COMUNIDADES QUILOMBOLAS: A QUESTÃO DA CIDADANIA E DOS DIREITOS HUMANOS ATRAVÉS DAS AÇÕES AFIRMATIVAS NO RECONHECIMENTO DA PROPRIEDADE DE SUAS TERRAS

ADÉLI CASAGRANDE DO CANTO¹ - ANDREA NÁRRIMAN CEZNE²

Resumo

Este artigo estuda a regularização fundiária das comunidades quilombolas através do enfoque constitucional moderno. Apresentam-se os aspectos sociais do Estado Democrático de Direito, enfocando as políticas públicas para minorias étnicas, e sua nova configuração na Constituição de 1988. Configura-se o direito fundamental dos povos Quilombolas ao direito de reconhecimento da titulação das terras onde eles viveram e sobreviveram por vários séculos, baseado no ponto de vista dos direitos humanos e da cidadania. Este direito foi estabelecido pelo Artigo 68 do ADCT. Analisam-se os diversos conceitos de comunidades Quilombolas, enfatizando o direito ao reconhecimento não somente como um direito isolado, mas como um complexo de direitos ligados e inseparáveis, inseridos no contexto das políticas públicas e das ações afirmativas. Considera-se também a união dos direitos históricos originados na dívida da sociedade colonial com os povos Quilombolas, a grande relevância dos direitos culturais típicos das comunidades e de seu modo de vida (incluindo sua morada), o direito fundamental da propriedade com o respeito à diversidade, a valorização dos Direitos Humanos e da cidadania. Também se estuda a diferença entre o direito à titulação Quilombola dos institutos do direito privado. Como último ponto, os instrumentos de regulação e restrição da propriedade do direito administrativo são mostrados como caminhos para a preservação cultural, incluindo aí a cultura Quilombola.

Palavras-chave: comunidades quilombolas; direito ao reconhecimento fundiário; políticas públicas das minorias étnicas

Abstract

This paper studies the land's regularization of Quilombola communities, through the modern constitutional view. We presents the social aspects of Law's

Democratic State, focusing on ethnic minorities public policies, in their new configuration at 1988's Constitution. We configures the fundamental right of titling the land where they have lived and survived for several centuries, based on a point of view of Human's Rights and citizenship. This right is established by Article 68 of ADCT. We analyses the several concepts of Quilombola communities, emphasizing the recognition right not only as a single right, but as a complex of linked and inseparable rights, insert in the context of public policies and affirmative actions. We considers also the union of historic right origin in Colonial society debt with the Quilombola people, the great relevancy of cultural rights, the necessity of preservation of cultural expressions typical from this communities and their way of life (including their home), the propriety's fundamental right with the respect of diversity, the valorization of Human's right and citizenship. We also studies the difference between Quilombola titling right from the institutes of titling in private law. As last point, administrative law instruments of propriety's regulation and restriction are showed as ways for cultural preservation, including Quilombola culture.

Keywords: quilombola communities; recognition's land's right; ethnic minorities public policies

O presente artigo tem por objeto apresentar a questão da regularização fundiária dos quilombos como um direito fundamental expresso na Constituição de 1988, que visa promover a valorização e a proteção à cultura e ao modus vivendi específico dos quilombolas. Ultrapassando a questão fundiária, a proteção às terras quilombolas e sua garantia pela CF/88 inserem-se em um contexto de políticas públicas de proteção à diversidade cultural e proteção à grupos socialmente fragilizados, como é o caso das comunidades afro-descendentes quilombolas.

¹ Graduada em direito pela UNIFRA, autora participante do Programa Quilombo Arnesto Penna Carneiro

² Doutora em direito pelo PPGD – UFRGS, professora da UNIFRA.

Esta discussão somente ganha relevo a partir da CF/88, pois esta traz, entre outros dispositivos inovadores, a questão dos quilombolas e sua regularização fundiária. A preocupação com a questão quilombola insere-se pois, ao próprio contexto formativo da CF/88 como carta inovadora, pois traz em seu bojo uma forte marca de preocupação social nunca antes vista.

No final da década de 80, quando o país passou por transformações sociais e políticas -de um regime ditatorial para um regime democrático-, por conflitos e anseios de mudanças promulgou-se a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, demarcando o processo de democratização na esfera jurídica brasileira, fruto de longas lutas. Com o intuito de assegurar o exercício dos direitos sociais, o desenvolvimento e a igualdade, consubstanciando valores supremos de uma sociedade fraterna, conforme disposto no preâmbulo constitucional, legitima-se o novo texto e rompe-se com o ordenamento anterior.

Jurisdiciza-se um ambicioso projeto de reforma social, o estado de bem-estar para o povo, ampliando o reconhecimento de direitos, somando às liberdades individuais os direitos sociais e coletivos. A nova Constituição demonstra considerável evolução no âmbito dos direitos fundamentais, refletindo significado ideológico e contemporâneo, em sintonia com a sociedade que rege. É voltada para a plena realização da cidadania, destacando-se os direitos humanos, até então, jamais adotados no ordenamento nacional. Possibilita-se o progresso no reconhecimento de obrigações internacionais e transformações internas relevantes para o ordenamento jurídico brasileiro.

A Constituição confere ao Estado Democrático de Direito, para a própria efetivação da democracia, os principais fundamentos para a sua consecução: a cidadania e a dignidade da pessoa humana. Assinala-se os objetivos do Estado Brasileiro como a formação de uma sociedade livre, justa e solidária, buscando-se a justiça social. A dignidade da pessoa humana é um valor essencial que confere unidade e sentido

no ordenamento constitucional, incorporando as exigências de justiça e dos valores éticos, privilegiando-se os direitos e garantias individuais intocáveis da Constituição sendo protegidos por cláusulas pétreas (artigo 60, § 4º, IV, CF).

Os direitos e garantias fundamentais, como normas reguladoras de relações jurídico-materiais, projetam-se na esfera constitucional sendo vistos como fonte interpretativa de todas as normas do ordenamento jurídico pátrio, tendo aplicação imediata, cabendo ao Poder Público conferir eficácia máxima aos seus preceitos, conforme o artigo 5º, § 1º da Constituição, oferecendo-lhe aplicação direta, eficaz e atual (PIOVESAN, 2002).

A partir de 1988, sendo a sociedade definida oficialmente como pluriétnica e multicultural, proposta radicalmente diferenciada das demais constituições do ordenamento jurídico brasileiro, as quais estiveram pautadas no reconhecimento de um único credo e uma única língua, emitindo uma idéia genérica de cidadania, viu-se a necessidade de transformação das políticas públicas para o reconhecimento oficial das comunidades étnicas do país, entre estas, as comunidades quilombolas.

Estas políticas públicas podem ser descritas como políticas de ações afirmativas, também designadas como discriminações positivas, que se constituem em medidas especiais e temporárias, determinadas pelo Estado, espontânea ou compulsoriamente, com o objetivo de garantir a igualdade de oportunidade e de tratamento para compensar perdas provocadas pela discriminação e marginalização decorrentes de motivos étnicos, raciais, de gênero e outros, combatendo efeitos acumulados das discriminações advindas do passado que persistem em permanecer no presente, oportunizando as vítimas aquilo que elas normalmente obteriam se não fossem discriminadas.

Assim, na medida em que se verifica a posição de desigualdade original das comunidades quilombolas, uma vez que a marca da escravidão é ainda sentida nelas

arro-descendentes através de patamares de desigualdades sócio-econômicas, de nível de escolaridade e de saúde desta população. No caso específico dos quilombolas a situação é mais grave pela formação de um grupo com cultura específica e espaço em conflito com o poder socialmente estabilizado. É necessário que as ações afirmativas auxiliem a concretização de direitos fundamentais, como saúde e educação, a estas comunidades socialmente discriminadas e economicamente frágeis.

Observa-se que a expressão “política públicas” foi utilizada pela primeira vez com o decreto 10.925/61 assinado pelo Presidente Kennedy dos EUA, momento em que se reivindicavam os direitos civis. No Brasil pode-se citar como exemplos de políticas de ações afirmativas a Lei dos Dois Terços da década de 30 que implementou a participação majoritária de trabalhadores brasileiros nas empresas do país, visto que grande parte das empresas eram de imigrantes; as leis atuais que garantem empregos a portadores de deficiência através de quotas; a participação de mulheres nas listas de candidatos de partidos; e outras leis em relação a idosos, jovens, micro e pequenos empresários; agências de desenvolvimento nacional como a SUDAN e a SUDENE com objetivo de investir no norte e nordeste; o imposto de renda progressivo, o direito da mulher poder se aposentar cinco anos antes que o homem; a bolsa escola, o cheque cidadão e outros (MEDEIROS, 2004, p. 143-144).

As referidas medidas estão no contexto da formação dos direitos sociais, concretizando a igualdade material. Conforme Grazziotin, “os Direitos Humanos Econômicos, Sociais e Culturais exigem do Estado um comportamento ativo, objetivando a promoção da igualdade. Isto é, a tradução de uma igualdade formal em uma igualdade fática de oportunidade e tratamento. Ao Estado é dada a missão de não só discriminar, mas de eliminar qualquer fonte de discriminação direta ou indireta e de criar condições que permitam a todos beneficiar-se da igualdade de oportunidades. A isso se dá o nome de ação afirmativa, compreendida

no comportamento ativo do Estado em contraposição à cômoda posição limitada à mera intenção de não discriminar. Atualmente, embora o direito de igualdade permaneça no rol dos direitos de primeira geração, é justo afirmar que este vem assumindo contornos de um Direito Econômico, Social e Cultural na medida em que passa a demandar prestações positivas do Estado” (2002, p. 154).

O Estado brasileiro propõe, assim, políticas de ações afirmativas objetivando contemplar a igualdade de grupos segregados e minoritários³. Pretende transformar a igualdade formal, que é a igualdade perante a lei, a que diz respeito à igual aplicação da lei vigente sem diferenciação do destinatário da norma jurídica, sujeito aos efeitos jurídicos que dela decorram, em igualdade material, que é a igualdade na própria lei, igualdade de tratamento, pelo direito vigente, dos casos iguais, bem como a diferenciação, no regime normativo, em face de hipóteses diversas, resguardando as diferenças e as pluralidades sociais (FONSECA, C., 2004, p. 155). O tratamento desigual somente é permitido se for possível justificá-lo visto que, inexistente razão suficiente sempre que não for alcançada fundamentação racional para a instituição da diferenciação.

As ações afirmativas possibilitam a superação “do problema do não cidadão, daquele que não participa política e democraticamente como lhe é na letra da lei fundamental assegurado, porque não se lhe reconhecem os meios efetivos para se igualar

³ A expressão “grupos minoritários”, para os operadores do Direito, está ligada a nacionalidade, significando os grupos que estão à margem do processo de cidadania, são grupos excluídos do resto da sociedade. É bem diferenciado do conceito demográfico, o qual compara uma minoria com grupos dominantes, visto que se assim o fosse, os quilombos não seriam uma minoria na sociedade (ALMEIDA, 2003, p. 245). Segundo o conceito aceito pelas Nações Unidas, minorias, são os grupos distintos dentro da população do Estado, possuindo característica étnicas, religiosas ou lingüísticas estáveis, que diferem daquelas do resto da população; em uma posição de não dominância; vítima de discriminação. “Índios e negros constituem, contemporaneamente no Brasil, as minorias étnicas por excelência. Elas são designadas através de critérios raciais e culturais, independentemente de qual deles seja prioritário para operar como categoria de atribuição de identidade social. O fato de serem identificados e de se auto-identificarem a partir de atributos culturais os situa no conjunto mais amplo das minorias étnicas” (FONSECA, C., 2004, p. 245).

aos demais (ROCHA apud MEDEIROS, 2004, p. 146). Um dos meios para a superação deste problema é aumentar a representatividade dos grupos alvo de discriminação em setores públicos como, por exemplo, nas universidades, nas academias policiais, nas secretarias dos ministérios, entre outros. Para a aplicação do princípio da igualdade, deve-se saber quem são os iguais e quem são os desiguais. Tratar de igual modo todos aqueles que estão na mesma situação, prevenindo o cidadão contra o arbítrio e a discriminação infundada. Uma vez que os princípios constitucionais são informadores da igualdade material, evidencia-se que a concretização da cidadania visa a extinção da exclusão.

O Estado propõe formas para assegurar a igualdade material, positivando o preceito no artigo 5º da Constituição (que dispõe no sentido de que não haverá distinção de qualquer natureza) e no artigo 3º, IV, que estabelece como objetivo fundamental da República Brasileira a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Contudo, não se pode camuflar a ocorrência de desigualdades cristalizadas durante o curso da história, baseadas na consagração da exclusão social que nos trouxe até a atualidade.

As ações afirmativas realizam-se através de normas gerais ou específicas, de “mecanismos informais, difusos, estruturais, enraizados nas práticas culturais e no imaginário coletivo.” São mecanismos de inclusão que objetivam concretizar o preceito constitucional “da efetiva igualdade de oportunidade a que todos os seres humanos tem direito.” (GOMES apud SILVA. L., 2003, p. 15-16). Consideram-se as particularidades das minorias e dos membros pertencentes a grupos em desvantagem e a justiça distributiva, para propiciar o partilhamento equânime dos ônus, direitos, vantagens, riqueza e outros importantes bens e benefícios entre os membros da sociedade.

Um homem percebido como universal e reconhecido como cidadão. digno de

igual respeito em razão de seu status de gente nacional, deve ter a preeminência na formulação de políticas públicas específicas que visem à reparação dos atentados e discriminações ainda sofridas. Com isso, sobrevivem a urgência, como modo de erradicar toda forma de exclusão e o combate à discriminação racial, de garantir o pleno exercício de direitos fundamentais; havendo uma “gradual mudança de atitude do Estado brasileiro. Em todos os níveis e esferas de governo Executivo Federal, Executivos estaduais e municipais, nos Poderes Legislativo e Judiciário, no Ministério Público Federal, no Ministério Público do Trabalho - pode-se observar, com ritmos e intensidades diferentes, mas com bastante clareza, a passagem da antiga postura de avestruz e de defesa da “democracia racial” para posições de crescente reconhecimento, transparência e até de ações concretas na promoção da igualdade racial (...). O governo Lula prosseguiu e aprofundou esses avanços. Nomeou vários ministros negros, criou a Secretaria Especial de Políticas para a Promoção da Igualdade Racial (SEPPIR) e marcou um importante lugar na história ao indicar o primeiro ministro negro - o jurista Joaquim Barbosa Gomes - para o Supremo Tribunal Federal” (MEDEIROS, 2004, p. 16).

Uma política compensatória só tem razão de ser se a população beneficiária compensa por meio dela uma situação mais geral de desvantagem e desprestígio. Ressalta-se que as políticas compensatórias, porque tem um âmbito limitado de validade, não anulam a situação social desprivilegiada que visa corrigir pontualmente. Observa-se que, os grupos minoritários, estando à margem da sociedade, mais longe permanecem de alcançar a cidadania plena e os meios que lhes possibilitem afirmação e integração. São subtraídos os pressupostos para o exercício efetivo dos seus direitos, advindo, então, as políticas de ações afirmativas ou compensatórias. Sem que essas medidas sejam tomadas não há como esperar resultados satisfatórios para a tão sonhada justiça social.

Os novos direitos abarcados pelas políticas de ações afirmativas podem ser observados através de dois aspectos: um que potencializa a “humanidade de cada indivíduo em sua diversidade humana e estabelece o limite de intervenção e desconstrução dos direitos a ser atingido pela ação do Estado e da própria sociedade” e o outro, que apresenta a carência da “garantia de seu exercício e da educação social necessária para a sua efetividade.” (WOLKMER, 2003, p. 100). O aspecto potencializador dos direitos incluídos nas políticas públicas pode-se traduzir principalmente pelos direitos fundamentais positivados constitucionalmente no âmbito nacional e pelos direitos humanos reconhecidos de modo igual em esfera internacional. Estes para serem reconhecidos, disciplinados e aplicados por todos, são dispostos em instrumentos internacionais.

Não resta dúvida da importância das políticas compensatórias para realização da justiça social, da igualdade e efetivação dos direitos humanos. Para garantir a igualdade, deve-se adotar uma forma diversa para alguns grupos alcançarem uma esfera de competitividade, por oportunidade similar aos demais grupos da sociedade brasileira. Cabe, então, ao Estado, enquanto regulador social, tratar de forma desigual os socialmente desiguais, visando a plena cidadania e o respeito às diferenças.

Assim, passou-se a realizar políticas diferenciadas às minorias, de forma que cada etnia “tenha suas leis consuetudinárias e seu modo de vida respeitados, atendidos na tramitação administrativa e judicial de questões relativas à regularização fundiária e atendimento nas áreas da educação, saúde, desenvolvimento sustentável, assistência social (...)” (FONSECA, C., 2004, p. 187-188).

Contudo, para que estas especificidades e diferenças possam ser respeitadas, o que abarca os direitos humanos e fundamentais, se deve pensar no valor da igualdade, já que a Constituição⁴ partilha do

mesmo pressuposto do Tratado para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação, no sentido de dispor instrumentos para erradicar o preconceito e promover ações assecurativas contra o racismo, sendo uma meta internacional, de proteção aos direitos do homem, a ser atingida. A partir da incorporação desses novos valores na Lei Maior, faz-se necessário conciliar as políticas compensatórias que aceleram a igualdade enquanto procedimento e forma de inclusão de certos grupos sociais existentes no país. Diante disto, a retórica de construir uma sociedade igualitária é percebida como principal fonte de solidariedade do Estado, tornando-se viável e concreta no momento em que este mesmo Estado se apresentar como estrutura institucionalizada daquela solidariedade e dos direitos da cidadania.

É diante da evolução dos direitos fundamentais e a partir daqueles valores constitucionais que se tenta reparar a injustiça praticada pela sociedade escravocrata brasileira contra o povo negro. Trata-se de uma dívida histórica a ser quitada para com os afro-brasileiros, descendentes daqueles que contribuíram imensamente e sem nenhuma forma de remuneração à construção da identidade nacional, à cultura e à economia. Uma reparação que se faz através do reconhecimento do direito fundamental de propriedade e cultural, das comunidades advindas dos antigos escravos, disciplinados na Constituição Federal de 1988 visto que, desde a abolição, não se criou nenhuma política para a integração quilombola juntamente ao processo de desenvolvimento do país.

Observa-se que o termo “quilombo⁵” , como instituição jurídica, apenas aparece na legislação de 1740, durante o regime escravocrata, colocando que quilombo seria “toda a habitação de negros fugidos, que passassem de cinco, em parte despovoada,

⁴ No artigo 3º, IV, da CF, a promoção do bem de todos sem preconceito de origem e raça, é colocada como um dos objetivos fundamentais da República do Brasil. E no artigo 5º, XLII, dispõe que o racismo é crime inafiançável e imprescritível, sujeito a pena de reclusão.

⁵ A expressão “mocambo ou quilombo” significa na língua nativa, moradia ou habitação. Em banto, expressa, acampamento guerreiro na floresta e na língua quimbundo, significa união, ajuntamento, povoação. Kilombo foi uma sociedade guerreira da África, com disciplina militar estrita e que fornecia seus prisioneiros de guerra em troca de bens europeus. O dicionário Moraes e Silva define quilombo como “casa sita no mato ou ermo, onde vivem os calhambolas ou escravos fugidos” (SUNDFELD, 2002, p. 75).

ainda que não tenham ranchos levantados e nem se achem pilões nele” Assim, nota-se que em relação ao regime jurídico acerca dos quilombolas não houve tratamento específico após a abolição, haja vista a inexistência de dispositivos nas constituições brasileiras até 1988.

Os quilombos ficaram conhecidos na história como núcleos de resistência à escravatura sendo que, atualmente, ainda lutam pela permanência de seus traços culturais negros. São sociedades mestiças que guardam as marcas profundas de desigualdades econômicas e sociais.

Inicialmente, é necessário que sejam esclarecidos alguns conceitos, tendo em vista que existem várias definições e caracterizações de “quilombos”. Uma das primeiras, data de 1896, e coloca o quilombo como sendo uma ação coletiva de moradia, “trabalho e luta que se opõe aos mecanismos de repressão da força de trabalho e à lógica produtiva das plantações com larga escala” (MALHEIRO apud COSTA, 2004, p. 29). Outra conceituação, mais juridicamente relevante, foi criada em 1980, pelo IBGE, na qual “quilombo” compreende os domínios doados, entregues ou adquiridos, com ou sem formalização jurídica, “às famílias de escravos a partir da desagregação de grandes propriedades monocultoras. Os descendentes de tais famílias permanecem nessas terras há várias gerações sem proceder ao formal de partilha e sem deles se apoderarem individualmente” (COSTA, 2004, p. 29).

Segundo Glória Moura, os quilombos constituem território de posse “ultra-secular, onde geralmente os limites são historicamente passados de geração à geração, comportando modos de uso da terra variados” onde o particular e o comum se unem fortemente, sendo quase impossível a repartição das terras em lotes, sem que isso converta em consideráveis prejuízos econômicos e sociais para o grupo (MOURA apud COSTA, 2004, p. 29). Com isso, o termo “quilombo” assume “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 desenvolvem práticas cotidianas de resistência na manutenção e reprodução de seus modos de vida característicos e na consolidação de um território próprio. A identidade desses grupos também não se define pelo tamanho e número de seus membros, mas pela experiência vivida e as versões compartilhadas de sua trajetória comum e da comunidade enquanto grupos étnicos conceitualmente definidos pela antropologia como um tipo organizacional que confere pertencimento através de normas e meio empregados para indicar aflição ou exclusão” (O'DWYER apud COSTA, 2004, p. 29).

Quilombos são, ainda, “sítios historicamente ocupados por negros e que tenham resíduos arqueológicos de sua presença, inclusive as áreas ocupadas ainda hoje por seus descendentes com conteúdos etnográficos e culturais” (VIOTTI apud SILVA, A., 2004, p. 15). Apesar destes variados atributos, a definição mais utilizada é a de 1994, da Associação Brasileira de Antropologia, declarando que a comunidade quilombola é “Toda comunidade negra rural que agrupe descendentes de escravos vivendo da cultura de subsistência e onde as manifestações culturais têm forte vínculo com o passado” (SUNDFELD, 2002, p. 77). Para Garcia, o termo “quilombo” identifica, atualmente, a situação presente dos segmentos negros em diversas regiões e contextos, sendo usado para designar um legado, “uma herança cultural e material que lhe confere uma referência presencial no sentimento de ser e pertencer a um lugar e a um grupo específico” (GARCIA apud INSTITUTO

DE TERRAS..., 1998, p. 5). Quilombos “são núcleos de resistência contemporâneos, onde o uso e a posse de suas terras se realizam numa simultaneidade de desapropriação comum e privada dos seus territórios secularmente ocupados, onde desenvolvem práticas culturais, religiosas, de moradia e trabalho” a partir da fidelidade às suas próprias crenças e noções de regras jurídicas consuetudinariamente arraigadas é que há afirmação enquanto grupo (SILVA apud O'DWYER, 2002, p. 84).

Os chamados quilombos contemporâneos, constituídos a partir de diversos processos, devem ser compreendidos não apenas como formações comunitárias descendentes de verdadeiros quilombos históricos, ou descendentes puros de escravos negros africanos, mas sim como formações comunitárias negras e mestiças, rurais ou urbanas, que ocupam terras compradas por antigos escravos alforriados e que foram passadas para a família de geração para geração, o mesmo ocorrendo com doações e testamentos deixados pelos senhores coloniais e ocupações pacíficas de terras abandonadas pelos proprietários em época de crise econômica, recebimento de terras como pagamento de serviços prestados ao Estado, assim como ocupações por ex-escravos de áreas abandonadas no período pós-abolição.

Atualmente, em todos os Estados encontram-se comunidades negras, predominantemente rurais, habitadas por descendentes de escravos que vivem do cultivo da terra, designados então como mocambos, terras de preto, ou quilombos contemporâneos. Em todo o país há uma mobilização pela preservação cultural, dessas comunidades quilombolas e pela legalização de diferentes tipos de uso comum de terra.

Os quilombolas são um grupo historicamente sofrido, enfrentam preconceito, discriminação racial, exclusão social e falta de acesso à cidadania, o que leva a perda dos valores sociais, políticos, econômicos e jurídicos do ser humano. No entanto, os quilombolas ainda continuam na luta pela liberdade, “desta vez, uma liberdade mais psicológica do que física como a que foi no

passado. Uma libertação das correntes discriminatórias onde o negro faz parte dos grupos à margem da sociedade, sendo tratados como sub-cidadãos, acorrentados ao preconceito racial da sociedade brasileira” (SILVA, A., 2004, p. 5).

Joaquim Nabuco já dizia que não bastava acabar com a escravidão mas, também, com seus efeitos deletérios no tempo. A simples declaração da abolição da escravidão (1888) ficou longe de ser suficiente para a construção da liberdade do povo negro (apud ROCHA, I., 2000, p. 8). Deve-se, ainda, buscar a liberdade e os direitos que a escravidão aniquilou e reconhecer aos quilombolas o que lhes pertence. Desta forma, a Constituição vem contribuir para que a liberdade seja um direito fundamental, vislumbrando-se estes ideais através dos quais a temática da terra quilombola é juridicamente tratada, finalmente, após cem anos de abolição oficial da escravidão.

Sua previsão é inédita e polêmica: o reconhecimento de direitos territoriais de grupos étnicos e minoritários é fato novo na legislação agrária do Brasil. Destarte, o artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) dispõe: “Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos.” Desta forma, o governo brasileiro, acatando o clamor do Movimento Negro, passa a tratar da questão fundiária quilombola, atribuindo a competência para tanto, ao Estado, ou seja, a todos os entes da federação: à União, aos Estados-Membros e aos Municípios.

Assim, há o reconhecimento da legitimidade do domínio dos quilombolas sobre o território em que moram e trabalham, justamente por terem um passado histórico marcado pela violência do escravismo e pelo racismo, lhes assegurando certos direitos sociais, já que formalmente, antes de 1988, as políticas no país eram pautadas para atender uma cidadania genérica e abstrata, criada pela elite política que reprimia as diversidades culturais.

O artigo 68 do ADCT reconhece a propriedade das terras ocupadas pelos quilombos, “não havendo marco temporal quanto à antigüidade da ocupação, nem determina que haja uma coincidência com a ocupação originária e atual.” Para que o direito disposto seja efetivado, a comunidade apenas deve agregar a ocupação das terras enquanto quilombolas. Assim, os termos “remanescentes das comunidades de quilombos” e “ocupando suas terras”, estão um para com o outro numa 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 necessário à interpretação do comando constitucional.” (O'DWYER, 2002, p. 283).

A expressão “ocupando suas terras” remete à idéia de continuidade de posse que é passada de geração à geração, havendo ânimo de dono, proprietário. A Constituição declarou um direito já integrado, reconheceu, admitiu como certo, constatou, aceitou, declarou, conferiu, afirmou, enfim, conformou a propriedade dos quilombolas. O reconhecimento não gera direito novo, apenas reconhece o que já existe. O termo “propriedade definitiva” reforça o entendimento de consolidação do direito já existente, a certeza do direito de propriedade a fim de conferir segurança jurídica.

Observa-se que o fato do preceito da regularização fundiária quilombola ter sido expresso num ato constitucional transitório, o que vem a determinar a realização do direito em certo lapso temporal, na verdade, traduz-se em “uma obrigação permanente do Estado brasileiro (...) a realidade social e etno-histórica não permite vislumbrar no tempo o término da eficácia de suas disposições.” (RIOS apud LARANJEIRA, 2000, p. 593). O artigo estabelece o direito dos quilombos de receberem o título de sua propriedade, reconhecida constitucionalmente, e coloca a obrigação do Poder Público de atuar na emissão desta documentação, para que a comunidade possa registrá-la no Ofício competente.

Conforme Pereira, o artigo 68 do ADCT é auto-aplicável no sentido de não tratar simplesmente de um direito de propriedade mas de um direito fundamental, visto que, quilombola se trata de minoria. Toda norma que assegura direito fundamental deve ter incidência imediata. A propriedade quilombola, assim como a indígena, não é configurada no âmbito patrimonial. A propriedade conferida a estes grupos perfaz um sentido cultural, o território é a condição de existência das comunidades na sua singularidade e não um simples aspecto patrimonial privado (apud ALMEIDA, 2003, p. 262).

Lúcia Andrade e Girolamo Treccani também compartilham do mesmo posicionamento, e defendem, que atualmente ele é consensual. Compreendem que o preceito é de aplicação imediata, não necessitando de legislação complementar. E caso o Poder Público não atenda o direito das comunidades estará violando a Constituição por omissão (LARANJEIRA, 2000, p. 607). Igualmente, José Afonso da Silva assevera que não há necessidade de lei ou medida ordinária para a regulamentação e posterior aplicação. O direito de propriedade é um direito circunscrito entre os direitos e garantias fundamentais protegidos na Constituição. Contudo, não há impedimento para a criação de lei ordinária para garantir a devida aplicabilidade do dispositivo, ainda mais se considerarmos que a Constituição está à beira de diversas interpretações (apud O'DWYER, 2002, p. 87).

Neste sentido, o “Poder Público não pode perder de vista o dever de dar à norma constitucional o máximo de efetividade possível, sob pena de agir de modo inconstitucional, por restringir indevidamente o direito garantido às comunidades quilombolas de reconhecimento e titulação das terras por elas ocupadas” (SUNDFELD, 2002, p. 119).

Também determina a regra jurídica constitucional, segundo o artigo 216, §5º, que os sítios com reminiscências históricas dos antigos quilombos ficam tombados. Este

dispositivo encontra-se na seção da cultura, e deve ser entendido juntamente com o artigo 215, já que a questão da territorialidade quilombola envolve também a preservação dos traços culturais negros, afirmando a sua auto-identidade. Incluem-se as terras de preto entre os bens do patrimônio cultural brasileiro devido ao seu relevante valor histórico e etnográfico, à forma de expressão, o costume, à tradição, o modo de fazer, criar e viver, para que estas manifestações populares não desapareçam.

Remete-se “a questão étnica não mais para o lado folclórico, arqueológico, monumental da questão, mas, sim, para a atualidade (...) rompendo totalmente com o sistema constitucional pretérito, que partia do pressuposto que aqui havia uma sociedade homogênea...” (SUNDFELD, 2002, p. 118).

Ao se tutelar o meio ambiente cultural, o objeto de proteção é o patrimônio de um povo, e, para que este seja considerado como tal, é necessário haver o nexo vinculante com a identidade, a ação e a memória dos grupos formadores do processo civilizatório nacional. Todo bem referente à cultura, à identidade e à memória do país, uma vez reconhecido como patrimônio, integra a categoria de bem ambiental difuso (FIORILLO, 2003, p. 187-190). A Constituição reconhece o valor especial dos sítios quilombolas, estabelecendo a necessidade da preservação através de seu tombamento, devendo ser inscritos (cadastrados, registrados) no Livro Tombo, configurando um instrumento de tutela do meio ambiente.

A competência material e legislativa em relação à proteção do patrimônio cultural, turístico e paisagístico, também é concorrente, conforme os artigos 23, 24 e 30, I e II, da CF, atribuindo-se a todos os entes, Município, Estado-Membro e União, a competência para tratar da matéria. Como a Constituição já declarou acerca do tombamento dos sítios quilombolas com reminiscências históricas havendo, então, caráter mandamental deve-se proceder à averiguação e posterior registro no Livro Tombo arqueológico, etnográfico e paisagístico. Con-

forme Fernandes da Silva, “Vale dizer: independentemente do procedimento previsto no decreto lei nº 25/37, tais bens já estão tombados por expressa disposição constitucional.” (2003, p. 122), devendo o ente competente observar as reminiscências históricas e efetuar o cadastro.

Deste modo, observa-se que a própria Lei Maior demonstra que não basta garantir somente a propriedade, mas também, garantir os meios de produção característicos dos agrupamentos afro-brasileiros. Deve-se respeitar os meios de ocupação decorrentes da sua cultura, os quais tem uma relação intrínseca entre a comunidade e o território. As áreas são espaços simbólicos de identidade, de produção e reprodução cultural. Deste modo, a partir do artigo 216, caput, da CF, apontam-se exemplos de bens culturais, de natureza material e imaterial popular quilombola que devem ser preservados. Estes se traduzem nas crenças, cultos, danças, festas, músicas e linguagem, nas quais o produto consiste especialmente no manifestar-se e que, conforme Clóvis Bevilacqua, são as “irradiações da personalidade” (apud FONSECA, M., 1997). E aqueles, são as comidas típicas, as tramas e os tecidos.

Desta forma, o reconhecimento do direito dos quilombolas à sua terra está associado ao direito de sua própria existência enquanto ser, de sua preservação cultural e de sua organização social específica. Com isso, o Poder Público deve titular o território considerando as formas próprias que a comunidade possui no uso da terra. Neste sentido, o modo de regularização da área quilombola assemelha-se ao reconhecimento das terras indígenas, visto que, em ambos casos, deve-se respeitar, necessariamente, a pluralidade de formas de ocupação da terra, decorrente da diversidade sócio-cultural e étnica.

Também de acordo com a Constituição, as terras de preto se diferenciam das terras indígenas. Aos remanescentes de quilombo é atribuída a propriedade definitiva das terras que ocupam, não podendo o Poder Público outorgar o domínio destas

terras pelo fato de não as possuir, pois o domínio pertence aos quilombolas. Já as terras de índio, são de domínio da União, ocorrendo somente a posse e não a propriedade dos mesmos.

Deve-se salientar que o objetivo da titulação da propriedade é principalmente, concretizar os direitos humanos, fundamentais e os direitos da cidadania. Com isso, a Constituição Federal demonstra o reconhecimento da cidadania dos grupos étnicos quilombolas, uma cidadania entendida como algo mais do que uma igualdade abstrata, como o direito à garantia da diversidade por uma ordem jurídica. Com isso, o direito de igualdade torna-se concreto e materializado, refletindo mesmo direito de todos à afirmação e tutela da sua própria identidade.

Destaca-se que o principal atributo dos direitos fundamentais é a sua indisponibilidade, entendida sob dois pilares: o da indisponibilidade ativa, a qual “não permite aos seus titulares a sua alienação”, e o da indisponibilidade passiva, “no sentido de não serem expropriados ou limitados por outros sujeitos, começando pelo Estado.” Torna-se necessário a efetivação do princípio da igualdade, através do respeito às diferenças, sendo que “nenhuma maioria pode decidir em matéria de direitos por conta dos demais, tanto mais quanto a minoria tem interesses ligados à sua diferença”. Ressalta-se nesse sentido a impossibilidade de que uma maioria decida sobre violação de um direito de uma minoria. Os direitos fundamentais são de imediato e plenamente efetivados sendo que nenhum pode se sobrepor ao outro (FERRAJOLI apud O'DWYER, 2002, p. 285-287), havendo este reconhecimento e proteção nas constituições democráticas modernas.

Assim, deve-se esclarecer que o direito reconhecido aos quilombolas advém de sua condição social de minoria étnica, pois o direito à diversidade sócio-cultural não depende do valor dos quilombos enquanto patrimônio cultural brasileiro. O direito à terra e à reprodução do modo de vida dos quilombolas de forma alguma derivam de

sua importância cultural, mas sim de sua condição de minoria étnica. O fato de se preservar o patrimônio cultural e a cultura popular, em respeito à identidade, não quer dizer que o direito advenha somente desta condição.

Os quilombolas como sujeitos de direitos, “não podem ser vistos apenas como detentores de valores culturais que necessitam ser preservados, como variáveis passivas que devem ser protegidas. Pelo contrário, tratam-se de grupos sociais dotados de uma positividade política.” Assim, as terras de preto são o suporte da organização político-social da comunidade, as quais devem ser garantidas através da titulação, democratizando o acesso à terra não somente no sentido de sua concessão, mas também na forma de sua gestão. “Ultrapassando os clássicos limites de definição da propriedade como um bem individual mas, apostando na construção (...) que é possível a compreensão (...) do uso da terra como um bem social e coletivo (...) definindo mecanismos claros de gestão (...) comunitária da terra.” (ROCHA, I., 2000, p. 20, 21). Neste viés, a matéria deve ser observada como questão relativa ao direito agrário e à problemática fundiária, tal como colocado por Ibraim Rocha, que entende ser o artigo 68 do ADCT “um instrumento constitucional eficaz para tentar fazer estancar a sangria da injusta situação fundiária do Estado, com a concentração de terras em nome de poucos, corrigindo-se uma distorção histórica onde sempre existiu uma opção por se preferir o domínio e a posse civil em detrimento da posse agrária de contornos sociais mais definidos, uma sociedade que preferiu a propriedade estéril que privilegia a forma de manifestação do domínio sobre a terra ao invés do trabalho sobre a terra. A opção do constituinte pela posse agrária, especialmente pelas formas representativas de trabalhadores organizados em caráter comunitário deve ser valorizado e aplicado como meio de afirmação da cidadania, e do princípio de que todo o poder emana do povo, e valorização dos valores sociais do trabalho, cidadania e dignidade humana” (2000, p. 18).

Se todas estas não fossem as intenções da Carta Magna, o procedimento poderia se fazer através de usucapião, previsto no ordenamento jurídico pátrio (artigos 1.238-1.244 do Código Civil Brasileiro), como direito individual, alcançável pelo decurso do tempo, declarado pelo Poder Judiciário, não acarretando direito a indenização à parte usucapida. Mas a intenção é bem diversa, como prima pelo cumprimento de uma dívida histórica e moral do Brasil Colônia, de um direito fundamental e dos direitos à cidadania destinados às minorias étnicas, assim como o respeito à cultura, o Poder Público fica encarregado de destinar políticas públicas específicas, que garantam as condições de participação comunitária e efetivação destes direitos.

O direito reconhecido no artigo 68 do ADCT é um direito coletivo da comunidade quilombola que adveio através da história, e se houver a necessidade de desapropriação no momento da regularização das terras, a parte desapropriada deve receber indenização por parte do Estado, bem diverso do usucapião, que é um direito individual alcançado em decorrência de simples lapso temporal, onde a parte anteriormente proprietária não tem direito a ser indenizada, mesmo por que se perdeu a propriedade através da prescrição aquisitiva em favor de outro. E, ainda, se as terras dos mocambos estiverem em território do Estado, mesmo assim, elas devem ser tituladas em prol da comunidade quilombola, o que não ocorre com o usucapião, pela impossibilidade de usucapir terras públicas. Os quilombolas, ao conceberem a terra como bem comunal e seguirem regras consuetudinárias, não podem ter sua territorialidade delimitada juridicamente no âmbito do direito privado, regulamentada por padrões e formas de aquisição da propriedade própria deste ramo do direito. Ademais, se os instrumentos concernentes à efetivação dos direitos individuais assemelhados ao usucapião resolvessem o problema dos quilombolas, logicamente não haveria necessidade de sua previsão constitucional.

A partir destas constatações e que a emissão do título coletivo melhor coaduna-se com as características dos quilombolas. O beneficiário do direito é toda a comunidade, visto que este título permite a manutenção do modo pelo qual exploram o território, a forma de organização e a preservação de valores culturais. Além do mais, o modo de sobrevivência dos quilombos na terra sempre foi coletivo. Assim, a demarcação do território deve ser feita em consideração aos elementos históricos, sociais e culturais de cada grupo.

A interpretação do artigo 68 do ADCT trouxe para o debate jurídico a necessidade de compreensão do termo “remanescente de quilombo”, visto que a partir deste se determinará quais os grupos sociais que terão direito à regularização fundiária. Apesar da ótica antropológica observar que o termo “remanescente” não é o mais adequado por definir um grupo pelo que ele já não o é, visto que o termo remete à idéia de resíduo, de resto, de algo que já foi e do qual sobraram apenas reminiscências, sendo grupos que não existem mais em sua plenitude, observados como registro arqueológico daquilo que já foi, deve-se traduzi-lo de forma diversa.

“Remanescente de quilombo” deve ser interpretado a partir da observação do fato de que muitas comunidades passam por processos de modificação, através do qual elementos de outras culturas integraram-se a elas. Com isto, constitucionalmente, o fator que garante o direito à propriedade definitiva é todo um contexto onde a comunidade está inserida. Deste modo, os atuais quilombolas possuem, de fato, resíduos históricos dos quilombolas do período escravocrata, havendo forte vínculo com o passado e registros remotos. Apesar da expressão constitucional parecer frágil, no sentido de que pode abarcar outras interpretações, é a única que tutela a propriedade quilombola. Desta forma, os operadores do direito devem ser cautelosos na sua utilização de forma que, a adequada interpretação tenha compromisso com a realidade. Deve-

se interpretar o dispositivo de modo favorável aos quilombolas, pois é este o verdadeiro sentido da norma e é o único que permite a consecução de objetivos essenciais, como a busca da igualdade, na tentativa de reparar a injustiça histórica e a não discriminação.

Portanto, percebe-se que a Constituição de 1988 avançou no reconhecimento formal da auto-determinação às muitas minorias existentes em território nacional, preceituando, em vista disto, a regularização fundiária das terras quilombolas. No entanto, tem-se muito a fazer para superar os vícios tutelares, autoritários e assistencialistas do Estado brasileiro (FONSECA, C., 2004, p. 185), visto que alguns operadores do direito colocam empecilhos para a consecução material do artigo 68 do ADCT. Mesmo assim, “Temos o privilégio de viver este momento, no qual a sociedade brasileira acorda para resgatar sua dívida com aqueles que contribuíram decisivamente para a formação de nosso país” (PAIN apud XAVIER, 2003, p. 198).

Referências bibliográficas

- ALEXY, Robert. *Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático*. Revista de direito administrativo, RJ, ed. Renovar, n. 217, p. 55-79, 1999.
- ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de; PEREIRA, Déborah Duprat de Britto. *Seminário Internacional. As minorias e o direito*. Série Cadernos do Centro de Estudos Judiciários, Brasília, v. 24, p. 244-267, 2003.
- CANTO, Adéli Casagrande. *Terra de negro, terra de quilombo: a regularização fundiária a partir da Constituição Federal de 1988*. Santa Maria, RS: UNIFRA, 2004.
- COSTA, Marta Bettanzo (resp.). *Quilombos brasileiros. Aprendendo sobre a história e a cultura de comunidades negras*. Revista do professor, Rio Pardo, RS, a. XX, n. 79, p. 28-33, jul. a set. 2004.
- FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 4. ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 2003. p.192-222.
- FONSECA, Cláudia; TETO JÚNIOR, Veriano; ALVES, Caleb Faria (orgs.). *Antropologia, diversidade e direitos humanos: diálogos interdisciplinares*. Porto Alegre: EDUFRGS, 2004.
- FONSECA, Maria Cecília Londres. *O patrimônio em processo: trajetória da política federal de preservação no Brasil*. Rio de Janeiro: UFRJ, IPHAN, 1997.
- GRAZZIOTIN, Padre Roque (org.). *O povo negro. Relatório Azul: garantias e violações dos direitos humanos no RS*, Porto Alegre: Assembléia Legislativa do Estado do RS, p.151-171, 2002.
- INSTITUTO DE TERRAS DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Negros do Ribeira: reconhecimento étnico e conquista do território*. São Paulo: Secretaria da Justiça e Defesa da Cidadania, 1998.
- LARANJEIRA, Raimundo (org.). *Terras de quilombo. Direito Agrário Brasileiro*. São Paulo: LTR, p.590-657, 2000.
- MEDEIROS, Carlos Alberto. *Na lei e na raça: legislação e relações raciais, Brasil – Estados Unidos*. Rio de Janeiro: DP&A, 2004.
- MORAIS, Maxwell Medeiros de. *Regime jurídico do tombamento*. Jus Navegandi, Teresina, a.6, n.54, fev. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2687>> Acesso em: 29 mai. 2004.
- O'DWYER, Eliane Catarino. *Projeto quilombos: laudos antropológicos, consolidação de fontes de consulta e canais permanentes de comunicação*. ABA-FORD, 1997.
- _____. (org.). *Quilombos: identidade étnica e territorialidade*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2002.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Linonad, 2002.

ROCHA, Ibraim José das Mercês. *Reforma Agrária: titulação coletiva das populações tradicionais do Pará. Elementos de experiência para um novo paradigma*. Jus Navegandi, Teresina, n.46, out. 2000. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1673>>. Acesso em: 29 mai. 2004.

SILVA, Ana von Meegen. *Kalunga: identidade étnica de uma comunidade remanescente de quilombo*. Holanda, Amsterdã: Urije Universiteit, [2004].

SILVA, Fernando Fernandes da. *As cidades brasileiras e o patrimônio cultural da humanidade*. São Paulo: Petrópolis, EDUSP, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Ordenação constitucional da cultura*. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, Luiz. *ADIN contra a lei de quotas para negros no vestibular: intervenção de entidades afro-brasileiras como “amicus curiae”*. Jus Navegandi, Teresina, a.7, n.65, mai. 2003. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/peças/texto.asp?id=572>>. Acesso em: 5 jun. 2004.

SUNDFELD, Carlos Ari. et all. *Comunidades quilombolas: direito a terra*. São Paulo Instituto Pró Bono, Abaré, Ministério da Cultura, Fundação Cultural Palmares, 2002.

WOLKMER, Antonio Carlos (org.). *A escravatura negra no Brasil colônia e o pluralismo jurídico no quilombo dos Palmares*. Direito e justiça na América indígena. Da conquista à colonização. São Paulo: Livraria do advogado, p.198-219, 1998.

WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (org.). O “novo” direito velho: racismo e direito. *Os novos direitos no Brasil: natureza e perspectivas – uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas*. São Paulo: Saraiva, p.99-130, 2003.

XAVIER, Estilac. *Povo Negro*. Relatório Azul: garantias e violações dos direitos humanos no RS. Porto Alegre: Assembléia Legislativa do Estado do RS, p.197-215, 2003.