

**GIOVANNA BONILHA MILANO**

**Direitos étnico-territoriais das comunidades remanescentes de quilombos:  
Contribuições para o diálogo entre diversidade e direito(s) no Brasil**

**CURITIBA**

**2008**

**GIOVANNA BONILHA MILANO**

**Direitos étnico-territoriais das comunidades remanescentes de quilombos:  
Contribuições para o diálogo entre diversidade e direito(s) no Brasil**

**Monografia apresentada como requisito parcial  
para conclusão do curso de Direito, pelo Setor de  
Ciências Jurídicas da Universidade Federal do  
Paraná.**

**Orientador: Prof. Dr. José Antônio Peres Gediel.**

**Co-orientador: Prof. Dr. Luis Fernando Lopes.**

**CURITIBA**

**2008**

## **TERMO DE APROVAÇÃO**

**Giovanna Bonilha Milano**

### **Direitos étnico-territoriais das comunidades remanescentes de quilombos: Contribuições para o diálogo entre diversidade e direito(s) no Brasil**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná como requisito parcial para outorga do grau de Bacharel em Direito e aprovada pela seguinte banca examinadora:

#### **Banca Examinadora**

Orientador:

**Profº. Dr. José Antônio Peres Gediel**

Professor Adjunto do Departamento de Direito Civil e Processual Civil da Universidade Federal do Paraná – UFPR

Co-orientador:

**Profº. Dr. Luís Fernando Lopes Pereira**

Professor Adjunto do Departamento de Direito Privado da Universidade Federal do Paraná – UFPR

**Profº. Eduardo Harder**

Professor do Setor Litoral da Universidade Federal do Paraná- UFPR

Curitiba, 4 de novembro de 2008.

*Dedico este trabalho a todos os homens e mulheres quilombolas que ensinam na luta, lições de direito e na resistência, exemplos de vida.*

## **Agradecimentos**

*Á minha mãe, Marina, por tudo.*

*Á minha avó, Yvone, por toda a sabedoria .*

*Ao Geraldo, pelo amor e cumplicidade nos capítulos da vida.*

*À Carolina Alves, pela dedicação e carinho.*

*Aos amigos do movimento estudantil, principalmente do Partido Acadêmico Renovador.*

*Aos amigos do Núcleo de Direito Cooperativo.*

*Ao Professor Gediel, pela orientação e exemplo, sempre.*

*Ao Professor Luís Fernando, pela paciência e dedicação.*

*Um refúgio? Uma barriga? Um abrigo onde se esconder quando estiver se afogando na chuva, ou sendo quebrado pelo frio, ou sendo revirado pelo vento? Temos um esplêndido passado pela frente? Para os navegantes com desejo de vento, a memória é um ponto de partida.*

*Eduardo Galeano*

## SUMÁRIO

<b>RESUMO .....</b>	<b>8</b>
<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>9</b>
<b>CAPÍTULO I – MODERNIDADE JURÍDICA E DIVERSIDADE CULTURAL .....</b>	<b>12</b>
1. A FORMAÇÃO DA CULTURA JURÍDICA ESTATAL: DIREITO, ESTADO E MODERNIDADE .....	14
2. A DIMENSÃO DOS DIREITOS E DAS JUSTIÇAS NA AMÉRICA LATINA .....	21
2.1. RETOMADA HISTÓRICA: DIREITOS E JUSTIÇA NA REALIDADE BRASILEIRA .....	22
2.1.1. O ANTIGO REGIME PORTUGUÊS: O IMPÉRIO ESCRAVISTA ULTRAMARINO .....	22
2.1.2 DO BRASIL IMPÉRIO AO INÍCIO DA REPÚBLICA: EMANCIPAÇÃO COM BASE ESCRAVOCRATA .....	28
3. CONFLITO E DIREITO: OS NOVOS SUJEITOS COLETIVOS COMO FONTE DE PRODUÇÃO JURÍDICA..	
.....	32
<b>CAP II- DIREITOS SOCIAIS E COLETIVOS DOS POVOS TRADICIONAIS .....</b>	<b>37</b>
1. POVOS E COMUNIDADES TRADICIONAIS .....	37
1.1. CLASSIFICAÇÃO SOCIAL E AUTO-RECONHECIMENTO .....	43
1.2. TERRAS TRADICIONALMENTE OCUPADAS: TERRITORIALIDADES ESPECÍFICAS .....	48
2. DIREITOS DOS POVOS E COMUNIDADES TRADICIONAIS: A CONSTRUÇÃO DA DIVERSIDADE NOS ESPAÇOS DO ESTADO E DO DIREITO .....	52
<b>CAP III – DIREITO AO TERRITÓRIO DAS COMUNIDADES REMANESCENTES DE QUILOMBOS: EMBATE E CONFLITO NA ESFERA JURÍDICA .....</b>	<b>59</b>
1. A CONSTITUIÇÃO DA REPUBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. – REDEMOCRATIZAÇÃO E CONSTITUCIONALIZAÇÃO DE DIREITOS .....	59
1.1. MARCOS JURÍDICOS CONSTITUCIONAIS: O ARTIGO 68 DO ADCT .....	62
2. CONSTITUCIONALIDADE E INSTRUMENTOS PARA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS .....	66
3. O DIREITO AO TERRITÓRIO QUILOMBOLA COMO DIREITO FUNDAMENTAL .....	70
3.1. NORMATIVIDADE E AUTO-APLICABILIDADE DO TEXTO CONSTITUCIONAL .....	73
4. FORMAS DE APROPRIAÇÃO E A TITULAÇÃO DO TERRITÓRIO QUILOMBOLA .....	76
5. HISTÓRIA E MEMÓRIA: O PAPEL DOS LAUDOS ANTROPOLÓGICOS .....	79
<b>CONCLUSÕES.....</b>	<b>82</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>Ixxxiv</b>

## RESUMO

Este trabalho tem por escopo a análise do processo de reconhecimento dos direitos étnico-territoriais das comunidades remanescentes de quilombos e sua forma de articulação com os elementos do direito vigente. A colisão freqüente entre as demandas dos Povos e Comunidades Tradicionais e o tratamento jurídico dispensado a estes sujeitos, fez com que a trajetória monográfica se iniciasse pela retomada de alguns fatos históricos relevantes para compreensão da formação jurídica moderna e da transposição destes à dinâmica estatal luso-brasileira: a estrutura político-administrativa; o pilar escravista; a falta de projeto político definido nas expansões ultramarinas do Império Português; fazem-nos contextualizar o processo de exclusão histórica de alguns setores de sociedade, que há algum tempo mobilizam-se em busca de visibilidade e garantia de direitos. É o caso dos Povos e Comunidades Tradicionais que na peculiaridade de seus modos de ser, viver e fazer, contribuem para a revisita crítica da estrutura jurídica tradicional e apresentam formas coletivas de subjetividade, identidade e exercício de direitos, que impõem um desafio à ciência jurídica moderna, pautada sob premissas individual-patrimonialistas. É com a Carta Magna de 1988, que se cristalizam pioneiramente os primeiros marcos jurídicos da multiculturalidade e da pluriétnicidade, iniciando-se uma onda constitucional de reconhecimento da diversidade em vários países da América Latina. O reconhecimento dos direitos étnico-territoriais das comunidades quilombolas, também encontra na Carta Constitucional sua grande guarida legal, já que, pela redação do artigo 68 do ADCT confere-se aos remanescentes de comunidades de quilombos a propriedade definitiva da terra que estejam ocupando, sendo dever do Estado a emissão dos respectivos títulos. A partir daí, decorrem uma série de questionamentos jurídicos sobre a aplicação da norma constitucional, muitos dos quais não poderão ser resolvidos sem o auxílio de outras áreas do conhecimento, como a antropologia e a história.

Palavras-chave: Direitos étnicos territoriais; comunidades remanescentes de quilombos; multiculturalismo.

## INTRODUÇÃO

Esta monografia é fruto das reflexões realizadas em espaços distintos de minha experiência acadêmica durante a graduação no Curso de Direito. Credito, portanto, desde já, a concepção deste trabalho às experiências socializadas no Núcleo de Direito Cooperativo; Instituto de Terras, Cartografia e Geociências e mais recentemente, no Projeto Universidade Sem Fronteiras – Incubadora de Direitos Sociais.

Analisar a titulação de comunidades remanescentes de quilombos sob a ótica jurídica é, antes de tudo, adentrar ao quadro histórico-político de nosso País, e compreender a construção de uma nação sobre os pilares da escravidão, de um Estado Colonial, e da concentração fundiária, sustentados desde sempre pela economia agroexportadora que se expressa no domínio político do Estado.

O universo jurídico, por sua vez, emerge neste contexto como fonte legitimadora de racionalidade etnocêntrica e individualista, incapaz de responder adequadamente aos clamores de sujeitos sociais que nela não se conformam.

Detectada a crise do Direito para responder a determinadas demandas que surgem dos conflitos sociais - cujo lugar social se transpõe em múltiplos espaços e relações latino-americanos - preocupa-se a primeira parte deste trabalho em realizar uma análise interdisciplinar da construção do paradigma jurídico moderno, fundamentado no modelo de produção capitalista e do monismo estatal na produção do direito.

Entender a crise deste Estado construído de forma a eliminar as mediações entre ele próprio e os indivíduos é perceber a dificuldade de articulação entre o(s) direito(s) dos povos tradicionais e a cultura jurídica. Busca-se, por este motivo, na etapa subsequente da pesquisa, refletir sobre as possibilidades de construção de uma nova cultura jurídica fundada na diversidade, na alteridade e no pluralismo, que objetive não mais o *assimilacionismo* característico do processo colonizador, mas que se fortaleça no respeito

ao *outro*, em sua plenitude de manifestações e diferenças culturais. Recorre-se para este intento à análise conceitual dos “povos e comunidades tradicionais” e ao amparo do Direito Internacional que versa pioneiramente sobre a questão.

Partindo da mudança de perspectiva teórico- prática ao Direito contemporâneo, articulamo-nos no segundo momento da monografia com as alternativas possíveis dentro do direito posto, que se cristalizam, por exemplo, na efetivação da titulação das comunidades quilombolas tal qual exposto no artigo 68 no Ato das Disposições Transitórias Constitucionais.

A norma constitucional prevê a titulação das terras dos “*remanescentes de comunidades dos quilombos*”, sendo-lhes reconhecida a propriedade definitiva em face da ocupação. É na luta por uma aplicação jurídica combativa e condizente com a verdadeira organização social quilombola (que antecede qualquer positivação jurídica) que se concentram os esforços desta etapa. A certeza de que a construção do processo de titulação das comunidades quilombolas não se encerra nos debates constitucionais, faz da análise do direito positivo concernente uma tentativa de problematização quanto ao tratamento jurídico dispensado aos direitos coletivos destes povos tradicionais, afirmando-se como necessário o abandono da perspectiva individual-patrimonialista e o diálogo interdisciplinar (sobretudo com a antropologia e a história) a fim de que se absorva a verdadeira essência das reivindicações destes grupos organizados.

Como mencionado, fez-se conveniente – para elucidação mais completa nas sinuosidades que envolvem a problemática da titulação quilombola- a utilização do binômio antropologia e direito. É pela interface destas áreas do conhecimento que se fará possível compreender, por exemplo, a “classificação social” que se depreende do termo “quilombola”, e, sobretudo, a ressemantização que tais terminologias sofreram nos últimos tempos.

A mutualidade entre o discurso jurídico e a interpretação antropológica representa,

sem qualquer dúvida, o início da construção efetiva de um direito fundado na alteridade e na coexistência plural de novos sujeitos sociais.

Como bem pontua o antropólogo José Maurício Arruti:

*“O dilema da relação entre o discurso antropológico e o discurso jurídico parece residir justamente aí, mesmo nos casos mais favoráveis: aquilo que para antropologia é um exemplo de diversidade, para o direito é um modelo sobre o qual o seu *modus normatizador* deve operar.”<sup>1</sup>*

E é justamente das encruzilhadas entre normatização e subjetividade; resistência e invisibilidade; direito(s) e pluralidade que nasce esta monografia. Com o intuito de pensar o direito para além de um mecanismo normatizador, mas como um instrumento de libertação, comprometido com a transformação e hábil em dialogar com a diversidade.

## **CAPÍTULO I – MODERNIDADE JURÍDICA E DIVERSIDADE CULTURAL**

A análise da conjuntura social em que nos localizamos, utilizando-se prioritariamente do espaço latino-americano e mais especificadamente do brasileiro, nos permite conceber complexas e multifacetadas combinações de manifestações sociais, organizadas no plano sócio-político a partir de coletividades que lutam pela sobrevivência e pelo direito à diferença.

Assim se transcorre com as populações tradicionais, que alijadas de seu modo de *ser, viver e fazer* durante séculos organizam-se e insurgem-se por visibilidade, dignidade e autodeterminação em suas escolhas. Compreender a existência de povos com identidade, território e cultura que lhes são peculiares (e que os distinguem da cultura nacional-oficial dos Estados de que fazem parte) é, entretanto, perceber também uma

---

<sup>1</sup> ARRUTI, José Maurício. **Mocambo: antropologia e história do processo de formação quilombola**. Bauru, SP: Edusc, 2006. p. 91.

opção de Estado e de Direito que artificializou as diferenças e mitigou a real participação destes atores coletivos em muitos dos espaços, sobretudo na produção jurídica oficial.

Não é por outro motivo que de forma preliminar neste trabalho, iremos nos dedicar à análise deste projeto de cultura jurídica estatal, que não se encaminha sozinho, mas como elo indispensável da circularidade entre o político/jurídico/filosófico, referenciado em um determinado período histórico, qual seja o da Revolução Francesa e do pensamento Iluminista.<sup>2</sup>

A transposição desse modelo à realidade latino-americana e mais especificadamente, brasileira, deve ser observada com cuidado para que se percebam as gritantes diferenças na cristalização das premissas liberal-individualistas quando aplicadas pelo Império ultramarino português, cuja estrutura político-administrativa foi marcadamente descentralizada; cujo direito colonial era incapaz de calar por completo as experiências locais e cujo projeto colonizador era demasiadamente insosso para se constituir como um modelo homogêneo a ser cumprido na expansão portuguesa.<sup>3</sup>

Sob pena de reduzir a realidade complexa deste processo, absorvemos metodologicamente neste trabalho os ensinamentos do historiador Antônio Manuel Hespanha, os quais se alinham a uma mudança de perspectiva historiográfica iniciada em meados de 1980 que busca a criticidade na explicação das relações de poder nas sociedades do Antigo Regime.<sup>4</sup> Por este viés, procura-se a superação do movimento de centralização dos Estados em seu percurso ideal, fugindo das simplificações economicistas, mas com a atenção às especificidades dos sistemas políticos e das relações de poder daí decorrentes.<sup>5</sup>

Os caminhos percorridos pela cultura jurídica no Brasil irão demonstrar uma

---

<sup>2</sup> DUPRAT, Deborah. **Pareceres Jurídicos: Direitos dos Povos e das Comunidades Tradicionais**. Manaus: UEA, 2007. p. 10.

<sup>3</sup> HESPANHA, António Manuel. **A constituição do Império português. Revisão de alguns enviesamentos correntes**. In FRAGOSO, João. **O antigo regime nos trópicos; a dinâmica imperial portuguesa (séculos XVI-XVIII)**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001. p. 165 e ss.

<sup>4</sup> HESPANHA, António Manuel. Obra citada. p. 165.

<sup>5</sup> Cf. PEREIRA, Luis Fernando Lopes. **Ambivalências da sociedade política do Antigo Regime: Cultura político-jurídica no Brasil do século XVIII**. Texto inédito. p.3.

trajetória social estabelecida no **conflito** entre blocos sociais (hegemônicos e oprimidos) e na constante **luta** por sobrevivência dos atores sociais que não se beneficiam do produto estatal ou das estruturas locais de poder e seus interesses.

Nas palavras do gênio Jorge Amado, em seu romance *Tereza Batista Cansada de Guerra*:

*“São os tempos modernos, cunhado, mas não se apoquente: mudam os títulos – coronel é doutor, capataz é gerente, fazenda é empresa -, o resto não muda, riqueza é riqueza, pobreza é pobreza com fartum de desgraça.”*<sup>6</sup> (grifei)

Neste cenário surge o direito, como mais um espaço de combate a ser disputado pelos setores alijados da sociedade colonial, que para assim se colocar necessita, inquestionavelmente, de uma mudança de perspectiva teórico-prática do campo jurídico. O desvelar de um Estado que se conformou historicamente entre os arranjos e rearranjos de interesses renóis e locais e o estabelecimento de relações de poder que freqüentemente culminaram na subjugação dos povos, contribui com elementos para compreensão da crise de legitimidade estatal contemporânea e aponta pra alguns caminhos e reflexões.

As comunidades quilombolas, ao lado dos povos indígenas, caiçaras, ciganos, outros, emergem nesta conjuntura para inverter a dinâmica jurídica, informando a normatividade a partir das relações sociais experimentadas cotidianamente e despertando um horizonte negado, mas presente, de pluralismo das fontes de produção jurídica.

É a contramão da filosofia kantiana do sujeito transcendental, demonstrando que o mundo extravasa “o conjunto dos objetos da experiência possível”; supera as experiências normativas e por isso inverte a razão da subsunção do real às categorias fixadas aprioristicamente.<sup>7</sup>

O esforço em se desenvolver pormenorizadamente a construção teórica apresentada será complementado pela exposição do papel das comunidades quilombolas, seja em sua contribuição para construção de um marco jurídico da alteridade, seja na sua

---

<sup>6</sup> AMADO, Jorge. *Tereza Batista Cansada de Guerra*. 34ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2006. p. 3.

<sup>7</sup> DUPRAT, Deborah. *Pareceres Jurídicos: Direitos dos Povos e das Comunidades Tradicionais*. Manaus: UEA, 2007. p. 10.

luta diária para efetivação satisfatória de suas necessidades fundamentais.

## 1. A FORMAÇÃO DA CULTURA JURÍDICA ESTATAL: DIREITO, ESTADO E MODERNIDADE

*“Os olhos de quem olha, no olhar de quem vê”<sup>8</sup>*

A cultura jurídica moderna (Direito estatal, ocidental) não se apresenta como um valor em si mesmo, mas ao contrário, reproduz o resultado das relações estruturais de poder e suas visões de mundo no âmbito da organização social, quais sejam: a opção pelo modelo de produção capitalista; a ideologia liberal-individualista e patrimonialista e a centralização política na figura do Estado Nacional Soberano.<sup>9</sup>

Esta conceituação, contudo, demasiadamente generalizante, confronta-se com as especificidades relevantes da formação do Estado Português que aqui nos interessa de sobremaneira para compreensão da realidade brasileira. As novas teses da história, anteriormente mencionadas, enfatizam, por exemplo, a continuidade entre os sistemas políticos medieval e moderno que se ilustra no caso português pela manutenção da natureza patrimonialista<sup>10</sup> presente no oficialato moderno<sup>11</sup>.

A formação da cultura jurídica moderna deve, portanto, ser matizada a partir das reflexões sobre as instituições político-administrativas e judiciais portuguesas que apontam para a presença de uma monarquia corporativa (pelo menos até o século XVIII),

---

<sup>8</sup> Esta citação contextualiza-se em aula proferida aos membros do projeto Universidade Sem Fronteiras – Incubadora de Direitos Sociais, pelo Professor Geraldo L. Silva, sob o título “Negro, Racismo e Sociedade – Uma discussão Introdutória”, em 2007.

<sup>9</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico**. 3ª ed. São Paulo: Editora Alfa Ômega, 2001. p. 26.

<sup>10</sup> A *natureza patrimonialista* citada pelo autor corresponde ao conceito weberiano de dominação tradicional ou patrimonialista, segundo a qual a autoridade não pertence a um *superior escolhido pelos habitantes de um território*, mas a ascensão ao poder em face de um costume. Cf. AMORIM, Aluizio Batista de. **Elementos de Sociologia do Direito em Max Weber**. Florianópolis: Insular, 2001. p.120.

<sup>11</sup> Cf. PEREIRA, Luis Fernando Lopes. **Ambivalências da sociedade política do Antigo Regime: Cultura político-jurídica no Brasil do século XVIII**. Texto inédito. p.3.

na qual: *o poder real partilhava o espaço político com poderes de maior ou menor hierarquia, ou seja, onde a centralização política era fortemente relativizada; em que o direito legislativo da Coroa era limitado e enquadrado pela doutrina jurídica (ius commune) e pelos usos e práticas locais, o que equivale a dizer que o monismo estatal não prevalecia tão agressivamente ao direito praticado; os deveres políticos cediam perante os deveres morais (...) ou afetivos (...) e, finalmente, os oficiais régios gozavam de uma proteção muito alargada dos seus direitos e atribuições podendo fazê-los valer mesmo em confronto com o rei e tendendo, por isso, a minar e expropriar o poder real.*<sup>12</sup>

Ademais, a modernidade europeia em seus trezentos anos de formulação teórica e aplicação concreta não reverberou mudanças significativas à realidade colonial, que continuava a conviver com a pilhagem de recursos humanos e naturais dos povos locais; a utilização do trabalho escravo e, sobretudo, a manutenção da diversidade cultural, ainda que recorrentemente negada e invisibilizada.<sup>13</sup> Os próprios europeus colonizadores tampouco preocupavam-se com a consolidação das promessas modernas em terras brasileiras

(...) já que a base de produção era escrava, o trabalho livre praticamente não existia e estava longe da preocupação da sociedade a satisfação da necessidade de todos. Havia, então, uma profunda, ainda que negada, diversidade cultural. Trazidos em porões de navios negreiros diretamente da África, os escravos aumentaram ainda mais essa diversidade. **Todos os povos, originários ou trazidos à força, estavam muito longe de pensar em um contrato social para constituir o que viesse a se chamar Estado nacional.**<sup>14</sup> (destaquei)

Todavia, em que pese sejam muitas as considerações e particularidades sobre o processo de formação e principalmente da apropriação da cultura jurídica moderna em diferentes conjunturas, é possível diagnosticar tendências comuns que influenciaram os

---

<sup>12</sup> HESPANHA, António Manuel. **A constituição do Império português. Revisão de alguns enviesamentos correntes.** In FRAGOSO, João. **O antigo regime nos trópicos; a dinâmica imperial portuguesa (séculos XVI-XVIII).** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001. p. 166.

<sup>13</sup> SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O Direito de Ser Povo.** In **Igualdade, Diferença e Direitos Humanos.** SARMENTO, Daniel. (Coord.) Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p. 477.

<sup>14</sup> SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. *Obra citada.* p. 477.

sistemas jurídicos modernos e que acabam por traduzir sua essência.<sup>15</sup> Nesta esteira, Michel Villey apresenta certas “teses” de concordância no mundo jurídico moderno, todas marcadamente fundadas no individualismo, quais sejam: a existência de “*droits naturels*” do indivíduo; a construção do Estado pela conformação do contrato social com fulcro no interesse e utilidade para os indivíduos; o positivismo jurídico e a adoção nuclear do conceito de direito subjetivo para os ordenamentos jurídicos.<sup>16</sup>

No plano filosófico, a fundação do pensamento jurídico moderno se dá pelo desenvolvimento da doutrina das escolásticas medievais, mais especificadamente da Escola de São Tomás de Aquino e da Escolástica franciscana. É nesta última, entretanto, em que brotam as raízes modernas do individualismo tal como das conseqüências que o acompanharam – o positivismo jurídico e o conceito de direito subjetivo- principalmente pelos trabalhos de Guilherme Okham.<sup>17</sup>

Em todos os casos, o **individualismo** recebe fundamental importância na medida em que o “homem”, entendido como valor absoluto, se estabelece como centro da justificação jurídica que se instrumentaliza, passando a ser vista como estatuto de uma sociedade que prioriza formalmente a **liberdade** e a **igualdade** de seus atores sociais.<sup>18</sup> Fica mais fácil a compreensão, a partir destas premissas, de que os valores liberais e individualistas complementam-se entre si, e se capilarizam sob uma ética difundida em todos os espaços da realidade.

Neste caminho, a defesa do individualismo será levada a cabo, não apenas em face do Estado, mas também por meio da extinção de todos os planos e organizações intermediários que de alguma forma se interpusessem entre a figura do Estado e o indivíduo. Exemplo clássico desta política aparece na Lei *Chapelier*, de 1791, segundo a qual, sob a premissa da garantia da liberdade do trabalho, restavam proibidas as corporações de ofícios por não serem válidos quaisquer interesses além dos *interesses*

---

<sup>15</sup> VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.p. 177.

<sup>16</sup> VILLEY, Michel. Obra citada. p. 177.

<sup>17</sup> Idem. Ibidem.p. 179.

<sup>18</sup> WOLKMER, Antônio. Obra já citada. pg.30.

*individuais e o interesse geral.* Na própria justificação de motivos da referida lei, veda-se, pela proibição da organização em corporações, “*inspirar aos cidadãos um interesse intermediário, separá-los da coisa pública por um espírito de corporações*”.<sup>19</sup>

São estes também, os pressupostos gerais de formação dos Estados Nacionais Modernos, individualizados (ainda que de maneira especial porque agregadora da vontade de “*todos*”) e concentrados em organizar um sistema jurídico suficientemente universal que pudesse agregar todas as situações.<sup>20</sup> É neste instante que se consubstancia a dicotomia entre público e privado dentro da organização do ordenamento jurídico.

Ao direito privado, caberia a organização dos interesses individuais, pormenorizadamente detalhados e de caráter marcadamente **proprietário** e **contratualista**. Ao direito público, por sua vez, destinar-se-ia o direito pertencente a *todos*, ou seja, o direito coletivo, que se tornaria não mais coletivo, mas estatal. Perceba-se como este nivelamento entre o direito da coletividade e o direito estatal se traduz em um esforço de individualizar, novamente, toda e qualquer manifestação de direitos, forçando a redução da organização social aos planos do Estado e do indivíduo e exterminando, definitivamente os demais corpos intermediários que porventura existissem.<sup>21</sup>

Bem é verdade que, como já dito, que no caso do Império Português o que se apresentava era um contorno monárquico corporativo, o qual muitas vezes optou por preservar os institutos locais, utilizando-os como mediações possíveis entre a colônia e o governo português. Os corpos intermédios mantiveram-se, portanto, em alguma medida, mesmo que submetidos à intervenção e controle do Estado português:

---

<sup>19</sup> Este movimento se contextualiza na onda de repúdio às associações sem fins econômicos instalada com o advir na modernidade. Partindo desta premissa, discorre o Prof. Rodrigo Xavier Leonardo: *Logo após a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, o movimento contra as associações na França se volta para a extinção das corporações de profissionais e de trabalhadores. Isto se dá, primeiramente, pela Loi D'Allarde, de 27 de março de 1791, destinada à proibição das associações profissionais que, posteriormente, foi ampliada pela Loi le Chapelier (Lei de 14 de junho de 1791), voltada a proibir tanto as associações profissionais como as associações de trabalhadores.* LEONARDO, Rodrigo Xavier. **A liberdade de associação: repúdio, reconhecimento e promoção.** Texto inédito.

<sup>20</sup> MARÉS, Carlos Frederico. **O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito.** 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2008.p. 62 e ss.

<sup>21</sup> MARÉS, Carlos Frederico. Obra citada. p. 64.

As instituições políticas nativas eram com freqüência preservadas, como instâncias de mediação com o poder português. Por vezes, portugueses “assistiam” as autoridades locais (como em certas cidades indianas ou sobados africanos). No Brasil, portugueses de “bons costumes” eram enviados como “capitães das aldeias” para governar as aldeias índias, já que a capacidade dos nativos para se governar era tida como problemática.<sup>22</sup>

Outro instituto, que possui sua fundamentação modificada e intimamente absorvida pelo discurso jurídico moderno é a **propriedade privada**. Por esta via, conforme explica Sérgio Staut, o que ocorre é a consolidação de uma noção de proprietária que carrega em si uma *perspectiva profundamente subjetiva da relação entre os homens e as coisas* e que passa a ser tutelada pela modernidade jurídica estatal como se direito natural fosse.<sup>23</sup> Para além, se dá a cooptação de certos discursos historiográficos que servem à legitimação desta política e que, contribuem para a naturalização do conceito moderno de propriedade, calcado no individualismo-proprietário e tomado nesta perspectiva como o produto histórico da evolução linear das relações sócio-jurídicas.<sup>24</sup>

Assim, evitando os discursos que encaram a propriedade privada moderna como um instituto absoluto e trans-histórico, é preciso ressaltar que este surge em um tempo histórico determinado-ainda de modo incerto, no desenvolvimento do mercantilismo e encontra na Revolução Francesa seu marco jurídico de maior excelência. Assim observa o Professor Carlos Frederico Marés:

o desenvolvimento da concepção de propriedade atual foi sendo construída com o mercantilismo, com trezentos anos de elaboração teórica controvertida e incerto desenho (séculos XVI, XVII e XVI), baseados na prática e na necessidade das classes sociais nascentes; e duzentos anos de sua realização prática (séculos XIX e XX), com lutas, enfrentamentos e, principalmente, mudanças internas, concessões, falácias, promessas poéticas e violência desmesurada, guerras.”

---

<sup>22</sup> HESPANHA, António Manuel. **A constituição do Império português. Revisão de alguns enviesamentos correntes.** In FRAGOSO, João. **O antigo regime nos trópicos; a dinâmica imperial portuguesa (séculos XVI-XVIII).** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001. p. 171.

<sup>23</sup> STAUT Jr., S.. Cuidados Metodológicos no Estudo da História do Direito de Propriedade. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, América do Sul, 42 2006. p. 162.

<sup>24</sup> STAUT Jr. Obra citada. p. 162.

(grifei) <sup>25</sup>

Desta maneira, resta claro que o Estado Moderno surge com a missão de garantir a propriedade individual, sendo que para tal, deve garantir também suas condições fundamentais de existência: a liberdade e a igualdade. Liberdade, porque apenas homens livres estão aptos a exercer a possibilidade de aquisição e transferência proprietária e, igualdade, porque essencial para justificação da validade contratual entre os homens livres: “*somente o contrato entre iguais pode ser válido.*” <sup>26</sup>

Imprescindível para compreensão dos fundamentos modernos da propriedade, John Locke se debruça a demonstrar teoricamente que o direito de propriedade é um direito natural (na medida em que surge e se desenvolve do estado de natureza), e que sua conservação confere sentido à própria organização política dos homens em um estado civil.<sup>27</sup> O pensamento do autor transforma o conceito de propriedade da civilização cristã, outrora entendido como uma *utilidade*, e agora conformado à idéia de *direito subjetivo independente*, ligado intrinsecamente à noção de trabalho humano.<sup>28</sup> Locke, entretanto, impõe um limite à propriedade na medida em que a conecta intimamente à sua utilização por meio do trabalho, sendo que o excedente não utilizado – quando gerador de deterioração, sem realização de trocas – descaracteriza o direito à propriedade.<sup>29</sup>

Esta “ética” atuante sobre um limite da propriedade, contudo, acabaria por se operacionalizar apenas em hipotéticas sociedades primitivas que não se utilizassem da moeda, como um meio para circulação de riquezas. Já nas sociedades modernas, a moeda representava um veículo incorruptível e hábil em legitimar a apropriação individual sem limites, a acumulação duradoura e a despreocupação com a deterioração da propriedade.<sup>30</sup>

---

<sup>25</sup> MARÉS, Carlos Frederico. **A Função Social da Terra**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 18.

<sup>26</sup> MARÉS, Carlos Frederico. Obra citada. p.18

<sup>27</sup> BOBBIO, Norberto. **Locke e o direito natural**. Brasília: Editora UnB, 1997. p. 187

<sup>28</sup> O fundamento da propriedade para Locke seria a *valorização econômica* do bem apropriado por meio de sua transformação pelo trabalho. Por meio deste raciocínio que fundamenta no trabalho a razão de ser da propriedade, a alienação da força de trabalho promove também a alienação da propriedade por ele produzida. A possibilidade de transferência contratual e a legitimidade da aquisição originária, completarão o mosaico jurídico basilar da teoria que se apresentará na seqüência.

<sup>29</sup> MARÉS, Carlos Frederico. Obra citada. p. 23 e ss.

<sup>30</sup> BOBBIO, Norberto. **Locke e o direito natural**. Brasília: Editora UnB, 1997. p. 200.

Importante dizer que o pensamento de John Locke, acima brevemente desenhado, enquadra-se em uma escola filosófica da qual muitos personagens públicos e essenciais no estabelecimento de certos conceitos modernos, faziam parte. Trata-se do jusnaturalismo moderno, precedido principalmente pela Escola Ibérica de Direito Natural, cuja linha de construção argumentativa do direito natural baseia-se na substituição das explicações teológicas por outras, pautadas pelo cientificismo e pela razão, por isso – jusracionalismo. Nas palavras do historiador Antônio Manuel Hespanha, “*O direito natural deixa de ser aquele exigido pela preparação da cidade divina, mas aquele que decorre da manifestação das tendências cegas naturais do homem ou da necessidade de as garantir.*”<sup>31</sup>

Neste mesmo período, a conjuntura portuguesa demonstrava a tentativa do governo pombalino em reverter as relações de poder da monarquia corporativa, com vistas a transformação das hierarquias e dos privilégios.<sup>32</sup>

Apesar do insucesso da empreitada e da manutenção da concepção hierarquizada de sociedade característica do Antigo Regime, foram estas as idéias que, nas colônias, sobrepuseram-se aos ideários franceses de liberdade e igualdade pouco aderentes a um contexto social em que a maioria da população livre era proprietária de escravos ou desejava sê-lo.<sup>33</sup> Desta forma, a reverberação das idéias liberais – com a exaltação da liberdade e igualdade - não impediu com que *a continuidade da escravidão sob a égide do direito de propriedade permanecesse inquestionada*<sup>34</sup>

Ante o singelo panorama histórico apresentado, parece-nos se construir o quadro

---

<sup>31</sup> HESPANHA, Antônio Manuel. **Cultura Jurídica Européia**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. p. 300-301.

<sup>32</sup> Note-se que apesar desta movimentação de crise das relações de poder tradicionais, e típicas do Antigo Regime português, a concepção hierarquizada de sociedade perdurou. Ilustra a autora: *A proibição da entrada de novos escravos em Portugal não se fez em nome de qualquer princípio geral de igualdade civil, mas em nome da diferenciação de interesses entre o reino e suas colônias. (...) Pelo mesmo princípio permaneceu vigente o preconceito de sangue contra os descendentes de escravos, que, no Brasil, só seria revogado com a primeira Constituição monárquica após a independência, em 1824.* MATTOS, Hebe Maria. **A escravidão moderna nos quadros do Império português : O Antigo Regime em perspectiva atlântica**. In FRAGOSO, João. (Org.) **O Antigo Regime nos trópicos: A dinâmica imperial portuguesa (séculos XVI-XVIII)**. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2001. p. 156.

<sup>33</sup> MATTOS, Hebe Maria. Obra citada. p. 156.

<sup>34</sup> Idem. Ibidem. p. 157.

ideal para consagração da propriedade individual como primeiro instituto jurídico a integrar os textos legais burgueses que estavam por vir, fornecendo o subsídio legal para legitimação econômica do novo bloco social ascendente, na solidificação de sua hegemonia.

## **2. A DIMENSÃO DOS DIREITOS E DAS JUSTIÇAS NA AMÉRICA LATINA**

Feitas as primeiras considerações acerca da base de formação da cultura jurídico-política moderna, cabe-nos agora um estudo mais detalhado acerca da transposição destes conceitos para o espaço latino-americano e, sobretudo, para a realidade brasileira.

Para este resgate, pareceu-nos relevante a divisão didática em dois momentos apartados, mas indissociáveis: A retomada de alguns fatos históricos que pontuam o tratamento político-jurídico eleito pelos blocos sociais hegemônicos quando da formação social brasileira, concomitantemente a algumas pontuações específicas à construção do Direito e das instituições jurídicas no contexto brasileiro.

Faz-se isso, não sem a ressalva de que a história aqui apresentada pretende se diferir da proposta do historicismo jurídico oficial, evolucionista e linear, neste espaço substituído por uma visão sócio-política dos fatos que definiram a conformação de nossa realidade.

Como delineado nas palavras acertadas do Professor Antônio Carlos Wolkmer: *“Aceitar a politização das idéias, das práticas normativas e das instituições jurídicas significa superar todo e qualquer viés metodológico representado pelo historicismo legal de cunho formalista, erudito e elitista.”*<sup>35</sup>

Esta mudança de perspectiva do lugar do conhecimento histórico, sobretudo da história do direito, nos aponta para uma opção teórica historiográfica que não caminha com os olhos voltados exclusivamente a reconstrução do passado, mas que absorve o

---

<sup>35</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. **História do Direito no Brasil**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.p. 2.

compromisso da história na inserção do direito na sociedade, voltando-se ao presente e à reflexão crítica da ordem jurídica vigente.<sup>36</sup>

## **2.1. RETOMADA HISTÓRICA: DIREITOS E JUSTIÇA NA REALIDADE BRASILEIRA**

### **2.1.1. O ANTIGO REGIME PORTUGUÊS: O IMPÉRIO ESCRAVISTA ULTRAMARINO**

A expansão ultramarina portuguesa não representou um projeto uniforme nem tampouco apresentou estratégias gerais que pudessem orientar o movimento em todos os locais de colonização. O que de fato existiu, conforme aponta Hespanha, foi a formulação de *tópicos* nos discursos coloniais que orientaram a justificação destes processos, e que se sustentaram basicamente em motivos religiosos (cruzadas de fé); interesses mercantis do comércio metropolitano e depois, drenagem de população.<sup>37</sup>

Ademais, estes tópicos flutuavam em função das conjunturas específicas de tempo e lugar dos espaços colonizados, sendo que sua aplicação culminava em desfechos políticos distintos ou até mesmo dicotômicos:

*“As praças de Marrocos eram frequentemente justificadas por razões cavaleirescas ou cruzadísticas, também invocadas em relação à Índia, mas raramente presentes na justificação subsaariana, macaense ou brasileira.”*<sup>38</sup>

A chegada e a gestão lusitana em terras brasileiras foi justificada, em um primeiro momento, a partir dos interesses mercantis metropolitanos<sup>39</sup>, pela aplicação de ações econômicas que podem ser identificadas como o mercantilismo. Na sequência, apelou-se ao *proselitismo religioso* e após, aos *intuitos povoadores ou de drenagem demográfica*.<sup>40</sup>

---

<sup>36</sup> Neste sentido: FONSECA, Ricardo Marcelo. **A história no direito e a verdade no processo: O argumento de Michel Foucault**. Disponível em <http://www.historiadodireito.com.br/textos.php> Acesso em 02/09/2008.

<sup>37</sup> HESPANHA, António Manuel. **A constituição do Império português. Revisão de alguns enviesamentos correntes**. In FRAGOSO, João. **O antigo regime nos trópicos; a dinâmica imperial portuguesa (séculos XVI-XVIII)**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001. p. 169.

<sup>38</sup> HESPANHA, António Manuel. Obra citada. p.169.

<sup>39</sup> Idem. Ibidem. p. 169.

<sup>40</sup> HESPANHA, António Manuel. **A constituição do Império português. Revisão de alguns enviesamentos**

A relação entre metrópole – colônia é objeto do questionamento de diversos historiadores, dentre os quais acompanhamos de sobremaneira António Manuel Hespanha, que procuram rever a concepção de centralização unilateral da Metrópole em relação às práticas coloniais e que acabam por oferecer uma resposta reducionista das *tensões políticas no Brasil Colonial à tensão entre colônia e reino*.<sup>41</sup>

Sob este aspecto, é preciso ponderar que apesar do inegável vínculo estabelecido entre metrópole e colônia, a sociedade colonial possuía algum espaço de autonomia identificável, por exemplo, nos mecanismos de representação local (Senados da Câmara no império português) em que existia certa margem para negociação das políticas renóis em face das demandas da sociedade colonial brasileira.<sup>42</sup>

Consolida-se sobre estas condições, a sociedade brasileira, eminentemente agroexportadora e latifundiária, que encontra na utilização da mão-de-obra escrava (indígena e africana) condição vital para (re) produção da política econômica colonial.

O mesmo viés utilitarista que vislumbra nas terras brasileiras chance inigualável para exploração de riquezas, irá gerir “as gentes” que participaram do processo de formação social brasileiro. O bordão “*Índios para se vestir e Negros para se investir*”<sup>43</sup> traduz com habilidade a forma com que estes grupos sociais foram tratados e enxergados pelo colonizador e manifesta as inúmeras tentativas civilizatórias a que os povos indígenas foram (e em muitos casos ainda são) submetidos. A idéia falseada de que os índios deixaram de ser escravizados em função de sua debilidade para o cumprimento das demandas do trabalho, esconde a realidade de resistência à aculturação, através de uma profunda consciência fundada no comunitarismo primitivista, de um povo que já estava em seu território antes de ser aprisionado.<sup>44</sup>

---

**correntes.** In FRAGOSO, João. **O antigo regime nos trópicos**; a dinâmica imperial portuguesa (séculos XVI-XVIII). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001. p. 169.

<sup>41</sup> HESPANHA, António Manuel. Obra citada .p.187-188.

<sup>42</sup> RUSSEL-WOOD, A. J. R. In FRAGOSO, João. **O antigo regime nos trópicos**; a dinâmica imperial portuguesa (séculos XVI-XVIII). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001. p. 13.

<sup>43</sup> Citação mencionada pelo historiador Geraldo L. Silva, membro do Grupo de Trabalho Clóvis Moura, em palestra proferida aos integrantes do Projeto Universidade Sem Fronteiras em 2007.

<sup>44</sup> SILVA, Dimas Salustiano da. **Constituição democrática e diferença étnica no Brasil contemporâneo: um**

Contudo, é nos investimentos no tráfico negreiro para promoção de mão de obra escrava africana, que encontramos pilar de grande relevância para compreensão da dinâmica estatal colonialista, já que, se a captura dos povos indígenas nativos proporcionava circulação de riquezas aos colonos, o tráfico de negros africanos gerava lucro aos comerciantes metropolitanos.<sup>45</sup> Feita esta pontuação, entendemos que era o escravo o cerne da sociedade colonial-escravagista em uma relação mútua: Ora pela movimentação econômica que se gerava a partir do tráfico, ora pela utilização de sua mão-de-obra, absolutamente fundamental na sustentação da monocultura da cana-de-açúcar e das demais atividades econômicas que seriam desempenhadas nos ciclos subsequentes.<sup>46</sup>

Sobre o tráfico africano, comenta Jacob Gorender:

“O tráfico africano envolvia interesses de grande envergadura. A Coroa lisboeta auferia impostos (que não incidiam sobre a captura de índios) e, em alguns casos, explorou diretamente o tráfico de escravos. Com ele se imbricavam vultuosos investimentos do capital comercial e aplicações financeiras das próprias ordens religiosas, seja na África como no Brasil.(...)”<sup>47</sup>

Calcula-se em aproximadamente 15 milhões o número de homens e mulheres africanos, escravizados e desenraizados de suas terras originais, dentro dos quais cerca de 40% com destino final marcado para o Brasil.<sup>48</sup>

Este contingente, entretanto, estava longe de representar uma unidade homogênea. Na realidade as populações africanas conduzidas ao Brasil pelo processo de escravização pertenciam a universos étnico-culturais extremamente plurais, oriundos da diversidade das tribos africanas que se expressava por elementos sócio-culturais, religiosos, de

---

**exercício constitucional-concretista face o problema do acesso à terra das comunidades negras remanescentes dos quilombos.** 1996. 206f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba. p. 106.

<sup>45</sup> FURNARI, Pedro Paulo de Abreu. A Arqueologia de Palmares. In REIS, João José e GOMES, Flávio dos Santos (Org.) **Liberdade por um fio- história dos quilombos no Brasil.** São Paulo: Companhia das Letras, 1996. p. 27.

<sup>46</sup> Para uma abordagem mais detalhada ao tema, consultar: ALENCASTRO, Luiz Felipe de. **O trato dos viventes: formação do Brasil no Atlântico Sul.** São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

<sup>47</sup> GORENDER, Jacob. **O Brasil em preto & branco.** Coord. Lourenço Dantas Mota. São Paulo: Editora Senac, 2000.p. 29.

<sup>48</sup> REIS, João José e GOMES, Flávio dos Santos (Org.) **Liberdade por um fio- história dos quilombos no Brasil.** São Paulo: Companhia das Letras, 1996. p. 9.

organização social e padrões valorativos correspondentes e que foram, por muito tempo, assim conservados.

Darcy Ribeiro apresenta a divisão dos negros africanos em três grandes grupos culturais: O primeiro deles, pertencente a cultura sudanesa, corresponde aos grupos Yoruba, chamados de *nagô*; Dahomey, denominados *gegê* e Fanti-Ashanti, referidos como *minas*, além de grupos menores oriundos da Serra Leoa, Costa da Malagueta e Costa do Marfim.<sup>49</sup> Ao segundo bloco, pertenceriam os grupos africanos com culturas islamizadas, dentre os quais se destacam os Peuhl, Mandinga e os Haussa – conhecidos na Bahia por negros *malé* e no Rio de Janeiro como *alufá*.<sup>50</sup> O terceiro grande grupo é originário das áreas hoje conhecidas como Angola e Moçambique e refere-se às tribos Bantu.<sup>51</sup>

Este fato não passou despercebido aos olhos das autoridades locais, pelo contrário, a diversidade tribal foi em alguns momentos apropriada pelo Estado como forma de dominação. Clóvis Moura descreve a argumentação do Conde dos Arcos, que ao defender o batuque dos negros pondera sua importante utilidade para que a conservação das *diferenças que os desuniam* e desta forma, se evitasse o reconhecimento recíproco da condição de desgraça que lhes era comum:

O Governo porém olha para os batuques como para hum acto que obriga os Negros, insensível e machinalmente de oito em oito dias, a renovar as ideas de aversão recíproca que lhes eram naturaes desde que nasceram, e que todavia se vão apagando pouco a pouco com a desgraça comum; ideas que podem considerar-se como o Garante mais poderoso da segurança das Grandes cidades do Brasil, pois que se uma vez diferentes Nações da Africa se esquecerem totalmente da raiva com que a natureza as desuniu, e então os de Agomés vierem a ser irmãos com os Nagôs e os Gegês, com os Aussás, os Tapas com os Sentys, e assim os demais; grandíssimo e inevitável perito desde então assombrará e desolará o Brasil. E quem haverá que duvide que a desgraça tem o poder de fratenizar os desgraçados?<sup>52</sup>

---

<sup>49</sup> RIBEIRO, Darcy. **O Povo brasileiro**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 102.

<sup>50</sup> RIBEIRO, Darcy. Obra citada. p. 102.

<sup>51</sup> Idem. *Ibidem*. p. 102.

<sup>52</sup> RODRIGUES, Nina. **Os Africanos no Brasil**. Apud MOURA, Clóvis. **Rebeliões da Senzala**. Rio de Janeiro: Gráfica Editora Livro, 1972. p. 24.

De qualquer forma, é preciso salientar, que as dores e sacrifícios da escravidão não foram encarados com docilidade nem pelas “gentes da terra” nem pelos povos africanos. Pelo contrário, e aqui se funda a essência da presente monografia, são muitas as experiências de luta e resistência destes povos à condição que lhes era imposta, atuando em guerrilhas, insurreições, revoltas, práticas culturais e religiosas e agrupamentos quilombolas de inquestionável valor.

Neste sentido, o historiador Clóvis Moura:

As formas “extra legais” ou patológicas de comportamento do escravo, segundo a sociologia acadêmica, serviram para impulsionar a sociedade brasileira em direção a um estágio superior de organização do trabalho. O quilombola era o elemento que, como *sujeito* do próprio regime escravocrata, negava-o material e socialmente, solapando o tipo de trabalho que existia e dinamizava a estratificação social existente.<sup>53</sup>

Os quilombos ou mocambos, como são chamados no Brasil, representam a unidade fundamental de resistência na sociedade escravagista, surgindo quando do início da escravização negra africana e permanecendo para além dos três séculos de escravidão, durante todo o território nacional. Constituem-se como um elemento de contradição e desgaste da sociedade escravista, mas acabam também tornando parte da sociedade colonial e estabelecendo vínculos e relações com diversos segmentos da população.<sup>54</sup>

Este eixo norteava ainda constituição humana dos quilombos que se dava por negros cativos fugidos, mas também e em grande proporção por indígenas e pelos demais atores sociais marginalizados que não encontravam espaço para sobreviver em uma sociedade escravocrata, tão elitista e desigual. A reprodução externa das comunidades quilombolas se dava pela agregação de *membros externos – cativos fugidos dos campos e das cidades; nativos; homens livres pobres; homens brancos*.<sup>55</sup>

Ainda no que diz respeito à dinâmica organizacional das comunidades

---

<sup>53</sup> MOURA, Clóvis. Obra citada. p. 233.

<sup>54</sup> RAMOS, Décio. **O Quilombo e o Sistema escravista em Minas Gerais do século XVIII**. In REIS, João José e GOMES, Flávio dos Santos (Org.) **Liberdade por um fio- história dos quilombos no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1996. p. 167.

<sup>55</sup> FIABANI, Adelmir. **Mato, palhoça e pilão: O quilombo, da escravidão às comunidades remanescentes [1532-2004]**. São Paulo: Expressão Popular, 2005. p. 277.

quilombolas, estas não existiam de forma exclusivamente isolada, embrenhada por entre mata fechada e apartada do resto da sociedade. Pelo contrário, são freqüentes os registros de estabelecimento de vínculo, relações comerciais e redes de solidariedade entre as comunidades de quilombos e a população do entorno.

Ao analisar a presença e atuação quilombola da região de Iguazu, Rio de Janeiro, Flávio Gomes demonstra a criação de uma economia própria das comunidades quilombolas, que acabaram quase por se legitimar socialmente, atuando concomitantemente dentro do modelo social escravista vigente, mas em alternativa a ele.<sup>56</sup>

“Para o Brasil, em diversas áreas- guardadas as especificidades econômicas e demográficas – escravos e quilombolas desenvolveram, ao que se sabe, práticas econômicas que levaram à produção de excedente que procuravam negociar. Em muitas regiões, os escravos freqüentavam feiras aos sábados e domingos – ou seja, nos seus dias “livres” costumeiros -, onde montavam “quitandas” e vendiam tanto gêneros agrícolas (fumo, milho, feijão, mandioca, etc.) como produtos de caça e pesca. (...)”<sup>57</sup>

Em que pese não seja um fator isolado, as fugas foram o principal elemento que alimentou a constituição dos quilombos. Por este motivo a legislação metropolitana ocupou-se largamente do tema, havendo menções repressivas à formação dos quilombos e a ajuda aos escravos fugidos *desde as Ordenações até as Leis Extravagantes e Cartas Régias*.<sup>58</sup> O objetivo legislativo era a proporcionar a prevenção de novas fugas e situar exemplarmente o lugar social do cativo fugitivo, razão pela qual, a tipificação criminal recaía sobre aqueles que auxiliassem ou acobertassem os escravos fugidos e não sobre a fuga em si.<sup>59</sup>

Ao analisar o tema, Silvia Hunold Lara lembra que apesar do suporte legislativo e da iniciativa privada dos senhores, o estabelecimento de um sistema repressivo *sistemático e*

---

<sup>56</sup> GOMES, Flávio. Quilombos no Rio de Janeiro no século XIX. In REIS, João José e GOMES, Flávio dos Santos (Org.) **Liberdade por um fio- história dos quilombos no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1996. p. 282.

<sup>57</sup> GOMES, Flávio. Obra citada. p. 282.

<sup>58</sup> FIABANI, Adelmir. **Mato, palhoça e pilão**: O quilombo, da escravidão às comunidades remanescentes [ 1532-2004]. São Paulo: Expressão Popular, 2005.p. 295.

<sup>59</sup> FIABANI, Adelmir. **Mato, palhoça e pilão**: O quilombo, da escravidão às comunidades remanescentes [ 1532-2004]. São Paulo: Expressão Popular, 2005.p. 295.

*preventivo*, que se ocupasse da questão das fugas de escravos, foi bastante lento .<sup>60</sup>

“Pelo menos até 1603, a caça ao fugitivo era uma atividade esporádica e temporária: se alguém “achasse” um escravo fugido, devia entregá-lo ao seu senhor ou ao juiz local num prazo de no máximo quinze dias. Em troca poderia receber vinte réis por dia que mantivesse o escravo preso consigo e trezentos réis pelo “achádego”.<sup>61</sup>

Como se percebe, a preocupação senhorial com as fugas abrangia, a princípio e até o início do século XVII, ações individuais dos proprietários e quando muito, a constituição de milícias repressivas especiais.<sup>62</sup> O aprimoramento, a intensificação e a profissionalização na captura de escravos (com a criação da figura do capitão-do-mato) ganha espaço principalmente a partir de meados do século XVII ao século XVIII, para o que muito provavelmente tenha contribuído o exemplo de existência e resistência do quilombo palmarino.<sup>63</sup>

Neste aspecto de sofisticação dos aparelhos repressivos, emblemática a definição empregada pelo Rei de Portugal, em resposta ao Conselho Ultramarino, datada de 02 de dezembro de 1740. Segundo sua acepção, seriam os quilombos “*toda habitação de negros fugidos que passe de cinco, em parte despovoada, ainda que não tenham ranchos levantados nem se achem pilões neles.*”<sup>64</sup>

O conteúdo desta definição é de central importância na compreensão da mudança de estrutura repressiva que se sucedeu principalmente durante o século XVIII: Abandonou-se o núcleo centrado das condições de sobrevivência permanente dos quilombos (ranchos e pilões) para criminalizar *toda habitação de negros fugidos*, independentemente de seu

---

<sup>60</sup> LARA, Silvia Hunold. **Do Singular ao Plural; Palmares, capitães-do-mato e o governo dos escravos**. In REIS, João José e GOMES, Flávio dos Santos (Org.) **Liberdade por um fio- história dos quilombos no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1996. p. 83.

<sup>61</sup> LARA, Silvia Hunold. Obra citada. p. 83.

<sup>62</sup> Idem. Ibidem. p. 83.

<sup>63</sup> Foi freqüente na correspondência oficial entre *metrópole os governadores do final do século XVII, a equiparação de Palmares à invasão holandesa, pelos danos, perigos e dificuldades da guerra*. Cf. LARA, Silvia Hunold. **Do Singular ao Plural; Palmares, capitães-do-mato e o governo dos escravos**. In REIS, João José; GOMES, Flávio dos Santos (Org.) **Liberdade por um fio- história dos quilombos no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1996. p. 87.

<sup>64</sup> SILVA, Dimas Salustiano da. **Constituição Democrática e Diferenças Étnicas no Brasil contemporâneo: um exercício constitucional-concretista face o problema do acesso à terra das comunidades negras remanescentes dos quilombos**. Dissertação de Mestrado: Programa de Pós-graduação em Direito da UFPR, 1996. p. 112.

ânimo e condições de perenidade.<sup>65</sup>

### **2.1.2. DO BRASIL IMPÉRIO AO INÍCIO DA REPÚBLICA: EMANCIPAÇÃO COM BASE ESCRAVOCRATA**

As políticas do século XIX, todavia, foram certamente as mais definitivas para delimitar a situação do povo negro no Brasil até os dias atuais. Primeiro no que tange a escolaridade<sup>66</sup>: Por meio do Decreto 1331, complementar a Constituição Imperial de 1824, proibindo o acesso às escolas de “crianças portadoras de moléstias contagiosas; os não vacinados; e **escravos**”.<sup>67</sup>

No que diz respeito à **concentração fundiária**, e este é aspecto que nos interessa especialmente neste trabalho, vale frisar o impacto da edição da Lei de Terras, em 1850. Para isso é necessário antes, retomarmos uma Lei anterior vigente ainda nos primórdios da colonização portuguesa e fundamental na formação ideológica da terra como poder político e da prevalência da propriedade sobre o trabalho desenvolvido e dos títulos em detrimento da produção: Trata-se da Lei das Sesmarias. Criado em Portugal, no ano de 1375, sob a conjuntura de grave onda de fome e miséria, o dispositivo legal tinha por objetivo obrigar aos proprietários de terras que as transformassem em lavradio, sob pena da perda de sua propriedade para quem quisesse fazê-lo.<sup>68</sup>

O texto legal, estruturado nas Ordenações Manuelinas e presente também nas Ordenações Filipinas, corresponde em sua última versão (1603) ao seguinte:

---

<sup>65</sup> **Do Singular ao Plural; Palmares, capitães-do-mato e o governo dos escravos.** In REIS, João José; GOMES, Flávio dos Santos (Org.) **Liberdade por um fio- história dos quilombos no Brasil.** São Paulo: Companhia das Letras, 1996. p. 97.

<sup>66</sup> Não por acaso que pesquisas recentes (2006) apresentadas pelo DIEESE (Departamento Intersindical de Estatísticas e Estudos Sócio Econômicos) atestaram alarmante disparidade entre negros e não-negros no que tange a escolaridade: Apenas 6,6% dos negros têm curso superior completo ao passo que entre não-negros os níveis chegam à 20,7%.

<sup>67</sup> BELCHIOR, Douglas Elias. **Direito de branco. Direito de negro. Direitos Humanos.** p. 204-205. In Direitos Humanos no Brasil 2007 – Relatório da Rede Social de Justiça e Direitos Humanos.

<sup>68</sup> SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito.** Curitiba: Juruá, 2008. p. 57 e ss.

Sesmarias são propriamente dadas de terras, casas ou pardieiros, que foram ou são de algum **senhorio e que já em outro tempo foram lavradas e aproveitadas, e agora o não são.** As quais terras e os bens assim danificados e destruídos podem e devem ser dados em sesmaria pelos Sesmeiros, que para isso foram ordenados. (grifei)

Em 1530, Martim Afonso de Souza recebeu carta régia que lhe nomeava Sesmeiro do Rei e conferia autorização para que entregasse terras em sesmaria, mesma outorga feita aos donatários das capitanias hereditárias. A criação do Governo Geral, com Tomé de Souza, transferiu essa competência ao Governador que deveria distribuir as terras ao povoado respeitando os limites de tamanho da propriedade, segundo a capacidade de aproveitamento do próprio beneficiário, conforme recomendação do texto legal de D. Fernando.<sup>69</sup>

Não foi observada esta condição e as sesmarias foram concedidas em grandes extensões. Não foram tampouco respeitadas as terras indígenas, nem a capacidade imediata do concessionário. Os Sesmeiros entregavam terras para si mesmo e seus próximos, familiares ou amigos, até o ponto em que a palavra sesmeiro passou a designar também o titular de uma sesmaria e não mais a autoridade pública responsável por sua concessão.<sup>70</sup>

Subseqüente à Lei das Sesmarias (revogada no ano da proclamação da Independência), a Lei de Terras teve por objetivo a normatização da propriedade (antes garantida pela política das sesmarias) e a manutenção do domínio latifundiário. Nesta esteira, aqueles que quisessem o direito a terra (ou seja, a regularização das terras) dali em diante, deveriam pagar por ela – excluindo todo contingente da população despossuído de recursos (inclusive e, sobretudo, os recém alforriados que contabilizavam grande número a esta época). Assistimos novamente o Estado, atuando a serviço dos interesses privados e impedindo o acesso a bens fundamentais por parte da população africana e afrodescendente.<sup>71</sup>

Com o advir do Império, pela Independência da República em 1822, e a influência

---

<sup>69</sup> SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **A função social da terra.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 61.

<sup>70</sup> SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. Obra citada. p. 61.

<sup>71</sup> BELCHIOR, Douglas Elias. **Direito de branco. Direito de negro. Direitos Humanos.** In Direitos Humanos no Brasil 2007 – Relatório da Rede Social de Justiça e Direitos Humanos. p. 205.

do Iluminismo europeu na elite intelectual brasileira, iniciam-se manobras de equilíbrio na tentativa de se encontrar uma fórmula jurídica conciliadora entre liberalismo, patrimonialismo e escravidão.<sup>72</sup>

Alguns autores atribuem, inclusive, a este fenômeno a demora na elaboração das codificações brasileiras, sobretudo no que tange à elaboração do Código Civil, que surge quase um século depois da proclamação da Independência pátria. A dificuldade na definição dos sujeitos de cidadania brasileira e da resolução da problemática escravagista na qual o escravo ora era tomado como coisa, ora como bem semovente, ora como pessoa (neste caso, apenas quando da aplicação das obrigações penais), em um profundo estado de *transitoriedade do estado civil* que perturbava os legisladores.<sup>73</sup>

Acrescente-se a isto, o fato de que muitos escravos no século XIX, em face da já frágil estrutura escravocrata, acabaram conseguindo sua alforria seja pela compra de sua liberdade, legado testamental dos senhores ou pela própria via judicial.

Neste contexto:

não só o escravo era coisa e pessoa ao mesmo tempo, mas também era uma coisa que podia virar pessoa, caso conseguisse a liberdade, e pessoa que podia voltar a ser coisa, caso na cumprisse com as obrigações de todo liberto, como o reconhecimento da devida gratidão ao seu senhor, e fosse reescravizado.<sup>74</sup>

As obtenções de alforrias pelas vias judiciais no século XIX, se davam pelo ingresso de ações judiciais por cativos – ou indivíduos tidos como escravos – que solicitavam a um homem livre a assinatura da petição inicial, sob a argumentação de haveria subsídios suficientes para fundamentar o pedido de liberdade em face de seus senhores.

O tratamento jurisdicional da escravidão dos tribunais daquele século, se

---

<sup>72</sup> É preciso, entretanto, se ponderar a força e a presença no liberalismo e das idéias iluministas européias no contexto brasileiro. já que um contingente muito pequeno da população as reivindicava e sequer as conhecia. A grande maioria da sociedade era mantida analfabeta e alienada destas e de quaisquer outras transformações políticas e estruturais.

<sup>73</sup> GRINBERG, Keila. Código **Civil e Cidadania**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.p. 55.

<sup>74</sup> GRINBERG, Keila. Código **Civil e Cidadania**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.p. 55.

desenvolvia processualmente sob três tipos possíveis de ações, quais sejam: a *Ação de manutenção de liberdade*, intentada por libertos que desejavam manter sua condição jurídica e se sentiam ameaçados pela possibilidade de reescravização; Ação de escravidão, ajuizada por senhores que pretendiam reaver seus escravos; e, finalmente, *Ação de liberdade* utilizada por escravos que almejavam sua libertação e o tentavam nos moldes acima delineados.<sup>75</sup>

As codificações que existiram neste período, como a Constituição Imperial de 1824, silenciaram-se diante da condição social da escravidão, silêncio este que traduzia muito do papel da justiça naquele século e que, certamente, não se encontra tão distante da realidade dos dias atuais:

Não se pode deixar de chamar atenção para o *divórcio entre os reclamos mais imediatos das camadas populares do campo e da cidade e o proselitismo acrítico dos profissionais da lei* que, valendo-se de um intelectualismo alienígena, inspirado em princípios advindos da cultura inglesa, francesa ou alemã, ocultavam, **sob o manto da neutralidade** e da moderação política, a institucionalidade de um espaço marcado por privilégios econômicos e profundas desigualdades sociais.<sup>76</sup> (grifei)

É justamente sobre a artificialidade na atuação jurídica em face dos conflitos e práticas sociais e o protagonismo dos atores populares na reivindicação de seus direitos que se encontra a grande problematização a ser analisada.

### **3. CONFLITO E DIREITO: OS NOVOS SUJEITOS COLETIVOS COMO FONTE DE PRODUÇÃO JURÍDICA**

A neutralidade nas manifestações jurídicas, utilizada pelos positivistas como artefato ideológico velado sobre as vestes da cientificidade, induz a uma identidade entre direito e lei, com a emanção pelo Estado e a fonte de legitimidade validada em si mesma.

---

<sup>75</sup>GRINBERG, Keyla. **Reescravização, Direitos e Justiças no Brasil do século XIX**. In LARA, Silvia Hunold ; MENDONÇA, Joseli Maria Nunes. (Org.) **Direitos e Justiças no Brasil**. p. 106.

<sup>76</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. **História do Direito no Brasil**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.p. 126.

Por este raciocínio jurídico, seria o direito o produto decisório das relações de poder dominantes (viabilizado pelo Estado), desfazendo-se o nexos necessário entre norma e realidade social, perdendo-se a razão de ser do direito em sua gênese de costume auto-regulador da vida em sociedade.<sup>77</sup> Não restam dúvidas também, de que este distanciamento é uma opção político-ideológica que encontra no plano econômico grande parte de sua justificação qual seja a criação, manutenção e fortalecimento de privilégios.<sup>78</sup>

Todavia, como já dito, este direito baseado em leis e cego à dinâmica da vida que lhe está posta não dá conta da teia de relações e práticas que ocorrem, autonomamente, no cotidiano da sociedade. Pior, na cegueira da onipotência jurídica acaba-se por obstaculizar a realização de direitos essenciais e aspirações demasiadamente caras aos setores da sociedade que deles mais necessitam.

Os conflitos próprios e inerentes das contradições e desigualdades sociais, por sua vez, persistem em ritmo próprio e produzem, de forma independente, os interesses e necessidades fundamentais da população. As lutas – por sobrevivência e dignidade – não acompanham o letárgico ritmo das leis e se traduzem em conflitos entre proprietários e oprimidos, dominadores e sobreviventes.

Neste contexto, impõe-se ao Direito a necessidade de uma mudança de perspectiva segundo a qual passaria o jurídico a se retroalimentar pela dialética social, na qual o Direito Estatal estaria colocado como elemento não descartável, mas secundário, em face dos novos padrões de legitimidade fixados pela dinâmica das relações sociais. Como enfatiza a autora:<sup>79</sup>

Os interesses que emergem da sociedade surgem de suas próprias contradições internas, entre as forças produtivas e as relações destas com o modo de produção, onde não sendo a consciência social homogênea, cria-se a fermentação do conflito de classes gerando um pluralismo cultural/contracultura, e o Direito surge como um instrumento de libertação,

---

<sup>77</sup> FARIAS, Maria Eliane Menezes de. **As ideologias e o direito: enfim, o que é direito?** In SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de. **O Direito Achado na Rua**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1987. p. 20.

<sup>78</sup> FARIAS, Maria Eliane Menezes de. *Obra citada*. p. 20.

<sup>79</sup> FARIAS, Maria Eliane Menezes de. **As ideologias e o direito: enfim, o que é direito?** In SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de. **O Direito Achado na Rua**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1987. p. 21.

na proposição de um pluralismo jurídico.

Em outras palavras, significa o esforço de tencionar o ordenamento jurídico deixando expostas as fissuras que lhe foram abertas pelas lutas e pressões coletivas dos setores oprimidos e permitindo a estes sujeitos que se tornem protagonistas no preenchimento destas lacunas, enquanto fontes legítimas de produção jurídica.

Trata-se de um modelo jurídico em construção, que crê na percepção do direito (estatal e não-estatal) como mais um espaço de combate na disputa por um novo projeto de sociedade e que entende estar nos “novos sujeitos sociais ou históricos” a possibilidade de retomada de legitimidade do plano jurídico, já desgastado e em crise. É a possibilidade de mudança de perspectiva no foco (de forma e conteúdo) do fenômeno jurídico, pela qual a normatividade se dará também pela informalidade das ações concretas dos atores coletivos, organizados em torno de *valores, identidade e autonomia* que lhes são peculiares.<sup>80</sup> Este processo envolve tanto a reivindicação pela efetividade dos direitos já garantidos quanto à demanda pela inclusão de “novos” direitos ainda não assegurados.

Sobre a construção desta perspectiva alternativa do direito, fundada na sensibilidade da vida concreta, explica o Professor Roberto Lyra Filho, para quem *o direito nada é num sentido perfeito e acabado e tudo é, sendo:*<sup>81</sup>

*“Nesta perspectiva, quando buscamos o que é o Direito é, estamos antes perguntando o que ele vem a ser, nas transformações incessantes do seu conteúdo e forma de manifestação concreta dentro do mundo histórico e social.”*

Expostas algumas premissas sobre o redimensionamento do direito a partir do conflito social, resta-nos esclarecer quem seriam então os tais “novos sujeitos coletivos”, aptos em protagonizar essa mudança de alternatividade jurídica.

Os autores que se dedicam ao estudo de uma alternatividade na perspectiva jurídica dividem-se em nomenclaturas e significações dos destinatários a que se voltam

---

<sup>80</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico**. 3ª ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001.p. 119 e ss.

<sup>81</sup> FILHO, Roberto Lyra. **Direito e Lei**. In SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de. **O Direito Achado na Rua**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1987. p. 37.

seus esforços teóricos e práticos. Encontram-se aí, expressões como “*interesse das classes oprimidas*” (Agostinho Ramalho Marques Neto); “*interesse do povo, das classes dominadas, benefícios dos oprimidos, dos pobres, dos marginalizados*” (Jesús Antonio de La Torre Rangel); “*dimensão instituinte das organizações populares na emergência de novos sujeitos*” (José Geraldo de Souza Jr.); “*alternatividade possível a partir da práxis emancipadora dos movimentos sociais*” (João Batista Moreira Pinto), dentre muitas citações possíveis cujo teor se aproxima muito com as aqui já realizadas.<sup>82</sup>

Para fins conceituais neste trabalho, entretanto, faremos uso da expressão “**novos sujeitos coletivos populares**” com o intuito de defini-la a partir dos sujeitos coletivos correspondentes às organizações populares, classistas ou não, e constituídos enquanto sujeitos históricos a partir da consciência popular (que abrange a consciência de classe, mas não apenas).<sup>83</sup>

Ressalvamos que mais relevante que a eleição terminológica, se faz os contornos que a definem, principalmente as noções de *coletividade e povo*. A primeira, porque se contrapõe justamente à visão individualista tão presente no modelo jurídico tradicional a que pretendemos nos contrapor: Marca a menção a coletivos organizados (principalmente sob a forma de movimentos sociais) a partir de identidades próprias e que, pela existência destes nichos unificadores, fortalecem-se na reivindicação de garantias e direitos.

Já o termo *popular* merece melhor análise principalmente pela diferenciação necessária da idéia de *classe* e pela multiplicidade de significações que pode assumir.

No que tange a diferenciação entre povo e classe, esta última remete a um grupo em estabilidade e locado no processo produtivo e na divisão do trabalho. “Povo” por sua vez, seria uma categoria mais abrangente que encamparia além das classes, os grupos sociais que assim não necessariamente se conformam<sup>84</sup>, como por exemplo, os Povos e

---

<sup>82</sup> LUDWIG, Celso Luiz. **Para uma filosofia jurídica da libertação**. Florianópolis : Conceito, 2006. p. 211.

<sup>83</sup> Para chegarmos a esta conceituação, visitamos as acertadas observações sobre a questão terminológica destes sujeitos, constantes em LUDWIG, Celso Luiz. **Para uma filosofia jurídica da libertação**. Florianópolis : Conceito, 2006. p. 214.

<sup>84</sup> LUDWIG, Celso Luiz. Obra citada. p. 214.

## Comunidades Tradicionais.

Nas palavras de Celso Ludwig:

O povo é também classe, porém nem sempre. Há os excluídos das classes. Nos países (periféricos notadamente) em que o capital subsume apenas pequena parte do povo à categoria de “classe”, esta não abarca *todos* os excluídos (este é o nível mais abstrato da exclusão) e dominados. Assim, “povo” por ser categoria sintética, inclui a de “classe”, e, portanto não a nega.<sup>85</sup>

Recorremos, por fim, a algumas observações sobre a acepção de popular que pretendemos aqui traduzir, diferenciando nossa proposta de algumas tentativas dos blocos sociais dominantes em cooptar o termo de forma populista, valendo-se da expressão “povo” para designar todos os integrantes de um país.<sup>86</sup>

Como bem define o professor paraibano José Francisco de Melo Neto, o adjetivo *popular* pode ser definido a partir da origem e do direcionamento das questões que se pretende tratar, entendendo o componente político como norte necessário à condução das ações<sup>87</sup>, e ainda

o *popular* expresso por *metodologias* que apontam encaminhamentos de ações acompanhadas de seus aspetos *éticos* (diálogo, solidariedade, tolerância, coletivo...) e *utópicos* (autonomia, liberdade...) que, para os dias de hoje, se tornam uma exigência social. Assim, *popular* como expressão de atitudes superadoras de todo tipo de agentes impeditivos da intransigente e radical busca por novas concretizações de *sonhos de justiça, liberdade e de felicidade*.<sup>88</sup>

O que tentamos estabelecer quando propomos a introdução dos novos sujeitos coletivos nas fontes de produção jurídica é plenitude na aceitação oficial de instâncias intermediárias entre o Estado e os indivíduos, as quais constroem a partir de suas identidades e organização pautas legítimas retiradas do bojo social e vivenciadas

---

<sup>85</sup> Idem, *Ibidem*, p. 213.

<sup>86</sup> LUDWIG, Celso Luiz. **Para uma filosofia jurídica da libertação**. Florianópolis : Conceito, 2006. p. 213.

<sup>87</sup> NETO, José Francisco de Melo. **Popular** In GEDIEL, José Antônio Peres. (Org.) **Estudos de Direito Cooperativo e Cidadania**. Curitiba: Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR, 2005. p. 130.

<sup>88</sup> NETO, José Francisco de Melo. Obra citada. p.130.

cotidianamente por seus atores. É a desmistificação do moderno monismo estatal e, sobretudo a afirmação de direitos coletivos específicos frente aos interesses individuais ou ao próprio interesse “geral”, que na prática acaba por corresponder muitas vezes ao interesse do Estado.

Os Povos e Comunidades Tradicionais e fundamentalmente as comunidades de remanescentes de quilombos, objeto central deste trabalho, através de suas práticas sociais, contribuem de sobremaneira para consolidação de uma nova perspectiva político-jurídica.

## **CAP II- DIREITOS SOCIAIS E COLETIVOS DOS POVOS TRADICIONAIS**

### **1. POVOS E COMUNIDADES TRADICIONAIS**

Os debates jurídicos acerca dos direitos de Povos e Comunidades Tradicionais, no Brasil, iniciam-se de forma expressiva a partir do início da década de 1980, motivados pelos processos de transição democrática dos regimes de governo latino-americanos e pela conseqüente emergência de agentes sociais unificados por fatores culturais e identitários e mobilizados na forma de novos movimentos sociais.<sup>89</sup>

No bojo dessa ebulição social, tornam-se visíveis os Povos e Comunidades Tradicionais<sup>90</sup> que se traduzem em uma enorme variedade de maneiras coletivas de ser e

---

<sup>89</sup> Por *novos movimentos sociais* compreendem-se as novas formas de organização da sociedade civil, nascidas a partir de 1970 que compartilham da ideologia do antiautoritarismo e representam possibilidades de fortalecimento da sociedade civil em relação ao aparelho estatal e às formas tradicionais de atuação política, pela via partidária. Cf. SCHERER-WARREN, Ilse. **Redes de movimentos sociais**. São Paulo: Edições Loyola, 1993.

<sup>90</sup> A opção terminológica *Povos e Comunidades tradicionais* advém da discussão empreendida quando da elaboração da Convenção nº 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, durante a qual se desejou imprimir o reconhecimento de grupos sociais com identidades coletivas próprias e não apenas agrupamentos que comungam certas características raciais ou culturais. Cf. Publicação oficial da OIT citada em TOMEI, Manuela; SEWPSTON, LEE. **Povos indígenas e tribais**. Guia para a aplicação da Convenção n. 169 da OIT. Brasília, OIT.1999. p. 28-29. Apud, ALMEIDA, Alfredo Wagner Bueno de. **Terras tradicionalmente ocupadas: Processos de Territorialização, movimentos sociais e uso comum**. In. I Encontro dos Povos dos Faxinais, 2005, Irati. Anais. Irati: IAP, 2005. p. 137. A definição conceitual desta nomenclatura torna-se mais precisa com a edição do Decreto Federal que instituiu a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais, especificando-a nos seguintes termos: “*Povos e Comunidades Tradicionais: grupos culturalmente diferenciados e*

viver, compartilhadas na peculiaridade das relações culturais que se estabelecem entre seus membros, tendo como referencial espacial e econômico o território que ocupam e os elementos naturais que compõe a base da sustentação de sua reprodução sócio-cultural.

A escolha terminológica “Povos ou Comunidades”, tanto pelos estudiosos da área quanto pela maioria dos diplomas legais que versam sobre o assunto, em detrimento da antiga expressão “populações tradicionais”, fez parte de um aprofundado debate quando da elaboração da Convenção n.º 169 da OIT (1988-89) e preocupa-se em *“reconhecer a existência de sociedades organizadas com identidade própria, em vez de simples agrupamentos de indivíduos que compartilham algumas características raciais ou culturais.”*

91

O que se deseja com a utilização da terminologia “Povos”, para designar um grupo social com identidade étnico-cultural específica é a possibilidade contra-hegemônica de ruptura com o tripé identidade/nacionalidade/território tão caro aos setores nacionalistas da sociedade brasileira.

A formação dos Estados Nacionais Modernos traz consigo a definição de limites territoriais e a consolidação de estruturas político-administrativas que introduzem a idéia de nacionalidade de forma artificial, e provocam a subsunção de inúmeros grupos étnicos diferenciados que são invisibilizados neste processo. A confusão terminológica entre “Povo” e “Nação” ilustra este processo homogeneizador e deve ser sinalizada<sup>92</sup>.

A ambigüidade que circunda o termo “Nação” faz com que seja ele um dos termos mais incertos do dicionário político. Conforme apresenta Jürgen Habermas, a idéia inicial de Nação corresponde à representação de comunidades que têm a mesma origem, cultura,

---

*que se reconhecem com tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição.”* BRASIL. Decreto nº 6.040/2007, artigo 3º, inciso I.

<sup>91</sup> Publicação oficial da OIT citada em TOMEI, Manuela; SEWPSTON, LEE. **Povos indígenas e tribais. Guia para a aplicação da Convenção n. 169 da OIT.** Brasília, OIT.1999. p. 28-29. ALMEIDA, Alfredo Wagner Bueno de. **Terras tradicionalmente ocupadas: Processos de Territorialização, movimentos sociais e uso comum.** In. I Encontro dos Povos dos Faxinais, 2005, Irati.Anais. Irati: IAP, 2005. p. 28-29.

<sup>92</sup> Não é objetivo deste trabalho o estudo aprofundado do complexo conceito de Nação, mas tão somente a pontuação do que se pretende com a utilização da expressão “Povos Tradicionais”.

linguagem, costumes e tradições, e que prevaleceu por toda a Idade Média.<sup>93</sup>

Com o início da modernidade, entretanto, o termo recebe um novo uso e passa a identificar a Nação como o titular de soberania. Em meados do século XVIII é que ocorre a simbiose entre estas duas acepções, momento este em que “Nação” passa a significar tanto as comunidades com uma única origem quanto o povo de um Estado.<sup>94</sup> Sob estas premissas, Norberto Bobbio traduz “Nação” como uma artificialidade, uma entidade ideológica, fruto do *reflexo na mente dos indivíduos de uma situação de poder* que se cristaliza como ideologia de um tipo de Estado, qual seja o Estado burocrático centralizado.<sup>95</sup>

A noção de “Comunidade”, por sua vez, altamente controvertida mesmo nas discussões das Ciências Sociais, não deve ser compreendida enquanto entidade ideal, imóvel e isolada que se constrói a partir de ficções jurídicas insensíveis às influências externas. Ao contrário, como pontua Aurélio Virgílio Rios, as Comunidades “*são marcadas pelo signo da mudança social e econômica, em um processo dinâmico que interfere e molda as relações interétnicas, e que demanda, por consequência a reelaboração permanente por parte dos pesquisadores de grupos e das comunidades indígenas e tradicionais.*”<sup>96</sup>

A consciência da condição dos agentes sociais enquanto coletivo ocorre nas Comunidades Tradicionais, principalmente no que se refere ao manejo dos elementos naturais, por meio de ações de cooperação e ajuda mútua que combinam o uso comum de certos recursos e a apropriação privada de bens, conforme os acordos estabelecidos entre os grupos familiares de cada unidade social.

Aliás, é principalmente nas formas de interação com a natureza que as

---

<sup>93</sup>HARBERMAS, Jürgen. **O Estado-nação europeu frente aos desafios da globalização: o passado e o futuro da soberania e da cidadania.** Tradução de Antonio Sergio Rocha. Revista Novos Estudos, São Paulo, n.43, p.88, 1998. Apud BRITO, Antonio José Guimarães. **Estado Nacional, Etnicidade e Autodeterminação.** In COLAÇO, Thais Luzia. (Org.) **Elementos da Antropologia Jurídica.** Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. p. 61

<sup>94</sup>HARBERMAS, Jürgen. Obra citada. p. 61

<sup>95</sup> Cf. BOBBIO, Norberto; PASQUINO, Gianfranco. 13ª ed. Coord. Trad. João Ferreira. **Dicionário de Política.** Brasília: Editora UnB, 2007. p.797 e ss.

<sup>96</sup> RIOS, Aurélio Virgílio. **Quilombos e Igualdade Étnico-Racial.** In PIOVESAN, Flavia; DE SOUZA, Douglas Martins. (Coord.) **Ordem Jurídica e Igualdade Étnico-Racial.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2008.p. 198.

comunidades tradicionais diferem-se do projeto moderno e capitalista de sociedade. Isto porque, desde a organização da sociedade em Estados Nacionais Modernos o que se busca é a organização do Estado civil, social, em antagonismo ao Estado Natural, no qual o homem não se separou da natureza.

Este raciocínio está presente nos discursos de boa parte dos primeiros teóricos modernos, sobretudo em John Locke, para quem o trabalho seria o elemento nuclear das relações em sociedade e o meio pelo qual a natureza seria manipulada e transformada em mercadoria (com *status* de patrimônio individual, e, portanto um bem juridicamente tutelável enquanto objeto de propriedade). A natureza, todavia, quando desconectada da idéia de mercadoria, foi expulsa da sociedade moderna, assim como os conhecimentos a ela associados e as culturas que a têm como elemento importante.<sup>97</sup>

No final do século XX, todavia, surge um novo olhar acerca da natureza que é absorvido pelo discurso ambiental, qual seja o da preocupação com a preservação da biodiversidade. A este respeito, há que se citar a Convenção sobre Diversidade Biológica, assinada no Rio de Janeiro, em 5 de junho de 1992, que tem como objetivo a conservação da Diversidade biológica ; a utilização sustentável de seus componentes e a repartição justa e equitativa dos benefícios derivados da utilização dos recursos genéticos e da transferência de tecnologias.

Neste aspecto, o artigo 8 , alínea “j”, dispõe como dever dos Estados signatários:

Em conformidade com a sua legislação nacional, **respeitar, preservar e manter o conhecimento inovações e práticas das comunidades locais e populações indígenas com estilo de vida tradicionais** relevantes à conservação e à utilização sustentável da diversidade biológica e incentivar sua mais ampla aplicação com a aprovação e a participação dos detentores desse conhecimento, inovações e práticas; e **encorajar a repartição equitativa dos benefícios oriundos da utilização desse conhecimento**, inovações e práticas.  
(grifei)

Ainda, o artigo 10, alínea “c, da mesma Convenção, quando versa a respeito da

---

<sup>97</sup> SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. **Sociedade e Natureza: discursos e práticas da ação de planejamento**. In II Seminário PPLA. Curitiba: Ambiens Sociedade Cooperativa, 2008.

“utilização sustentável de componentes da diversidade biológica” determina aos Estados que protejam e encorajem *a utilização costumeira de recursos biológicos de acordo com práticas culturais tradicionais compatíveis com as exigências de conservação ou utilização sustentável.*

A afirmação da biodiversidade como produto único da própria natureza, sem intervenção humana, se faz presente nas arguições de alguns discursos ambientalistas (conservacionistas ou preservacionistas), que priorizam as ações ambientais em áreas de uso indireto (parques, reservas biológicas, etc.), e criam nexos causais necessários entre a ausência (e até transferência) das populações tradicionais e conservação.

Esta noção, contudo, importada do modelo norte-americano não produz êxito no contexto dos países tropicais do sul e é baseada na idéia equivocada de que *toda relação entre sociedade e natureza é degradadora e destruidora do mundo natural e selvagem – a wilderness norte-americana – não havendo distinção entre as várias formas de sociedade (a urbano-industrial, a tradicional, a indígena, etc.).*<sup>98</sup>

Em contraposição a esta idéia, pouco adequada à realidade brasileira, persiste a noção de socioambientalismo que entende a preservação da biodiversidade e da diversidade cultural a ela associada como um processo indissociável e dependente. Conforme ensina Diegues:

a biodiversidade não é um conceito simplesmente biológico, relativo à diversidade genética de indivíduos, de espécies, e de ecossistemas, mas é também o *resultado de práticas*, muitas vezes milenares, das comunidades tradicionais que domesticam espécies, mantendo e, em alguns casos, aumentando a diversidade local.<sup>99</sup>

A partir desta re-conceituação, as Comunidades Tradicionais tornam-se protagonistas no cenário de preservação ambiental, sendo responsáveis primeiras da preservação da diversidade biológica, de forma que a expulsão destes Povos de seus

---

<sup>98</sup>DIEGUES, Antonio Carlos; ARRUDA, Rinaldo Sergio Vieira. **Saberes Tradicionais e a Biodiversidade no Brasil**. Brasília: Ministério do Meio Ambiente; São Paulo: USP, 2000. p. 4.

<sup>99</sup>DIEGUES, Antonio Carlos; ARRUDA, Rinaldo Sergio Vieira. Obra citada. p. 9.

territórios é danosa não apenas na perspectiva humana e social, mas também ambiental, expondo as unidades de conservação à exploração florestal, agropecuária e imobiliária predatórias.<sup>100</sup>

Além da relação cultural identitária, decisiva na relação destas Comunidades e seus territórios, é preciso mencionar que seus sistemas peculiares de manejo da natureza se caracterizam pelo respeito aos ciclos naturais e a exploração dentro do potencial de recuperação dos animais e plantas utilizados, com um leque de tecnologias tradicionais transmitidas oralmente ao longo das gerações. Definitivamente, possuem racionalidade distinta das práticas da sociedade urbano-industrial que se transpõe em relação íntima de respeito entre o homem a natureza, na qual esta representa fator considerado inclusive no plano das simbologias e do imaginário destes Povos.<sup>101</sup>

O embate entre as posições conservacionistas e socioambientalistas entrou em evidência principalmente quando do processo de elaboração legislativa do Snuc – Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza - iniciado em 1988, por requisição do extinto Instituto Brasileiro de Desenvolvimento Florestal.

Como resultado final deste processo, a Lei de n.º 9.985/2000, apresenta importantes avanços no desenvolvimento socioambiental, na medida em que reconhece em alguns de seus dispositivos a imprescindibilidade dos Povos Tradicionais para a conservação e uso sustentável da diversidade biológica, com a criação de duas categorias de unidade de conservação de uso sustentável: a reserva extrativista<sup>102</sup> e a reserva de

---

<sup>100</sup> SANTILLI, Juliana. **Sociambientalismo e novos direitos**. São Paulo: Peirópolis, 2005.p. 121.

<sup>101</sup> SANTILLI, Juliana. Obra citada. p. 21. A respeito da inclusão da natureza do imaginário coletivo dos povos tradicionais, interessante a referência mencionada pelo autor, aos entes mágicos que integram o folclore dos povos da floresta, rios e lagos brasileiros e castigam aqueles agem na contra-mão da proteção da natureza: Curupira, Mãe da Mata, Boitatá (castiga aos que destroem as florestas); Anhangá (aos que maltratam animais); Tapiora (aos que matam animais em época de reprodução); Mãe d'água (aos que pescam mais do que necessário). Cf. CASCUDO, Câmara. (1972) Apud DIEGUES, Antonio Carlos. **Os Saberes Tradicionais e a Biodiversidade no Brasil**. p. 21.

<sup>102</sup> Art. 18. A Reserva Extrativista é uma área utilizada por populações extrativistas tradicionais, cuja subsistência baseia-se no extrativismo e, complementarmente, na agricultura de subsistência e na criação de animais de pequeno porte, e tem como objetivos básicos proteger os meios de vida e a cultura dessas populações, e assegurar o uso sustentável dos recursos naturais da unidade. BRASIL. Lei n.º 9.985/2000, artigo 18, *caput*. Apesar do avanço em relação às unidades de conservação integral, o modelo de reserva extrativista formulado a partir da experiência e militância dos seringueiros do Acre, não tem se mostrado adequado às necessidades de outros grupos extrativistas, a exemplo das quebraadeiras de babaçu. *Enquanto para os seringueiros o uso do recurso é privado, por unidade*

desenvolvimento sustentável<sup>103</sup>, que objetivam justamente a conservação das Comunidades Tradicionais em seus territórios e a proteção de sua cultura e tecnologia.<sup>104</sup>

O adjetivo “Tradicional” empregado a estes povos, entretanto, não se resume apenas a comunhão histórica nem tão pouco ao modo de manejo da natureza estabelecidos, mas se constrói justamente pelos conflitos e antagonismos divididos pelo grupo social.<sup>105</sup> São nas lutas diárias, frente à negação da vida concreta, que as comunidades se constroem (também pelo fator identitário de antagonismos comuns), mobilizam-se e reivindicam suas demandas frente ao Estado.<sup>106</sup>

É o caso das *quebradeiras de coco* – que reivindicam a livre exploração dos babaçuais; da *população ribeirinha* – que resiste à construção de barragens bem como se opõe à pesca predatória e a criação de búfalos nas cercanias dos mananciais; dos *ciganos* – que almejam o direito de passagem como garantia de seu modo de viver (nômade); *dos povos indígenas; dos povos da floresta; das comunidades quilombolas; dos faxinalenses; dos fundos de pasto; dos seringueiros; dos cipoeiros; dos ilhéus* e de tantos outros grupos sociais organizados.

---

*familiar, para as quebradeiras de coco, o uso é comum, ficando condicionado à capacidade de cada unidade familiar.* Cf. SHIRAIISHI NETO, Joaquim. (Org.) **Direito dos Povos e das Comunidades Tradicionais no Brasil: declarações, convenções internacionais e dispositivos jurídicos definidores de uma política nacional.** Manaus: UEA, 2007.p. 30.

<sup>103</sup> Art. 20. A Reserva de Desenvolvimento Sustentável é uma área natural que abriga populações tradicionais, cuja existência baseia-se em sistemas sustentáveis de exploração dos recursos naturais, desenvolvidos ao longo de gerações e adaptados às condições ecológicas locais e que desempenham um papel fundamental na proteção da natureza e na manutenção da diversidade biológica. § 1º A Reserva de Desenvolvimento Sustentável tem como objetivo básico preservar a natureza e, ao mesmo tempo, assegurar as condições e os meios necessários para a reprodução e a melhoria dos modos e da qualidade de vida e exploração dos recursos naturais das populações tradicionais, bem como valorizar, conservar e aperfeiçoar o conhecimento e as técnicas de manejo do ambiente, desenvolvido por estas populações. BRASIL. Lei n.º 9.985/2000, artigo 20, *caput*.

<sup>104</sup> SANTILLI, Juliana. **Sociambientalismo e novos direitos.** São Paulo: Peirópolis, 2005.p. 125.

<sup>105</sup> ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. **Terras tradicionalmente ocupadas: Processos de Territorialização, movimentos sociais e uso comum.** In. I Encontro dos Povos dos Faxinais, 2005, Irati. Anais. Irati: IAP, 2005. p. 126.

<sup>106</sup> ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. Obra citada. p. 127.

## 1.1. CLASSIFICAÇÃO SOCIAL E AUTO-RECONHECIMENTO

O auto-reconhecimento da condição existencial destes sujeitos sociais, além de romper com a noção de alteridade radical – da desvalorização do outro porque diferente, “bárbaro”, constrói uma nova classificação social a partir de elementos que vêm da autoconsciência cultural destes sujeitos em sua condição e identidade local. Além disso, a multiplicidade de categorias que abarcam os “Povos tradicionais” rompe com a unicidade política da figura do **camponês**, sem entretanto, destituí-la, na medida em estabelece a dualidade compatível entre papel social (campesinato) e identidade (Comunidades tradicionais).

Estas novas denominações ligam-se ao desejo voluntário dos sujeitos de identificação e articulação junto às demandas específicas de seus povos, ao passo que, o pertencimento dos membros de algumas Comunidades tradicionais aos Sindicatos de Trabalhadores Rurais, por exemplo, denota a alocação em um determinado grupo ocupacional consoante a legislação e os direitos daí decorrentes.<sup>107</sup>

As novas classificações identitárias, emergentes na antropologia a partir de 1960, ao encararem a *etnicidade do ponto de vista da interação social*<sup>108</sup> logram se deslocarem das classificações primordialistas<sup>109</sup>; utilitaristas e também dos demais formatos classificadores que traduzem necessidades extrínsecas ao grupo.

Ao longo da história, foram intensas as flutuações classificatórias a que as populações se viram submetidas, com a negação do reconhecimento de suas características intrínsecas e a aplicação insistente de critérios instrumentais aos interesses de dominação.

---

<sup>107</sup> Idem, *Ibidem*. p. 164.

<sup>108</sup> Cf. APARÍCIO, Adriana Biller. Novos Atores e Movimentos étnico-culturais: Antropologia na roda das identidades. In COLAÇO, Thais Luzia. (Org.) *Elementos da Antropologia Jurídica*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. p. 83.

<sup>109</sup> “Para esta teoria denominada “primordialista”, a etnicidade era uma qualidade essencial transmitida pelo grupo, independentemente das relações externas, desconsiderando assim o contexto econômico e político ao qual estavam submetidos os grupos sociais.” Idem. *Novos Atores e Movimentos étnico-culturais: Antropologia na roda das identidades*. In COLAÇO, Thais Luzia. (Org.) *Elementos da Antropologia Jurídica*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. p. 83.

A este respeito, ilustra o antropólogo José Maurício Arruti, com o relato de experiência pernambucana da década de 1870, na qual se extinguiu o aldeamento Riacho do Mato para se criar a Colônia Agrícola de Socorro – com o objetivo de absorver o contingente de “indigentes emigrados” que chegavam ao local. Como o destino do aldeamento não foi mais citado em qualquer documento histórico, projeta-se que os índios que ali viviam tenham permanecido no mesmo local - tal qual a experiência de tantos outros aldeamentos extintos- e tenham, desta maneira, sido “reclassificados” perante os documentos oficiais, ou seja: *mediante um ato administrativo, deixam de ser “índios” para passarem a ser concebidos, contados e tratados como “indigentes”*.<sup>110</sup>

O contraste entre as classificações sociais presenciadas na história (em sua enorme maioria fruto de decisões extrínsecas e descoladas da realidade do processo social) e a auto-evocação identitária dos novos sujeitos sociais - a partir do reconhecimento das subjetividades e da aceitação desta condição pelos pares - faz com que pensemos carecer de cabimento os argumentos que taxam esta última como arbitrária ou leviana.

Exemplo deste descabimento é a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3239/03 ajuizada no Supremo Tribunal Federal, pelo Partido da Frente Liberal (PLF), em face do Decreto n.º 4887/2003 - que regulamenta o procedimento para titulação das terras de comunidades quilombolas, previsto no Art. 68 da ADCT. Entre outras argüições<sup>111</sup> sobre o teor do Decreto, está presente a tentativa de deslegitimar a política de auto-reconhecimento prescrita no artigo 2º, §1º do mencionado Decreto, para o qual *a caracterização dos remanescentes das comunidades dos quilombos será atestada mediante autodefinição da própria comunidade*, alegando que se ocasionariam, a partir desta

---

<sup>110</sup> ARRUTI, José Maurício. **Mocambo: antropologia e história do processo de formação quilombola**. Bauru, SP: Edusc, 2006. p. 59-60.

<sup>111</sup> Sobre a Ação comentou Aurélio Virgílio Rios: “Depois de 15 (quinze) anos aguardando uma definição legal, as comunidades quilombolas vêem um partido político de grande expressão argüir, em junho de 2004, junto ao Supremo Tribunal Federal, a inconstitucionalidade do novo Decreto sob a alegação, em síntese, de: a) invadir a esfera reservada à lei; b) prever a desapropriação de terras à essas comunidades e c) estabelecer o critério da auto-atribuição para identificação dos remanescentes de quilombos.” RIOS, Aurélio Virgílio. **Quilombos e Igualdade Étnico-Racial**. In PIOVESAN, Flavia e DE SOUZA, Douglas Martins. (Coord.) **Ordem Jurídica e Igualdade Étnico-Racial**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2008. p. 208.

atribuição, distorções na titularidade da demarcação das terras:

Não restam dúvidas, portanto, que resumir a identificação dos remanescentes a critérios de auto-determinação frustra o real objetivo da norma constitucional, instituindo a provável hipótese de se atribuir a titularidade destas terras a pessoas que não têm relação com os habitantes das comunidades formadas por escravos fugidos, ao tempo da escravidão no país.<sup>112</sup>

Em primeiro lugar, não parece tratar de afronta constitucional, como declarado na petição inicial da mencionada ADIN, mas ao contrário, encaixa-se como um critério em perfeita conformidade ao objetivo constitucional presente no artigo 68 da ADCT cujo tratamento legal aproxima-se ao já utilizado na demarcação de terras indígenas e encontra previsão na Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho, em vigor no Brasil desde 2004, conforme se verifica:

*“1.2 A **consciência de sua identidade indígena ou tribal** deverá ser tida como critério fundamental para determinar os grupos aos quais se aplicam as disposições desta Convenção.”*<sup>113</sup> (grifei)

Ademais, constitui relação lógica com a noção de *ocupação* prevista no art. 68 da ADCT e alia-se à necessária comprovação do exercício de manifestação cultural realizada por meio dos laudos antropológicos (correspondentes a processos sociais objetivos).

Sobre a questão, manifestou-se a Advocacia Geral da União<sup>114</sup>:

Por fim, o autoreconhecimento dessa condição étnica, admitido pelo Decreto n.º 4887/2003 como índice de definição dos remanescentes de comunidades de quilombos, por sua vez pode revelar também, agora por outra vertente, extensão e limites dos espaços de terras ocupadas protegidas pelo art. 68 do ADCT. Com efeito, embora não constitua critério único ou principal na apuração da dita ocupação visto que é essencial a figuração das manifestações culturais e o seu exercício efetivo, *a **consciência de sua etnicidade e a aceitação pelos seus dessa condição objetiva fornece elementos preciosos***

---

<sup>112</sup> Cf. Petição inicial da ADIN n.º 3239, datada de 24 de junho de 2003 e disponível em <http://www.stf.gov.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=3239&processo=3239>. Acesso em 10/08/2008.

<sup>113</sup> Extraído de NETO, Joaquim Shiraishi.(Org.) Direito dos Povos e das Comunidades Tradicionais no Brasil p. 140.

<sup>114</sup> Trata-se do Parecer de n.º AGU/MC – I/2006, requerido pelo Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República sobre a Interpretação da questão quilombola na Constituição de 1988, disponível em DUPRAT, Deborah. (Org.) **Pareceres Jurídicos: Direito dos Povos e Comunidades Tradicionais**. Manaus: UEA, 2007. p. 53.

*para a determinação dos espaços necessários e para a viabilização jurídica do reconhecimento da propriedade dos remanescentes de comunidades de quilombos.* (destaquei)

É necessário, enfim, pontuar a relevância do tratamento normativo fundado no discurso antropológico do auto-reconhecimento no combate a certos atores e agências dedicados a negação dos direitos destas coletividades. A insistência em se rotular as identidades em molduras estigmatizantes, (culturalistas ou historicistas) que não dão conta das experiências concretas, se vê fracassada frente à possibilidade de auto-reconhecimento por parte destes novos sujeitos coletivos.<sup>115</sup>

Parece-nos, então, desvelada a razão de cunho político-ideológico do ataque a esta classificação constante da ADIN supracitada, porquanto inviabilizada a tentativa (almejada pelos setores conservadores) de estrangulamento da conceituação classificatória de comunidades quilombolas como sendo apenas “*comunidades formadas por escravos fugidos, ao tempo da escravidão no país*”. O ataque a autenticidade destas subjetividades parece antes esconder a preocupação com a manutenção do mercado de terras e o desejo pela neutralização dos impactos do reconhecimento destas identidades emergentes:

“(…) o PFL, ao se insurgir contra o principal instrumento legal de reconhecimento, identificação, delimitação e demarcação dos territórios quilombolas, age, politicamente, em favor dos grandes latifundiários e de setores econômicos interessados na pulverização desse território. Afinal, negar o fator étnico, e nele o critério da auto-identificação para reconhecimento das comunidades quilombolas, além de servir a judicialização da escolha de um determinado critério antropológico pelo Decreto 4887, esvazia a reivindicação política das lideranças e associações quilombolas e facilita os atos ilegítimos de usurpação e de violação do art. 68 do ADCT.”<sup>116</sup>

Com a edição do Decreto Presidencial de nº 6040/2007<sup>117</sup>, que institui a Política

---

<sup>115</sup> ARRUTI, José Maurício. **Mocambo: antropologia e história do processo de formação quilombola**. Bauru, SP: Edusc, 2006. p. 94.

<sup>116</sup> RIOS, Aurélio Virgílio. **Quilombos e Igualdade Étnico-Racial**. In PIOVESAN, Flavia ; DE SOUZA, Douglas Martins. (Coord.) **Ordem Jurídica e Igualdade Étnico-Racial**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2008. p. 210.

<sup>117</sup> O Decreto Presidencial mencionado é datado de 7 de fevereiro de 2007 e acompanha as tentativas de implementação de Política Nacional para as Comunidades Tradicionais, iniciadas com a criação da Comissão Nacional de Desenvolvimento Sustentável das Comunidades tradicionais (Decreto de 27 de dezembro de 2004

Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais, tornou-se mais evidente a definição jurídica que permeia a compreensão dos Povos e Comunidades tradicionais, sendo novamente reafirmado o critério de auto-reconhecimento pelos grupos sociais:

Art. 3º (...)

I – Povos e Comunidades Tradicionais: grupos culturalmente diferenciados que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição

A multiplicidade de elementos que constroem a categoria “Povos e Comunidades Tradicionais”, e que aqui tentamos retomar, tais como auto-reconhecimento; organização social própria e baseada em laços de cooperação; linguagem e simbologias específicas; racionalidade distinta na interação com a natureza; parece-nos trazer na questão da territorialidade o fator mais essencial para constituição da identidade destes sujeitos coletivos.

## **1.2. TERRAS TRADICIONALMENTE OCUPADAS: TERRITORIALIDADES ESPECÍFICAS**

*“Pra algumas pessoas a terra é só terra e para nós ela é nossa vida.”<sup>118</sup>*

Se os Povos e Comunidades tradicionais caracterizam-se por modos específicos de ser, viver e fazer, são seus territórios os espaços de produção destas manifestações e portanto, condição fundamental para sobrevivência da própria comunidade. Constituem-se assim, os territórios sociais ou terras tradicionalmente ocupadas como o “espaço vital” de produção e reprodução física e social destes povos, em permanente e recíproca construção de identidade.

---

substituído pelo Decreto de 13 de julho de 2006 que alterou sua denominação e composição).

<sup>118</sup> Depoimento de Quielse Lima Pereira, membro da Comunidade Quilombola de João Sura, localizada no município de Adrianópolis – PR. Cf. Relatório Final da Rede Puxirão de Povos e Comunidades Tradicionais. p. 18.

A territorialidade representa o esforço de uma coletividade em ocupar, usar, controlar e se identificar com uma parcela específica de seu ambiente biofísico, apresentando múltiplas expressões em face das particularidades socioculturais de cada agrupamento.<sup>119</sup> É na diversidade de auto-representações transpostas por meio da territorialidade que cada grupo *constrói socialmente seu território de uma maneira própria, a partir de conflitos específicos, e tal construção implica também numa relação diferenciada com os recursos hídricos e florestais.*<sup>120</sup>

Trata-se de territorialidades específicas que não se confundem com o conceito de terras *strictu sensu*, nem tampouco com a noção de territorialidade vinculada ao espaço geográfico de soberania dos Estados-nação. No primeiro caso, diferem-se da noção de terra construída modernamente, encarada como bem jurídico imobiliário e despojada de relações que transcendam a produção e o acúmulo de riquezas. Num segundo momento, contrastam com a ideologia de territorialidade resultante do processo de expansão das fronteiras dos Estados que, sob a justificação da soberania, sobrepueram-se aos demais territórios reivindicando a exclusividade Estatal no controle do espaço.<sup>121</sup>

Ao discorrer sobre as *territorialidades compartilhadas* na história do direito brasileiro, Carlos Frederico Marés de Souza Filho aponta exatamente para a opção ideológica presente na não-utilização do termo “território” e sua substituição por denominações alternativas como *reserva, área* e, sobretudo, *terras*:

O nome “território” nunca foi usado; ao contrário, foi intencionalmente negado. É claro que há uma não muito sutil diferença entre chamar de “terra” e “território”: “terra” é o nome jurídico que se dá à propriedade individual, seja pública ou privada; “território” é o nome jurídico que se dá a um espaço jurisdicional. Assim, o território é um espaço coletivo que pertence a um povo. A mesma ideologia que nega a existência de povo (...) nega o uso do termo

---

<sup>119</sup> LITTLE, Paul **Territórios Sociais e Povos Tradicionais no Brasil: Por uma antropologia da territorialidade**. Brasília: Universidade Nacional de Brasília, 2002. p. 3- 4.

<sup>120</sup> ALMEIDA, Alfredo Wagner Bueno de. *Terras tradicionalmente ocupadas: Processos de Territorialização, movimentos sociais e uso comum*. In. I Encontro dos Povos dos Faxinais, 2005, Irati. Anais. Irati: IAP, 2005. p. 157.

<sup>121</sup> LITTLE, Paul **Territórios Sociais e Povos Tradicionais no Brasil: Por uma antropologia da territorialidade**. Brasília: Universidade Nacional de Brasília, 2002. p. 6.

território.<sup>122</sup>

A denominação terras tradicionalmente ocupadas aparece pioneiramente no artigo 231 da Constituição da República, aplicada aos Povos indígenas, e é mencionada pela Convenção de n.º169 da OIT. Surge como uma vitória na Assembléia Constituinte em contraposição à expressão “terras imemorais” a qual traduz certo imobilismo histórico remetente ao período pré-colombiano e a existência de “povos autóctones” que se constroem apenas em um nível de naturalidade e de pouca exatidão.<sup>123</sup>

Ao contrário, aos territórios tradicionalmente ocupados corresponde, na realidade, o produto de “processos distintos de territorialização”, dinâmicos e relacionados a aspectos situacionais que levam em conta a correlação de forças entre o grupo e os demais atores políticos locais. Ademais, sua significação corresponde não apenas ao lugar em que existem as condições necessárias para sobrevivência econômica do grupo, mas principalmente ao espaço de convivência social em que se dão as práticas sociais, culturais, religiosas e de organização social.<sup>124</sup>

O conceito de território, portanto, deve ser compreendido à luz da interpretação antropológica como o espaço necessário à reprodução física e cultural de cada povo tradicional, considerando as formas diferenciadas de uso e apropriação do espaço territorial. Tal conceito não guarda relação com o tempo imemorial, e sim com os usos, costumes e tradições dos povos tradicionais, e traduz uma ocupação coletiva do espaço onde predomina o uso e a gestão compartilhada

---

<sup>122</sup> SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. **Multiculturalismo e direitos coletivos.** In SANTOS, Boaventura de Souza. (Org.) *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural.* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 102.

<sup>123</sup> ALMEIDA, Alfredo Wagner Bueno de. *Terras tradicionalmente ocupadas: Processos de Territorialização, movimentos sociais e uso comum.* In. I Encontro dos Povos dos Faxinais, 2005, Irati. Anais. Irati: IAP, 2005. p. 132.

<sup>124</sup> A intersecção recorrente entre território, meio ambiente, cultura e religiosidade encontra voz no depoimento do ex-ministro da Cultura Gilberto Gil a respeito das manifestações das religiões tradicionais africanas: “*Para as religiões tradicionais africanas, o mundo natural não é um espaço neutro, indiferente. Pelo contrário: é uma espécie de teatro para manifestação do sagrado. É na natureza que os deuses se manifestam. Manifestam-se em pedras, árvores, rios, grutas, lagos, etc. Desse modo, a natureza é sacralizada. É um espaço para expressão de potências superiores. Ou dito de modo mais incisivo: a natureza é sagrada.(...) Além disso, em todas as suas práticas rituais e litúrgicas, essas religiões dependem do mundo natural, dependem dos animais e das plantas. Daí a frase, hoje famosa de uma ialorixá da Bahia: “ Sem folha não há orixá”.*” GIL, Gilberto. Algumas notas sobre cultura e ambiente. In: TRIGUEIRO, André. (Org.). **Meio ambiente no século 21: 21 especialistas falam da questão ambiental nas suas áreas de conhecimento.** Rio de Janeiro: Sextante, 2003. p.45-57. Citado por SANTILLI, Juliana. **O socioambientalismo e os novos direitos.** São Paulo: Peirópolis, 2005. p. 97.

dos recursos naturais.<sup>125</sup>

Todavia, apesar da possibilidade de se agrupar os processos de territorialização específicos em um unificado arcabouço classificatório nominado “terras tradicionalmente ocupadas”, o tratamento jurídico-formal destinado a cada uma das categorias demanda figuras extremamente heterogêneas de acordo com as dinâmicas sociais afeitas a cada realidade. Assim o é com o reconhecimento de **propriedade** dos quilombolas; a **posse permanente** das quebradeiras de coco babaçu, seringueiros e castanheiros; o **uso coletivo** de certos espaços nos faxinais; a **concessão de uso** nos fundos de pasto, e muitas outras experiências que nem sempre encontram a adequação dos institutos legais à tutela dos direitos que lhes são essenciais.

A falta de abrangência das categorias censitárias e cadastrais no Brasil também é um fator a ser considerado na relação de inadequação das comunidades tradicionais aos institutos jurídico-formais. A utilização tão somente das categorias “estabelecimento rural”<sup>126</sup>, para realização do censo rural desenvolvido pelo IBGE e “imóvel rural”, no cadastramento realizado pelo INCRA, faz com que a diversidade na estrutura fundiária rural (especialmente vivenciada na ocupação do espaço pelas Comunidades Tradicionais) continue na invisibilidade e carência de reconhecimento pelo Estado.

De acordo com o antropólogo Alfredo Wagner B. de Almeida, esta é uma prática corrente do universo jurídico que cria categorias fundamentais para instituir procedimentos específicos. Assim o é, com a utilização única das categorias acima mencionadas, que repelem a diferença e subjagam os Povos que interagem com o território de forma particular, não se constituindo em estabelecimentos ou imóveis.

---

<sup>125</sup> SANTILLI, Juliana. **O socioambientalismo e os novos direitos**. São Paulo: Peirópolis, 2005. p. 140.

<sup>126</sup> A categoria “estabelecimento rural” é utilizada pelo IBGE desde 1950, com aplicação atual nos censos realizados. Já a utilização do conceito de “imóvel rural” se origina do Estatuto da Terra (1964), com o desdobramento do Decreto n. 55.891, de 31 de março de 1965. Pelo texto legal “*Imóvel rural é o prédio rústico de área contínua, qualquer que seja a sua localização em perímetros urbanos, suburbanos ou rurais dos municípios, que se destine à exploração extrativa, agrícola, pecuária ou agroindustrial, quer através de planos públicos de valorização, quer através da iniciativa privada.*” (Estatuto da Terra, art. 4º, I; Dec. N. 55.891/65, art. 5º). Para maiores detalhes sobre o instituto consultar BORGES, Paulo Torminn. **Institutos básicos de Direito Agrário**. São Paulo: Editora Saraiva, 7ª. ed.1992.

O reinado da categoria “imóvel rural” a partir de 1964 afunila o foco de ação do estado e abre lugar para autoritarismos e arbitrariedades, que menosprezam as especificidades locais, os fatores étnicos e as diferenças nas formas de apropriação dos recursos naturais. A ilusão democrática esconde o etnocentrismo, daí as dificuldades formais com a heterogeneidade e com as diferenças estabelecidas pelas terras indígenas, pelos quilombos e pelas terras de uso comum.<sup>127</sup>

A partir da constatação de que os dados oficiais não conseguem refletir a verdadeira configuração territorial do Brasil, nem tampouco produzem elementos que permitam o diagnóstico dos conflitos e demandas das áreas ocupadas por Povos e Comunidades Tradicionais, surge em 2005 o Projeto Nova Cartografia Social da Amazônia, coordenado pelo antropólogo Alfredo Wagner B. de Almeida. Esta iniciativa consiste na realização de oficinas cartográficas com os próprios atores das comunidades, bem como levantamentos documentais e demarcações do espaço com o uso de equipamentos técnicos, a partir de dados georreferenciais fornecidos nas oficinas pela coletividade em questão.

A experiência, pioneira, foi incorporada ao plano cartográfico do Estado do Paraná com o nome “Cartografia Social, Terra e Cidadania”, sendo promovida pelo Centro de Informação Memória e Pesquisa do ITCG, em parceria com demais órgãos governamentais; movimentos sociais populares (quilombolas, sem-terra, caiçaras, posseiros e faxinalenses); organizações não-governamentais e a Universidade Federal do Paraná (Unilitoral). O resultado deste trabalho será impresso em mapas que contemplarão a organização social destes movimentos e coletividades, explicitando seus bens materiais e imateriais e a forma de organização territorial e produtiva que lhes é característica.<sup>128</sup>

A relevância destas ações reside na reafirmação da importância do reconhecimento dos direitos territoriais destes povos e sua necessária interdependência

---

<sup>127</sup> ALMEIDA, Alfredo Wagner Bueno de. *Terras tradicionalmente ocupadas: Processos de Territorialização, movimentos sociais e uso comum*. In. I Encontro dos Povos dos Faxinais, 2005, Irati. Anais. Irati: IAP, 2005. p. 154-155.

<sup>128</sup> Cf. dados do Instituto de Terras Cartografia e Geociências do Paraná disponíveis em [http://www.itcg.pr.gov.br/arquivos/File/Cartografia\\_social.pdf](http://www.itcg.pr.gov.br/arquivos/File/Cartografia_social.pdf). Acesso em 01/09/2008 às 13h58.

com a tutela de outros direitos tais como os direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais. Estes direitos, conforme sinaliza Carlos Frederico Marés de Souza, diferenciam-se dos demais direitos previstos nos pactos internacionais de direitos humanos por possuírem caráter eminentemente coletivo, representando um desafio ao sistema jurídico vigente e ampliando seu papel emancipatório.<sup>129</sup>

## **2. DIREITOS DOS POVOS E COMUNIDADES TRADICIONAIS: A CONSTRUÇÃO DA DIVERSIDADE NOS ESPAÇOS DO ESTADO E DO DIREITO**

A construção de um arcabouço teórico-jurídico para assegurar esses direitos não é tarefa fácil, na medida em que força a ruptura com os valores essenciais à formação da sociedade e do direito moderno, e requer a crítica aos institutos jurídicos correspondentes do Direito privado com vistas à formulação de uma base epistemológica diferenciada que fundamente e garanta os direitos destas coletividades.

O ponto de partida teórico dessa análise é o reconhecimento destes direitos pelos ramos do Direito Constitucional e também do Direito Internacional.

Os marcos jurídicos nacionais para a garantia dos direitos dos Povos coincidem com a Constituição Federal de 1988, pioneira em toda a América Latina ao reconhecer a existência de um Estado multicultural e pluritétnico<sup>130</sup> e garantir aos Povos indígenas o

---

<sup>129</sup>MARÉS, Carlos Frederico. **Multiculturalismo e direitos coletivos**. In **Reconhecer para libertar; Os caminhos do cosmopolitismo multicultural** SANTOS, Boaventura de Souza. p. 105.

<sup>130</sup> O multiculturalismo não é um conceito de entendimento uníssono e consensual na doutrina, porquanto adotamos a conceituação denominada por Boaventura de Souza Santos como “versões emancipatórias do multiculturalismo”. Segundo o autor, esta significação se conecta “ à idéia de movimento, de articulação de diferenças, de emergência de configurações culturais baseadas em contribuições de experiências e de histórias distintas tem levado a explorar as possibilidades emancipatórias do multiculturalismo, alimentando os debates e iniciativas sobre novas definições de direitos, de identidades, de justiça e de cidadania.” SANTOS, Boaventura de Souza. **Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade**. In SANTOS, Boaventura de Souza. (Org.) **Reconhecer para libertar**. p. 33.

direito de existir como um grupo diferenciado na sociedade nacional, tutelando seus direitos sociais e territoriais<sup>131</sup>. Para além, reconhece também a garantia dos direitos territoriais dos remanescentes de comunidades de quilombos, reafirmando o exercício da diversidade cultural com a proteção das culturas indígenas e afrodescendentes (Art. 215, §1º).

Como enfatizado por Marés, o grande passo de ruptura da Lei Fundamental de 1988 está no reconhecimento de organizações sociais fora do paradigma moderno, diferenciadas da estrutura por que se pauta a própria Constituição e também dos referenciais estabelecidos infraconstitucionalmente sob a forma de sociedades (empresariais, comerciais, civis ou cooperativas).

Neste sentido:

A Constituição de 1988 reconhece como legítima uma ordem que desconhece, já que fundada nos chamados usos, costumes e tradições. Esta ordem pode ser descrita por um cientista, sociólogo ou antropólogo, ou relatada por um membro da comunidade, mas está fora do alcance da lei e de seus limites, é uma ordem social própria e diferente da ordem jurídica estatal organizada pela Constituição. Isto é, a Constituição de 1988 reconheceu povos socialmente organizados fora do paradigma da modernidade e nisto foi seguida por várias constituições latino-americanas. Aqui reside um grande diferencial, divisor de águas, ruptura com o passado.<sup>132</sup>

É preciso lembrar que o reconhecimento constitucional destes direitos não importou na criação de uma categoria genérica que pretensamente abarcaria todos os Povos indígenas do Brasil, mas ao contrário, possibilitou que cada comunidade em sua forma peculiar de organização fosse reconhecida e conferiu o direito subjetivo coletivo ao

---

<sup>131</sup> A garantia constitucional dos direitos indígenas encontra-se positivada no Capítulo VIII da Lei Fundamental de 1988, que em seu Art. 231 articula: “São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.” BRASIL. Constituição Federal, art. 213, *caput*.

<sup>132</sup> SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O Direito de Ser Povo. In Igualdade, Diferença e Direitos Humanos.** SARMENTO, Daniel; (Coord.) Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p. 487.

grupo para reivindicá-lo. Ademais, o reconhecimento da organização social foi também compreendido como a autonomia decisória de cada povo em relação ao seu processo de desenvolvimento e acompanhado pela garantia aos costumes, línguas, crenças e tradições, ou seja, ao modo de viver do grupo em sua plenitude.<sup>133</sup>

Neste espectro, os direitos dos Povos constitucionalmente garantidos estão arranjados em três dimensões indissociáveis que abrangem os direitos territoriais, os direitos de organização social e os direitos culturais, os quais, quando violados atingem-se reciprocamente.<sup>134</sup>

A experiência constitucional brasileira de 1988 inaugurou uma onda de inovações conceituais sobre os Povos e comunidades tradicionais que reverberou nas legislações infraconstitucionais e influenciou marcadamente a elaboração de novas constituições e de emendas constitucionais em muitos países da América Latina. O estudo do Direito constitucional comparado permite-nos diagnosticar estas transformações constitucionais com a absorção, mais ou menos expressiva, dos conceitos de multiculturalismo e plurietnicidade em países como Guatemala, Equador, Costa Rica, Colômbia, Chile, Argentina, Bolívia, México, Panamá, Nicarágua, Paraguai, Peru, Uruguai e Venezuela.<sup>135</sup>

Além das normas constitucionais nacionais, sobretudo as latino-americanas, o direito a sociodiversidade encontra relevante guarida no âmbito internacional pela explícita menção da questão em diversas Declarações e Convenções internacionais, que recentemente incorporaram *uma outra dimensão de sentido coletivo* condizente com a definição de Povos e Comunidades tradicionais.<sup>136</sup>

---

<sup>133</sup> SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. Obra citada. p. 487-489.

<sup>134</sup> Idem. Ibidem. p. 492.

<sup>135</sup> Cf. ITURRALDE, Diego A. "**Reclamo e reconocimiento del derecho indígena en América Latina: logros, límites y perspectivas.**" *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, vol. 41, 2005.p. 26.

<sup>136</sup> SHIRAIISHI NETO, Joaquim. (Org.) **Direito dos Povos e das Comunidades Tradicionais no Brasil: declarações, convenções internacionais e dispositivos jurídicos definidores de uma política nacional.** Manaus: UEA, 2007. p. 35. Nesta passagem, ao discorrer sobre as Declarações e Convenções internacionais no ordenamento jurídico, Shiraishi lembra que até bem pouco tempo, em função do grau de "universalização" e "abstração" do direito não era de se imaginar que esses diplomas internacionais estivessem ligados às situações cotidianas dos povos e comunidades tradicionais. Entretanto, "*ao incorporar as "novas" dimensões e conteúdos explicitados nas Declarações e Convenções Internacionais, mesmo sabendo que estas representam formas de dominação, aqui tomando a noção de Michel Foucault sobre o significado de dispositivo, é possível vislumbrar uma dimensão do*

A este respeito, é possível citar a Convenção Relativa à Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural (1972); a Convenção sobre Diversidade Biológica (1992); a Declaração Universal sobre a Diversidade cultural (2001); a Convenção sobre a proteção e a promoção da Diversidade das expressões culturais (2005); Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (2007) e principalmente a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre Povos Indígenas e Tribais (1989).

Esta última Convenção, adotada em Genebra, em 27 de junho de 1989 e incorporada definitivamente ao ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto nº 5051 de 19 de abril de 2004, representa um relevante marco jurídico internacional sobre o direito dos Povos. Isto porque, conforme mencionado, o diploma elege (art.1º, Item 2) a auto-consciência identitária dos Povos <sup>137</sup>como critério determinante para o reconhecimento da condição destes sujeitos, impondo ao mundo jurídico grande transformação no que diz respeito às classificações sociais, antes e sempre vinculadas à atividade dos intérpretes da Lei.

A ascensão destas identidades coletivas, invisibilizadas durante o processo histórico de formação social brasileira, coloca em crise as estruturas jurídicas que reconhecem a titularidade de direitos apenas no indivíduo e firmam sua legitimidade em relações contratuais estabelecidas entre homens livres.<sup>138</sup>

Em face dos direitos dos Povos indígenas representar o campo de maior progresso teórico e garantias positivadas no que se refere aos direitos dos Povos, acompanhamos seu caminhar teórico-prático, adotando metodologicamente as lições do professor e pesquisador Carlos Frederico Marés de Souza Filho, com o objetivo de se resgatar algumas recomendações importantes para esta reflexão.

Neste espectro, a proteção jurídica dos direitos em questão subdivide-se

---

*direito, que extrapola as noções pré-determinadas. Deste modo, nos obriga a um mergulho em um “novo”modus operandi, cuja força motriz conduz a uma reflexão acerca das estruturas do direito e do seu funcionamento.*

<sup>137</sup> Na dicção da Convenção nº169 da OIT: “A consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos que se aplicam as disposições da presente Convenção.” ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenção nº 169, artigo1º, item 2.

<sup>138</sup> SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O Direito de Ser Povo**. In Igualdade, Diferença e Direitos Humanos. SARMENTO, Daniel;. (Coord.) Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p. 475 e ss.

doutrinariamente em dois pilares distintos e teoricamente estruturantes. O primeiro deles, denominado de *direito a sociodiversidade* corresponde a um direito de toda a humanidade à manutenção e existência dos diversos Povos e suas culturas. Trata-se, na realidade, de um dever que vincula os Povos e o Estado ao respeito pelo outro, ao exercício da alteridade, estabelecendo íntima relação com a preservação da biodiversidade: Tanto porque esta assegura o ambiente para reprodução cultural dos Povos quanto porque garante a perpetuação dos conhecimentos tradicionais a ela associados.

A mudança de perspectiva apresentada pela Convenção nº 169 da OIT, remete-nos ao outro pilar estruturante do direito dos povos que corresponde ao direito de cada povo à sua existência, ou em outras palavras, ao *direito de Ser Povo*. Classifica-se com um direito de natureza coletiva cuja titularidade não se identifica com todas as pessoas, mas tem como sujeitos específicos os próprios povos em sua autodeterminação. A característica coletiva justifica-se por não se constituir na simples soma dos direitos subjetivos individuais e define-se por apresentar características de indivisibilidade, intransferibilidade, inalienabilidade, imprescritibilidade e impenhorabilidade.<sup>139</sup>

É na ausência de titularidade individualizada dos novos direitos<sup>140</sup> latino-americanos que reside o ponto de maior rompimento com a estrutura jurídica tradicional. Estes não surgem de uma relação jurídica específica e individual, mas tão somente de uma garantia genérica de cujo cumprimento depende o exercício dos direitos individuais. Constituem-se estes direitos, portanto, da realidade de pertencimento a um grupo ou a um povo e das necessidades essenciais para existência desta realidade a qual impõe não apenas o vínculo territorial, mas as condições para preservação da identidade étnico-cultural que os une.

---

<sup>139</sup> SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O Direito de Ser Povo**. In SARMENTO, Daniel; (Coord.) Igualdade, Diferença e Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p. 491.

<sup>140</sup> Por *novos direitos* referimo-nos aos direitos inovadores, inseridos na Lei Fundamental de 1988 e descritos por Juliana Santilli como os direitos que *conquistados por meio de lutas sociopolíticas democráticas, têm natureza emancipatória, pluralista, coletiva e indivisível, e impõe novos desafios à ciência jurídica, tanto do ponto de vista conceitual e doutrinário quanto do ponto de vista de sua concretização*. Cf. SANTILLI, Juliana. **Sociambientalismo e novos direitos**. São Paulo: Peirópolis, 2005. p. 57.

É um direito sem sujeitos, ou um direito cujo sujeito é a coletividade e assim sua disponibilidade a todos se projeta na indisponibilidade individual, causando profundo celeuma para o direito fundado no pensamento individualista:

Esta característica os afasta do conceito do direito individual concebido em sua integridade na cultura contratualista ou constitucionalista do século XIX, porque é um direito sem sujeito. Ou, dito de maneira que parece ainda mais confusa para o pensamento individualista, é um direito onde todos são sujeitos. Se todos são sujeitos do mesmo direito, todos dispõe dele, mas ao mesmo tempo ninguém pode dele dispor, contrariando-o, porque a disposição de um seria a violação do direito de todos os outros.<sup>141</sup>

A percepção de que uma teoria dos direitos coletivos adequada às demandas dos povos só pode ser elaborada com a observação atenta da realidade, objetivos e *práxis* destes agrupamentos é desenvolvida por Paulo Thadeu Gomes da Silva, ao apresentar o posicionamento dos filósofos norte-americanos Cindy L. HOLDER e Jeff J. CONRNTASSEL.

Ao criticar a limitação das análises dos direitos dos grupos, recorrentemente elaboradas a partir da concepção liberal-individualista que descrevem o pertencimento ao grupo sob a ótica do indivíduo, os autores propõem a abertura do diálogo entre a teoria e a prática existentes, com a observância de algumas perspectivas indígenas sobre *cidadania comunal*, ainda que flutuantes em função de cada dinâmica comunitária:<sup>142</sup>

a) a *práxis* indígena demonstra a existência de interdependência entre direitos coletivos e individuais, sendo eles, portanto, mutuamente interativos, e não excludentes; b) a *práxis* indígena se relaciona às orientações de parentesco que podem ir além dos membros do grupo para outras espécies e objetos; c) a *práxis* indígena destaca a importância das comunidades na estrutura completa da vida pessoal.<sup>143</sup>

---

<sup>141</sup> MARÉS, Carlos Frederico. **Multiculturalismo e direitos coletivos**. In **Reconhecer para libertar; Os caminhos do cosmopolitismo multicultural** SANTOS, Boaventura de Souza. (Org.). p.94.

<sup>142</sup> HOLDER, Cindy L.; CONRNTASSEL, Jeff J. Indigenous People and Multicultural Citizenship: Bridging Collective and Individual Rights, Human Rights Quarterly, nº24, p.135 *apud* SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. **Direito Indígena, Direito Coletivo e Multiculturalismo**. In Igualdade, Diferença e Direitos Humanos. SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela e PIOVESAN, Flávia. (Coord.) Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p.. 581-583.

<sup>143</sup> HOLDER, Cindy L.; CONRNTASSEL, Jeff J. Obra citada. p.582.

A partir destas constatações, o que se percebe é que as visões de mundo por que perpassam os direitos coletivos dos povos transcendem as descrições liberal-individualista e corporativa, na medida em que interagem não apenas no plano psicológico de pertencimento do indivíduo ao grupo mas em uma multiplicidade de níveis, a que pertencem o Estado, o grupo e o indivíduo.<sup>144</sup>

A caminhada dos direitos indígenas faz com que possamos pensar na construção teórica de um direito dos Povos mais abrangente, cujo fundamento de validade seja a constatação do reconhecimento constitucional de um Estado multicultural e pluriétnico e cuja titularidade seja ampliada para outras identidades coletivas que permanecem na luta pelo direito à diversidade.

### **aaahCAP III – DIREITO AO TERRITÓRIO DAS COMUNIDADES REMANESCENTES DE QUILOMBOS: EMBATE E CONFLITO NA ESFERA JURÍDICA**

#### **1. A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. – REDEMOCRATIZAÇÃO E CONSTITUCIONALIZAÇÃO DE DIREITOS**

A década de 80 foi um período importante para a história política dos países latino-americanos, que com suas peculiaridades e arranjos sociais submeteram-se ao processo de transição democrática e substituíram os governos ditatoriais vigentes durante a década de 60 e 70.

Assim também se deu no Brasil, com uma caminhada de redemocratização “lenta,

---

<sup>144</sup> Idem.Ibidem. p. 583.

gradual e segura”, nas palavras do presidente Ernesto Geisel. No início deste percurso, em agosto de 1979, foi aprovada a Lei da Anistia e em novembro do mesmo ano, consagrada a “reforma partidária” que rompeu com bipartidarismo protagonizado pelo MDB e ARENA, viabilizando a emergência de outros novos cinco partidos.<sup>145</sup>

Em 1982 realizaram-se as eleições estaduais e a oposição é vitoriosa nos principais estados, fortalecendo a pressão social para a redemocratização integral do país com a reivindicação pela convocação de Assembléia Nacional Constituinte e pela realização de eleições presidenciais diretas. Apesar da forte mobilização popular, e do emblemático movimento *Diretas Já!* articulado pelo Partido dos Trabalhadores e encampado pelos demais partidos de oposição, a emenda apresentada pelo deputado federal Dante de Oliveira (PMDB/MT) que determinava a realização eleições diretas para Presidente já em 1984, não obteve os 2/3 de votos necessários para a alteração constitucional.

Realizadas as eleições indiretamente, elege-se Tancredo Neves como presidente e José Sarney, como vice-presidente, via colégio eleitoral. O falecimento do primeiro, entretanto, leva a tomada de posse pelo ex-senador maranhense Sarney, que em 1986 enviou emenda constitucional ao Congresso requerendo a convocação de uma Assembléia Nacional Constituinte para o início do ano subsequente.

A realidade brasileira das décadas de 70 e 80 favoreceu o aparecimento e a mobilização de inúmeros movimentos sociais que agregam desde os movimentos clássicos – que possuem no movimento operário seu maior expoente; como também os “novos” movimentos sociais surgidos nos anos 70 e até os movimentos fundados nos anos 80 em face do desemprego e do desejo de transformação do regime político brasileiro.<sup>146</sup>

Esta ebulição social impôs à agenda nacional uma série de temas pertinentes tanto à afirmação de identidades – étnicas, raciais, de gênero, dos trabalhadores - quanto à refundação das práticas democráticas brasileiras. Em que pese a convocação da Assembléia

---

<sup>145</sup> Após uma série de composições político partidárias o leque de partidos ficou o seguinte: PDS (Partido Democrático Social); PDT (Partido Democrático Trabalhista); PT (Partido dos Trabalhadores); PTB (Partido Trabalhista Brasileiro) e PMDB (Partido do Movimento Democrático Brasileiro).

<sup>146</sup> GOHN, Maria da Glória. **Teoria dos Movimentos Sociais**. 3ª edição. São Paulo: Edições Loyola, 2002. p. 285.

Constituinte tenha tido um caráter extremamente limitado na medida em que atribuiu poderes constituintes ao Congresso ordinário e bicameral, consolidados no período ditatorial, os olhos atentos e a participação intensa da sociedade impôs a apreciação de muitos destes temas.

O resultado da Carta Magna, apesar de tímido em relação a alguns temas estruturantes como a Reforma Agrária, semeou a constitucionalização de “novos direitos” que traduzem em seu conteúdo as demandas e as lutas dos movimentos sociais.

A Constituição Federal de 1988, tal como toda a onda constitucionalista que surgiu neste período reconheceu as feições *pluriculturais* e *multiétnicas* do Estado, traduzindo para o universo jurídico-constitucional a preocupação com a garantia à diversidade dos povos tradicionais e sua direta correlação com a preservação da biodiversidade. A este respeito, argumenta Marés:<sup>147</sup>

As novas constituições foram surgindo com um forte caráter pluricultural, multiétnico e preservador da biodiversidade. Ao lado do individualismo homogeneizador, reconheceu-se um pluralismo repleto de diversidade social, cultural e natural, numa perspectiva que se pode chamar de socioambiental. (...) Mais uma vez os Estados nacionais latino-americanos reafirmaram suas semelhanças. Os sistemas jurídico constitucionais, antes fechados ao reconhecimento da pluriétnicidade e multiétnicidade, foram reconhecendo, um a um, que os países do continente têm uma variada formação étnica e cultural, e que cada grupo humano que esteja organizado segundo sua cultura e viva segundo a sua tradição, em conformidade com a natureza da qual participa, tem direito à opção de seu próprio desenvolvimento.

Neste movimento de incorporação constitucional da diversidade étnico-cultural, certamente foram os povos indígenas os protagonistas de maior destaque com a incorporação de direitos territoriais, econômicos, sociais, lingüísticos, e em alguns casos o reconhecimento de certa autonomia organizativa e jurisdicional às comunidades.

Como visto, a Constituição brasileira de 1988, além de reconhecer uma série de direitos permanentes aos povos indígenas, com a inclusão de um capítulo inteiro sobre a temática (Capítulo VIII do Título VIII), consagrou também regime diferenciado às

---

<sup>147</sup> MARÉS, Carlos Frederico. **Multiculturalismo e direitos coletivos**. In SANTOS, Boaventura de Souza. **Reconhecer para libertar; Os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. p.93.

comunidades quilombolas que se consubstancia pela interpretação sistemática dos artigos 215, 216 e 68 (ADCT) da Lei Fundamental.

Sob a perspectiva de afirmação da multiculturalidade, o art. 215 determina a garantia estatal do pleno exercício da diversidade cultural, enfatizando em seu parágrafo primeiro a tutela das manifestações de culturas populares, indígenas, afro-brasileiras e de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.<sup>148</sup>

Na mesma esteira, o art. 216<sup>149</sup> da Carta Maior, discorre sobre o patrimônio cultural brasileiro, em seus aspectos materiais e imateriais, que representem referência à identidade, ação e memória dos grupos formadores da identidade brasileira. O avanço de relevância, contudo, reside no reconhecimento do valor cultural das formas de expressão e modos de criar, fazer e viver destes povos, com o deslocamento das “referências culturais” para o saber popular e a extensão do significado de patrimônio cultural.<sup>150</sup>

No que diz respeito especificadamente à questão quilombola, este dispositivo

---

<sup>148</sup> 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, Constituição de 1988. Art. 215.

<sup>149</sup> 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.(...) § 5º - Ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos.* BRASIL, Constituição de 1988. Art. 216.

<sup>150</sup> A respeito desta re-leitura das referências culturais nacionais, Cecília Londres pontua: “Indagações sobre quem tem legitimidade para selecionar o que deve ser preservado, a partir de que valores, em nome de que interesses de que grupos, passaram a pôr em destaque a dimensão social e política de uma atividade que costuma ser vista como eminentemente técnica. Entendia-se que o patrimônio cultural brasileiro não devia se restringir aos grandes monumentos, aos testemunhos da história “oficial”, em que sobretudo as elites se reconhecem, mas devia incluir também manifestações culturais representativas para outros grupos que compõe a sociedade brasileira – os índios, os negros, os imigrantes, as classes populares em geral. Cf. LONDRES, Cecília. **Referências culturais: base para as novas políticas de patrimônio.** MINISTÉRIO DA CULTURA, INSTITUTO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL e FUNDAÇÃO NACIONAL DE ARTE. O registro do patrimônio imaterial. Dossiê final das atividades da Comissão e do Grupo de Trabalho Patrimônio Imaterial. Brasília, julho de 2003. p.83-84. Apud SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e novos direitos.** São Paulo: Petrópolis, 2005. p. 76.

determina, em seu §5º, o tombamento de todos os documentos e sítios que guardem reminiscências históricas dos antigos quilombos.

Por último, consagrou-se no art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias o direito ao território garantido aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras, sendo-lhes reconhecida a propriedade definitiva por meio da emissão dos respectivos títulos pelo Estado.<sup>151</sup>

### 1.1. MARCOS JURÍDICOS CONSTITUCIONAIS: O ARTIGO 68 DO ADCT

A gênese da incorporação do art. 68 – ADCT, no texto constitucional de 1988 é marcada por discussões pobres, impasses e incertezas. Segundo informações do deputado federal José Carlos Sabóia, constituinte integrante da Comissão de Índios, Negros e Minorias, o artigo 68 teria sido incluído “no apagar das luzes”, em versão “amputada” e sucedida apenas em função da pressão política exercida por representantes do movimento negro, sobretudo do Rio de Janeiro.<sup>152</sup>

Dimas Salustiano da Silva, ao apresentar as memórias do Diário da Assembléia Constituinte demonstra que a primeira iniciativa referente à matéria (oferecida na forma de Emenda Popular pelo deputado Carlos Alberto Caó do PDT/RJ) se utilizava da categoria **comunidades negras remanescentes de Quilombo**, e incluía no mesmo artigo a determinação para o tombamento de terras e documentos que se remetessem a história dos quilombos (transposto pela Comissão de Sistematização na forma do art. 216 §5º).

A delimitação dos sujeitos a que se destina o corpo da lei, aprovada em sua versão final com a redação **remanescentes das comunidades de quilombos**, além de não refletir

---

<sup>151</sup> Art. 68. *Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos.* BRASIL, Constituição de 1998 – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Art. 68.

<sup>152</sup> Cf. ARRUTI, José Maurício. Mocambo. P. 67. Dentre os representantes do movimento negro que contribuíram para inclusão do dispositivo, merecem destaque os parlamentares Carlos Alberto Caó (PDT/RJ) e Benedita da Silva (PT/RJ)

a organização destes grupos – que se entendem como sujeitos coletivos - empresta caráter residual ou remanescente aos destinatários da norma.

Sobre a questão discorre Walter Rothenburg:

    Sujeitos coletivos e direitos metaindividuais ainda causam desconforto para um Direito forjado em molde individualista. Talvez por isso, a redação final do art. 68 ADCT trocou sutilmente de sujeito: a expressão “comunidades remanescentes de quilombos”(onde o núcleo é o termo “comunidades” que se refere à coletividade) foi alterada para “remanescentes das comunidades de quilombos”(onde o núcleo é o termo “remanescentes”, que se refere à indivíduos).

Fato é, que apesar da falta de solidez na construção normativa deste dispositivo constitucional, o texto aprovado ao final dos trabalhos foi o produto possível num cenário político de tensão e embate entre os setores conservadores do Congresso Constituinte e os movimentos populares. Muito provavelmente tenha imperado entre os constituintes a compreensão de quilombos fundada no senso comum, pela qual as comunidades negras remanescentes não representariam mais do que vestígios de um passado a ser esquecido; populações fadadas ao desaparecimento ou mesmo inexistentes, incapazes de promover algum impacto significativo no estado de coisas e na estrutura fundiária nacional.<sup>153</sup>

Esta tese se fortifica na percepção de que por mais de sete anos após o reconhecimento constitucional, o dispositivo referente à titulação quilombola continuava na mais absoluta inaplicabilidade, não obstante a gravidade das denúncias de violências físicas e morais a que estas comunidades se viam submetidas por conta dos conflitos fundiários, e os renovados pedidos de aplicação do art. 68 para efetivação do direito territorial.

Ilustra tal situação a ementa do discurso do deputado Paulo Rocha (PT/ PA), proferido em plenário do Congresso Nacional em 9/8/1991<sup>154</sup>:

---

<sup>153</sup> SILVA, Dimas Salustiano da. **Constituição Democrática e Diferenças Étnicas no Brasil contemporâneo: um exercício constitucional-concretista face o problema do acesso à terra das comunidades negras remanescentes dos quilombos**. Dissertação de Mestrado: Programa de Pós-graduação em Direito da UFPR,1996. p. 129.

<sup>154</sup> Discurso citado por SILVA, Dimas Salustiano da. Obra citada. p.137.

Denuncia a expulsão dos descendentes de escravos fugidos e organizados em quilombos em Oriximiná, PA, a partir dos anos 60 e 70 em consequência da instalação, em suas terras dos grandes projetos agro-pastoris e mineradores, tal como Andrade Gutierrez, podendo-se agravar com a chegada de outras megasempresas do setor minerador como Alcoa que prevê uma ocupação de 139.000 hectares da floresta à margem do rio Trombetas, dentro dos limites quilombola, para a exploração de bauxita complementada pela construção da hidrelétrica de Chuvisco no Rio Erepecuru cobrindo os castanhais donde a comunidade negra retira importante contribuição à sua sobrevivência. (...) **Pede que seja regulamentada, conforme dispositivo constitucional, a demarcação de terras dos remanescentes dos quilombos.** (grifo nosso)

Apenas em 1995 é que se iniciam as primeiras tentativas de operacionalização do art. 68 do ADCT, com a elaboração do Projeto de Lei nº 129/95 e dois anos mais tarde o Projeto de nº 3.207/97, ambos vetados integralmente pelo então Presidente da República com base em razões de inconstitucionalidade suscitadas pela Casa Civil e pelo Ministério da Cultura.<sup>155</sup>

Neste mesmo ano inaugura-se o marco jurídico no âmbito federal acerca desta temática, com a edição da Portaria do INCRA nº 307 de 22 de novembro de 1995, que determinava a medição, demarcação e titulação das comunidades remanescentes de quilombos inseridas em áreas públicas federais, bem como a criação do Projeto Especial Quilombola para auxiliar neste processo.

Este instrumento esteve em vigor até 1999<sup>156</sup>, oportunidade em que a décima primeira edição da Medida Provisória de nº 1.911/99 atribuiu ao Ministério da Cultura a competência para titular as terras de quilombos. No âmbito desta decisão, residia a opção política do governo Fernando Henrique Cardoso em não utilizar as desapropriações como instrumento para garantir as titulações quilombolas.

Ainda em 1999, editou-se a Portaria nº447/99 pela qual o Ministério da Cultura

---

<sup>155</sup> Trata-se do veto de 14.5.2002, por alegadas inconstitucionalidades enumeradas pela Casa Civil na Nota SAJ nº 791/02, o qual foi mantido em 20.5.2004. Cf. Parecer nº AGU/MC – I/2006. p.44. *In* DUPRAT, Deborah. (Org.) Pareceres Jurídicos: Direito dos Povos e Comunidades Tradicionais.

<sup>156</sup> No período compreendido entre 1995 e 1999, o INCRA efetivou a titulação de seis terras quilombolas, contemplando dezoito comunidades. Cf. [http://www.cpisp.org.br/html/leis/conheca\\_quilombos\\_fed.htm](http://www.cpisp.org.br/html/leis/conheca_quilombos_fed.htm) Acesso em 08/09/2008.

delegou a competência de cumprimento do art. 68 à Fundação Cultural Palmares<sup>157</sup>. A partir desta orientação, em 2000 a Fundação Cultural Palmares realizou uma série de titulações, sem a realização das respectivas desapropriações ou anulações dos títulos de terceiros, cujo resultado pode ser percebido na constância de conflitos fundiários nestas áreas até os dias atuais.<sup>158</sup>

Parece-nos evidente, entretanto, que apesar da afinidade material entre a Fundação Cultural Palmares e as comunidades quilombolas, a garantia ao território destes Povos carece da combinação entre a valorização da identidade e a aplicação de políticas fundiárias, que só serão bem-sucedidas se desempenhadas de forma complementar por uma série de atores competentes na esfera federal e estadual.<sup>159</sup>

## 2. CONSTITUCIONALIDADE E INSTRUMENTOS PARA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS

Em 10 de setembro de 2001, o presidente Fernando Henrique Cardoso editou o Decreto nº3912/01, com o objetivo de regulamentar a titulação de comunidades remanescentes de quilombos, fundamentando-se no Parecer da Subchefia para assuntos

---

<sup>157</sup> A Fundação Cultural Palmares foi instituída pela Lei 7668 de 22 de agosto de 1988, com a aprovação de seu estatuto apenas em 10 de janeiro de 1992 por meio do Decreto nº418.

<sup>158</sup> Dentre as doze comunidades “beneficiadas” pela titulação no período citado, realizada pela Fundação Cultural Palmares, dez convivem até hoje com violentos conflitos fundiários e com a inacessibilidade dos recursos naturais de seus territórios. Cf. Dados da Comissão Pró-Índio de São Paulo. Disponível em [http://www.cpisp.org.br/htm/leis/conheca\\_quilombos\\_fed.htm](http://www.cpisp.org.br/htm/leis/conheca_quilombos_fed.htm). Acesso em 08/09/2008.

<sup>159</sup> Esta atuação conjunta entre os atores responsáveis tanto pelas políticas culturais quanto pela regularização fundiária é fundamental na consolidação do consenso entre duas posições teóricas distintas acerca da questão quilombola: “De um lado, temos a posição **primordialista**, que está ligada a um uso do quilombo que o toma, em primeiro lugar, como ícone da “consciência” e da “cultura negra”, a uma crítica a democracia racial, que faz com que o “artigo 68” esteja associado à idéia de uma reparação da dívida histórica que o sistema escravista deixou ao Estado e à sociedade brasileira. De outro, temos a posição **ressementizadora**, que resulta da equação das expressões “terras de uso comum”, categorias de “auto-atribuição”, “novas etnias” e está associada àquela outra genealogia do “artigo 68”. Há um largo campo de consenso entre os atores envolvidos nesse debate que está acima ou abaixo desse desentendimento. Todos têm lançado mão da simbologia do 20 de Novembro e partilham a convicção da necessidade de uma recaptura do termo quilombo e do “artigo 68” que permita contemplar os chamados “quilombos contemporâneos” por meio tanto da proteção cultural quanto da regularização fundiária.” Cf. ARRUTI, José Maurício. Mocambo... p. 100-101.

jurídicos da Casa Civil da Procuradoria da República de n°.1490.

O texto normativo do Decreto mantém a postura governamental de não desapropriação de terras particulares para regularização fundiária das comunidades quilombolas. Entretanto, o maior retrocesso advindo pela edição deste Decreto corresponde à restrição do direito constitucionalmente previsto no art. 68, de modo a limitar o reconhecimento das terras de quilombos àquelas que *por elas* [remanescentes de comunidades de quilombos] *estivessem sendo ocupadas em 1888 e que estavam ocupadas por remanescentes das comunidades de quilombos em 5 de outubro de 1988*. (Art. 1º, Parágrafo Único, incisos I e II).

O despropósito destas exigências, que analogicamente instituem uma espécie de usucapião aos remanescentes de quilombos, instituindo a permanência de um século nas terras como elemento necessário, é habilmente comentada pelo Procurador Walter Claudius Rothenburg:

O equívoco no decreto aqui é evidente e não consegue salvar-se nem com a melhor das boas vontades. Do ponto de vista histórico, sustenta-se a formação de quilombos ainda após a abolição formal da escravatura, por (agora) ex-escravos (e talvez não apenas por estes) que não tinham para onde ir ou não desejavam ir para outro lugar. **Então as terras em questão podem ter sido ocupadas por quilombolas depois de 1888.**

Ademais, várias razões poderiam levar a que terras de quilombos se encontrassem, em 1888, ocasionalmente desocupadas. Imagine-se um quilombo anterior a 1888 que, por violência de latifundiários da região, houvesse sido desocupado temporariamente em 1888 mas voltasse a ser ocupada logo em seguida (digamos, em 1889), quando a violência cessasse. **Então as terras em questão podem não ter estado ocupadas por quilombolas em 1888.**<sup>160</sup>

Na verdade o que está em disputa nesta discussão, que permeia a estrutura do Decreto n.º 3912/2001, é a significação que se deseja atribuir à categoria-política “quilombo”: Por um lado, a definição de “quilombo-histórico”, arqueológico, ligado ao **passado** e preso às *camisas de força da jurídica colonial, da jurídica imperial e até*

---

<sup>160</sup> ROTHENBURG, Walter Claudius. **O processo administrativo relativo às terras de quilombos: análise do Decreto n.º 3.912, de 10 de setembro de 2001**. In **Quilombos: a hora e a vez dos sobreviventes**. São Paulo: Comissão pró Índio de São Paulo, 2001. p. 18-19.

*daquela que a legislação republicana não produziu porque achava que tinha encerrado o problema com a abolição da escravatura.*<sup>161</sup>. Em contraposição, a interpretação da categoria dos quilombos em sua contemporaneidade, a partir de um **futuro** erguido nas bases da alteridade, como *resultado de processos de confrontação e não lugares utópicos e despolitizados.*<sup>162</sup>

Trata-se da luta constante pela ruptura com os arquétipos coloniais que persistem bebendo da fonte normativa produzida pelo escravizador, a quem a categoria do quilombo não possuía outro sentido senão o do etnocentrismo e da criminalização, conforme demonstrado quando da contextualização histórica. Importar a aplicação destes conceitos para uma Constituição democrática, que possui como vetor orientador o princípio da *dignidade humana*, além de inconstitucional é absurdamente carente de lógica.<sup>163</sup>

Frente às dificuldades apresentadas neste Decreto, que em sua vigência não resultou na titulação de uma terra quilombola sequer, o presidente Luiz Inácio Lula da Silva, atendendo às reivindicações das comunidades quilombolas, editou o Decreto n° 4887/2003 que, revogando o decreto anterior criou condições para retomada das titulações.

Dentre os notáveis avanços na configuração deste novo texto normativo, encontram-se a delegação de competência do processo de identificação ao reconhecimento para o Ministério de Desenvolvimento Agrário (INCRA)<sup>164</sup>; a caracterização de remanescentes de comunidades de quilombos pelo critério da autodefinição da própria comunidade e, principalmente, a qualificação jurídica de comunidades quilombolas em conformidade às advertências históricas e antropológicas:

---

<sup>161</sup> ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno. **Os Quilombos e as Novas etnias**. p. 16 In LEITÃO, Sérgio. (Org.) **Documentos do ISA n.º 05: Direitos Territoriais das Comunidades Negras Rurais**. ISA: São Paulo, 1999.

<sup>162</sup> ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno. Obra citada. p 18.

<sup>163</sup> Cf. DUPRAT, Deborah em entrevista à **Revista de Direito Agrário**/ Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária. – Ano 20- n° 20. Brasília: INCRA, 2007. p. 18.

<sup>164</sup> 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*. BRASIL, Decreto n° 4887/2003. Art. 3º.

Art. 2º Consideram-se remanescentes das comunidades dos quilombos, para os fins deste Decreto, os grupos étnico-raciais, segundo critérios de auto-atribuição, com trajetória histórica própria, dotados de relações territoriais específicas, com presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida.

Além disso, para solucionar o impasse frente à incidência de terras de domínio particular em território quilombola, o Decreto prevê em seu artigo 13, a avaliação e vistoria do imóvel, reconhecendo a possibilidade de desapropriação, em caso de necessidade. A utilização do instituto da desapropriação, adotada pelo decreto, está longe de ser uníssona entre os doutrinadores que acabam por sustentar uma série de outras medidas jurídicas mais adequadas ao tratamento da questão.

Walter Rothenburg, é um dos críticos do cabimento da desapropriação, argumentando que ao declarar a propriedade definitiva das comunidades quilombolas, o texto normativo suprimiria a necessidade de se desapropriar. Nos casos de comprovada validade de direitos dos particulares sobre as terras – como a detenção de títulos anteriores legitimamente adquiridos ou a presença de posseiros que eventualmente tenham feito benfeitorias – seria legítimo o pagamento de indenização, que além de justa, cumpriria a função de reduzir a possibilidade de conflitos e garantir a efetividade do direito de propriedade das terras dos remanescentes de comunidades de quilombos.<sup>165</sup>

Sustenta o autor, que o procedimento de desapropriação<sup>166</sup> por seu caráter moroso tende a frustrar as expectativas tanto do desapropriado – em receber sua indenização – quanto das comunidades em sua intenção de manutenção da posse, já que a princípio, o momento de consumação da desapropriação vincula-se ao pagamento da

---

<sup>165</sup> ROTHEMBURG, Walter Claudius. **Direito dos Descendentes de Escravos (Remanescentes das Comunidades de Quilombos)**. In Igualdade, **Diferença e Direitos Humanos**. SARMENTO, Daniel ; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. (Org.) Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2008. p. 464-466.

<sup>166</sup> *À luz do Direito Positivo brasileiro, desapropriação se define como o procedimento através do qual o Poder Público, fundado em necessidade pública, utilidade pública ou interesse social, compulsoriamente despoja alguém de um bem certo, normalmente adquirindo-o para si, em caráter originário, mediante indenização prévia, justa e pagável em dinheiro, salvo no caso de certos imóveis urbanos ou rurais, em que, por estarem em desacordo com a função social legalmente caracterizada para eles, a indenização far-se-á em títulos da dívida pública, resgatáveis em parcelas anuais e sucessivas, preservado seu valor real.* BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 23ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 834-835.

indenização pelo Poder Público.<sup>167</sup>

Em outra via, Daniel Sarmiento ao tratar da questão, pondera que a aplicação da desapropriação acarreta vantagens práticas relevantes ao processo de titulação, proporcionando maior segurança jurídica em face dos títulos emitidos para as comunidades quilombolas e apaziguando os conflitos possessórios daí decorrentes. Entretanto, reconhece os óbices deste procedimento à efetivação do direito territorial quilombola, na medida em que até o momento do pagamento da indenização pelo Estado, estarão as comunidades submetidas aos efeitos da utilização de instrumentos processuais possessórios e reivindicatórios por parte do proprietário.<sup>168</sup>

Com o objetivo de propor remédio a esta questão, garantindo o direito à posse dos remanescentes de quilombos mesmo antes da desapropriação, Sarmiento defende que o próprio texto constitucional haveria operado a afetação das terras ocupadas pelos quilombolas a uma finalidade pública de máxima relevância, qual seja a do exercício do direito fundamental ao território, com o uso da terra pelas próprias comunidades, de acordo com seus costumes e tradições. Uma vez reconhecida esta afetação constitucional, aos proprietários caberia apenas o pleito indenizatório em face do Poder Público, não sendo possível a utilização dos demais instrumentos possessórios já citados.<sup>169</sup>

Ainda em defesa da utilização do instituto da desapropriação, eleito pelo Decreto em tela, Aurélio Virgílio Rios pontua que *a desapropriação corresponderia a um resgate*

---

<sup>167</sup> Tendo em vista o texto do art. 5ºXXIV da Carta Constitucional, que subordina a desapropriação à “prévia e justa indenização...”, desde logo depreende-se que não se pode consumir antes do pagamento de indenização. Em consequência, o Poder Público só adquira o bem e o particular só o perderá com o pagamento da indenização. (...)BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 23ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 858

<sup>168</sup> É verdade que a legislação prevê a possibilidade de imissão provisória do Estado na posse do bem expropriado, seja na desapropriação por necessidade ou utilidade pública (Decreto nº 3.365/41, art. 15), seja naquela motivada por interesse social (Lei nº 4.132/62, art. 5º), seja ainda na desapropriação para fins de reforma agrária (Lei Complementar nº 76/93, art. 6º, inciso I). Contudo, estas medidas apenas são cabíveis depois do ajuizamento da ação de desapropriação e do depósito do preço em favor do proprietário, tal como determinado em lei. SARMENTO, Daniel. A garantia do direito à posse dos remanescentes de quilombos antes da desapropriação. Disponível em [http://ccr6.pgr.mpf.gov.br/documentos-e-publicacoes/docs\\_artigos/Dr\\_Daniel\\_Sarmiento.pdf/view](http://ccr6.pgr.mpf.gov.br/documentos-e-publicacoes/docs_artigos/Dr_Daniel_Sarmiento.pdf/view). Acesso em 08/09/2008.

<sup>169</sup> Cf. SARMENTO, Daniel. A garantia do direito à posse dos remanescentes de quilombos antes da desapropriação. Parecer disponível em [http://ccr6.pgr.mpf.gov.br/documentos-e-publicacoes/docs\\_artigos/Dr\\_Daniel\\_Sarmiento.pdf/view](http://ccr6.pgr.mpf.gov.br/documentos-e-publicacoes/docs_artigos/Dr_Daniel_Sarmiento.pdf/view). p. 2 Acesso em 08/09/08.

*da expropriação sofrida pelos quilombos*, considerando que a Constituição Federal não reconhece o direito originário sobre as terras tradicionais que ocupam – como faz com os povos indígenas (Art. 231), nem tampouco torna nulo os títulos de domínio dos particulares incidentes sobre o território quilombola.<sup>170</sup>

Indicados os principais argumentos sobre as vantagens e os ônus do modelo jurídico vigente para aplicação do dispositivo constitucional, realizaremos a partir de agora a análise da classificação do direito ao território como um direito fundamental e as ponderações acerca da eficácia e aplicabilidade deste artigo.

### **3. O DIREITO AO TERRITÓRIO QUILOMBOLA COMO DIREITO FUNDAMENTAL**

A percepção do território para os Povos tradicionais, conforme mencionamos, extrapola a noção imobiliária e se constrói umbilicalmente associada à identidade e a existência das comunidades. Ao dispor sobre o território das comunidades quilombolas, o artigo 68 do ADCT remete-se de maneira inquestionável ao direito fundamental sem o qual não será possível o exercício dos demais direitos pela coletividade.

Neste espectro, Daniel Sarmiento defende a ligação umbilical entre o princípio da dignidade da pessoa humana e a garantia do território das comunidades quilombolas disposta no artigo 68 do ADCT. Em primeiro lugar, porque se refere à garantia do direito à moradia – componente essencial do princípio da dignidade da pessoa humana – sendo que a retirada dos quilombolas das terras em que ocupam provavelmente os deixaria sem um lugar para morar.<sup>171</sup>

Mais importante, entretanto, é o significado particular que a terra assume para as comunidades tradicionais, constituindo-se não apenas em patrimônio tangível – passível

---

<sup>170</sup> RIOS, Aurélio Virgílio. **Quilombos e Igualdade Étnico-Racial**. In PIOVESAN, Flavia; DE SOUZA, Douglas Martins. (Coord.) **Ordem Jurídica e Igualdade Étnico-Racial**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2008. p. 201.

<sup>171</sup> Cf. SARMENTO, Daniel. A garantia do direito à posse dos remanescentes de quilombos antes da desapropriação. Parecer disponível em [http://ccr6.pgr.mpf.gov.br/documentos-e-publicacoes/docs\\_artigos/Dr\\_Daniel\\_Sarmiento.pdf/view](http://ccr6.pgr.mpf.gov.br/documentos-e-publicacoes/docs_artigos/Dr_Daniel_Sarmiento.pdf/view). p.5 e ss. 2 Acesso em 13/09/08.

de trocas e re-aloções – mas principalmente enquanto elemento unificador da coletividade e mantenedor de sua identidade étnica e cultural. Isto faz com que a retirada destes territórios tradicionais transcenda a violação do direito à moradia e corresponda ao etnocídio destes povos, provocando “*crises profundas, intenso sofrimento e uma sensação de desamparo e de desorientação que dificilmente encontram paralelo entre os integrantes da cultura capitalista de massas.*”<sup>172</sup>

Desta forma, o desaparecimento de um grupo étnico viola não apenas os direitos dos membros da comunidade diretamente envolvida, mas também toda a coletividade brasileira com a expropriação dos modos tradicionais de “criar, fazer e viver”, componentes importantes do patrimônio cultural nacional. (Art. 215, *caput* e inciso II).

Dalmo de Abreu Dallari, ao avaliar o papel dos direitos fundamentais na Constituição brasileira vigente, os apresenta como a resposta dos constituintes de 1988 aos anseios e aspirações do povo diante das desigualdades e opressões presentes na sociedade brasileira, fruto em grande parte da “acumulação histórica de injustiças” que permeia a trajetória do país. Sugere a partir daí, que a análise da garantia dos direitos humanos e fundamentais no Brasil impõe a observação histórica dos processos desiguais de formação do território – que se desdobraram em uma série de diferenças regionais, e também no desrespeito com certos segmentos sociais que se inicia com a exploração indígena e continua com a escravização do negro.<sup>173</sup>

Na dicção do autor:

Existem no Brasil tantas situações de marginalização e de injustiça social, e isso aparece com tamanha evidência, que se tem a impressão de que nada de positivo pode ser dito relativamente à situação dos Direitos Humanos. O que existe, de fato, é uma acumulação histórica de injustiças, sendo necessário ir até o início do século XIV para perceber e compreender esta trajetória, que teve um mau começo em termos de reconhecimento e respeito dos direitos fundamentais da pessoa humana.<sup>174</sup>

---

<sup>172</sup> SARMENTO, Daniel. Obra citada. p. 6.

<sup>173</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **Os direitos fundamentais na Constituição Brasileira**. In GRAU, Eros Roberto; FIOCCA, Demian. (Org.) **Debates sobre a Constituição de 1988**. p. 49 e ss.

<sup>174</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. Obra citada. p. 50

Frente esta conexão direta proposta por Dallari, entre a violação histórica de direitos e a instituição de direitos fundamentais, é razoável que a Constituição democrática de 1988, ao garantir o direito territorial das comunidades quilombolas o faça em *status* de direito fundamental, na medida em que seu exercício contribui diretamente à redução das agressões à dignidade humana, núcleo axiológico da Carta Magna.

A própria incorporação do princípio democrático no Estado de Direito, como atenta José Afonso da Silva, implica na recepção dos direitos sociais e étnicos da população brasileira enquanto direitos fundamentais a serem tutelados e garantidos pela esfera estatal.<sup>175</sup>

Além disso, o texto constitucional é claro ao assegurar que o rol de direitos fundamentais formalmente elencados não é taxativo, sendo garantida a evocação de outros direitos decorrentes do regime constitucional ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. (Art. 5º, §2º).

Nos ensinamentos de Ingo Sarlet, o sistema de direitos fundamentais não se constitui em um sistema autônomo e auto-suficiente, mas em *um sistema aberto e flexível, receptivo a novos conteúdos e desenvolvimentos, integrado ao restante da ordem constitucional, além de sujeitos aos influxos do mundo circundante.*<sup>176</sup> Ainda conforme o autor, ao lado dos direitos fundamentais formais, cristalizados no catálogo constitucional, existem os direitos fundamentais materiais, que embora estejam fora do rol podem ser considerados como fundamentais, dada a importância do conteúdo de suas disposições:

De modo geral, os direitos fundamentais em sentido formal podem, na esteira de K. Hesse, ser definidos como aquelas posições jurídicas da pessoa – na sua dimensão individual, coletiva ou social – que, por decisão expressa do Legislador-Constituinte foram consagradas no catálogo dos direitos fundamentais (aqui considerados em sentido amplo). Direitos fundamentais em sentido material são aquelas que, apesar de se encontrarem fora do catálogo, por seu conteúdo e por sua importância podem ser equiparados aos direitos

---

<sup>175</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

<sup>176</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9 ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2008. p. 83.

formalmente (e materialmente) fundamentais.<sup>177</sup>

O caso do direito ao território das comunidades tradicionais parece se adequar perfeitamente a esta definição. Em que pese não esteja alinhado ao catálogo formal de direitos fundamentais, a relevância de sua disposição bem como a gama de direitos fundamentais que estão atrelados a sua concretização (direito à moradia, direito à cultura, etc.) tornam possível sua classificação como direito constitucional fundamental.

Nesta esteira, adotamos a definição de direitos fundamentais utilizada por Sarlet em sua obra de destaque *A eficácia dos direitos fundamentais*:

Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparadas, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo).<sup>178</sup>

A garantia de classificação direito territorial das comunidades como direito fundamental - ainda que com a ressalva da dificuldade de se enquadrar o direito dos Povos Tradicionais em um arcabouço jurídico cuja fundamentação originária ainda guarda fortes resquícios de individualismo - fortalece a efetiva interpretação do dispositivo constitucional e acarreta importantes reflexos em sua concretização e aplicabilidade.

### 3.1. NORMATIVIDADE E AUTO-APLICABILIDADE DO TEXTO CONSTITUCIONAL

A análise da norma-regra do artigo 68 do ADCT traz em si a elucidação de dois debates constitucionais com importantes conseqüências para sua concretização.

Em primeiro lugar a afirmação de sua **normatividade**, tal como de todo o corpo

---

<sup>177</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Obra citada. p. 92.

<sup>178</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9 ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2008. p. 89.

jurídico-constitucional pátrio, independentemente da localização do dispositivo no texto articulado, nos dispositivos transitórios<sup>179</sup> ou até mesmo no preâmbulo. Conforme ensina o constitucionalista Paulo Bonavides, é missão da doutrina constitucional contemporânea proclamar a natureza jurídica da Constituição, promovendo a unidade normativa e descartando a possibilidade de existência de *proposições ociosas, sem força cogente*.<sup>180</sup>

Destarte, para além da atribuição de força normativa aos preceitos constitucionais subsiste uma outra questão, referente à aplicabilidade e eficácia destas normas que deve ser aqui melhor elucidada. Na esteira dos ensinamentos de Ingo W. Sarlet, entende-se por eficácia jurídica *a possibilidade (no sentido de aptidão) de a norma vigente (juridicamente existente) ser aplicada aos casos concretos e de – na medida de sua aplicabilidade – gerar efeitos jurídicos*.<sup>181</sup> . Constrói-se a partir deste conceito um binômio entre eficácia jurídica e aplicabilidade das normas constitucionais, a partir do qual estas duas categorias passam a ser tratadas como *duas faces de uma mesma moeda*.

A reflexão sobre a gradação da eficácia jurídica entre as normas constitucionais conduziu os trabalhos de José Afonso da Silva os quais resultaram em proposta, apresentada no fim dos anos 60, de tipologia normativa que sistematiza os preceitos normativos de forma tripartida: (i) normas de eficácia plena<sup>182</sup> – capazes de, por si só e desde a sua entrada em vigor, produzirem seus principais efeitos; (ii) normas de

---

<sup>179</sup> É preciso pontuar que a localização topográfica do artigo 68 no Ato das Disposições Transitórias Constitucionais deve ser entendida como acidental, na medida em que não está gravada por qualquer cláusula de temporalidade ou circunstancial, sendo seu deslocamento fruto de regras regimentais do processo constituinte. Cf. SILVA, Dimas Salustiano da. **Constituição Democrática e Diferenças Étnicas no Brasil contemporâneo: um exercício constitucional-concretista face o problema do acesso à terra das comunidades negras remanescentes dos quilombos**. Dissertação de Mestrado: Programa de Pós-graduação em Direito da UFPR, 1996. p. 146.

<sup>180</sup> Neste sentido, Rui Barbosa : “*Não há, numa Constituição cláusulas a que se deva atribuir meramente o valor moral de conselhos avisos ou lições. Todas têm a força imperativa de regras, ditadas pela soberania nacional ou popular aos seus órgãos. Muitas, porém, não revestem dos meios de ação essenciais ao seu exercício os direitos, que outorgam, ou os encargos, que impõe: estabelecem competências, atribuições, poderes, cujo uso tem de aguardar que a Legislatura, segundo o seu critério, os habilite a se exercerem.*” BARBOSA, Rui. **Comentários à Constituição Federal Brasileira, II**, São Paulo, 1933, p.489. Apud BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª. Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 1996. p. 210.

<sup>181</sup> SARLET, IngoWolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9 ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2008. p. 253.

<sup>182</sup> "aquelas que, desde a entrada em vigor da constituição, produzem, ou têm a possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular". SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 101.

eficácia contida<sup>183</sup> – aptas a produzirem seus efeitos essenciais, mas passíveis de restrição pelo legislador; (iii) normas de eficácia limitada<sup>184</sup> – caracterizadas essencialmente pela sua aplicabilidade indireta e reduzida, por não terem recebido do legislador constituinte a normatividade suficiente para serem diretamente aplicáveis e produzirem seus efeitos primordiais, carecendo, para tanto, de intervenção legislativa.

Solução diversa foi apresentada por Ingo W. Sarlet segundo a qual a sistematização das normas constitucionais envolve a conformação de duas grandes categorias formuladas sob o critério de densidade normativa dos preceitos. Para o autor, é pode-se falar em normas constitucionais de alta densidade normativa, que possuem normatividade suficiente para gerar seus efeitos essenciais sem o intermédio do legislador ordinário (mesmo que posteriormente se submetam a restringibilidade) e normas constitucionais de baixa densidade normativa as quais não possuem a normatividade necessária para gerar seus efeitos principais sem intervenção legislativa.<sup>185</sup>

Em relação às normas que garantam e prevejam direitos fundamentais – como é o caso do artigo 68 do ADCT - a própria Lei Fundamental determina ( em seu artigo 5º, §1º) sua aplicabilidade imediata, sendo que, segundo parte da doutrina, esta determinação vincula todos os órgãos públicos e particulares aos direitos fundamentais, *independentemente de qualquer ato legislativo ou administrativo*.<sup>186</sup>

Deste modo, na observância específica da eficácia jurídica do art. 68 ADCT corroboramos com a tese apresentada por Walter Rothemburg, segundo a qual o dispositivo é dotado de evidente aplicabilidade imediata<sup>187</sup>, que pode ser percebida já da

---

<sup>183</sup> "aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do poder público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nela enunciados" SILVA, José Afonso da. Obra citada., p. 116

<sup>184</sup> "aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do poder público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nela enunciados" Idem. Ibidem, p. 116.

<sup>185</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9 ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2008. p. 268.

<sup>186</sup> Esta posição é adotada por Eros R. Grau, Luis Roberto Barroso, dentre outros. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. Obra citada. p. 282.

leitura de sua redação. O texto normativo apresenta em sua letra, a indicação do objeto do direito (propriedade definitiva das terras ocupadas), o sujeito ou beneficiário (remanescentes das comunidades de quilombos), a condição (ocupação tradicional das terras), o dever correlato (reconhecimento da propriedade e emissão dos respectivos títulos) e o sujeito passivo (Estado, Poder Público).

Diferentemente se posiciona Dimas Salustiano da Silva, para quem o artigo 68 do ADCT é comando que envolve normas de eficácia contida, na medida em que embora tenha o legislador regulado adequadamente os interesses das comunidades, não pontuou a atuação restritiva que pode ser desempenhada tanto pelo legislador constituinte derivado quanto à discricionariedade do poder público.<sup>188</sup>

De qualquer forma, já há formado considerável arcabouço legislativo sobre a matéria - integrado pelo Decreto 4887/2003 e sustentado pela legislação federal que lhe dá fundamentação de validade<sup>189</sup> - determinando satisfatoriamente o *modus operandi* da titulação de terras quilombolas.

A aplicabilidade imediata do artigo 68, em face de sua alta densidade normativa, avaliza o cabimento do Decreto supra mencionado que desempenha, tão somente, a função de regulamentar alguns aspectos do processo administrativo para viabilizar a concretização constitucional.<sup>190</sup>

#### 4. FORMAS DE APROPRIAÇÃO E A TITULAÇÃO DO TERRITÓRIO QUILOMBOLA

---

<sup>188</sup> SILVA, Dimas Salustiano da. **Constituição Democrática e Diferenças Étnicas no Brasil contemporâneo: um exercício constitucional-concretista face o problema do acesso à terra das comunidades negras remanescentes dos quilombos**. Dissertação de Mestrado: Programa de Pós-graduação em Direito da UFPR, 1996. p. 142.

<sup>189</sup><sup>189</sup> O Decreto nº 4887/03 retira seu fundamento de validade das normas do art. 14, IV, "c", da Lei nº 9.649 de 27 de maio de 1988, a qual dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e do artigo 2º, III e parágrafo único da Lei 7668/88 que autoriza o poder executivo a constituir a Fundação Palmares. Cf. Parecer nº AGU/MC – I/2006, requerido pelo Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República sobre a interpretação da questão quilombola na Constituição de 1988, constante em DUPRAT, Deborah. (Org.) **Pareceres Jurídicos: Direito dos Povos e Comunidades Tradicionais**. Manaus: UEA, 2007.

<sup>190</sup> Em maio de 2007, o deputado Valdir Colatto (SC) apresentou o Projeto de Decreto Legislativo de nº 44, com o intuito de sustar a aplicação do Decreto nº 4887/2003 e conseqüentemente, anular todos os atos administrativos expedidos com base no referido decreto. A justificativa desenvolvida pelo parlamentar é a de que o decreto em tela exorbitaria o uso de poder regulamentar conferido à espécie normativa dos decretos porquanto regulamentaria direta e imediatamente o artigo 68 do ADCT. Todavia, aplicação direta do artigo 68 bem como a fundamentação do Decreto 4887 em leis federais acima mencionadas parece afastar a procedência desta arguição.

A prática comunitária das comunidades remanescentes de quilombos aponta para formas de uso comum da terra nas quais o controle dos recursos básicos não é concentrado livre e individualmente por um de seus membros ou por determinado grupo familiar. Ao contrário, como relata Alfredo Wagner, o controle se dá pela combinação do uso comum de recursos e apropriação privada de bens, a partir de normas específicas estabelecidas na teia dos grupos familiares que compõe a unidade social.<sup>191</sup>

Estas formas coletivas de pertencimento podem ter origem histórica na medida em que os descendentes das famílias que formaram o quilombo não tenham realizado o formal de partilha e tenham se apropriado do espaço de maneira não-individual, com a prevalência dos laços de consangüinidade e compadrio em detrimento dos instrumentos jurídico-formais de sucessão.<sup>192</sup>

Os arranjos coletivos de pertencimento, possíveis e comuns nas comunidades de quilombos, desafiam os institutos modernos do direito privado e impõe a releitura de categorias essenciais - como os direitos subjetivos<sup>193</sup> e propriedade privada - fundadas sob o marco do individualismo e insuficientes para compreensão destas realidades.

Com o objetivo de tutelar essas práticas coletivistas, o Decreto 4887 (Art. 17), determina o reconhecimento do domínio em favor das comunidades com a emissão de títulos coletivos e pró-indivisos, com a obrigatória inserção das cláusulas de inalienabilidade, imprescritibilidade e impenhorabilidade.

Ocorre que a indicação de uso comum em todo o território titulado adequa-se

---

<sup>191</sup> ALMEIDA, Alfredo Wagner Bueno de. **Terras tradicionalmente ocupadas: Processos de Territorialização, movimentos sociais e uso comum.** In. I Encontro dos Povos dos Faxinais, 2005, Irati. Anais. Irati: IAP, 2005. p. 126.

<sup>192</sup> ROTHEMBURG, Walter Claudius. **Direito dos Descendentes de Escravos (Remanescentes das Comunidades de Quilombos).** In **Igualdade, Diferença e Direitos Humanos.** SARMENTO, Daniel ; IKAWA, Daniela ; PIOVESAN, Flávia. (Org.) Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2008. p. 466.

<sup>193</sup> Sobre os rumos do Direito Civil contemporâneo na questão patrimonial escreve Luiz Edson Fachin: “A tendência social revela sensível horizonte diverso aos titulares dos direitos subjetivos individuais: se trata do exercício da solidariedade social, solfejo para uma nova sinfonia. O conceito de cidadania é continente que abriga essa dimensão fortificada da pessoa no plano de seus valores e direitos fundamentais.” Cf. FACHIN, Luiz Edson. **Questões do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 65.

mais a idéia de comunidade ideal, construída harmônica e unificadamente, que a complexidade das comunidades reais. Nestas, as formas de organização social não correspondem necessariamente a práticas igualitárias e principalmente, nem sempre o espaço do trabalho familiar coincide com o plano de organização comunitária (que pode se desenvolver nos espaços da religiosidade e da cultura, por exemplo.).<sup>194</sup>

Desta forma, portanto, as comunidades adotam várias formas de pertencimento que variam de acordo com sua formação territorial e com as relações sociais que se estabelecem dentro da coletividade. Estas formas, como alerta Rothenburg, adquirem feições mais ou menos coletivistas que não devem ser aprisionadas na normalização jurídica sob a categoria de apropriação comum. Segundo o autor, sob pena de engessar as práticas comunitárias e assim sufocar a diversidade que se tenta tutelar, a interpretação que deve prevalecer é a adoção da apropriação coletiva como modelo ordinário (por ser mais protetivo) a ser utilizado pelo poder público, *desde que corresponda à realidade e às expectativas da comunidade.*<sup>195</sup>

Quando adequada às relações sociais da comunidade, a titulação coletiva dos territórios quilombolas oferece grandes benefícios, pois favorece o sistema comunal de utilização da terra e principalmente; impede o fracionamento do espaço em pequenos lotes individuais e evita os avanços dos agentes de especulação imobiliária sobre a comunidade. O importante, nesta questão, é a afinação do direito com as práticas sociais, evitando a imposição de fórmulas jurídicas pautadas em organizações irreais, construídas sobre a ficção de uma comunidade ideal.

A mesma observação deve ser tecida a respeito do parágrafo único do Art. 17

---

<sup>194</sup> À título de ilustração recorreremos ao exemplo da Comunidade Quilombola de João Surá, localizado no município de Adrianópolis-PR, na qual as práticas de agricultura são realizadas de forma individual a partir da organização de unidades familiares dentro do território. Para o aprofundamento nas práticas de agricultura desta comunidade, consultar: FIDELIS, Lourival. **Agricultura quilombola e suas interfaces com a agroecologia: História e tradições ligadas a agricultura tradicional do Quilombo João Surá**, 2006, 61f. Monografia (Especialização em Educação do Campo e Agricultura Familiar e Camponesa). – Programa de Pós-Graduação em Agronomia – Produção Vegetal, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006.

<sup>195</sup> ROTHEMBURG, Walter Claudius. **Direito dos Descendentes de Escravos (Remanescentes das Comunidades de Quilombos)**. In **Igualdade, Diferença e Direitos Humanos**. SARMENTO, Daniel e IKAWA, Daniela e PIOVESAN, Flávia. (Org.) Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2008. p. 468.

(Decreto 4887) que prevê a necessidade da representação das comunidades na forma de associações legalmente constituídas. Se o esforço jurídico empreendido no decreto caminhou para a incorporação de formas coletivas de organização, a obrigatoriedade de organização no modelo jurídico-formal de associações se coloca na contra-mão deste raciocínio. A complexidade social acaba comprimida por uma construção jurídica que transforma o coletivo em individual ao interpor à comunidade sua cristalização em pessoa jurídica de direito privado.

## **5. HISTÓRIA E MEMÓRIA: O PAPEL DOS LAUDOS ANTROPOLÓGICOS**

Não poderíamos encerrar este trabalho sem algumas considerações sobre a relevante contribuição da área da antropologia para a concretização dos direitos das comunidades quilombolas. A constitucionalização dos direitos étnicos dos povos indígenas e quilombolas e a conseqüente reivindicação por parte destes movimentos organizados acarretou o surgimento de inúmeros processos administrativos e judiciais que versam sobre o tema., sobretudo no que tange os aspectos da regularização fundiária destes territórios.

Todavia, conforme anteriormente exposto, os processos que envolvem direitos coletivos e individuais destes grupos sociais versam sobre matéria que extravasa os muros jurídicos e se diferencia dos direitos coletivos explorados pela ciência processual, demandando para sua elucidação o diálogo com outras áreas do conhecimento, principalmente o campo da antropologia.

Nesta perspectiva, os antropólogos tornam-se responsáveis pela elaboração de laudos e relatórios de identificação étnica e delimitação territorial, sendo também chamados para atuarem como assistentes técnicos de juizes ou advogados em demandas judiciais. Este novo papel profissional assumido pelos estudiosos da antropologia, bem a crescente interface desta área com os espaços jurídicos, demanda grande esforço de adequação das expectativas da perícia jurídica, em sua pretensão de cientificidade, e o

lugar possível para as constatações antropológicas.

Os laudos de identificação étnica, produtos de perícia técnica antropológica, teriam por objetivo *reunir elementos que indiquem a plausibilidade da afirmação de pertencimento de um grupo social a um grupo étnico de origem cultural americana ou africana*.<sup>196</sup> Neste trabalho delicado de resgate da memória e identidade do grupo, muitas vezes invisível aos recursos documentais oficiais, a narrativa memorial dos sujeitos se torna central na missão de *destextualizar os documentos inscritos, tornando-os “falas” passíveis da análise antropológica*.<sup>197</sup>

O reconhecimento de outros registros na abordagem jurídica dos direitos étnicos, na visão acertada de Arruti, significa mais que a abertura interdisciplinar de uma área do conhecimento: É a possibilidade de ruptura com a racionalidade de dominação das instâncias de poder, traduzidas na *lógica jurídica* e nos *recursos políticos*, os quais tendem a encarar apenas seus próprios instrumentos como legítimos para atestar o registro sobre o real.<sup>198</sup>

Ainda de acordo com o autor, as novas formas jurídicas que buscam formular a equação entre memória, história, território e identidade e respectivamente seu lugar no plano dos “direitos”, mesmo que pela positivação *relativamente liberal do texto de lei*, encontram dificuldades no momento de sua concretização e compatibilização com a estrutura e a racionalidade jurídica.<sup>199</sup>

A memória não se molda perfeitamente à lógica de “provas” documentais. Muitas vezes ela só pode ser “recuperada” factualmente, legitimada frente às autoridades, com a assistência sistemática de peças documentais, mas, como vimos, é comum que ambas – a memória dos grupos, de um lado, e documentação histórica de outro - estejam em total desencontro, produzido

---

<sup>196</sup> DARELLA, Maria Dorothea Post ; MELLO, Flávia Cristina de. **Laudos Antropológicos e sua contribuição ao Direito**. In COLAÇO, Thais Luzia. (Org.) **Elementos de antropologia jurídica**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.p. 165.

<sup>197</sup> ARRUTI, José Maurício. **Mocambo: antropologia e história do processo de formação quilombola**. Bauru,SP: Edusc, 2006. p. 193.

<sup>198</sup> ARRUTI, José Maurício. Obra citada. p. 192.

<sup>199</sup> Idem. Ibidem. p. 193.

pelos jogos de claro e escuro que são definidos nos contextos de enunciação.<sup>200</sup>

O binômio interativo - direito e antropologia- impõe à teoria do direito a árdua tarefa de se desprender definitivamente dos resquícios positivistas que a aprisionam, compreendendo que a objetividade – critério sempre presente na produção científica – não suprime a subjetividade que deve ser justificada e incorporada ao processo analítico.<sup>201</sup> É o verdadeiro esforço de incorporação de novas fontes de produção jurídica e também de novos mecanismos de legitimação do direito erguidos sobre as práticas sociais de subjetividades coletivas concretas.

---

<sup>200</sup> Idem. Ibidem. p. 193.

<sup>201</sup> Idem. Ibidem. p. 193.

## CONCLUSÕES

Recomenda Bertold Brecht, em seu poema: (...) *não aceiteis o que é de hábito como coisa natural; pois em tempo de ordem sangrenta, de confusão organizada, de arbitrariedade consciente, de humanidade desumanizada, nada deve parecer natural, nada deve parecer impossível de mudar.*

Parece ser este o tom que encaminha as mobilizações dos Povos e Comunidades Tradicionais, desde sempre invisíveis às estruturas de poder do Estado e indiferentes aos instrumentos de legitimação conferidos pelo Direito, eles agora reivindicam. Reivindicam pelo direito serem eles mesmos; de serem Povos; de possuírem identidade – cultura, religião, passado, história, memória – de permanecerem no território a que pertencem; de prosseguirem com seus modos de ser, fazer e viver e de determinarem o desenvolvimento e os rumos que pretendem seguir.

E assim colocam as estruturas jurídicas modernas, tão tradicionais e absolutas em cheque. Como lidar com sujeitos de direito eminentemente coletivos? Qual o tratamento jurídico adequado à regulação das relações de pertencimento entre os Povos e o território que ocupam? Como compreender outras formas de interação homem-natureza que não as pautadas na extração de recursos produtivos, marcadamente característica da sociedade urbano-industrial? Qual o lugar jurídico possível para compreensão do auto-reconhecimento destes grupos sociais? Ou ainda, como promover o diálogo entre normatização e subjetividade, diversidade e direitos?

O reconhecimento de um Estado multicultural e pluriétnico, incorporado na Carta

Constitucional de 1988, e absorvido por tantas outras experiências constitucionais latino-americanas parece ser um passo importante. Enterramos constitucionalmente o “mito da Nação brasileira” - terra de um só povo e uma só cultura – e abrimos espaço para que outras identidades étnicas passassem a se reconhecer e a serem reconhecidas.

Mas a luta não se encerra na Constituição e a Constituinte não acaba com a redação da Lei Fundamental. É preciso ir além : Revisitar criticamente os elementos do direito vigente com vistas a construir um arcabouço jurídico devidamente apto a concretizar o direito destes sujeitos e, principalmente, encontrar nas ferramentas jurídicas possibilidades de atuação contra-hegemônica que permitam fazer do campo do direito um espaço de combate para a conquista da transformação social.

Os Povos e Comunidades Tradicionais parecem protagonizar este processo de construção da alternatividade. O direito fundado em premissas modernas, individual-patrimonialistas, depara-se hoje com a imposição de respostas sobre direitos coletivos, cuja titularidade se identifica com subjetividades também coletivas e cujo vínculo de pertencimento transcende a relação mobiliária e utilitarista, tão cara à definição da propriedade moderna.

A possibilidade de autoreconhecimento destes grupos coloca em questão o formato das classificações sociais, nunca antes pautado por elementos que correspondessem à identidade intrínseca das coletividades, mas sempre conduzido por flutuações arbitrárias, impostas a partir de interesses exteriores que passavam ao largo de suas realidades.

A história, há muito estrangulada pelo monopólio dos registros oficiais, agora encontra a memória e se projeta em uma outra concepção de história: Que impulsiona o contato entre as faces do conhecimento, como por exemplo –direito, história e antropologia – e sobretudo, empreende esforços para a ruptura dos ciclos de dominação e de naturalização das injustiças, pautados na racionalidade das instâncias de poder e legitimados pelo monismo dos registros oficiais.

O reconhecimento étnico-territorial das comunidades remanescentes de quilombos se apresenta, assim, como o fim do silêncio de um século habituado a ignorar os sujeitos

da escravidão, mas principalmente, como o estopim de uma transformação maior que exige do direito a retirada das vendas da *Themis* para que se enxergue a diversidade de experiências jurídicas que a realidade tem a oferecer.

## REFERÊNCIAS

ALENCASTRO, Luiz Felipe de. **O trato dos viventes: formação do Brasil no Atlântico Sul**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno. **Os Quilombos e as Novas etnias**. In LEITÃO, Sérgio. (Org.) **Documentos do ISA n.º 05: Direitos Territoriais das Comunidades Negras Rurais**. ISA: São Paulo,

\_\_\_\_\_. **Terras tradicionalmente ocupadas: Processos de Territorialização, movimentos sociais e uso comum**. In. I Encontro dos Povos dos Faxinais, 2005, Irati. Anais. Irati: IAP, 2005.

AMADO, Jorge. **Tereza Batista Cansada de Guerra**. 34ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2006.

APARÍCIO, Adriana Biller. **Novos Atores e Movimentos étnico-culturais: Antropologia na roda das identidades**. In COLAÇO, Thais Luzia. (Org.) **Elementos da Antropologia Jurídica**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

ARRUTI, José Maurício. **Mocambo: antropologia e história do processo de formação quilombola**. Bauru, SP: Edusc, 2006.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 23ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 858

BARBOSA, Rui. **Comentários à Constituição Federal Brasileira, II**, São Paulo, 1933, p.489. Apud BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª. Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 1996. p. 210.

BELCHIOR, Douglas Elias. **Direito de branco. Direito de negro. Direitos Humanos.** In Direitos Humanos no Brasil 2007 – Relatório da Rede Social de Justiça e Direitos Humanos.

BOBBIO, Norberto. **Locke e o direito natural.** Brasília: Editora UnB, 1997.

BOBBIO, Norberto; PASQUINO, Gianfranco. 13<sup>a</sup> ed. Coord. Trad. João Ferreira. **Dicionário de Política.** Brasília: Editora UnB, 2007.

BORGES, Paulo Torminn. **Institutos básicos de Direito Agrário.** São Paulo: Editora Saraiva, 7<sup>a</sup>. ed.1992.

CASCUDO, Câmara. (1972) Apud DIEGUES, Antonio Carlos. **Os Saberes Tradicionais e a Biodiversidade no Brasil.**

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Os direitos fundamentais na Constituição Brasileira.** In GRAU, Eros Roberto; FIOCCA, Demian. (Org.) **Debates sobre a Constituição de 1988.**

DARELLA, Maria Dorothea Post ; MELLO, Flávia Cristina de. **Laudos Antropológicos e sua contribuição ao Direito.** In COLAÇO, Thais Luzia. (Org.) **Elementos de antropologia jurídica.** Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

DIEGUES, Antonio Carlos; ARRUDA, Rinaldo Sergio Vieira. **Saberes Tradicionais e a Biodiversidade no Brasil.** Brasília: Ministério do Meio Ambiente; São Paulo: USP, 2000.

DUPRAT, Deborah. (Org.) **Pareceres Jurídicos: Direito dos Povos e Comunidades Tradicionais.** Manaus: UEA, 2007.

FACHIN, Luiz Edson. **Questões do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

FARIAS, Maria Eliane Menezes de. **As ideologias e o direito: enfim, o que é direito?** In SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de. **O Direito Achado na Rua.** Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1987.

FIABANI, Adelmir. **Mato, palhoça e pilão: O quilombo, da escravidão às comunidades remanescentes [1532-2004].** São Paulo: Expressão Popular, 2005.

FIDELIS, Lourival. **Agricultura quilombola e suas interfaces com a agroecologia: História e tradições ligadas a agricultura tradicional do Quilombo João Surá,** 2006, 61f. Monografia (Especialização em Educação do Campo e Agricultura Familiar e

Camponesa). – Programa de Pós-Graduação em Agronomia – Produção Vegetal, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006.

FILHO, Roberto Lyra. **Direito e Lei**. In SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de. **O Direito Achado na Rua**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1987.

FONSECA, Ricardo Marcelo. **A história no direito e a verdade no processo: O argumento de Michel Foucault**. Disponível em <http://www.historiadodireito.com.br/textos.php>

FURNARI, Pedro Paulo de Abreu. A Arqueologia de Palmares. In REIS, João José e GOMES, Flávio dos Santos (Org.) **Liberdade por um fio- história dos quilombos no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

GOHN, Maria da Glória. **Teoria dos Movimentos Sociais**. 3ª edição. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

GOMES, Flávio. Quilombos no Rio de Janeiro no século XIX. In REIS, João José e GOMES, Flávio dos Santos (Org.) **Liberdade por um fio- história dos quilombos no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

GORENDER, Jacob. **O Brasil em preto & branco**. Coord. Lourenço Dantas Mota. São Paulo: Editora Senac, 2000.

GRINBERG, Keila. Código **Civil e Cidadania**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.p. 55.

\_\_\_\_\_. **Reescravização, Direitos e Justiça no Brasil do século XIX**. In LARA, Silvia Hunold ; MENDONÇA, Joseli Maria Nunes. (Org.) **Direitos e Justiça no Brasil**.

HARBERMAS, Jürgen. **O Estado-nação europeu frente aos desafios da globalização: o passado e o futuro da soberania e da cidadania**. Tradução de Antonio Sergio Rocha. Revista Novos Estudos, São Paulo, n.43, 1998. Apud BRITO, Antonio José Guimarães. **Estado Nacional, Etnicidade e Autodeterminação**. In COLAÇO, Thais Luzia. (Org.) **Elementos da Antropologia Jurídica**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

HESPANHA, António Manuel. **A constituição do Império português. Revisão de alguns enviesamentos correntes**. In FRAGOSO, João. **O antigo regime nos trópicos; a dinâmica imperial portuguesa (séculos XVI-XVIII)**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

\_\_\_\_\_. **A constituição do Império português. Revisão de alguns enviesamentos correntes**. In FRAGOSO, João. **O antigo regime nos trópicos; a dinâmica imperial**

portuguesa (séculos XVI-XVIII). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

\_\_\_\_\_. **Cultura Jurídica Européia; síntese de um milênio.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

HOLDER, Cindy L.; CONRNTASSEL, Jeff J. Indigenous People and Multicultural Citizenship: Bridging Collective and Individual Rights, *Human Rights Quarterly*, n°24, p.135 *Apud* SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. **Direito Indígena, Direito Coletivo e Multiculturalismo.** In Igualdade, Diferença e Direitos Humanos. SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela e PIOVESAN, Flávia. (Coord.) Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p.. 581-583.

ITURRALDE, Diego A. "**Reclamo e reconocimiento del derecho indígena en América Latina: logros, limites y perspectivas.**" *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, vol. 41, 2005.

LARA, Silvia Hunold. **Do Singular ao Plural; Palmares, capitães-do-mato e o governo dos escravos.** In REIS, João José e GOMES, Flávio dos Santos (Org.) **Liberdade por um fio- história dos quilombos no Brasil.** São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. **A liberdade de associação: repúdio, reconhecimento e promoção.** Texto inédito.

LITTLE, Paul **Territórios Sociais e Povos Tradicionais no Brasil: Por uma antropologia da territorialidade.** Brasília: Universidade Nacional de Brasília, 2002.

LUDWIG, Celso Luiz. **Para uma filosofia jurídica da libertação.** Florianópolis: Conceito, 2006.

MATTOS, Hebe Maria. **A escravidão moderna nos quadros do Império português : O Antigo Regime em perspectiva atlântica.** In FRAGOSO, João. (Org.) **O Antigo Regime nos trópicos: A dinâmica imperial portuguesa (séculos XVI-XVIII).** Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2001.

NETO, José Francisco de Melo. **Popular** In GEDIEL, José Antônio Peres. (Org.) **Estudos de Direito Cooperativo e Cidadania.** Curitiba: Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR, 2005.

PEREIRA, Luis Fernando Lopes. **Ambivalências da sociedade política do Antigo Regime: Cultura político-jurídica no Brasil do século XVIII.** Texto inédito.

Publicação oficial da OIT citada em TOMEI, Manuela; SEWPSTON, LEE. **Povos**

**indígenas e tribais. Guia para a aplicação da Convenção n. 169 da OIT.** Brasília, OIT.1999. Apud, ALMEIDA, Alfredo Wagner Bueno de. **Terras tradicionalmente ocupadas: Processos de Territorialização, movimentos sociais e uso comum.** In. I Encontro dos Povos dos Faxinais, 2005, Irati. Anais. Irati: IAP, 2005.

RAMOS, Décio. **O Quilombo e o Sistema escravista em Minas Gerais do século XVIII.** In REIS, João José e GOMES, Flávio dos Santos (Org.) **Liberdade por um fio- história dos quilombos no Brasil.** São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

REIS, João José ; GOMES, Flávio dos Santos (Org.) **Liberdade por um fio- história dos quilombos no Brasil.** São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

**Revista de Direito Agrário/ Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária.** – Ano 20- nº 20. Brasília: INCRA, 2007. p. 18.

RIBEIRO, Darcy. **O Povo brasileiro.** São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

RIOS, Aurélio Virgílio. **Quilombos e Igualdade Étnico-Racial.** In PIOVESAN, Flavia; DE SOUZA, Douglas Martins. (Coord.) **Ordem Jurídica e Igualdade Étnico-Racial.** Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2008.p. 198.

RODRIGUES, Nina. **Os Africanos no Brasil.** Apud MOURA, Clóvis. **Rebeliões da Senzala.** Rio de Janeiro: Gráfica Editora Livro, 1972.

ROTHEMBURG, Walter Claudius. **Direito dos Descendentes de Escravos (Remanescentes das Comunidades de Quilombos).** In Igualdade, **Diferença e Direitos Humanos.** SARMENTO, Daniel ; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. (Org.) Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2008.

\_\_\_\_\_. **O processo administrativo relativo às terras de quilombos: análise do Decreto nº 3.912, de 10 de setembro de 2001.** In **Quilombos: a hora e a vez dos sobreviventes.** São Paulo: Comissão pró Índio de São Paulo, 2001.

RUSSEL-WOOD, A. J. R. In FRAGOSO, João. **O antigo regime nos trópicos; a dinâmica imperial portuguesa (séculos XVI-XVIII).** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

SANTILLI, Juliana. **Sociambientalismo e novos direitos.** São Paulo: Peirópolis, 2005.p. 121.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade.** In SANTOS, Boaventura de Souza. (Org.) **Reconhecer para libertar.**

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9 ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2008.

SARMENTO, Daniel. **A garantia do direito à posse dos remanescentes de quilombos antes da desapropriação**. [http://ccr6.pgr.mpf.gov.br/documentos-e-publicacoes/docs\\_artigos/Dr\\_Daniel\\_Sarmento.pdf/view](http://ccr6.pgr.mpf.gov.br/documentos-e-publicacoes/docs_artigos/Dr_Daniel_Sarmento.pdf/view)

SHIRAIISHI NETO, Joaquim. (Org.) **Direito dos Povos e das Comunidades Tradicionais no Brasil: declarações, convenções internacionais e dispositivos jurídicos definidores de uma política nacional**. Manaus: UEA, 2007.

SILVA, Dimas Salustiano da. **Constituição Democrática e Diferenças Étnicas no Brasil contemporâneo: um exercício constitucional-concretista face o problema do acesso à terra das comunidades negras remanescentes dos quilombos**. Dissertação de Mestrado: Programa de Pós-graduação em Direito da UFPR, 1996. p. 112.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 13<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 1997

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito**. Curitiba: Juruá, 2008.

\_\_\_\_\_. **A função social da terra**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

\_\_\_\_\_. **O Direito de Ser Povo**. In **Igualdade, Diferença e Direitos Humanos**. SARMENTO, Daniel. (Coord.) Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p. 477.

\_\_\_\_\_. **Multiculturalismo e direitos coletivos**. In SANTOS, Boaventura de Souza. (Org.) *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

\_\_\_\_\_. **Sociedade e Natureza: discursos e práticas da ação de planejamento**. In II Seminário PPLA. Curitiba: Ambiens Sociedade Cooperativa, 2008.

STAUT Jr., S.. Cuidados Metodológicos no Estudo da História do Direito de Propriedade. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, América do Sul, 42 2006.

TRIGUEIRO, André. (Org.). **Meio ambiente no século 21: 21 especialistas falam da questão ambiental nas suas áreas de conhecimento**. Rio de Janeiro: Sextante, 2003. Apud SANTILLI, Juliana. **O socioambientalismo e os novos direitos**. São Paulo: Peirópolis,

VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

WOLKMER, Antônio Carlos. **História do Direito no Brasil**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007

\_\_\_\_\_. **Pluralismo Jurídico**. 3ª ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001.