade circundante, os quais formam a maioria que pode tender à opressão, conseguiram entender os remanescentes de quilombos a partir de sua própria linguagem. Trata-se, assim, do início de um diálogo intercultural.

Veja-se que não se trata, por outro lado, de um diálogo acabado. Uma das críticas feitas ao presente critério é a possibilidade de manipulações e fraudes pelas partes beneficiárias. Tal crítica é verdadeira no sentido de que, realmente, tais vícios podem ocorrer, cabendo ao Direito combatê-los.²⁴ No entanto, essa objeção erra quando busca, pura e simplesmente, a proscrição desse critério de identificação, pois, como será visto adiante, ele não é o único critério posto.²⁵ Diz-se, assim, que o diálogo intercultural não se encerra com a auto-atribuição porque aqueles outros critérios postos (territorialidade, coletividade e passado de resistência à opressão) também devem ser objeto do diálogo. Com a análise desses últimos critérios objetivos, afasta-se a preocupação acerca das fraudes, sempre num contexto, lembre-se, de que a verdade absoluta é inatingível.

Deve-se deixar claro, no entanto, que a auto-atribuição goza de primazia em relação aos outros critérios porque é somente a partir dela que todo o procedimento de demarcação e titulação se inicia.

4.1.2 A TERRITORIALIDADE

Feita a auto-atribuição pelo grupo, iniciar-se-ão as investigações históricas e antropológicas sobre os demais critérios, a fim de, numa perspectiva multicultural, analisar a existência daqueles traços objetivos antes postos. Um deles é a territorialidade, a qual consiste, como também já frisado anteriormente, na especial relação entre o grupo étnico a terra em que ocupa.²⁶ Carlos Ari Sundfeld assim disserta sobre a territorialidade:

24 ROTHENBURG, Walter Claudius. *Direitos dos descendentes de escravos (remanescentes das comunidades de quilombos)*. Ob. cit. p. 459.

25 Sobre o tema, Daniel Sarmento assim se manifesta: “É importante ressaltar que a auto-definição é um dos critérios adotados pelo Decreto 4.887/03, mas não o único. Trata-se de um critério extremamente importante, na medida em que parte da correta premissa de que, na definição da identidade étnica, é essencial levar em conta as percepções dos próprios sujeitos que estão sendo identificados, sob pena de se chancelarem leituras etnocêntricas ou essencialistas dos observadores externos provenientes de outra cultura, muitas vezes repletas de preconceito. A idéia básica, que pode ser reconduzida ao próprio princípio da dignidade da pessoa humana, é de que na definição da identidade, não há como ignorar a visão que o próprio sujeito de direito tem de si, sob pena de se perpetrarem sérias arbitrariedades e violências, concretas ou simbólicas”. SARMENTO, Daniel. *Territórios quilombolas e Constituição: a ADI 3.239 e a Constitucionalidade do Decreto 4.887/03*. Disponível em: <http://6ccr.pgr.mpf.gov.br/documentos-e-publicacoes/docs_artigos/Territorios_Quilombolas_e_Constituicao_Dr._Daniel_Sarmento.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2012.

26 De acordo com o art. 13.1 da Convenção 169 da OIT, tem-se a consagração do critério da territorialidade e do coletivismo, adiante analisado: “Na aplicação das disposições desta Parte da Convenção, os governos respeitarão a importância especial para as culturas e valores espirituais dos povos interessados, sua

Outro parâmetro importante na identificação das comunidades quilombolas é a percepção de como as terras são utilizadas pelas mesmas. A territorialidade é um fator fundamental na identificação dos grupos tradicionais, entre os quais se inserem os quilombolas. Tal aspecto desvenda a maneira como cada grupo molda o espaço em que vive, e que se difere das formas tradicionais de apropriação dos recursos da natureza. São as terras de uso comum, em especial as “terras de preto”, cuja ocupação não é feita de forma individualizada, e sim em um regime de uso comum.²⁷

Assim, mesmo que determinada comunidade se auto-declare como remanescente de quilombo, se não restar caracterizada, cabalmente, qualquer relação especial da mesma com a terra em que ocupa ou pretenda ocupar, aquela não poderá titularizar o direito previsto no art. 68.

3.1.3 A COLETIVIDADE DO GRUPO NO CONTEXTO DE SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA PRÓPRIA

Reportando-se, novamente, àqueles critérios caracterizados de dada cultura, anunciados por Jorge Mirada, tem-se que a especial forma de criar, fazer e viver de determinado grupo étnico encontra-se especialmente protegido pelo Direito. No caso brasileiro, os arts. 215 e 216 da Constituição especificamente tratam do tema, buscando promover a proteção dos grupos com trajetória histórica própria, os quais, a partir dessas características, são considerados como formadores da sociedade brasileira. Essas especiais formas de vida e de trajetória histórica são caracterizadas pelo coletivismo. Novamente, cita-se Carlos Ari Sundfeld, o qual sustenta que a identidade coletiva:

Trata-se de identificar a forma pela qual o grupo remanescente de quilombo conseguiu manter o seu modo de vida, resistindo às influências externas e mantendo os seus traços culturais e habitacionais ao longo das gerações. A partir da identificação desse modo de vida, conclui-se, em regra, que a titulação deve recair não só sobre os espaços que o grupo mora e cultiva, mas também sobre aqueles necessários ao lazer, à manutenção, da religião, à perambulação entre as famílias do grupo e também aqueles destinados ao estoque de recursos naturais.²⁸

relação com as terras ou territórios, ou ambos, conforme o caso, que ocupam ou usam para outros fins e, particularmente, os aspectos coletivos dessa relação”

27 SUNDZFELD, Carlos Ari. Comunidades quilombolas – direito à terra (artigo 68 do ato das disposições constitucionais transitórias). Brasília: Fundação Cultural Palmares/Ministério da Cultura: Abaré, 2002. p. 78-79.

28 Idem. p. 79.

O coletivismo, por ser tão marcante nesses grupos, justifica até mesmo a titulação da terra de forma coletiva, como informado anteriormente. Sendo assim, se determinado grupo: 1) se auto-declara como remanescente de comunidade quilombola; 2) apresenta forte vínculo com sua terra; 3) mas apresenta tendência de explorá-la individualmente, em manifesto confronto com sua trajetória histórica própria, conforme apurado em laudos periciais específicos, não fará jus à proteção constitucional nos termos do art. 68. Eventualmente, o grupo poderá ser caracterizado como população tradicional, a merecer proteção a partir do art. 215 e 216 da constituição.

3.1.4 PRESUNÇÃO DE ANCESTRALIDADE NEGRA RELACIONADA COM A RESISTÊNCIA À OPRESSÃO HISTÓRICA SOFRIDA

O último critério objetivo elencado enuncia uma presunção. E nem poderia ser diferente, pois buscar uma comprovação cabal sobre um fato ocorrido, possivelmente, há mais de 100 anos, qual seja, a luta negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida,²⁹ afigurar-se-ia um verdadeiro absurdo.

Não é por acaso que o Decreto prevê esse critério como o último. Nesse sentido, casos os “testes” anteriores tenham sido favoráveis ao reconhecimento do grupo como quilombola, a presunção de ancestralidade negra relacionada à resistência será, tranquilamente, também favorável. Tal presunção somente cederá frente a uma fortíssima argumentação contrária, escudada em estudos históricos robustos. É difícil imaginar, nessa situação favorável ao pleito em face dos critérios anteriores, uma ocorrência prática em que a presunção ora em estudo seria desfavorável.

Por outro lado, a expressão “ancestralidade” não pode, também ela, ser entendida de modo estanque, referindo-se unicamente àqueles antepassados que se opuseram à opressão até 1888, por exemplo. Nesse sentido, demonstrando que a opressão aos quilombolas não pode ser analisada congeladamente até 1888, Leinard Ayer de Oliveira aponta, no contexto da fixação da data de 1888 como mera invenção, que:

Queremos mostrar primeiramente que a data de 1888, embora seja um marco formal para os negros no Brasil, não tem importância central

29 Esse passado de perseguições, como é evidente, contribuiu para a formação das tradições do grupo, encontrando tal critério guardada no art. 1.1 da Convenção 169 da OIT: “A presente Convenção aplica-se a povos tribais em países independentes cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros segmentos da comunidade nacional e cuja situação seja regida, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por uma legislação ou regulações especiais”.

no que diz respeito aos quilombos. Eles se formam por escravos libertos e insurretos e negros livres antes e depois da abolição. Enquanto vigora a escravidão, os quilombos cumprem a função de abrigar as populações negras, configurando um tipo de resistência. Finda a escravidão, e sabemos que a Lei Áurea só vem formalizar uma realidade conquistada pelas populações negras uma vez que quase todos os escravos já se haviam libertado quando da assinatura da lei, os quilombos serão o único espaço onde muitos negros, excluídos pela nova ordem que se configura, poderão sobreviver física e culturalmente. Os quilombos continuam representando a resistência negra. É, portanto, perfeitamente lógico falar-se em quilombos mesmo após 1888.³⁰

Sendo assim, esse passado de ancestralidade não precisa se reportar a tempos imemoriais ou, necessariamente, até 1888. Mesmo após essa data houve opressão histórica aos ancestrais do grupo.

4 CONCLUSÃO

O presente texto procurou demonstrar como o constitucionalismo fraternal tem a capacidade de ressignificar diversos conceitos, como o de quilombo, acarretando consequências impensáveis até bem pouco tempo atrás, quando se vivia unicamente o paradigma do Estado Social. A principal consequência estudada ao longo do texto foi a consagração de um direito à diferença e à inclusão.

Esses novos significados fazem com que o conceito clássico de quilombo, pensado num contexto de repressão penal, seja ressemantizado para alcançar a proteção dos quilombolas, grupo étnico dotado de formas próprias de criar, fazer e viver. Essa evolução vai justificar a aceitação dos critérios de identificação postos no Decreto nº 4.887/2003, em especial a auto-atribuição.

Nesse sentido, a auto-atribuição apresenta um destaque especial em relação aos demais critérios, pois é através dela que o diálogo entre as culturas, dominante e dominada, poderá se iniciar. Esse especial destaque, contudo, não propicia ao presente critério uma posição hierárquica abstrata superior, pois os demais instrumentos de identificação também devem ser levados a sério na análise.

É possível, assim, que determinada comunidade, mesmo se declarando quilombola, tenha sua característica oficialmente negada em face da ausência de territorialidade, coletivismo ou passado histórico ligado à resistência à

30 OLIVEIRA, Leinard Ayer de. Sobre as datas e as competências no Decreto nº 3.912/2001. In.: *Quilombos – a hora e a vez dos sobreviventes*. São Paulo: Comissão pró-Índio de São Paulo, 2001. p. 31.

opressão. Tal constatação contrária à auto-atribuição, no entanto, deve apresentar fortíssima carga argumentativa, sendo lastreada em laudos periciais e demais meios de prova. O que não se pode admitir é que a consciência que a própria comunidade tem de si não possa ser externada ou não seja levada a sério no diálogo proposto.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. *Os quilombos e as novas etnias*. In: *Quilombos – identidade étnica e territorialidade*. O'DWYER, Eliane Cantorino (Org.). Rio de Janeiro: Fundação FGV, 2002.
- BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *A Constituição na vida dos povos – da idade média ao século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- FERREIRA, Emanuel de Melo. *A evolução da solidariedade: das sociedades clássicas à principiologia constitucional*. In: *Anais do XIX Congresso Nacional do CONPEDI*. Florianópolis/SC: Fundação Boiteux, 2010.
- PEREIRA, Deborah Macedo Duprat de Brito. *Breves Considerações sobre o Decreto No 3.912/01*. In: *Quilombos – identidade étnica e territorialidade*. O'DWYER, Eliane.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O Controle de Convencionalidade das Leis*. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 30 de nov. 2012.
- MIRANDA, Jorge. *Notas sobre cultura, Constituição e direitos culturais*. Disponível em: <<http://www.fd.ul.pt/Portals/0/Docs/Institutos/ICJ/LusCommune/MirandaJorge.pdf>>. Acesso em: 30 denov. 2012.
- O'DWYER, Eliane Cantorino. *Introdução - os quilombos e a prática profissional dos antropólogos*. In: *Quilombos – identidade étnica e territorialidade*. O'DWYER, Eliane Cantorino (Org.). Rio de Janeiro: Fundação FGV, 2002.

OLIVEIRA, Leinard Ayer de. Sobre as datas e as competências no Decreto nº 3.912/2001. In.: *Quilombos – a hora e a vez dos sobreviventes*. São Paulo: Comissão pró-Índio de São Paulo, 2001.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos dos descendentes de escravos (remanescentes das comunidades de quilombos). In.: *Igualdade, diferença e direitos humanos*. SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (organizadores.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SANTILI, Juliana. *Socioambientalismo e novos direitos – proteção jurídica à diversidade biológica e cultural*. São Paulo: Peirópolis. p. 172.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Uma concepção multicultural de direitos humanos*. In.: *Contexto Internacional*, nº 23. p. 7-34. Disponível em: <http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concepcao_multicultural_direitos_humanos_ContextoInternacional01.PDF>.

SARMENTO, Daniel. *Territórios quilombolas e Constituição: a ADI 3.239 e a Constitucionalidade do Decreto 4.887/03*. Disponível em: <http://6ccr.pgr.mpf.gov.br/documentos-e-publicacoes/docs_artigos/Territorios_Quilombolas_e_Constituicao_Dr._Daniel_Sarmento.pdf>. Acesso em: 23 de nov. de 2012.

SARMENTO, Daniel. A garantia do direito à posse dos remanescentes de quilombos antes da desapropriação. Disponível em: <http://6ccr.pgr.mpf.gov.br/institucional/grupos-de-trabalho/quilombos-1/documentos/Dr_Daniel_Sarmento.pdf>. Acesso em: 29 de nov. de 2012.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Comunidades quilombolas – direito à terra (artigo 68 do ato das disposições constitucionais transitórias)*. Brasília: Fundação Cultural Palmares/Ministério da Cultura: Editorial Abaré, 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Público e igualdade étnico-racial*. In.: *Ordem jurídica e igualdade étnico-racial*. PIOVESAN, Flávia; SOUZA, Douglas Martins (coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.