

Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União



Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

Ano 9 – Números 32/33 – janeiro/dezembro 2010
Brasília-DF



Populações e Meio Ambiente

Os remanescentes das comunidades de quilombos: o direito ao reconhecimento e à diversidade cultural

Onésio Soares Amaral*

Sumário: 1 Introdução. 1.1 Tema. 1.2 Problema. 1.3 Justificativa e objetivos. 1.4 Hipótese. 1.5 Perspectiva de abordagem teórico-metodológica. 1.5.1 Marco teórico-metodológico. 1.5.2 Processo de abordagem do tema-problema e de verificação da hipótese. 2 Reconhecimento e titulação da propriedade definitiva aos remanescentes de comunidades de quilombos e a autonomia pública e privada dos membros da comunidade. 2.1 Marco jurídico. 2.2 Autonomia pública e privada dos remanescentes de comunidades de quilombos no processo de reconhecimento de identidades. 2.3 Interpretação jurídica do art. 17 do Decreto n. 4.887/2003 no Estado Democrático de Direito. 3. Considerações finais.

1 Introdução

1.1 Tema

O presente artigo tem por objetivo analisar a correta interpretação jurídica, à luz da Constituição da República de 1988 – CR/88 – e dos pressupostos subjacentes ao paradigma de Estado Democrático de Direito por ela adotados (art. 1º, *caput*), a ser conferida ao art. 17 do Decreto n. 4.887/2003, que assim dispõe:

* Onésio Soares Amaral é Procurador da República, membro do GT Quilombolas e Minorias Étnicas da 6ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal.

Art. 17. A titulação prevista neste Decreto será reconhecida e registrada mediante outorga de título coletivo e pró-indiviso às comunidades a que se refere o art. 2º, *caput*, com obrigatória inserção de cláusula de inalienabilidade, imprescritibilidade e de impenhorabilidade.

Parágrafo único. As comunidades serão representadas por suas associações legalmente constituídas.

1.2 Problema

Interessa analisar se a previsão de titulação de território, mediante outorga de título coletivo e pró-indiviso às comunidades de remanescentes de quilombos, com representação pelas respectivas associações legalmente constituídas, e com obrigatória inserção de cláusula de inalienabilidade, imprescritibilidade e de impenhorabilidade (art. 17 do Decreto n. 4.887/2003), é compatível com os direitos constitucionais fundamentais à liberdade (inclusive de associação), à igualdade (na diversidade), ao pluralismo político e à diversidade cultural, entre outros direitos constitucionais fundamentais que garantem a identidade (dignidade da pessoa humana) e a autonomia aos remanescentes de comunidades quilombolas, na qualidade de membros (indivíduos) de uma comunidade de cidadãos livres e iguais, para darem continuidade a sua história individual e coletiva do modo como melhor lhes aprouver (adotarem a compreensão de *vida boa* que desejarem).

Vale dizer, estuda-se se tal previsão, mediante outorga de título coletivo e pró-indiviso às comunidades de remanescentes de quilombos, com representação pelas respectivas associações legalmente constituídas, e com obrigatória inserção de cláusula de inalienabilidade, imprescritibilidade e de impenhorabilidade (Decreto n. 4.887/2003, art. 17), permite uma condução autônoma dos destinos (modelo de *vida boa* ou *bem lograda*) dos membros (individualmente considerados) das comunidades de remanescentes de qui-

lombos e da própria comunidade enquanto tal ou se, ao contrário, a pretexto de lhes reconhecer um direito constitucional fundamental à identidade e ao território (CR/88, arts. 1º, III e V, e 216, e ADCT, art. 68), acaba por impor-lhes um determinado modelo de *vida boa*, conforme o entendimento dado pelo grupo majoritário sobre o modo e os limites pelos quais (*o como*) tais comunidades deveriam participar da integração/reprodução social brasileira.

Nesses termos, o problema tratado no presente artigo pode ser resumido na seguinte questão: o art. 17 do Decreto n. 4.887/2003, ao dispor que a titulação do território quilombola será reconhecida e registrada mediante outorga de título coletivo e pró-indiviso às respectivas comunidades, representadas por suas associações legalmente constituídas, e com obrigatória inserção de cláusula de inalienabilidade, imprescritibilidade e de impenhorabilidade, é constitucional?

1.3 Justificativa e objetivos

A escolha do tema-problema encontra várias justificativas, das quais se destacam duas. Em primeiro lugar, a atualidade doutrinária da questão. Os poucos estudos jurídicos relativos à temática quilombola revelam quase sempre uma preocupação em ao menos indicar a necessidade de considerar aspectos relacionados ao que se denominou como “emancipação decorrente do reconhecimento da existência da diversidade e das diferenças de cultura, que envolvem distintos sujeitos”¹, ou como “controle de suas próprias instituições e formas de vida e seu desenvolvimento econômico”, que, como concretização da “diversidade

¹ “A particularização do universal: povos e comunidades tradicionais em face das declarações e convenções internacionais”, in: SHIRAISHI NETO, 2007, p. 48.

cultural, passa a ser, para os Estados nacionais, um imperativo ético, inseparável do respeito à dignidade da pessoa humana”².

No entanto, não há registro de trabalho algum (inclusive oriundo de não juristas) que tenha analisado especificamente a questão acerca das implicações da interpretação jurídica do art. 17 do Decreto n. 4.887/2003 para o respeito à autonomia jurídica (pública e privada³) dos remanescentes das comunidades de quilombos.

Em segundo lugar, a premente necessidade prática de se estabelecer um parâmetro seguro e constitucionalmente adequado, à luz do Estado Democrático de Direito (CR/88, art. 1º, *caput*), para a interpretação jurídica do art. 17 do Decreto n. 4.887/2003, já que as primeiras comunidades quilombolas estão em vias de ter seus territórios *efetivamente* titulados pelo INCRA. A *forma* como o direito à propriedade definitiva dos territórios que ocupam(vam) for efetivada terá implicações diretas nos modos de reprodução sociocultural das respectivas comunidades e no direito dos seus membros à livre escolha do modelo de *vida boa* que pretendem adotar, vale dizer, na forma de exercício de suas autonomias pública e privada.

Por oportuno, ressalta-se que a discussão em termos constitucionais (e não meramente legais) da interpretação do art. 17 do Decreto n. 4.887/2003 justifica-se não só pelo fato de a validade, em geral, desse decreto já estar colocada nesses termos pela ADI n. 3.239 e em várias ações judiciais concretas, como também pelo fato

2 “O direito sob o marco da pluriethnicidade/multiculturalidade”, in: Duprat, 2007, p. 9-10.

3 Aqui, utilizam-se conceitos afetos à teoria da ação comunicativa e sua aplicação ao Direito (teoria discursiva do Direito) de Jürgen Habermas, que poderiam ser utilizadas como categorias similares para a análise dos conceitos e pré-compreensões descritas nos escassos trabalhos jurídicos sobre a temática quilombola. Para uma melhor especificação dos conceitos de autonomia pública e privada, cf. HABERMAS, 1987; HABERMAS, 1997, em especial Capítulo III, p. 113 e ss., e HABERMAS, 2002, em especial Capítulo 2, p. 82 e ss., e Capítulo 10, p. 293-295.

de que o conteúdo do referido dispositivo (Decreto n. 4.887/2003), ao disciplinar a *forma* como o direito à propriedade definitiva dos territórios que os remanescentes de comunidades quilombolas ocupam(vam) for efetivada, implica interferência direta em direitos fundamentais constitucionalmente previstos, uma vez que interferem diretamente na autonomia dos quilombolas.

Com o presente estudo, objetiva-se oferecer uma pequena contribuição⁴ para a discussão acerca da fixação de parâmetros constitucionalmente adequados, à luz do Estado Democrático de Direito, de interpretação do direito dos remanescentes das comunidades de quilombos à propriedade definitiva do território que ocupam(vam) (ADCT, art. 68), em especial a partir da interpretação do art. 17 do Decreto n. 4.887/2003.

1.4 Hipótese

O termo hipótese é utilizado num “sentido fraco”, no mesmo sentido e finalidade que lhe é atribuída por Demo (2001, p. 47), segundo o qual:

[...] há muita resistência à noção de “hipótese”, porque seu berço é geralmente apontado como positivista, sobretudo popperiano, no qual se definiu toda teoria como tentativa hipotética provisória de estilo dedutivo; embora essa crítica possa caber, é sempre possível delinear hipóteses que tenham por função apenas colaborar no roteiro de análise, ajudando a estabelecer um caminho possível e sempre aberto, realçar categorias que sejam mais centrais, indicar preferências bibliográficas e resultados; sem hipótese de trabalho, a análise pode vagar a esmo em busca de um destino que não consegue pelo menos antever.

⁴ No papel de pesquisador, procurador da República e cidadão que reconhece à filosofia do direito um “papel de guardador de lugar da ciência (jurídica) e de mediador das questões (jurídico-normativas) e da que emerge do mundo da vida” (CATTONI DE OLIVEIRA, 2002, p. 188), e não de tribunal da razão.

O marco teórico-metodológico adotado e sua compreensão reconstrutiva do direito e da democracia indica que o art. 17 do Decreto n. 4.887/2003, ao determinar que a titulação do território quilombola será reconhecida e registrada *mediante outorga de título coletivo e pró-indiviso às respectivas comunidades, representadas por suas associações legalmente constituídas, e com obrigatória inserção de cláusula de inalienabilidade, imprescritibilidade e de impenhorabilidade*, deva ser interpretado (caso possível) atentando-se às pré-compreensões próprias de um Estado Democrático de Direito que institucionaliza o próprio sistema de direitos (*medium*) para a ideia democrática de autolegislação. Esse sistema de direitos, segundo a teoria discursiva de Jürgen Habermas⁵, é um pressuposto pragmático-comunicativo que está juridicamente institucionalizado em uma coassociação de pessoas livres e iguais que querem regular legitimamente sua vida com os meios do direito positivo.

Com base nessas pré-compreensões teórico-metodológicas, a hipótese da pesquisa é a de que *uma interpretação constitucionalmente adequada do art. 17 do Decreto n. 4.887/2003, à luz do Estado Democrático de Direito, deve compreender que (restringir) a determinação (sentido jurídico da norma) de que a titulação do território quilombola será reconhecida e registrada mediante outorga de título coletivo e pró-indiviso às respectivas comunidades, representadas por suas associações legalmente constituídas, e com obrigatória inserção de cláusula de inalienabilidade, imprescritibilidade e de impenhorabilidade da terra, não engloba (alcança, abarca) todas as formas de registro juridicamente válidas de territórios de remanescentes de comunidades de quilombos.*

Em outras palavras, a hipótese da pesquisa é a de que *a constitucionalidade do art. 17 do Decreto n. 4.887/2003 está condicionada a uma interpretação sua como meramente exemplificativo de uma das formas*

⁵ Cf. HABERMAS, 1987; HABERMAS, 1997, e HABERMAS, 2002.

(em princípio, a padrão) *pelas quais o território deve ser registrado e a sua propriedade definitivamente reconhecida aos remanescentes de comunidades de quilombos, podendo tal forma de registro variar conforme o exigam as multiplicidades de situações concretas dos modos de reprodução social pelos quais se organizem ou venham a se organizar os remanescentes de comunidades de quilombos, desde que respeitadas as pré-compreensões subjacentes ao reconhecimento constitucional do direito fundamental à identidade e ao território (CR/88, arts. 1º, III e V, e 216 e ADCT, art. 68) e, ainda, à titularidade difusa e transgeracional desses respectivos direitos.*

1.5 Perspectiva de abordagem teórico-metodológica

1.5.1 Marco teórico-metodológico

Nos termos da teoria da ação comunicativa, Habermas defende uma teoria discursiva do direito reconstrutiva do nexos interno entre aquilo que se convencionou denominar de relação entre constitucionalismo e democracia (ou ainda de relação entre direitos humanos e soberania popular), para demonstrar que, se bem compreendida, a relação de cooriginalidade entre a autonomia pública e privada dos cidadãos de uma sociedade cada vez mais plural e de riscos pode fornecer caminhos produtivos⁶ para lidar com as tensões existentes seja no processo de elaboração/fundamentação de normas (discursos de justificação), seja nos processos de aplicação (discursos de aplicação)⁷:

⁶ “[...] esse modo de criação do direito, ao qual cabe assegurar a todos igual autonomia, mantém para si um forte teor normativo. O procedimento democrático fundamenta uma suposição de racionalidade, no sentido que acena com *resultados* neutros, isto é, imparciais: a racionalidade procedimental deve garantir justiça no sentido da regulamentação imparcial de questões práticas” (HABERMAS, 2002, p. 303).

⁷ Sobre a distinção entre discursos de justificação e de aplicação de normas jurídicas, deve-se conferir a teoria da adequabilidade de Klaus Günther. Cf. Günther, 1993, p. 113 ss. Sobre a legitimidade do controle jurisdicional do devido processo legislativo com base na aplicação da *teoria discursiva do direito*, de Habermas, e na *teoria da adequabilidade*, de Günther, cf. Cattoni de Oliveira, 2000.

defendo o conteúdo racional de uma moral baseada no mesmo respeito por todos e na responsabilidade solidária geral de cada um pelo outro. A desconfiança moderna diante de um universalismo que, sem nenhuma cerimônia, a todos assimila e iguala não entende o sentido dessa moral e, no ardor da batalha, faz desaparecer a estrutura relacionada da alteridade e da diferença, que vem sendo validada por um universalismo bem entendido. Na *Teoria da Ação Comunicativa*, formulei esses princípios básicos de modo que eles constituíssem uma perspectiva para condições de vida que rompessem a falsa alternativa entre “comunidade” e “sociedade”. A essa orientação da teoria da sociedade corresponde, na teoria da moral e do direito, um universalismo dotado de uma marcada sensibilidade para as diferenças. O mesmo respeito para *todos e cada um* não se estende àqueles que são congêneres, mas à pessoa do outro ou dos outros em sua alteridade. A responsabilização solidária pelo outro *como um dos nossos* se refere ao “nós” flexível numa comunidade que resiste a tudo o que é substancial e que amplia constantemente suas fronteiras porosas (HABERMAS, 2002, p. 7, grifo do autor).

Acredita-se que, a partir desses pressupostos teóricos da teoria discursiva do direito, em especial da tese de que “*a idéia da autonomia jurídica dos cidadãos exige, isso sim, que os destinatários do direito possam ao mesmo tempo ver-se como seus autores*” (HABERMAS, 2002, p. 293) tem-se uma “*medida crítica que permite julgar as práticas de uma realidade constitucional intransparente*” (HABERMAS, 1997, p. 22) e, ao mesmo tempo, mostra-se operacionalmente viável nessa complexa sociedade em que os riscos (inclusive os normativos) são constantemente incrementados. (LUHMANN, 1985, p. 52 e ss.).

1.5.2 Processo de abordagem do tema-problema e de verificação da hipótese

Nos estreitos limites deste trabalho, o processo de abordagem do tema-problema e de verificação da hipótese dar-se-á do seguinte modo. Nessa breve introdução, apresentou-se a temática objeto de estudo, situou-se o problema, as justificativas e objetivos e, por fim, definiu-se o marco-teórico a orientar os pontos de partida.

Em seguida, desenvolve-se a verificação da hipótese mediante a análise das possibilidades de uma interpretação constitucionalmente adequada, à luz do Estado Democrático de Direito, da previsão do art. 17 do Decreto n. 4.887/2003. Vale dizer, confrontam-se as possibilidades de interpretação da previsão de titulação de território mediante outorga de título coletivo e pró-indiviso às comunidades de remanescentes de quilombos, com representação pelas respectivas associações legalmente constituídas, e com obrigatória inserção de cláusula de inalienabilidade, imprescritibilidade e de impenhorabilidade com o respeito aos direitos constitucionais fundamentais à liberdade (inclusive de associação), à igualdade (na diversidade), ao pluralismo político, e à diversidade cultural dentre outros direitos constitucionais fundamentais que garantem a identidade (dignidade da pessoa humana) e a autonomia aos remanescentes de comunidades quilombolas, enquanto membros (indivíduos) de uma comunidade de cidadãos livres e iguais, para darem continuidade a sua história individual e coletiva do modo como melhor lhes aprouver (adotarem a compreensão de *vida boa* que desejarem). Tudo sob o já mencionado prisma da relação de co-originalidade entre a autonomia pública e privada dos cidadãos.

Por fim, apresentam-se as resumidas considerações finais.

2 Reconhecimento e titulação da propriedade definitiva aos remanescentes de comunidades de quilombos e a autonomia pública e privada dos membros da comunidade

2.1 Marco jurídico

O direito constitucional fundamental à propriedade definitiva do território ocupado pelos remanescentes das comunidades de quilombos (art. 68 do ADCT) está previsto nos seguintes termos:

Art. 68. Aos remanescentes das comunidades de quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a PROPRIEDADE DEFINITIVA, devendo o Estado emitir-lhes os respectivos títulos.

Com fundamento na legislação pertinente, em especial na Lei n.7.668/88 e na Lei n. 9.649/98⁸, o Decreto n. 4.887/2003 expedido pelo Presidente da República para regulamentar “*o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que trata o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias*”, ao tratar especificamente da questão da titulação, prevê em seu art. 17 que

Art. 17. A titulação prevista neste Decreto será reconhecida e registrada mediante outorga de título coletivo e pró-indiviso às comunidades a que se refere o art. 2º, caput, com obrigatória inserção de cláusula de inalienabilidade, imprescritibilidade e de impenhorabilidade.

Parágrafo único. As comunidades serão representadas por suas associações legalmente constituídas.

⁸ Dados os limites deste artigo, não se enfrenta nesta ocasião a já bem discutida questão acerca da suposta inconstitucionalidade formal do Decreto n. 4.887/2003, em razão de supostamente constituir-se em decreto autônomo. Cf. ROTHENBURG, 2008, p. 461-463. Cf. ainda o Parecer n. 3.333/2004 encaminhado pela PGR ao STF sobre a questão na ADI n. 3.239.

Dando ainda concretude à legislação de referência e ao art. 68 do ADCT, o Decreto n. 4.887/2003 prevê ainda, em seu art. 22, que

Art. 22. A expedição do título e o registro cadastral a ser procedido pelo INCRA far-se-ão sem ônus de qualquer espécie, independentemente do tamanho da área.

Parágrafo único. O INCRA realizará o registro cadastral dos imóveis titulados em favor dos remanescentes das comunidades dos quilombos em formulários específicos que respeitem suas características econômicas e culturais.

Especificando ainda mais o Decreto n. 4.887/2003, foi publicada a Instrução Normativa – IN – n. 49/2008 do INCRA (“*regulamenta[ndo] o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação, desintração, titulação e registro das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que tratam o Art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988 e o Decreto n. 4.887, de 20 de novembro de 2003*”), a qual, por sua vez, foi revogada pela IN n. 56/2009 do INCRA (art. 32). Posteriormente, a IN n. 57/2008 (art. 31) revogou a IN n. 20/2005.

Seguindo os termos do art. 17 do Decreto n. 4.887/2003, tanto a IN n. 49/2008, quanto a IN n. 57/2009 prevêem nos respectivos arts. 24 que:

Art. 24. O Presidente do INCRA realizará a titulação mediante outorga de título coletivo e pró-indiviso à comunidade, em nome da associação legalmente constituída, sem nenhum ônus financeiro, com obrigatória inserção de cláusula de inalienabilidade, imprescritibilidade e de impenhorabilidade, devidamente registrada no Serviço Registral da Comarca de localização das áreas.

Toda esta regulamentação encontra apoio, ainda, na Convenção n. 169 da OIT, ratificada pelo Decreto n. 5.051/2004. Dispõe a convenção, em seu arts. 2º e 7º, respectivamente, que

Artigo 2º

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

2. Essa ação deverá incluir medidas:

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

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

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

Artigo 7º

I. Os povos interessados deverão ter o direito de escolher suas, próprias prioridades no que diz respeito ao processo de desenvolvimento, na medida em que ele afete as suas vidas, crenças, instituições e bem-estar espiritual, bem como as terras que ocupam ou utilizam de alguma forma, e de controlar, na medida do possível, o seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural. Além disso, esses povos deverão participar da formulação, aplicação e avaliação dos planos e programas de desenvolvimento nacional e regional suscetíveis de afetá-los diretamente.

Eis, em síntese, os principais dispositivos jurídicos diretamente relacionados ao reconhecimento definitivo da propriedade dos territórios ocupados pelos remanescentes das comunidades de quilombos, os quais devem ser interpretados em consonância ao respeito às autonomias pública e privada dos membros quilombolas das respectivas comunidades.

2.2 Autonomia pública e privada dos remanescentes de comunidades de quilombos no processo de reconhecimento de identidades

Na concretização dos direitos fundamentais dispostos no art. 68 do ADCT, uma interpretação do art. 17 do Decreto n. 4.887/2003 que se pretenda constitucional deve necessariamente atentar-se para os pressupostos subjacentes ao paradigma do Estado Democrático de Direito, formalmente instituído no Brasil com a Constituição da República de 1988, dentre eles o respeito às autonomias pública e privada dos remanescentes das comunidades de quilombos.

Em termos mais concretos, o respeito às autonomias pública e privada dos remanescentes das comunidades de quilombos – enquanto membros (indivíduos) de uma comunidade de cidadãos livres e iguais buscam dar continuidade a suas histórias individuais e coletiva – traduz-se, em especial, na efetivação dos direitos fundamentais à identidade e à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CR/88), à cidadania (art. 1º, II, da CR/88), ao pluralismo político (art. 1º, V, da CR/88), à diversidade cultural (art. 216 da CR/88) e ao combate a todas as formas de discriminação que deve orientar uma sociedade baseada na solidariedade social (art. 3º, I e IV, da CR/88).

Em consequência, todos esses princípios fundamentais da República e direitos fundamentais dos cidadãos (inclusos, por óbvio os remanescentes das comunidades de quilombos) em conjunto com diversas normas e tratados internacionais ratificados pelo Brasil ratificados têm como pressuposto fundamental a noção de que

no seio da comunidade nacional, há grupos portadores de identidades específicas e que cabe ao direito assegurar-lhes o controle de suas próprias instituições e formas de vida e seu desenvolvimento econômico e fortalecer sua entidades, línguas e religiões, dentro do âmbito dos Estados onde moram. Assim, a diversidade cultural passa a ser, para os Estados nacionais,

*um imperativo ético, inseparável do respeito à dignidade da pessoa humana*⁹
(destaques no original)

O compromisso da República Federativa do Brasil com a institucionalização de um Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput* da CR/88), torna, em princípio e desde que razoáveis¹⁰, todas essas visões ético-existenciais acerca do mundo e dos modelos de *vida boa* (ou *bem lograda*) legítimas e merecedoras de igual respeito e consideração, em especial pelo Poder Público.

Assim, em face desta pluralidade de concepções de mundo há uma tendência de relativização do padrão “comum”, a partir do qual se poderia exigir juridicamente e sob a ameaça de sanção um determinado comportamento ou a abstenção do mesmo (art. 5º, II, da CR/88), tolerando-se¹¹, cada vez mais, os comportamentos ou modos de vida antes considerados divergentes e, até mesmo, aqueles antes considerados ilícitos na esfera penal.

Da mesma forma, a igual legitimidade e validade de todas as distintas visões ético-existenciais razoáveis (não só diversas entre si como, por vezes, inconciliáveis) impede que as pré-compreensões e concepções de mundo subjacentes a qualquer uma delas seja, *ab initio*, tomada como parâmetro (informador e conformador) de um processo deliberativo e legítimo¹² (democrático) sobre os modos de

⁹ “O direito sob o marco da pluriétnicidade/multiculturalidade”, in: DUPRAT, 2007, p. 9-10.

¹⁰ Nos termos do pluralismo razoável de John Rawls (2002, p. 251 ss.).

¹¹ Luhmann (1985, p. 13) afirma que: “em termos sociais, isso [a generalização do direito e o próprio pluralismo social, acrescenta-se] significa indiferença em relação às implicações simbólicas da opinião ou do comportamento divergente ou, em outros termos, tolerância”. Obviamente, devem-se fazer os devidos temperamentos que a posição objetivante do autor exige.

¹² Que considere a todos e a cada um com igual respeito e consideração como membro de uma comunidade de princípios. Ou, nas palavras de Habermas, que assegure a autonomia pública e privada de todos e de cada um como co-associado livre e igual de uma comunidade que busca condições recorrentemente melhores de vida.

reprodução social pelos quais os remanescentes de comunidades de quilombos devem ou não dar continuidade a tradição deles.

Certamente, as especificidades da identidade dos remanescentes de quilombolas, em cada caso concreto, e os respectivos reconhecimentos de diferenças relevantes¹³, que elas exigiriam para serem devidamente respeitadas pelos demais membros da sociedade brasileira (em geral) devem ser objeto, elas próprias de uma ampla discussão na esfera pública. Conforme observa Habermas,

[...] determinados enfoques da questão [“aspectos relevantes” ou “condições de tratamento sob condições de igualdade”] devam ser aclarados *em meio à opinião pública de cunho político*, mais precisamente em controvérsias públicas sobre a interpretação adequada de carências e critérios, a começar pelos enfoques sob os quais as diferenças entre experiências e situações de vida (de determinados grupos) de homens e mulheres tornam-se relevantes para que o uso de liberdades de ação subjetivas possa ocorrer em igualdade de chances (HABERMAS, 2002, p. 296).

Um exemplo dessa questão pode ser verificado nas mudanças das especificidades da relação dos remanescentes de quilombos com o território e com os proprietários de terras (ou o denominado setor produtivo). Conforme Alfredo Wagner Berno de Almeida, é interessante notar que, na atualidade, vive-se um processo socioeconômico inverso ao dos tempos da escravidão quando se relaciona o trinômio quilombolas–proprietários de terra – território:

Em termos históricos, o objetivo das tropas de linha ao combater os quilombos era tentar trazer a força de trabalho, que idealmente estaria fora dos limites físicos das grandes plantações para dentro dos domínios e mantê-las sob o controle dos fazendeiros. Fazer os quilombolas retornarem à disciplina do trabalho nas plantações constituía a finalidade precípua da ação militar.

¹³ Para um aprofundamento na discussão acerca da relação entre individuação e socialização, cf. Ferreira, 2000.

(...)

Escasseando os recursos financeiros dos grandes proprietários, os mecanismos de coerção e justiça privada não funcionam com a mesma intensidade.

(...)

Desta forma, a noção de [como se deveria tratar o] quilombo se modificou: antes era o que estava fora e precisava vir necessariamente para dentro das grandes propriedades; mas, numa situação como a de hoje, trata-se de retirar as famílias de dentro das fazendas, ou seja, expulsá-las da terra¹⁴.

O estudo de Rafael Sanzio Araújo dos Anjos (2009, p. 50 e ss. e 104 e ss.), apesar ter foco distinto ligado mais especificamente à Cartografia Étnica Territórios Tradicionais, também confirma esta lógica da relação entre o trinômio quilombolas – proprietários de terra (setor produtivo) – território, em especial quando se compara a parte em que analisa “*o espaço dos antigos quilombos e os ciclos econômicos coloniais*” em confronto com a análise da “*geografia quilombola contemporânea do Brasil – uma introdução*”.

Segundo Habermas, é preciso acreditar na capacidade de exercício pelos cidadãos de suas autonomias pública e privada como modo de superação destas desigualdades por meio do reconhecimento recíproco de direitos capazes de transcender um mero contexto tradicional:

Aí não se trata mais do que é “bom” para nós como membros de uma coletividade (caracterizada por um *ethos* próprio), mas sim do que é “correto” para todos, seja para todos os membros do universo de sujeitos capazes de agir ou fazer uso da linguagem, seja para todos os conjugues de uma comunidade jurídica (seja ela local ou até mesmo global, conforme o caso). Ao julgar essas questões de justiça, procuramos uma solução imparcial, em relação à qual todos

¹⁴ “Os quilombos e as novas etnias”, in: O'DWYER, 2002, p. 58-59.

os participantes (e atingidos) não tivessem saída senão manifestar sua concordância, depois de muito ponderar sobre ele, no contexto de um diálogo isento de coerções e mantido sob condições simétricas de reconhecimento recíproco. (HABERMAS, 2002, p. 305)

No caso dos remanescentes das comunidades de quilombos, vivia-se (e em boa medida ainda vive-se) uma situação em que o “nós” da “coletividade” brasileira vira as costas para esse grupo historicamente marginalizado.

A resistência à promoção dos direitos dos remanescentes de quilombos – seja pela ausência de políticas públicas efetivas seja por meio de meras normas infralegais – decretos – os quais, a pretexto de regulamentar (especificar os procedimentos pelos quais se deve – dever-poder da Administração Pública – dar exequibilidade à legislação e à Constituição da República de 1988) a matéria acabam por torná-la inoperante (declaração meramente formal e sem efetiva força jurídico-constitutiva da realidade) – tal qual se percebe no atual Decreto n. 4.487/2003 e suas alterações constituem práticas¹⁵ já conhecidas e reiteradas no Brasil e já foram há muito denunciadas pela doutrina especializada¹⁶.

Por tudo isto, não se deve entender que o reconhecimento de diferenças relevantes dos remanescentes de comunidades de quilombolas pela sociedade em geral será dado pela mera proclamação solene de normas jurídicas. Não ser ingênuo nesse complexo processo social significa, antes de tudo, compreender que

¹⁵ Tão bem denunciado por Foucault (1984).

¹⁶ Entre outros trabalhos, destacam-se Walter Claudius Rothenburg, “O processo administrativo relativo às terras de quilombos: análise do Decreto n. 3.912, de 10 de setembro de 2001”; Eurípedes Antônio Funes, “Breves comentários sobre o Decreto n. 3.912, do presidente da República, de 10 de setembro de 2001”, e Leinad Ayer de Oliveira, “Sobre as datas e as competências no Decreto n. 3.912/2001”, in:_____. (Org.). *Quilombos: a hora e a vez dos sobreviventes*. São Paulo: Comissão Pró-Índio de São Paulo, 2001.

Os próprios envolvidos precisam lutar em fóruns públicos pelo reconhecimento das interpretações reprimidas ou marginalizadas sobre suas carências, a fim de que novas situações factuais sejam reconhecidas como relevantes ou carentes de regulamentação e de que se negociem critérios sob os quais se possa tratar com igualdade o que é igual e com desigualdade o que é desigual. Sem o princípio do tratamento em condições de igualdade, porém, transformado *a fortiori* em fundamento, não haveria base de sustentação para qualquer crítica ou reivindicação de revisão dos critérios antigos. (HABERMAS, 2002, p. 334)

2.3 Interpretação jurídica do art. 17 do Decreto n. 4.887/2003 no Estado Democrático de Direito

Atentando-se para todas essas questões, a forma de efetivação do direito à propriedade definitiva do território aos remanescentes das comunidades de quilombo (art. 68 do ADCT) regulamentada pelo art. 17 do Decreto n. 4.887/2003 deve ter em conta a situação atual segundo a qual

A mudança acelerada das sociedades modernas manda pelos ares todas as formas estacionárias de vida. As culturas só sobrevivem se tiram da crítica e da cisão a força para a autotransformação. Garantias jurídicas só podem se apoiar sobre o fato de que cada indivíduo, em seu meio cultural, detém a possibilidade de regenerar essa força. E essa força, por sua vez, não nasce do isolamento (HABERMAS, 2002, p. 252).

Assim, uma interpretação constitucionalmente adequada, à luz do Estado Democrático de Direito, do art. 17 do Decreto n. 4.887/2003 deve observar que

Em sociedades multiculturais, a coexistência eqüitativa das formas de vida significa para cada cidadão uma chance segura de crescer sem perturbações em seu universo cultural de origem, e de também poder criar seus filhos nesse mesmo universo; ou seja, significa a chance de poder confrontar-se com sua cultura de origem – como com qualquer outra –, dar-lhe continuidade

ou transforma-la, ou ainda, a chance de distanciar-se com indiferença de seus imperativos, ou mesmo romper com ela, em uma atitude autocrítica, para viver a partir daí coma marca deixada por uma ruptura consciente com a tradição ou então com um identidade cindida. (HABERMAS, 2002, p. 252)

No mesmo sentido é o posicionamento de Joaquim Shiraishi Neto ao afirmar que:

Há uma mudança radical no sentido de eliminar qualquer forma de tutela, sempre presente nos dispositivos jurídicos, que notadamente tem visto esses povos e comunidades tradicionais como sujeitos inferiorizados, incapazes de discernirem os significados de seus próprios atos. Nesta perspectiva, o ‘princípio da igualdade’ passa a ser o pressuposto não o objetivo a ser alcançado, uma vez que a emancipação decorre do reconhecimento da existência da diversidade e das diferenças de cultura, que envolvem distintos sujeitos¹⁷.

Como já destacado, na atualidade, são múltiplas as formas em que se apresentam, se organizam e se reproduzem as diversas¹⁸ comunidades de remanescentes de quilombos espalhadas pelo Brasil. Igualmente, seus membros têm, cada vez mais, distintas histórias de vida e aspiram a modelos de *vida boa* cada vez mais plurais.

Nesses termos, a previsão de titulação de território mediante outorga de título coletivo e pró-indiviso às comunidades de remanescentes de quilombos, com representação pelas respectivas associações legalmente constituídas, em princípio não ofende o direito fundamental à liberdade (inclusive de associação), uma vez que objetiva, simplesmente, simplificar (princípio da praticidade) a outorga de uma propriedade como reconhecimento de um direito que têm também caráter coletivo e, inclusive, transgeracional. Vale

¹⁷ “A particularização do universal: povos e comunidades tradicionais em face das declarações e convenções internacionais”, in: SHIRAISHI NETO, 2007, p. 48.

¹⁸ “O direito sob o marco da plurietnicidade/multiculturalidade”, in: DUPRAT, 2007.

dizer, tal previsão é constitucional se interpretada como *um* (e não, “o”) modo de implementar um direito cujas dificuldades seriam inúmeras caso se pretendesse registrar o território em nome de todos e cada um dos membros (individualmente considerados) das comunidades de remanescentes de quilombos.

Além disto, o registro do território em nome de todos e cada um dos membros (individualmente considerados) das comunidades de remanescentes de quilombos não só traria dificuldades práticas para a própria transmissão da propriedade como ainda, de certo modo, dificultaria a gestão coletiva da propriedade e enfraqueceria o caráter coletivo do direito; o qual, como já ressaltado, é transgeracional e ainda refere-se ainda aos não quilombolas na medida em que lhes interessa também a possibilidade de preservação de outras tradições culturais com as quais, inclusive, podem aprender.

Os direitos constitucionais fundamentais à identidade (dignidade da pessoa humana (arts. 1º, III e V e 216 da CR/88) e à autonomia aos remanescentes de comunidades quilombolas – enquanto membros (indivíduos) de uma comunidade de cidadãos livres e iguais, para darem continuidade a sua história individual e coletiva do modo como melhor lhes aprouver (adotarem a compreensão de *vida boa* que desejarem) – faz com que o modo de implementação do direito à propriedade do território (tal qual previsto no art. 17 do Decreto n. 4.887/2003) deva ser flexível na exata medida em que necessário para permitir uma condução autônoma dos destinos (modelo de *vida boa* ou *bem lograda*) dos membros (individualmente considerados) das comunidades de remanescentes de quilombos e da própria comunidade enquanto tal.

É razoável presumir que, por vezes, a interpretação *padrão* do art. 17 do Decreto n. 4.887/2003 – dada a multiplicidade concreta das comunidades quilombolas e de seus membros – sem entendê-lo

como meramente exemplificativo acabaria por impor um determinado modelo de *vida boa*, conforme o entendimento dado pelo grupo majoritário sobre o modo e os limites pelos quais (*o como*) tais comunidades quilombolas deveriam participar da integração/reprodução social brasileira.

3 Considerações finais

Após a abordagem do problema, nos termos descritos no Processo de abordagem do tema-problema, verificou-se a hipótese luz da tese de que “*a idéia da autonomia jurídica dos cidadãos exige, isso sim, que os destinatários do direito possam ao mesmo tempo ver-se como seus autores*” (HABERMAS, 2002, p. 293).

Nestes termos, comprovou-se que uma interpretação constitucionalmente adequada do art. 17 do Decreto n. 4.887/2003, à luz do Estado Democrático de Direito, deve compreender que (restringir) a determinação (sentido jurídico da norma) de que a titulação do território quilombola será reconhecida e registrada mediante outorga de título coletivo e pró-indiviso às respectivas comunidades, representadas por suas associações legalmente constituídas, e com obrigatória inserção de cláusula de inalienabilidade, imprescritibilidade e de impenhorabilidade da terra *não engloba* (alcança, abarca) *todas as formas de registro* juridicamente válidas de territórios de remanescentes de comunidades de quilombos.

Em outras palavras, a constitucionalidade do art. 17 do Decreto n. 4.887/2003 está condicionada a uma interpretação do mesmo como meramente exemplificativo de *uma das formas* (em princípio, a padrão) pelas quais o território deve ser registrado e a propriedade do mesmo definitivamente reconhecida aos remanescentes de comunidades de quilombos, *podendo tal forma de registro variar conforme o exigam a multiplicidades de situações concretas dos modos*

de reprodução social pelos quais se organizem ou venham a se organizar os remanescentes de comunidades de quilombos, desde que respeitadas as pré-compreensões subjacentes ao reconhecimento constitucional do direito fundamental à identidade e ao território (arts. 1º, III e V e 216 da CR/88 e art. 68 do ADCT) e, ainda, à titularidade difusa e transgeracional desses respectivos direitos.

Referências

ANJOS, Rafael Sanzio Araújo dos. *Quilombos: geografia africana – Cartografia Étnica Territórios Tradicionais*. Brasília: Mapas Editora & Consultoria, 2009.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Devido processo legislativo: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

_____. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

DEMO, Pedro. *Pesquisa e informação qualitativa: aportes metodológicos*. Campinas: Papirus, 2001.

DUPRAT, Deborah (Org.). *Pareceres jurídicos: direitos dos povos e das comunidades tradicionais*. Manaus: UEA, 2007.

FERREIRA, Rodrigo Mendes. *Individuação e socialização em Jürgen Habermas: um estudo sobre a formação discursiva da vontade*. Belo Horizonte: Unicentro Newton Paiva, 2000.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: a história da violência nas prisões*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1984.

GÜNTHER, Klaus. *The sense of appropriateness*. Tradução de Jonh Farrel. New York: State University of New York Press, 1993.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; Dias, Maria Tereza Fonseca. *Repensando a pesquisa jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Teoria de la acción comunicativa*. Tradução de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 1987.

_____. *Direito e democracia – Entre a faticidade e a validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro. Tempo Brasileiro, 1997. 2v.

_____. _____. Tradução não autorizada e apenas para fins acadêmicos de Menelick de Carvalho Netto. Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG, Belo Horizonte, [199-].

_____. *A inclusão do outro*. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito*. Tradução de Gustavo Bayer. 2 v. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

O'DWYER, Eliane Cantarino (Org.). *Quilombos: identidade étnica e territorialidade*. Rio de Janeiro: FGV, 2002.

OLIVEIRA, Leinad Ayer de (Org.). *Quilombos: a hora e a vez dos sobreviventes*. São Paulo: Comissão Pró-Índio de São Paulo, 2001.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

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

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.