

PROCEDIMENTO PARA A TITULAÇÃO DA PROPRIEDADE DE COMUNIDADES QUILOMBOLAS: O DECRETO N. 4.887 E A ADIN N. 3239

TITULATION PROCEDURE FOR THE PROPERTY OF QUILOMBOLA COMMUNITIES: DECREE N. 4887 AND THE ADIN N. 3239

Ana Clara Correa Henning*

Nenhum povo que passasse por isso como sua rotina de vida, através de séculos, sairia dela sem ficar marcado indelevelmente. Todos nós, brasileiros, somos carne da carne daqueles pretos e índios supliciados. Todos nós brasileiros somos, por igual a mão possessa que os supliciou. A doçura mais terna e a crueldade mais atroz aqui se conjugaram para fazer de nós a gente sentida e sofrida que somos e a gente insensível e brutal que também somos. Descendentes de escravos e de senhores de escravos seremos sempre servos da malignidade destilada e instalada em nós, tanto pelo sentimento da dor intencionalmente produzida para doer mais, quanto pelo exercício da brutalidade sobre homens, sobre mulheres, sobre crianças convertidas em pasto da nossa fúria [...] (RIBEIRO, 2010, p. 120).

Resumo: A garantia de propriedade de terras a comunidades remanescentes de quilombos foi estabelecida pelo art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, em vista do passado escravocrata brasileiro, cujas marcas se encontram presentes na sociedade brasileira mesmo nos tempos atuais. O Decreto-Lei n. 4.887 – principal norma que regula o procedimento para que essa titulação seja efetivada – considera um tratamento diferenciado para essa parcela da população, proporcionando novo sentido ao princípio da igualdade constitucional. Entretanto, o Decreto é objeto de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, de n. 3.239, que aponta alguns aspectos que entende ser inconstitucionais. Tais são os elementos da discussão que segue.

Palavras-chave: Remanescentes de quilombos, Procedimento para a titulação da propriedade, ADIN.

Abstract: The guarantee of land ownership to quilombola communities was established by Art. 68 of the Temporary Constitutional Provisions Act, in view of the Brazilian slave past, whose brands are present in Brazilian society even in modern times. Decree-Law n. 4887 - the main rule which regulates the procedure for this title– takes into account a different approach to this portion of the population, giving new meaning to the constitutional principle of equality. However, the Decree is subject to a Direct Action of Unconstitutionality, n. 3.239, which points out some aspects that believes it is unconstitutional. Such are the elements of the discussion that follows.

Keywords: Remnants of Quilombo, Titulation procedure for the property, ADIN.

* Professora de Direito Civil, História do Direito, Antropologia Jurídica e Internacional Privado do Curso de Direito da Universidade de Ananguera de Pelotas, RS; Mestranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Pelotas, RS; Mestre em Educação pela Universidade Federal de Pelotas, RS; kakaia_henning@yahoo.com.br

Introdução

A questão da regularização das terras de remanescentes de quilombos, prevista no art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), da Constituição da República de 1988 (CF/88), está presente nos debates sociais contemporâneos, especialmente em vista da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) n. 3.239/2003, em trâmite no Supremo Tribunal Federal (STF).

Pesquisa bibliográfica e legislativa, referências, ainda que breves, sobre o tratamento da etnia negra no Brasil Colônia e Império serão necessárias, a fim de que se possa compreender o resgate histórico que se procura efetivar hoje, não somente no texto constitucional, mas também em legislações infraconstitucionais que regulamentam a propriedade de terras quilombolas. Igualmente importante conceituar quilombo em sua versão contemporânea: dependente dessa definição está o início do trâmite procedimental para o reconhecimento de propriedade sobre as terras que lhe correspondem. O estudo da ADIN n. 3.239, por meio de informações disponibilizadas pelo STF, permite o debate, entre outros aspectos, acerca do procedimento de autodefinição da comunidade como remanescente de quilombo, conforme será tratado no presente texto.

1 Quilombo: resistência e conservação cultural

O tráfico negreiro foi prática exercida há aproximadamente 400 anos. Iniciado no século XV, começou seu declínio no século XIX. O Brasil proibiu a prática apenas em 1850 e a escravidão em 1888 (FREITAS, 1991). “Nesse contexto, o censo de 1872 contava a população de escravos em 48.939”¹ na cidade do Rio de Janeiro (FRANK; BERRY, 2010, p. 86).

A relação que se estabelecia entre senhor e escravo era de dominação, de poder sobre uma coisa:

[...] os escravos não eram considerados juridicamente humanos na sociedade brasileira, eram semoventes, sujeitos a regimes de engorda e reprodução. Pior do que ser uma pessoa desprovida de “liberdade individual” é ser uma “coisa”, na maioria das vezes, destituída de valor de humanidade e da condição de pessoa. Embora autores destaquem o vínculo que se estabelecia entre senhores e escravos, acredito que essa dimensão do afeto era rarefeita e com uma pequena parte da escravaria, notadamente os escravos da casa-grande (MÜLLER, 2011, p. 34).

Eram comuns os anúncios de vendas de escravos, cujo valor econômico variava de acordo com o sexo, idade, força de trabalho e habilidades especiais, podendo chegar a 100 libras (LEÓN, 1991). Em vista de fugas, cada vez mais frequentes, alguns deles eram postos à venda com restrições, como o que segue:

¹ “*In this context, the census of 1872 counted a population of 48,939 slaves*”. Tradução da autora.

[...] uma escrava foi oferecida para aluguel a uma casa de família sob a condição de que ela não poderia sair à rua e com a promessa de que ela era capaz de lavar e passar perfeitamente e de que ela poderia inclusive fazer pequenos trabalhos em costura e cozinhar. Advertências dessa natureza, ainda que nem sempre tão explícitas nesses detalhes, eram comuns nesse período (FRANK; BERRY, 2010, p. 86).²

Os lugares para onde os cativos fugiam geralmente localizavam-se em locais ermos, no campo, de difícil acesso. Eram territórios onde, vivendo em liberdade, podiam conservar suas culturas, vivências e construir sua própria história.

A palavra “quilombo”, que em sua etimologia bantu quer dizer acampamento guerreiro na floresta, foi popularizada no Brasil pela administração colonial, em suas leis, relatórios, atos e decretos, para se referir às unidades de apoio mútuo criadas pelos rebeldes ao sistema escravista e às suas reações, organizações e lutas pelo fim da escravidão no País (LEITE, 2008, p. 965).

Muitos quilombos foram desmantelados por tropas do governo, sendo mortos ou marcados a ferro em brasa:

Data de 1740 a primeira definição de quilombo de que se tem notícia na colônia. De autoria do Conselho Ultramarino de Portugal, definia quilombo como “toda a habitação de negros fugidos, que passem de cinco, em parte despovoada, ainda que não tenham ranchos levantados e nem se achem pilões nele”. Em 1741, um Alvará de “El Rei” determinava que fosse gravado um “F”, com espátula ardente, em todo o negro que fosse encontrado em um quilombo, desde que ali estivesse voluntariamente; caso já tivesse a marca, deveriam lhe cortar a orelha, antes de entrar na cadeia (MÜLLER, 2011, p. 33).

Entretanto, a resistência negra deixou frutos. No entendimento de Décio Freitas:

Vimos em conjunto e numa linha de continuidade histórica que cruza o longo período escravista, os quilombos aparecerem como uma grandiosa epopéia. Não importa que não tenham tido êxito na tentativa de transformar a sociedade, segundo seus interesses e suas aspirações. Possuem o predicado específico da epopéia – a ação heróica através da qual o homem se afirma como tal, independentemente do êxito ou do fracasso. Expressão do comovedor esforço da massa escrava para resgatar sua humanidade seqüestrada pela escravidão, os quilombos estão incorporados à tradição revolucionária do povo brasileiro (FREITAS, 1991, p. 55-56).

Hoje, referir-se remanescentes de quilombos abarca não apenas a ancestralidade negra, mas também a conservação de modos de vida próprios de uma etnia.

² “[...] a slave woman was offered for rent to a private house under the condition that she not go out into the street, and with the promise that she was capable of washing and ironing perfectly and that she could also do a little sewing and cooking. Adverts of this nature, while not always so explicit in their details, were common throughout the period.” Tradução da autora.

As terras quilombolas são originárias de diversas fontes, incluindo a tradição de terras de ex-escravos, por vezes até mesmo deixadas por testamento pelos senhores ou adquiridas pela posse continuada de terras abandonadas. Nesses lugares, há a preservação de rituais, manifestações religiosas, atividades cotidianas típicas desse agrupamento social. A noção de cultura ocupa um lugar fundamental para a caracterização do quilombo contemporâneo:

Assim, pensar a identidade quilombola é refletir sobre a territorialidade complexa, multifacetada e diversa do país. Continuam vivas nestes lugares tradições religiosas e festivas de candomblé, umbanda, tambor de mina, tambor de crioula, bumba-meu-boi, reisado, festa do divino, festa de caboclo, ladainhas para santos e encantados. Não são artigos folclóricos estáticos, fechados em si e pendurados no tempo: são manifestações vivas e plenas de vontade própria, que continuam mantendo— por vezes descobrindo — seu sentido para as pessoas que as praticam, que continuam em processo de transmutação em contato com o mundo, ao qual ainda fazem referência e tomando parte daquilo que somos e desejamos ser (ANJOS; CIPRIANO, 2006, p. 75).

O Direito Internacional também se ocupa dessa questão. A Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), tratando sobre povos indígenas e tribais, ratificada pelo Brasil em 25 de julho de 2002 e internalizada pelo Decreto n. 5.051, de 19 de abril de 2004:

[...] constitui o primeiro instrumento internacional vinculante que trata especificamente dos direitos dos povos indígenas e tribais. A Convenção aplica-se a povos em países independentes que são considerados indígenas pelo fato de seus habitantes descenderem de povos da mesma região geográfica que viviam no país na época da conquista ou no período da colonização e de conservarem suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas. Aplica-se, também, **a povos tribais cujas condições sociais, culturais e econômicas os distinguem de outros segmentos da população nacional** (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2011, grifo nosso).

Eis o estabelecido no art. 1º, 1. “a”:

1. A presente Convenção aplica-se a:
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 [...] (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2011).

2 Reconhecimento constitucional: direitos fundamentais explícitos, direitos culturais e art. 68 do ADCT

A garantia de direitos fundamentais pela CF/88 vem explicitada entre os art. 5º e 17º – são os direitos considerados dentro do catálogo constitucional. Mas, igualmente, em diversos outros artigos constitucionais – chamados direitos fundamentais fora do catálogo. Segundo Ingo Wolfgang Sarlet é:

[...] inviável a sustentação, também entre nós, da concepção segundo a qual os direitos fundamentais formam um sistema em separado e fechado no contexto da Constituição [...] Em primeiro lugar, cumpre referir que o conceito materialmente aberto de direitos fundamentais consagrado pelo art. 5, § 2, da CF aponta para a existência de direitos fundamentais positivados em outras partes do texto constitucional e até mesmo em tratados internacionais, bem assim para a previsão expressa da possibilidade de se reconhecer direitos fundamentais não-escritos, implícitos nas normas do catálogo, bem como decorrentes do regime e dos princípios da Constituição (SARLET, 2010, p. 71, grifo nosso).

Exemplifica o autor essa questão por meio, entre outros, dos direitos culturais, previstos no art. 215 da CF/88, com a seguinte redação:

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

§ 1º – *O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional* (BRASIL, 2011b, grifo nosso).

Acrescento, juntamente com Soares (2011, p. 802), no rol de direitos fundamentais, o observado no art. 216 da CF/88:

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

I - as formas de expressão;

II - os modos de criar, fazer e viver;

III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico (BRASIL, 2011b).

A autora, referindo-se ao direito ao patrimônio cultural, afirma:

[...] o teor constitucional indica um tratamento dos bens e valores culturais deve se pautar no respeito à diversidade e à liberdade e na busca da igualdade material entre e para os grupos formadores da sociedade brasileira, especialmente para os grupos desfavorecidos histórica, social e economicamente; além disso, ainda de acordo com o dispositivo da Constituição, a tutela dos bens culturais deve buscar sempre a manutenção dos elementos essenciais à vida digna e com qualidade (SOARES, 2011, p. 802).

A Convenção 169 da OIT já havia estabelecido que:

Art. 14. 1. Os direitos de propriedade e posse de terras tradicionalmente ocupadas pelos povos interessados deverão ser reconhecidos. Além disso, quando justificado, medidas deverão ser tomadas para salvaguardar o direito dos povos interessados de usar terras não exclusivamente ocupadas por eles às quais tenham tido acesso tradicionalmente para desenvolver atividades tradicionais e de subsistência. Nesse contexto, a situação de povos nômades e agricultores itinerantes deverá ser objeto de uma atenção particular.

2. Os governos tomarão as medidas necessárias para identificar terras tradicionalmente ocupadas pelos povos interessados e garantir a efetiva proteção de seus direitos de propriedade e posse.

3. Procedimentos adequados deverão ser estabelecidos no âmbito do sistema jurídico nacional para solucionar controvérsias decorrentes de reivindicações por terras apresentadas pelos povos interessados (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2011).

Uma vez que esta Convenção já foi ratificada pelo Brasil, acrescenta direitos fundamentais que não pertencem ao catálogo original. Tais previsões legais estabelecem um tratamento diferenciado a essas etnias, considerando que as marcas da escravidão ainda permanecem na sociedade brasileira, como pode ser observado na citação de Rogério Gesta Leal:

Ao longo do tempo foram se constituindo, dentre outras, três ideias fundamentais sobre as relações raciais no Brasil pelos especialistas que têm estudado isto, a saber: (a) que é impossível compreender as relações raciais no país sem levar em conta as relações de classe que aqui existem; (b) que a nossa taxinomia racial é complexa, quicá ambígua, e o processo de classificação dos membros da sociedade se dá não só segundo suas aparências físicas, mas também em função de suas posições de classe; (c) *que apesar da existência de uma ideologia de democracia racial, há uma correlação entre raça e classe social, os mais escuros sendo os mais pobres* (LEAL, 2009, p. 142, grifo nosso).

Depreende-se, igualmente, que o art. 68 do ADCT prevê um direito fundamental à propriedade de terras quilombolas (MALMANN, 2011), pela comunidade remanescente de quilombos: “Aos remanescentes das comunidades dos qui-

lombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos.” (BRASIL, 2011b).

Ilka Boaventura Leite conecta o conceito de quilombo contemporâneo com direitos previstos constitucionalmente:

A ressemantização do termo “quilombo” pelos próprios movimentos sociais e como resultado de um longo processo de luta veio traduzir os princípios de liberdade e cidadania negados aos afrodescendentes, correspondendo, a cada um deles, os respectivos dispositivos legais.

1- Quilombo como direito a terra, como suporte de residência e sustentabilidade há muito almeçadas nas diversas unidades de agregação das famílias e dos núcleos populacionais compostos majoritariamente, mas não exclusivamente de afrodescendentes (art. 68 ADCT).

2- Quilombo como um conjunto de ações em políticas públicas e ampliação de cidadania, entendidas em suas várias dimensões (Direitos e Garantias Individuais e Direitos Sociais, na CF/88).

3- Quilombo como um conjunto de ações de proteção às manifestações culturais específicas (art. 214 e 215 da CF/88 – Direitos Culturais) (LEITE, 2008, p. 970).

Essa ressignificação do conceito de quilombo vai ao encontro das palavras de Inês Virgínia Prado Soares:

Recursos culturais são todos os elementos materiais e imateriais portadores de valores de referência para a comunidade local, para a sociedade como um todo ou mesmo para a humanidade. São recursos que se caracterizam como valores e bens jurídicos essenciais para a produção, acesso e fruição de bens culturais e que são encontrados no processo cotidiano e dinâmico das relações culturais, sociais, econômicas e políticas. Podem ser recursos locais que sirvam de base material para os bens imateriais, ou seja, espaços físicos nos quais se desenvolvam atividades ligadas à expressão cultural e às manifestações artísticas sem suporte (por exemplo: festivais, celebrações religiosas, ritos funerários, entre outros) ou mesmo espaços físicos (territoriais) ou virtuais destinados à fixação, apresentação, produção ou fruição de bem cultural. Embora sejam cravados normalmente pelo interesse público, os recursos têm valor econômico, podem ser de propriedade pública ou privada (SOARES, 2011, p. 813-814 grifo nosso).

Todo esse reconhecimento constitucional está perpassado pela aplicação do princípio da igualdade, que, na interpretação de Ingo Wolfgang Sarlet:

O certo é que direitos fundamentais sociais a prestações, diferentemente dos direitos de defesa, objetivam assegurar, mediante a compensação das desigualdades sociais, o exercício de uma liberdade e igualdade real e efetiva, que pressupõem um comportamento ativo do Estado, já que a igualdade material não se oferece simplesmente por si mesma, devendo ser evidentemente imple-

mentada. Ademais, os direitos fundamentais sociais almejam uma igualdade real para todos, atingível apenas por intermédio de uma eliminação das desigualdades, e não por meio de uma igualdade sem liberdade, podendo afirmar-se, neste contexto, que, em certa medida, a liberdade e a igualdade são efetivadas por meio dos direitos fundamentais sociais (SARLET, 2010, p. 199).

Assim, Roger Raupp Rios exemplifica essa dimensão da igualdade por meio de decisão do STF sobre questão de gênero, onde:

[...] houve expressa menção da experiência constitucional norte-americana das ações afirmativas como conteúdo reclamado pelo princípio da igualdade no direito constitucional brasileiro. O voto do Ministro Jobim referiu-se expressamente a legislação estadunidense que deu suporte às ações afirmativas na Suprema Corte, bem assim considerou a “discriminação positiva”, constitucionalmente legítima, como instrumento para obter a igualdade real (RIOS, 2011, p. 322).

Hoje, entende-se que tal princípio supera sua dicotomia formal/material, no combate à discriminação, não havendo mais como considerar sua divisão em categorias. Ainda Roger Raupp Rios:

O desenvolvimento do princípio da igualdade reclama transcender sua compreensão tradicional, veiculada pelas dimensões formal e material. Mais do que proibição de tratamento arbitrário e exigência de igualdade de tratamento, o princípio da igualdade encerra mandamento constitucional de combate à discriminação, requerendo a superação de situações onde indivíduos e grupos são subordinados, destinatários de tratamento como uma segunda classe de cidadãos (RIOS, 2011, p. 320).

3 Regulamentação do art. 68 do ADCT: Decreto-Lei n. 4.887/2003

A identificação do art. 68 do ADCT como direito fundamental possui uma série de consequências. Ingo Wolfgang Sarlet afirma:

[...] há como sustentar, a exemplo do que tem ocorrido na doutrina, a aplicabilidade imediata (por força do art. 5, § 1, de nossa Lei Fundamental) de todos os direitos fundamentais constantes no Catálogo (arts. 5 a 17), bem como dos localizados em outras partes do texto constitucional e nos tratados internacionais (SARLET, 2010, p. 71).

A partir daí, depreende-se que a eficácia do art. 68 do ADCT é imediata: “Entende-se que este artigo, por ausência da locução “na forma da lei”, é norma que dispensa regulação e também por se tratar de direito fundamental, é de aplicação imediata (art. 5, § 1, da CF/1988).” (MALMANN, 2011, p. 283). Entretanto, foi necessária a criação de regras que estabelecessem o procedimento para a titulação das terras quilombolas, o que foi efetivado pelo Decreto-Lei n. 4.887, de 20 de novembro de 2003:

É importante ter em mente que o direito dos quilombolas à propriedade de suas terras está assegurado na Constituição Federal e não depende de decreto para sua concretização. Tanto assim que, antes da vigência de qualquer decreto, entre os anos de 1995 e 2000, 19 terras quilombolas foram tituladas pelo governo federal. O que faz o Decreto 4.887/2003 é tão somente detalhar os procedimentos que o governo federal deve seguir para realizar as titulações. No entanto, o decreto pode tornar o caminho da titulação mais ágil ou mais difícil de ser concluído. Por isso é importante contar com normas que garantam um caminho eficiente para a concretização do artigo 68 do ADCT da Constituição e que assegurem a participação dos quilombolas (TERRA DE QUILOMBO, 2008, p. 1, grifo nosso).

O Decreto conceitua, inicialmente, comunidade quilombola:

Art. 2º. Consideram-se remanescentes das comunidades dos quilombos, para os fins deste Decreto, *os grupos étnicos 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 (BRASIL, 2011c, grifo nosso).*

Ressalte-se que a comunidade deve estar organizada em uma associação, que a representará no procedimento e a qual constará como proprietária da terra titulada:

Aspecto relevante, diz respeito ao título de propriedade ser registrado em nome da associação da comunidade legalmente constituída, sendo coletivo e com cláusula de inalienabilidade, imprescritibilidade e impenhorabilidade (art. 17, § único). Deste modo, a comunidade deve se reunir em forma de associação, por meio de estatuto próprio, obedecendo-se o regramento do Código Civil, constituindo número de CNPJ na Receita Federal. Isto faz, com que, de certo modo, mude a forma organizacional da comunidade, o modo de se reunir e a responsabilidade de eleger representantes (CANTO; BERNARDES, 2007, p. 6).

Este regramento infraconstitucional estabelece algumas etapas para a efetivação da titulação pelas comunidades. Primeiramente, a Fundação Cultural Palmares, após o autorreconhecimento pela comunidade como remanescente de quilombos, expede a certidão de autoidentificação. O art. 2º, § 1º do Decreto, assim dispõe: “[...]para os fins deste decreto, a caracterização dos remanescentes das comunidades dos quilombos *será atestada mediante autodefinição da própria comunidade*” (BRASIL, 2011c, grifo nosso).

Comentando essa regra, Ilka Boaventura Leite ressalta a importância da análise antropológica do fenômeno social:

O Decreto n. 4.887/03, que regulamenta o artigo 68, apresenta outro aspecto inovador se comparado às outras legislações, que é quanto à identificação etno-histórica como critério de identifica-

ção do grupo, outorgado pelo artigo 2º, § 1º do Decreto. A legislação [...] incorpora a visão da atual Antropologia, quando esta considera ser a afiliação étnica tanto uma questão de origem comum presumida quanto de orientação das ações coletivas para destinos compartilhados (LEITE, 2008, p. 972).

Segundo Adéli Casagrande do Canto e Marcio de Souza Bernardes, “[...] esta identidade deve ser una à comunidade. Esta deve, necessariamente, se auto-definir como quilombola, apresentando suas características históricas e cultura passada de geração para geração.” (CANTO; BERNARDES, 2007, p. 6). Tal assertiva está presente na Convenção 169 da OIT:

A autoidentidade indígena ou tribal é uma inovação do instrumento, ao instituí-la como critério subjetivo, mas fundamental, para a definição dos povos sujeito da Convenção, isto é, *nenhum Estado ou grupo social tem o direito de negar a identidade a um povo indígena ou tribal que como tal ele próprio se reconheça* (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2011, grifo nosso).

Assim, após a declaração de autorreconhecimento pela comunidade, a Fundação Cultural Palmares analisa tais informações e certifica o requerente (a associação comunitária) como apto a dar seguimento ao processo de titulação. É o que dispõe o art. 3º, § 4º do Decreto n. 4.887:

Art. 3º. Compete ao Ministério do Desenvolvimento Agrário, por meio do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA, a identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas pelos remanescentes das comunidades dos quilombos, sem prejuízo da competência concorrente dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios [...]

§ 4º. A autodefinição de que trata o § 1º do art. 2º deste Decreto será inscrita no Cadastro Geral junto à Fundação Cultural Palmares, que expedirá certidão respectiva na forma do regulamento (BRASIL, 2011c).

Os procedimentos dispostos no art. 3º, parágrafos I a V da Portaria n. 98, de 26 de novembro de 2007 são requisitos para que a Fundação Palmares emita o certificado:

I - A comunidade que não possui associação legalmente constituída deverá apresentar ata de reunião convocada para específica finalidade de deliberação a respeito da autodefinição, aprovada pela maioria de seus moradores, acompanhada de lista de presença devidamente assinada;

II - A comunidade que possui associação legalmente constituída deverá apresentar ata da assembléia convocada para específica finalidade de deliberação a respeito da autodefinição, aprovada pela maioria absoluta de seus membros, acompanhada de lista de presença devidamente assinada;

III - *Remessa à FCP, caso a comunidade os possua, de dados, documentos ou informações, tais como fotos, reportagens, estudos re-*

alizados, entre outros, que atestem a história comum do grupo ou suas manifestações culturais;

IV - Em qualquer caso, apresentação de relato sintético da trajetória comum do grupo (história da comunidade);

V - Solicitação ao Presidente da FCP de emissão da certidão de autodefinição (BRASIL, 2011 e, grifo nosso).

Atualmente, entre os anos de 2004 e 2011, existem 1.711 comunidades quilombolas certificadas. Destas, 86 no Rio Grande do Sul (FUNDAÇÃO CULTURAL PALMARES, 2011).

A atuação do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA), órgão competente, na esfera federal, pelo reconhecimento e pela titulação dos territórios quilombolas, inicia-se com o recebimento da certificação pela Fundação Palmares, podendo ser requerida por qualquer interessado ou de ofício pelo próprio Instituto (art. 3º, § 3º do Decreto n. 4.887). O procedimento visa à identificação, à delimitação, ao decreto de desapropriação e à titulação das terras.

O INCRA, inicialmente, deverá elaborar um Relatório Técnico de Identificação e Delimitação (RTID) do território, por profissional técnico, abrangendo diversas áreas do conhecimento: cartografia, direito fundiário, agronomia, ecologia, geografia, sociologia, economia, história e antropologia. É o previsto no art. 9º da Instrução Normativa n. 57:

A identificação dos limites das terras das comunidades remanescentes de quilombos a que se refere o art. 4º, a ser feita a partir de indicações da própria comunidade, bem como a partir de estudos técnicos e científicos, inclusive relatórios antropológicos, consistirá na caracterização espacial, econômica, ambiental e sociocultural da terra ocupada pela comunidade, mediante Relatório Técnico de Identificação e Delimitação – RTID, com elaboração a cargo da Superintendência Regional do INCRA, que o remeterá, após concluído, ao Comitê de Decisão Regional, para decisão e encaminhamentos subsequentes (BRASIL, 2011d).

Após a finalização do RTID, será publicado edital para dar publicidade ao procedimento, conforme o art. 7 do Decreto n. 4.887:

O INCRA, após concluir os trabalhos de campo de identificação, delimitação e levantamento ocupacional e cartorial, publicará edital por duas vezes consecutivas no Diário Oficial da União e no Diário Oficial da unidade federada onde se localiza a área sob estudo, contendo as seguintes informações:

I - denominação do imóvel ocupado pelos remanescentes das comunidades dos quilombos;

II - circunscrição judiciária ou administrativa em que está situado o imóvel;

III - limites, confrontações e dimensão constantes do memorial descritivo das terras a serem tituladas; e

IV - títulos, registros e matrículas eventualmente incidentes sobre as terras consideradas suscetíveis de reconhecimento e demarcação (BRASIL, 2011e).

Decorrido o prazo de 90 dias, para eventuais contestações, a Portaria de Reconhecimento do Território Quilombola é publicada em definitivo no Diário Oficial da União e do Estado. A partir daí, se a comunidade estiver localizada em área particular, é elaborado o Decreto de Desapropriação por Interesse Social, sendo ressarcido o proprietário pelo valor da terra e das benfeitorias. Nesse sentido é que o Decreto se refere à desintrusão. Ao fim, a entrega da titulação das terras à comunidade, conforme o Decreto n. 4.887:

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 (BRASIL, 2011c).

Conforme informações obtidas do Quadro Atual da Política de Regularização de Territórios Quilombolas no INCRA, até 5 de setembro de 2011 havia:

1.076 processos abertos em todas as Superintendências Regionais, à exceção de Roraima, Marabá-PA e Acre.
140 Editais de RTIDs publicados, totalizando 1.570.616,5888 hectares em benefício de 19.980 famílias.
67 Portarias publicadas, totalizando 306.719,4802 hectares reconhecidos em benefício de 5.845 famílias.
41 Decretos publicados, desapropriando 467.041,5503 hectares em benefício de 5.011 famílias.
120 títulos emitidos, regularizando 987.935,9873 hectares em benefício de 108 territórios, 189 comunidades e 11.918 famílias quilombolas (INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA, 2011).

4 O decreto n. 4.887 e o questionamento da sua constitucionalidade pela ADIN n. 3239

A Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.239, que questiona a constitucionalidade do Decreto n. 4.887, foi distribuída em junho de 2004, pelo então Partido da Frente Liberal – atual Democratas, tendo por Relator o Ministro César Peluzzo.

Sua fundamentação abrange, basicamente, quatro frentes: 1º. Pelo princípio da legalidade, a impossibilidade de regulamentar-se o art. 68 do ADCT por Decreto; 2º. Inconstitucionalidade da desapropriação e o pagamento respectivo, uma vez que tal transferência já foi realizada pela CF/88 (art. 13 do Decreto); 3º. Inadequação do autorreconhecimento pela comunidade quilombola (art. 2º, caput, e § 1º do Decreto); 4º. A excessiva amplitude do conceito previsto no art. 2º, § 2º do Decreto: território utilizado para “reprodução física, social, econômica e cultural do grupo étnico” e “critérios de territorialidade indicados pelos remanescentes das comunidades de quilombos.”

Pode-se notar, no que diz com o primeiro ponto contestado, as palavras de Germene Malmann:

As reivindicações quilombolas ainda se deparam com severas resistências como a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn 3.239/PE), ainda pendente de julgamento, que contesta a autoatribuição das comunidades como remanescentes de quilombo, a eventual ilegitimidade de autonomia do chefe do executivo para regulamentar texto constitucional via decreto, assim como a suposta criação de nova modalidade de desapropriação. O STF julgará na ocasião se a regulamentação do art. 68 do ADCT poderia ter sido feita através de decreto do Poder Executivo ao invés de por meio de lei específica. Esse ponto parece incontroverso uma vez que se trata de direito fundamental e de acordo com o art. 5º, § 1º, da CF/1988 é dotado de aplicação imediata (MALMANN, 2011, p. 284).

A discussão a respeito da inconstitucionalidade da desapropriação e o pagamento respectivo, uma vez que tal transferência já foi realizada pela CF/88, é esclarecida por Daniel Sarmento:

O argumento é em parte procedente, no que diz respeito ao fato de que a transferência de propriedade já foi operada pelo próprio constituinte. Sem embargo, o vício de inconstitucionalidade pode ser sanado, através de uma interpretação conforme a Constituição do art. 13, que, por um lado, afirma que o direito das comunidades quilombolas à propriedade dos territórios que ocupam independe de prévia desapropriação, por ter sido operado pela própria Constituição, mas, por outro, reconheça a possibilidade de pagamento de indenizações aos antigos proprietários, cujos valores, em caso de controvérsia, devem ser arbitrados seguindo-se as regras e procedimentos empregados na ação expropriatória [...] Contudo, da desnecessidade da desapropriação para transferência da propriedade das terras ocupadas às comunidades quilombolas não se segue a impossibilidade do pagamento de indenizações aos antigos proprietários privados. *Na verdade, a solução mais justa, proporcional, e que melhor acomoda os interesses constitucionais em jogo, é aquela que, por um lado, reconhece a propriedade imediata das comunidades quilombolas sobre as terras ocupadas, mas, por outro, preserva para os antigos proprietários um direito de indenização em face do Poder Público, em razão da perda dos seus bens* (SARMENTO, 2011, grifo nosso).

Quanto à terceira arguição contrária à constitucionalidade do Decreto n. 4.887 – a da inadequação da autodefinição de remanescente pela comunidade quilombola – além do que já foi explicitado anteriormente, pode-se ressaltar que:

O critério da autoidentificação não é uma novidade do Decreto 4.887. Ele é reconhecido pela antropologia como critério de atribuição da identidade de grupos étnicos como os quilombolas. Esse é o mesmo critério utilizado internacionalmente pela Organização Internacional do Trabalho órgão das Nações Unidas na Conven-

ção 169 sobre Povos Indígenas e Tribais. O Brasil aprovou essa convenção internacional e por isso ela tem força de lei em nosso país. Além disso, o Decreto determina que, ao lado da declaração da comunidade, devem ser considerados também outros fatores como a trajetória histórica própria, relações territoriais específicas e ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica. Todas essas questões serão consideradas no relatório técnico do Inca que será divulgado e poderá ser contestado por quem discordar (TERRA DE QUILOMBO, 2008, p. 3).

Ingo Wolfgang Sarlet, ressaltando a importância das reivindicações históricas de pessoas e comunidades concretas, assim escreve: “Importante é, nesse particular e nesse contexto, a constatação de que os direitos fundamentais são, acima de tudo, fruto de reivindicações concretas, geradas por situações de injustiça e/ou agressão a bens fundamentais e elementares do ser humano.” (SARLET, 2010, p. 52). Decorre, também daí, a importância da autonomia dessas comunidades em reconhecer a própria identidade.

Por fim, a última arguição: a de que o conceito de território quilombola estaria por demais extenso, abrangendo áreas que não lhe pertenceriam. É interessante que, ao discutir tal questão, considere-se novos conceitos antropológicos, e não apenas critérios eminentemente biológicos e históricos. Tais elementos – a biologia e a história – são importantes, entretanto, contemporaneamente tem-se por território uma dimensão mais ampla e inclusiva, como segue:

Neste intervalo de tempo, a antropologia consolidou estudos, definições e parâmetros para caracterização das comunidades quilombolas, com larga discussão metodológica e científica, pelo menos desde 1994, a pedido do Ministério Público para esclarecimentos a respeito da situação. Desfez as ideias preconcebidas de isolamento territorial, de resíduos arqueológicos e de populações homogêneas, o que foi corroborado, no mesmo sentido, pela atual historiografia. A pretensão de aplicação do conceito de quilombo, expedida pelo Conselho Ultramarino de 1740, significa, simultaneamente, “frigorificar” um conceito de comunidade e, pois, de cultura estática e invariável, e, ao mesmo tempo, utilizar-se de um instrumento claramente repressivo do sistema colonial para interpretar um artigo definidor de direitos constitucionais. Antes, pelo contrário, é justamente a descolonização do conceito de “quilombo” que se faz necessária enfatizar e defender (BALDI, 2011).

Referindo-se a esta questão, a Assessoria Jurídica da Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República:

Não quer isto significar, a desnecessidade da realização de estudos técnicos, fundamentais para subsidiarem o Estado e as comunidades quilombolas. As pesquisas acadêmicas, sobretudo as antropológicas, auxiliam a condução e o deslinde dos processos administrativos e judiciais. Mais, foi com base na nova conceituação semântica do termo quilombo que a literatura especializada lhe imprimiu, que o Decreto regulamentador buscou sua inspiração.

Neste diapasão, a *definição de territorialidade negra ou de “território tradicionalmente ocupado” não guarda correlação com tempo imemorial. Refere-se, sim, ao tradicional uso da terra segundo os costumes e tradições daquelas comunidades.* Decorre daí, a superação civilista do conceito de posse agrária. A extensão teleológica da Carta indica como caminho seguro a percorrer, a interpretação analógica do artigo 231 e respectivos parágrafos, vez que a proteção constitucional às coletividades indígenas e às comunidades remanescentes dos quilombos possuem idêntica equivalência valorativa no que concerne à afirmação das prerrogativas territoriais de grupos étnicos minoritários, conforme se afirmou. *Em assim sendo, os direitos dos quilombolas compreendem, não apenas, o espaço territorial que garanta a perpetuidade das gerações futuras assegurada pela sua subsistência econômica, como também, a reprodução sociocultural de suas tradições ancestrais* (BRASIL, 2011^a grifo nosso).

Assim, em uma síntese apertada, pode-se afirmar que: 1º. O art. 68 do ADCT como direito fundamental que é, torna-se imediatamente aplicável, independentemente assim, a sua constitucionalidade que sua regulamentação seja realizada por meio de Decreto; 2º. Nada impede que o reconhecimento – declaração – da titularidade das terras quilombolas conviva com indenização a ser paga aos anteriores proprietários; 3º. A autonomia garantida pelo Decreto às comunidades em se autorreconhecerem quilombolas, além de advir de um substrato teórico-antropológico, é estabelecida pela Convenção n. 169 da OIT. Não se subsume como único elemento de identificação, uma vez que a Fundação Palmares utilizará de outras fontes para conceder a certificação, conforme visto; e 4º. Não mais se aplicam critérios de caracterização de quilombos, tal qual aqueles utilizados em tempos coloniais, baseados exclusivamente em aspectos biológicos, nem mesmo apenas em elementos históricos: a antropologia é uma ciência que, centrando-se na cultura e nas práticas cotidianas de comunidades tradicionais, constrói um arcabouço teórico que deve ser considerado no momento da conceituação de remanescentes de quilombos.

É importante, também, indicar o previsto no art. 6º do Decreto n. 4.887: “Fica assegurada aos remanescentes das comunidades dos quilombos a participação em todas as fases do procedimento administrativo, diretamente ou por meio de representantes por eles indicados” (BRASIL, 2011c). Essa regra visa a ampliar o debate democrático, incluindo as pessoas que, efetivamente, serão sujeitos da garantia constitucional. Da mesma forma, há ampla participação da sociedade civil no acompanhamento da ADIN n. 3239.

Observando o andamento processual no STF, de 2004 a 2011, houve diversos pedidos de inclusão de *amicus curiae*: Centro pelo Direito à Moradia contra Despejos; Centro de Justiça Global, CNBB, INCRA e Comissão Pastoral da Terra-Regional de Maranhão, entre outros interessados em apoiar a constitucionalidade do Decreto. Pela sua inconstitucionalidade, Confederação Nacional da Agricultura, Sociedade Rural Brasileira e Associação Brasileira de Papel e Celulose (BRASIL, 2011f).

Antes de finalizar este texto, cabe ressaltar o que na teoria constitucional se denomina de proibição de retrocesso no que se refere aos direitos fundamentais. Ingo Wolfgang Sarlet indica fundamentação a esta proibição, da qual se extrai uma parte:

Com efeito, é como princípio implícito que a proibição de retrocesso foi consagrada no direito constitucional comparado e brasileiro [...] designadamente dos seguintes princípios e argumentos de matriz jurídico-constitucional: a) do princípio do Estado democrático e social de Direito, que impõe um patamar mínimo de segurança jurídica [...]; b) do princípio da dignidade da pessoa humana que, exigindo a satisfação – por meio de prestações positivas (e, portanto, de direitos fundamentais sociais) – de uma existência condigna para todos, tem como efeito, na sua perspectiva negativa, a invalidade de medidas que fiquem aquém deste patamar; do princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais [...] (SARLET, 2010, p. 445-446).

Diante das questões aqui discutidas, é de vital importância que a decisão do STF seja realizada em conformidade com a garantia dos direitos fundamentais das comunidades quilombolas, sob pena de uma regressão não somente da aplicação constitucional mas igualmente de conquistas históricas que alcançadas tanto pela etnia negra quanto por toda a sociedade brasileira. Encerro este texto com as palavras de Cíntia Beatriz Müller:

Duzentos anos depois, o escrito e o não escrito, o direito e sua prática se mantêm: antes, não havia direito estatal que garantia a liberdade do escravo. A alforria, em nome da manutenção do direito de propriedade; hoje, é assegurado aos quilombolas o direito de propriedade, cuja lei se implementa sem ritmo e segurança. O direito e sua ineficácia coexistem, com algum embaraço, tendo em vista a articulação dos quilombolas, dos movimentos sociais e observadores estrangeiros. A face externa, internacional, do direito brasileiro, continua a mesma, como se o estado fosse cumpridor de parte dos deveres de reparação de uma dívida histórica com o povo negro e, com isso, não necessariamente falsa, enquanto domesticamente o sistema continua o mesmo (MÜLLER, 2011, p. 55).

Conclusão

A sociedade brasileira, historicamente, foi construída mediante um modelo escravocrata e, ainda hoje, as marcas da escravidão se fazem presentes no cotidiano de representantes da etnia negra. Foi para implementar a igualdade material que o art. 86 do ADCT garantiu aos remanescentes de quilombos a propriedade sobre suas terras. Para procedimentalizar esse direito fundamental, publicou-se o Decreto n. 4.887, estabelecendo regramento para a identificação, reconhecimento, delimitação e demarcação dessas propriedades. Apesar das alegações de inconstitucionalidade, inseridas no bojo da ADIN n. 3.239, entendo, pelas razões aqui expostas, que tal Decreto é constitucional, devendo ser mantido e implementado pelo Poder Público, especialmente quando observa-se a relevância dos direitos fundamentais postos em questão.

Referências

- ANJOS, Rafael Sanzio Araújo; CIPRIANO, André. *Quilombola: Tradições e Cultura da Resistência*. São Paulo: Aori Comunicações, 2006.
- BALDI, Cesar Augusto. *Invalidez Decreto é Retroceder Direitos Constitucionais*. Disponível em: <<http://racismoambiental.net.br/2010/05/invalidar-decreto-e-retroceder-direitos-constitucionais/#more-2227>>. Acesso em: nov. 2011.
- BRASIL. Assessoria Jurídica da Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República. *O Decreto nº 4.887/2003 e a Regulamentação das Terras dos Remanescentes das Comunidades dos Quilombos*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_68/Artigos/Art_Maria.htm>. Acesso em: nov. de 2011a.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: nov. 2011b.
- _____. Decreto-Lei n. 4.887 de 20 de novembro de 2003. Disponível em: <http://www.incra.gov.br/portal/images/arquivos/legislacao_quilombola_condensada.pdf>. Acesso em: out. 2011c.
- _____. *Instrução Normativa n. 57, do INCRA*, de 20 de outubro de 2009. Disponível em: <<http://www.incra.gov.br/portal>>. Acesso em: nov. de 2011d.
- _____. *Portaria n. 98*, de 26 de novembro de 2007. Disponível em: <<http://www.palmares.gov.br/legislação>>. Acesso em: nov. de 2011e.
- _____. Supremo Tribunal Federal. *ADIN n. 3239*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2227157>>. Acesso em: nov. de 2011.
- CANTO, Adéli Casagrande do; BERNARDES, Marcio de Souza. Territórios Quilombolas: por uma análise crítica da regularização fundiária das terras de preto no Brasil. *Revista Jurídica da Fadisma*, n. 1, 2007.
- FRANK, Zephyr; BERRY, Whitney. The Slave Market in Rio de Janeiro circa 1869: Context, Movement and Social Experience. *Journal of Latin American Geography*, v. 9, n. 3, 2010.
- FREITAS, Décio. *O Escravidão Brasileiro*. 3. ed. Porto Alegre: Mercado Aberto, 1991.
- FUNDAÇÃO CULTURAL PALMARES. Disponível em: <http://www.palmares.gov.br/?page_id=88>. Acesso em: nov. de 2011.
- INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA. Disponível em: <<http://www.incra.gov.br/portaldo>>. Acesso em: nov. 2011.

LEAL, Rogério Gesta. Legitimidade e Legalidade das Políticas Públicas de Igualação Racial no Âmbito dos Concursos Públicos no Brasil: estudo de caso. *Direitos Culturais*. Santo Ângelo, v. 4, n. 7, jul./dez., 2009.

LEITE, Ilka Boaventura. O Projeto Político Quilombola: desafios, conquistas e impasses atuais. *Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 16, set./dez., 2008.

LEÓN, Zênia de. *Memórias da Escavidão*. Pelotas: Editora do Autor, 1991.

MALMANN, Germene. As Comunidades Remanescentes de Quilombo e o Art. 68 do ADCT: propriedade da terra, reconhecimento e cidadania. *Revista de Direito Brasileira*, ano 1, v. 1, jul./dez., 2011.

MÜLLER, Cíntia Beatriz. *Direitos Étnicos e Territorialização*: dimensões da territorialidade em uma comunidade negra gaúcha. Porto Alegre: UFRGS, 2011.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenção n. 169*. Disponível em: <http://www.oit.org.br/sites/default/files/topic/international_labour_standards/pub/convencao%20169_2011_292.pdf>. Acesso em: nov. 2011.

RIBEIRO, Darcy. *O Povo Brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Schwarcz, 2010.

RIOS, Roger Raupp. O Princípio da Igualdade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal*: balanço e crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARMENTO, Daniel. *Territórios Quilombolas e Constituição*: A ADI 3.239 e a Constitucionalidade do Decreto 4.887/03. Parecer do Ministério Público Federal. Disponível em: <http://ccr6.pgr.mpf.gov.br/documentos-e_publicacoes/docs_artigos/Territorios_Quilombolas_e_Constituicao_Dr_Daniel_Sarmento.pdf>. Acesso em: nov. de 2011.

SOARES, Inês Virgínia Prado. Direito Fundamental Cultural na Visão do Supremo Tribunal Federal. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (coords). *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal*: balanço e crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

TERRA DE QUILOMBO. Comissão Pró-Índio de São Paulo. *Boletim* n. 3, mar. 2008.

Data da submissão: 8 de fevereiro de 2012

Avaliado em: 22 de fevereiro de 2012

Aceito em: 28 de fevereiro de 2012