Pontifícia Universidade Católica
do Rio de Janeiro

Marilson dos Santos Santana

Facticidade, validade e legitimação do direito das minorias étnicas quilombolas no Brasil

Tese de Doutorado

Tese apresentada como requisito parcial para obtenção de grau de doutor pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

Orientador: Luiz Jorge Werneck Vianna

Rio de Janeiro
Maio de 2016

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

Marilson dos Santos Santana

Facticidade, validade e legitimação do direito das minorias étnicas quilombolas no Brasil

Tese apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais do Departamento de Ciências Sociais do Centro de Ciências Sociais da PUC-Rio. Aprovada pela Comissão Examinadora abaixo assinada.

Prof. Luiz Jorge Werneck Vianna
Orientador
Departamento de Ciências Sociais/PUC-Rio

Prof. André Luiz Videira de Figueiredo
UFRRJ

Profa. Gisele Silva Araújo
UNIRIO

Prof. Felipe Maia Guimarães da Silva
UFJF

Profa. Maria Alice Rezende de Carvalho
Departamento de Ciências Sociais/PUC-Rio

Profa. Mônica Herz
Coordenadora Setorial do Centro
de Ciências Sociais – PUC-Rio

Rio de Janeiro, 13 de maio de 2016

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial do trabalho sem autorização da universidade, do autor e do orientador.

Marilson dos Santos Santana

Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia-UFBa (1998) e mestre em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília - UnB (2004). Professor Assistente I no departamento de Direito do Estado da Faculdade Nacional de Direito (FnD) da Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ. Áreas de interesse: sociologia do direito, sociologia rural, direito público, direito do estado e constitucional, teoria social clássica e contemporânea.

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

Ficha Catalográfica

Santana, Marilson dos Santos

Facticidade, validade e legitimação do direito das minorias étnicas quilombolas no Brasil / Marilson dos Santos Santana ; orientador: Luiz Jorge Werneck Vianna. – 2016.
216 f. ; 30 cm

Tese (doutorado)–Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Ciências Sociais, 2016.
Inclui bibliografia

1. Ciências Sociais – Teses. 2. Direito de Quilombos. 3. Etnicidade. 4. Constitucionalização do art.68 do ADCT. 5. Remanescentes de Quilombos. 6. Constitucionalidade dos direitos quilombolas. I. Vianna, Luiz Werneck. II. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Departamento de Ciências Sociais. III. Título.

CDD: 300

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

Para Tatiana Aslanian e Mariana Santana Aslanian.

Agradecimentos

Ao meu orientador Professor Luiz Jorge Werneck Vianna pela paciência e a parceria para a realização deste trabalho.

À Puc- Rio, especialmente ao Departamento de Ciências Sociais , pelos auxílios concedidos, sem os quais este trabalho não seria possível.

Aos meus pais e meus irmãos pelo apoio de sempre ainda que fisicamente distantes.

Ao meu sogro Ruben Aslanian (in memorian) e a minha sogra Layra Aslanian pelo apoio incondicional na realização desta pesquisa.

Aos meus amigos Douglas Leite, Rogério Dultra, Gisele Araújo e José Eisemberg pelo apoio e incentivo.

Aos meus amigos Nelson Maculan Filho e Godofredo de Oliveira Neto pelo acolhimento e apoio inestimáveis

À Renata Bondin e Sandra Dias pelo incentivo na reta final de elaboração deste trabalho

Aos meus colegas da PUC, especialmente Anastácia Cristina, Carla Soares, Elaine Perdigão, Fernanda Nunes, Francileo (o Leo) e Marcelo Vianna pelo diálogo constante.

Aos professores que aceitaram participar da Comissão examinadora.

A todos os professores e funcionários do Departamento pelos ensinamentos e pela ajuda em nome da Ana Roxo que muito nos auxiliou.

A todos os amigos e familiares que de uma forma ou de outra me estimularam ou me ajudaram nessa caminhada.

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

Resumo

Santana, Marilson dos Santos; Vianna, Luiz Jorge Werneck. **Facticidade, validade e legitimação do direito das minorias étnicas quilombolas no Brasil.** Rio de Janeiro, 2016. 216p. Tese de Doutorado - Departamento de Ciências Sociais, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

O presente trabalho investiga a constitucionalização, validade e facticidade do direito dos quilombos no Brasil com fundamento na ética do discurso de Habermas. A partir de casos concretos se tentou demonstrar a força da etnicidade na definição do direito dos quilombos, bem como o modo como as instituições jurídicas e políticas atuam na dinâmica de conflito em torno destes direitos. Buscou-se analisar o discurso parlamentar, judicial, do Ministério Público, agentes do mercado, da burocracia e do saber antropológicos na operação da dinâmica em torno da aplicação dos direitos étnicos e territoriais das comunidades negras rurais remanescentes de quilombos. Observa-se do ponto de vista sociológico o controle de constitucionalidade abstrato e concreto e a judicialização das relações étnicas no campo específico dos quilombos. Faz-se também análise dos discursos especializados no campo do direito, da antropologia e da historiografia em torno do Art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT da Carta Constitucional de 1988.

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

Palavras-chave

Direito de Quilombos; Etnicidade; Constitucionalização do art.68 do ADCT; Remanescentes de quilombos; Constitucionalidade dos direitos quilombolas; Judicialização das relações étnicas no Brasil; Judicialização dos conflitos quilombolas.

Abstract

Santana, Marilson dos Santos; Vianna, Luiz Jorge Werneck (Advisor). **Factuality, validity and legitimacy of the right of Quilombolas ethnic minorities in Brazil.** Rio de Janeiro, 2016. 216p. PhD. Thesis. Departamento de Ciências Sociais, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

This paper investigates the constitutionalization, validity and factuality of the rights of Quilombos in Brazil basis it on the ethical Habermas's speech. From concrete cases it was tried to demonstrate the strength of the ethnicity in defining the right of Quilombos, and how the legal and political institutions work in the dynamics of conflict around these rights. It was sought to analyze the speech of Parliamentary, Judicial, Prosecution, Market Agents, Bureaucracy Agents and the Anthropological knowladge on the dynamics of the operation around the application of ethnic and territorial rigths of the remaining rural black communities of quilombos. From the sociological point of view the constitutional control abstract and concrete and the legalization of ethnic relations in the specific field of quilombos. It is also analyse specialized discourses in the field of Law, Anthropology and Historiography around the article 68 of the Constitutional Provisions - ADCT of the Constitutional Charter of 1988.

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

Keywords

Rights of quilombos; Ethnicity; Constitutionalization of art.68 ADCT; Marrons; Constitutionality of marrons rights; Legalization of ethnic relations in Brazil; Legalization of maroon conflicts.

Sumário

Introdução 9

1. Pressupostos teóricos 12
   1.1. Demarcação teórica, algumas questões e hipóteses 12
   1.2. Quilombo, etnicidade e direito 44
   1.3. Significação e subjetividade jurídico-social dos quilombos 52

2. Notas sobre escravidão, abolicionismos e as elites agrárias no Brasil 67

3. Notas sobre a constitucionalização dos direitos territoriais quilombolas no Brasil 97

4. A discussão da facticidade e validade do art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias na dogmática jurídica brasileira antes do Decreto 4.887/03 104

5. A discussão da validade e facticidade do direito quilombola no Brasil: (in)constitucionalidade formal e material do Decreto 4.887 na Corte Constitucional do Brasil 147

6. A questão dos direitos quilombolas: “hardcase”(?), política jurídica e legitimação dos atores institucionais 162

7. A discussão da facticidade e validade do direito quilombola no controle concreto de constitucionalidade 171
   7.1. Um caso de aplicação do controle de constitucionalidade concreto do direito dos remanescentes de quilombos brasileiros antes do Decreto 4.887/2003 171
   7.2. O conflito de Marambaia e a aplicação concreta do Decreto 4.887/2003 199

Conclusão 210

Referências bibliográficas 211

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

Introdução

O presente trabalho de pesquisa trata do direito das minorias étnicas quilombolas no direito brasileiro, compreendendo que ele é objeto de uma tensão entre a facticidade e validade. Mais especificamente, uma tensão entre o fato da etnicidade das comunidades negras rurais "remanescentes de quilombos" no Brasil e norma constitucional descrita no art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT da Carta Constitucional de 1988.

No primeiro capítulo, apresentamos o debate teórico e metodológico para o trabalho. Apresentamos algumas hipóteses de que o direito das minorias étnicas quilombola não pode ser visto apenas pelo ponto de vista normativo, pois demanda a verificação da etnicidade *in concreto*. Neste sentido, tentamos levantar a discussão em torno da relação entre as características étnico-territoriais dos grupos quilombolas e o sistema de direitos no Brasil, tentando já percebê-los e localizá-los no contexto temático situado entre a cena agrária contemporânea e as demandas identitárias. Deste modo, para situar ainda mais o leitor no tema e no problema a que a hipótese pretende responder, apresentamos no tópico seguinte uma discussão em tornoda subjetividade jurídica e legitimidade, da natureza pública não estatal do direito das minorias étnicas quilombolas. Esta discussão é recorrente durante todo o trabalho de pesquisa. Ao lado disso, observamos também a interação e participação de atores institucionais (Judiciário e Ministério Público), atores da sociedade civil (movimentos sociais: os movimentos sociais rurais e o movimento negro) e dos saberes especializados das ciências sociais (antropologia, história e direito) no ambiente de discussão e interpretação aberta do art. 68 do ADCT.

Utilizamos a demarcação teórica da teoria do agir comunicativo, especificada também em uma teoria procedimental do direito e da democracia de Jügern Habermas. Entendemos, com ele, que nas sociedades democráticas há sempre uma tensão entre fatos e normas, bem como uma legalidade constitucional podendo criar legitimidade social quando atores sociais mobilizam o direito de forma não estratégica. O tema do direito dos quilombos no Brasil só pode ser considerado no horizonte de um paradigma do estado democrático de direito,

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

portando-se como insuficiente as visões do paradigma liberal e do paradigma do bem-estar social.

Na nossa argumentação, depois da discussão sobre a significação e subjetividade sócio-constitucional dos direitos quilombolas, valemo-nos de um excurso com algumas notas sobre o regime escravagista, não só como apontamentos para uma nova pesquisa, mas para demonstrar como o discurso do escravagismo vigente no século XIX, domina a fala das elites agrárias brasileiras nas primeiras décadas do período republicanos e se mantém até hoje na esfera pública brasileira sem quebras ou rupturas acentuadas.

Tentando demonstrar como este discurso escravagista e das elites agrárias é persistente, utilizamo-nos da discussão em torno da redação do art.68 do Adct no processo constituinte. As diversas posições dos parlamentares constituintes em relação à natureza e disposição dos direitos quilombolas no Brasil revela uma tensão entre o discurso do antigo direito de proprietários rurais de latifúndios, notadamente escravagistas e o contemporâneo discurso dos direitos territoriais quilombolas.

Depois, partimos para uma análise de como a dogmática jurídica entendeu o tema antes da edição do Decreto 4.886/03. Nisso fizemos uma análise reconstrutiva da temática no campo do direito nos anos de 1990 e início dos anos 200, preparando o leitor para enfrentar os problemas que essa discussão aponta na confirmação de nossas hipóteses.

A partir daí, nossa preocupação se voltou para os discursos de constitucionalidade e aplicação do direito quilombola. Analisamos os discursos constantes dos dois votos do Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade do Decreto 4.887/03. Neste sentido, voltamos o olhar para uma relação das teorias da etnicidade e da teoria jurídica e constitucional antes também discutidas na demarcação téorica. Analisamos a pretensão de validade do argumento que quer configurar ou não o caso constitucional das terras ocupadas por quilombos em um “hard case” (caso difícil) no sentido da teoria da integridade jurídica de Dworkin, reconstruída na perspectiva habermasiana.

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

Para também melhor elucidar a nossa argumentação, avaliamos dois casos concretos, um antes e outro depois do Decreto 4.887/03. Mostramos, através de dois processos judiciais, como o art. 68 da ADCT poderia ser aplicado concreto e diretamente, sem normas complementares, e como aquele decreto apenas define parâmetros administrativos para regular a questão e não necessariamente cria novos direitos ou complementa norma constitucional.

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

1.
Pressupostos teóricos

1.1.
Demarcação teórica, algumas questões e hipóteses

Entendemos que o tema dos quilombos brasileiros foi pouco tratado na perspectiva da sociologia do direito, eis o que também justifica esta pesquisa. Com isso, ainda não se obteve uma observação externa[1] e precisa da dinâmica dos processos judiciais e administrativos relativos aos quilombos. O tratamento do tema na sociologia do direito e mais especificamente na sociologia do direito constitucional reconstruída a partir da teoria do agir comunicativo parece não ter se desenvolvido ainda o suficiente no Brasil. As diversas análises que são produzidas sobre os direitos quilombolas, fora do âmbito da dogmática jurídica, demarcaram-se teoricamente pela antropologia do direito, pela análise do discurso dos atores e das instituições envolvidas neste debate ou por uma "sociologia jurídica do reconhecimento" que apenas atravessa a questão de modo lateral num limite com a filosofia.

A sociologia pode contribuir para uma observação externa da questão sem prejuízo da perspectiva interna. Isso será tratado na demarcação teórica a seguir.A teoria procedimental de Habermas verifica que o direito moderno é "um meio ambíguo de integração social". Ele – o direito moderno – produz-se a partir de uma linguagem especializada que atua tanto na forma instrumental da burocracia e do mercado quanto na conformação de uma "solidariedade" do mundo da vida[2],

[1] Neste sentido, conferir a discussão formulada por Habermas em torno da teoria da argumentação e da retórica e reconstruída pela teoria do agir comunicativo. Ali ele situa o que aqui se quer chamar de "perspectiva externa do observador". Habermas, J. Teoria do Agir Comunicativo.1: racionalidade da ação e racionalização social. Ed. WMF Martins Fontes, São Paulo, 2012, pg.64

[2] Sobre "o conceito de mundo da vida" verificar a prévia menção disposta pelo Habermas quando inicia sua discussão com a antropologia cultural para delinear a transição da compreensão do mundo feita por "imagens de mundo míticas" para a compreensão de mundo racionalizada típica do ocidente. Habermas associa o conceito de mundo da vida a uma passagem da dimensão mais conceitual de sua abordagem para o de uma abordagem mais empírica. Habermas, Op.cit., 2012,pg.93-95. Mais adiante, a teoria do agir comunicativo habermasiana situa que o conceito de mundo da vida pode ser visto, " inicialmente como correlato dos processos de entendimento. Sujeitos que agem comunicativamente buscam sempre o entendimento no horizonte de um mundo da vida. O mundo da vida deles constitui-se de convicções subjacentes mais ou mens difusas e sempre isentas de problemas. Em suas realizações interpretativas, os envolvidos em uma comunidade de comunicação estabelecem limites entre o mundo objetivo único e seu mundo social intersubjetivamente partilhado, de um lado, e os mundos subjetivos de indivíduos de (outras) coletividades. As concepções de mundo e as pretensões de validade correspondentes constituem o

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

expressada na orientação cooperativa da coordenação da ação e do entendimento recíprocos dos cidadãos[3]. Essa linguagem especializada do direito, portanto, não é domínio absoluto dos especialistas do direito, pois a cidadania de um modo geral também se vale de um saber jurídico nas suas diversas relações sociais não problematizadas do cotidiano.

Assim, nas "pretensões de verdade" e "validade" da comunidade de juristas convivem com um "saber e agir estratégico" ao lado de um "saber e agir comunicativo"[4] da vida comum e de outras disciplinas do conhecimento externas ao direito. Orientados por uma racionalidade comunicativa ou instrumental que pressupõem alguns "consensos" sobre o que é ou não é direito e de que modo uma conduta pode ser considerada adequada para se conformar ao sistema de direitos é o modo como se pode observar a dinâmica do sistema de direitos nas sociedades modernas e contemporâneas. Essa dupla face do direito moderno permite ao mesmo tempo assumir a condição de um conhecimento, que se aprende em modos similares aos científicos, e a condição de um modo de ação, capaz de coordenar a vontade dos atores em relação a um tema ou a conjunto de problemas teóricos e sociais.

Por outro lado, "a tensão explosiva entre facticidade" e validade engendra "risco de dissenso". Tal risco, que se apresenta na linguagem de um modo geral, ganha na sociologia do direito habermasiana uma diretriz explicativa para dilemas jurídico-epistemológicos. Os subsistemas sociais diferenciados do estado e do mercado produzem a comunicação hierarquizada de modo sistêmico, estratégico e impositivo, mas não comunicativo. Isso quer dizer que se deixa pouca margem para a discutibilidade e argumentação em torno de objetos e temáticas postos

arcabouço formal com que os que estão agindo comunicativamente ordenam os respectivos contextos situacionais e problemáticos (isto é, carentes de acordo), dispondo-os em seu mundo da vida pressuposto de maneira não problemática" . Habermas, J. Ibidem, 2012, pg.138-139

[3] "E uma vez que o direito se interliga não somente com o poder administrativo e o dinheiro, mas também com a solidariedade, ele assimila, em suas realizações integradoras, imperativos de diferentes procedências." Habermas, J. Direito e democracia: entre a facticidade e a validade. Tempo Brasileiro: Rio de Janeiro, 1997, V. I, pág. 62

[4] As distinções entre "racionalidade cognitivo-instrumental" e "racionalidade comunicativa" é uma preocupação imediata da teoria do agir comunicativo ao se deparar com as questões de " racionalidade da ação" e "racionalização social" suscitadas pela sociologia e sua respectiva teoria social. Interessa saber que as ações instrumentais se orientam para o sucesso e dominação do saber. E a racionalidade comunicativa por sua vez orienta a ação para o entendimento e a cooperação. Habermas, J. Op.cit., 2012, pg. 35-37

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

diante da burocracia e do mercado. A interferência sistêmica no mundo da vida pode produzir a colonização deste e acionar a retirada dos potenciais críticos inseridos na argumentação da esfera pública e em espaços especializados sobre o direito.

Tais subsistemas, quando se comportam como agentes desta instrumentalização colonizadora, comprimem as possibilidades de problematizações e levantamentos críticos sobre determinados temas relevantes para a sociedade. Por outro lado, estes subsistemas, quando não exorbitam de suas funcionalidades, reduzem a complexidade dos processos deliberativos atuando como programações alimentadas pelas mídias do dinheiro e do poder.

O direito moderno, no contexto de uma sociedade pós-metafísica[5] e pós-tradicional, rompeu com a "fusão semelhante entre a facticidade e validade" própria das "instituições arcaicas"[6], permitindo que no âmbito da validade normativa, relativamente separada da realidade dos fatos, haja aquele risco de dissenso. Este deve acontecer sem desestabilizar contrafactualmente as expectativas de comportamento dos atores. No âmbito de instituições arcaicas pré-modernas, o direito se operava "na fusão sacral entre facticidade e validade", que "se enraíza, por exemplo, na hierarquia de leis da tradição jurídica europeia,

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

[5] Habermas entende que depois da "reviravolta da linguagem" não é possível mais sustentar uma visão metafísica do mundo e das relações sociais. Neste sentido, há uma ruptura com a filosofia do sujeito e uma filosofia da consciência, deslocando a análise para processos comunicativos. Cf. Habermas, J. Pensamento Pós-Metafísico: estudos filosóficos. Tempo Brasileiro Ed. Rio de Janeiro, 1990, pg. 15, 53-58

[6] A discussão em torno das "estruturas de imagem de mundo arcaico" (pg.103) , bem como das suas instituições é atravessada pela teoria do agir comunicativo com o cuidado de não reificar ou essencializar as distinções entre natureza e cultura (pg.107). A observação das " técnicas de intervenções mágicas" (pg.101) feita pela teoria habermasianda se faz com o auxílio da consistente antropologia cultural tanto na tradição estruturalista de Levi-Strauss (pg.97) como de clássicos como Malinovski (pg.100).Ao mesmo tempo, a teoria do agir comunicativo está preocupado com o papel e a posição do antropólogo (pg.112,114,117 e 122) na descrição consistente e da prova rigorosa na interpretação e observação deste mundo arcaico ocidental em transito para uma modernidade. Ao mesmo tempo em que se nutre da empiria produzida pela antropologia cultural no lidar com temas aparentemente "exótico", Habermas está ciente de que, por exemplo, o "antropólogo não tem direito de julgar a crença em bruxas e a magia segundo parâmetros de racionalidade científica" (pg.117). Por outro lado, esta cisão entre mito e modernidade é concebida a partir da "sociologia da religião" de Max Weber e do cognitivismo construtivista de Piaget (pg.134). Habermas, J. Ibidem, 2012, pg. 92-146

segundo a qual o direito estabelecido pelo governante permanece *subordinado* ao direito natural cristão, administrado eclesiasticamente"[7].

No direito moderno, essa sacralidade é quebrada. A "coerção fática" se coloca de um lado e a "validade" legítima de regras e princípios de outro. Convivem em tensão. Configuram-se como marcas de um sistema de direitos inseridas no contexto de mundo da vida passível de modificabilidade a qualquer tempo e geradoras de legitimidade para os atores destinatários dessas regras e princípios. Para Habermas, há um nexo interno entre sistema de direitos e democracia, uma vez que a existência de uma pressupõe o outro nas sociedades de capitalismo tardio.

Há, também, um relacionamento interno e externo entre "facticidade e validade" no direito moderno, mas elas se diferenciam e se destacam uma da outra. Isso se torna, "aos olhos de um sociólogo esclarecido", uma diminuição da sobrecarga em decisões relacionadas à integração social[8]. Ou, em termos mais precisos, retira "dos ombros dos atores que agem comunicativamente a sobrecarga da integração social". A validade falível de uma norma não esvazia a força estabilizadora de expectativas de comportamentos contra-factuais, seja de modo estratégico, seja de modo cooperativo. Neste sentido, há uma concordância parcial da teoria do agir comunicativo com a teoria do sistema[9]. Habermas entende que essa tensão, estruturada também entre "o idealismo constitucional e o

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

[7] Habermas, J. ibidem, 1990, V.I, pág. 45 (grifo do autor).

[8] "Do ponto de vista de uma teoria da sociedade, o direito preenche funções de integração social; com efeito, associado ao sistema político configurado nas constituições, o direito assume a garantia pelas perdas que se instalam na área da integração social. Ele funciona como uma espécie de correia de transmissão que transporta de forma abstrata, porém, impositiva, as estruturas de reconhecimento recíproco existente entre conhecidos e em contextos concretos do agir comunicativo, para o nível das interações anônimas mediadas pelo sistema. Ao passo que a solidariedade – que é a terceira fonte de integração social ao lado do poder administrativo e do dinheiro – surge indiretamente do direito, pois ele garante, através da estabilização de expectativas de comportamento, relações simétricas de reconhecimento recíproco entre titulares abstratos de direitos subjetivos. Tais semelhanças estruturais entre direito e agir comunicativo explicam por que discursos, portanto formas do agir comunicativo que se tornaram reflexivas, desempenham papel constitutivo na produção e emprego de normas de direito". Habermas, J. 1997, V.II, pág. 309

[9] "Mediante tal conceito de direito, a análise filosófica procura garantir acessos para uma análise empírica apoiada numa 'dupla perspectiva'. De outro lado, não se pode renunciar a um princípio da teoria do sistema, de providencia parsoniana ou luhmanniana, pagando o preço de uma recaída numa concepção holística da sociedade. O 'povo do Estado ou a 'associação de parceiros livres e iguais´ são construções inevitáveis do sistema jurídico, porém, ao mesmo tempo, inadequadas como modelos para a sociedade tomada como um todo" Habermas, J. ibid. V.I, pág. 111

materialismo da ordem jurídica", coloca-se no reflexo da "distribuição desigual do poder social". Portanto, " encontra seu eco no desencontro entre as abordagens filosóficas e empíricas do direito"[10]. Com isso, na sua perspectiva, torna-se quase necessário que a teoria do agir comunicativo se ocupe dos conceitos da sociologia do direito. O "ceticismo das teorias sociais do direito" produziu um "desencantamento do direito por obra das ciências sociais"[11]. A teoria do agir comunicativo entende que as ciências sociais enfatizam a facticidade e reduz a preocupação com a dimensão normativa da validade. Assim, a teoria social clássica ressalta os aspectos coercitivos e repressivos do direito e seria preciso superar esta perspectiva para enfatizar a dimensão cooperativa e comunicativa que a linguagem jurídica também porta em si mesma [12].

É possível observar em um apontamento de Niklas Luhmann um exemplo de parcial aproximação entre a teoria do agir comunicativo e a teoria dos sistemas, no concernente à sociologia do direito. Luhmann diagnostica esse divórcio entre a teoria social e a teoria jurídica de modo contundente. O argumento luhmanniano parte da necessidade de uma correção de método da pesquisa na sociologia do direito. Luhmann situa de maneira convincente que o lugar da sociologia do direito está na empiria[13]. Na perspectiva da teoria dos sistemas, as "abordagens sociológicas" do Direito carecem de "direito" propriamente, enquanto "as abordagens jurídicas" da sociologia carecem de um olhar da sociologia[14].

O longo e difícil trajeto de Luhmann, apresentado na sua "Sociologia do Direito", dentro da teoria dos sistemas, de fato, não foge desse desafio. Assim, ele localiza o direito na teoria social clássica e vai mostrando como a dogmática

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

[10] Habermas, J. Ibid.1997, V.I, pág. 63
[11] Habermas, J. Ibid. 1997, V.I, pág. 66
[12] Neste sentido: "... De Marx até Durkheim e Max Weber, os fatos sociais foram analisados com base nos aspectos da coerção, exploração e repressão, de sacrifício imposto e negação da satisfação..." Habermas, J. Acerca da autocompreensão da modernidade. In: A constelação pós-nacional: ensaios políticos. Literra mundi: São Paulo, 2001, pág. 187
[13] No concernente ao tema deste projeto, a tese de André Videira de Figuereido é uma mostra forte de que a argumentação em torno de uma sociologia jurídica de cariz empírico produz uma superação dessa lacuna apresentada pelas duas teorias. Cf. Figuereido, André Videira de. O caminho quilombola: sociologia jurídica do reconhecimento étnico. Apris: Curitiba, 2011. Neste sentido, conferir a nossa resenha sobre este trabalho disponível em: http://www.forumjustica.com.br/es/resenha-o-caminho-quilombola/
[14] Luhmann, N. Sociologia do Direito, I. Edições Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro: 1983, pág. 14.

jurídica se distanciou da teoria social e vice-versa. Em outros termos, Luhmann[15] parece também propor uma "fusão de horizontes" entre os saberes da Sociologia e do Direito dentro dos rigores demandados pela teoria social sem perder de vista a teoria jurídica e as exigências decorrentes da experiência prática do direito e da dogmática jurídica[16].

Por outro lado, para Luhmman, "até hoje não existe nenhuma abordagem digna de registro no sentido de uma teoria sociológica da positividade do direito. O debate sobre o positivismo foi relegado aos juristas, em cujas mãos ele inevitavelmente limitou-se à problemática jurídica imanente das bases legitimadoras do direito positivo"[17]. Para ele, há um "fracasso da sociologia clássica do direito"[18] e mesmo "a 'sociologia do direito' de Weber não é sociologia do direito[19]", pois na sua obra clássica sobre o tema, segundo ele, Weber "mantém a distinção entre o conceito do direito em termos empírico-sociológicos e o em termos jurídico-normativos, minando-a através de seu conceito de ação "[20].

Atento para isso no Brasil, Wenneck Vianna, logo no início de seu texto sobre o "Corpo e Alma da Magistratura no Brasil", registrou essa orientação luhmanniana como necessária à sociologia do direito[21]. Ele importou para o contexto brasileiro as demandas de observação empírica do sistema de direitos, por exemplo, a partir da análise do papel social e funcional da magistratura como uma elite da inteligência burocrática no Brasil. Nisso, seu trabalho empírico

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

---

[15] Sobre o pensamento sociológico jurídico luhmanniano, Cf: Luhmann N. Legitimação pelo procedimento. Ed. Universidade de Brasília. Brasília, 1980; Luhmann, N. O Enfoque sociológico da teoria e prática do Direito, Sequência nº 28, Santa Catarina, 1994, pág. 15-29

[16] "...Um maior impacto é causado apenas pelo desenvolvimento da dogmática jurídica comparativa, evidenciando o papel dos institutos jurídicos, dos institutos do direito, dos princípios jurídicos, das normas, das regras de argumentação etc., em sua função como formas sistêmicas de encaminhamentos de problemas. Nesse contexto, a teoria do direito desemboca em um estilo funcional de abstração que mina a utilização 'ingênua' da dogmática jurídica. Mas de onde extrai a dogmática jurídica seus problemas? Certa vez a 'Revista de direito privado estrangeiro e internacional' passou essa tarefa para a sociologia do direito: ela seria a 'linguagem original' da comparação jurídica. Mas a 'Revista de direito privado estrangeiro e internacional' não é lida por sociólogos". Luhmman, N. Ibidem, 1983, I, pág. 33

[17] Luhmann, N., Ibidem, I, 1983, pág. 35

[18] Luhmann, N., Idem, I, 1983, pág. 35

[19] Luhmann, N., Ibidem, I, 1983, pág. 30

[20] Luhmann, N., Ibidem, I, 1983, nota nº18, pág. 39

[21] Werneck Vianna, L. *et al*. Corpo e Alma da Magistratura Brasileira, Editora Revan, 3ª Edição, Rio de Janeiro: 1997, pp. 7/21

apontou para uma aproximação também empírica entre a sociologia e o direito, todavia sem se restringir à teoria dos sistemas[22].

Com Habermas, Werneck Vianna também compreendeu que é preciso atentar para a interação entre sistema de direitos e mundo da vida que parece ficar de fora na teoria do sistema. As pesquisas na sociologia do direito, não raramente, carecem de dados ou provas de suas evidências empíricas, prendendo-se a uma repetição pouco criativa do viés dogmático, produzido no centro do sistema de direitos sem atenção para a sua periferia. Por outro lado, o sociólogo tradicional parece ter uma visão "reificada" e externa da pesquisa jurídica ou, no máximo, ligam a sua funcionalidade apenas à burocracia ou ao mercado. Por isso, o papel "reconstrutivo" da validade do direito se opera do interior da sociologia do direito para uma teoria do agir comunicativo[23].

Habermas[24]concorda parcialmente com Luhmman, uma vez que não compreende o sistema de direitos como um subsistema que observa os demais apenas de um ponto de vista externo. O direito é em parte linguagem, em parte sistema, pois a teoria do discurso não despreza a perspectiva do cidadão que interage sem estratégias. O direito tem uma funcionalidade sistêmica instrumental a se operar nos códigos do poder e do dinheiro, mas, sobretudo, também funciona como uma linguagem mediadora entre estes sistemas e o mundo da vida. Com essa marca da discutibilidade e da dialogicidade da teoria do agir comunicativo,

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

[22] Habermas resume bem teoria do sistema no contexto da teoria social ao dizer que o "funcionalismo do sistema pode superar o realismo do modelo marxiano através do conceito de uma sociedade descentrada, diferenciada funcionalmente e que se compõe de muitos sistemas que tendem a se separar; o observador sociológico descobre que tanto ele como sua ciência estão subsumidos nela, formando um sistema ao lado de outros sistemas. Nesta sociedade sem base e sem ponta, estilhaçada policentricamente, os muitos sistemas parciais recursivamente fechados e mantenedores de limites formam mundos circundantes uns para os outros; eles encontram-se situados, de certa forma, em nível horizontal e se estabilizam, na medida em que se observam uns aos outros e refletem sobre sua relação, sem possibilidades de uma intervenção direta. Numa concepção monádicas das capacidades transcendentais das consciências dos sujeitos, delineadas por Hursserl, passam para os sistemas de monadas da consciência, sendo, pois, reencapsuladas monadicamente e despidas de subjetividade". Habermas S, J. Ibid., 1997, V.I, pp.70/71

[23] "No presente contexto, eu me interesso apenas pelo ponto de vista metódico segundo o qual a sociologia do direito não pode prescindir de uma reconstrução das condições de validade do 'acordo de legalidade' que é pressuposto nos modernos sistemas de direito. Nessa perspectiva, revela-se que a positivação do direito e a consequente diferenciação entre direito e moral são resultados de um processo de racionalização, o qual, mesmo destruindo as garantias metas-sociais da ordem jurídica, não faz desaparecer o momento de indisponibilidade contido na pretensão de legitimidade do direito". Habermas, J. ibidem,1997, V.I, pág.100

[24] Habermas S, J. Direito e Democracia: entre a factidade e validade, v. I., Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997a.

Habermas entende que, assim como nas ciências, a verdade não é nada mais do que uma "pretensão de verdade", no sistema de direitos, a validade das normas não passa de uma "pretensão de validade". Tantos os fatos quanto as normas estão sempre sujeitos à revisão em função da modificabilidade do direito. A verdade, seja ela científica, seja ela filosófica ou até mesmo sociológico-jurídica, para a teoria procedimental, é sempre um constructo social que precisa se reconhecer na prática empírica e se validar na teoria racional. Está sempre submetida à crítica severa do diálogo com a comunidade de especialistas dentro de um auditório relevante e com a esfera pública mais ampliada.

Por isso, tornar-se-ia insuficiente a compreensão de qualquer realidade, como também da realidade jurídica, com a pressuposição de uma linguagem semântica limitada à compreensão lógica dos signos em busca do que não pode ser dito: "a reviravolta linguística implica a necessidade de transformação pragmática do entendimento e da ação. As regras sintético–semânticas da linguagem formalizada podem ser compreendidas dentro do uso pragmático da linguagem"[25]. Assim, também se valoriza o melhor argumento em detrimento de preciosidades linguísticas. Os intérpretes são instados a colocarem suas razões em público, a buscarem consensos precários sobre os objetos sociais ou naturais e a não buscarem a verdade absoluta ou a substância das coisas e das relações sociais. Na teoria do agir comunicativo não se admite a contradição performativa[26]. Para desconstruir a argumentação, é preciso dizer ao auditório relevante, no qual a razão se situa, por qual motivo não se quer argumentar. E dizendo que não se quer argumentar, o cético da linguagem se insere contraditoriamente na comunidade de comunicação[27] ou naquele auditório relevante para o tema problematizado.

Na pragmática linguística, a fala não se distingue da atitude, por isso, pode-se apresentar a estrutura da comunicação como uma referência à compreensão de objetos consignada em atos de fala com poderes de alterar as condições de ação dos sujeitos envolvidos em determinada discussão ou coordenação de ação. O sujeito, ao se referir ao mundo e às relações sociais, toma

[25] Milovic, M. Filosofia da Comunicação: para uma crítica da modernidade. Brasília: Plano Editora, 2002, pág. 179
[26] Habermas, J. Consciência moral e agir comunicativo. Tempo Brasileiro: Rio de Janeiro, 1989, pp. 103/104, 161
[27] Milovic, M. Op. cit., 2002, pp. 195-196

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

o seu discurso e o discurso dos outros como base para uma argumentação e problematização permanentes e abertas.

Os atos de fala comunicativos ou performativos possibilitam a compreensão das realidades sociais formando um consenso precário sobre o entendimento de algo. Os chamados atos constativos fazem referências a objetos das ciências naturais e podem estabelecer juízos de verdade mediante certas proposições, geralmente de natureza científica. Quando o partícipe da comunicação age, buscando explicar o sentido de uma experiência contando com a pressuposição de sua sinceridade e a do seu interlocutor, entende-se que ele pratica um ato de fala representativo. Tais atos de fala se constituem em pressupostos do discurso e ganham sentido quando compreendidos em uma comunidade (ou auditório) ideal de comunicação. O participante deste auditório se credencia no processo com as suas condições fundamentais de compreensão simbólica: saber ouvir e falar e estar disposto a suportar as argumentações divergentes sem recurso a uma solução violenta.

Com isso, transcendentalizam-se as condições do discurso, sem se fixar em uma centralidade das condições de entendimento do sujeito ou na busca essencialista da última fundamentação. Toda teoria, seja científica, jurídica ou política, está plasmada na provisoriedade que produz a argumentação e a contra-argumentação no rol de uma "comunidade de interpretes aberta" ou especializada.

O sistema de direito se aproxima do ato de fala regulativo que busca a aceitação de regras gerais ou concretas mediante correção próxima ao campo da moralidade e da eticidade. Entretanto, os atos jurídicos, embora co-originários dos atos morais, deles se distinguem por cindirem a autonomia pública da privada e, portanto, "o direito positivo não pode ser entendido como um caso especial da moral"[28]. No caminho do procedimentalismo da linguagem, aplicada ao Direito observado internamente, Habermas reconstrói os pressupostos de uma "teoria dos princípios" de Dworkin, tentando adequá-los aos pressupostos da filosofia da linguagem. O que lhe interessa é compreender também qual o papel de um ator como o juiz de direito, inserido em uma "sociedade aberta de intérpretes" do

[28] Habermas, J. 1997, ibidem, V. II, pág. 311

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

direito na resolução de conflitos e produção de consensos precários entre as partes. Com isso, exige que a teoria de Dworkin compreenda o direito como linguagem mediadora do mundo da vida no embate e concorrência com linguagem estratégica dos outros principais subsistemas de integração social. Por isso, "o juiz Hércules" não pode estar só, mas integrado numa rede comunicativa permissora de partilha da interpretação constitucional com outros atores sociais nos termos que propõe Peter Häberle por exemplo[29].

Não se quer dizer que o horizonte de compreensão dos paradigmas do estado liberal e do estado social de direito tenham deixado de existir por inteiro na perspectiva do paradigma do estado democrático de direito. Mas este paradigma do estado democrático de direito demanda mais que exigências liberais e programáticas para a cidadania. Considera-se que só são suportáveis em uma democracia situações que se disponham a dar autonomia à burocracia e ao mercado. Entretanto, "quanto mais o direito é tomado como meio de regulação política e de estruturação social, tanto maior é o peso de legitimação a ser carregado pela gênese democrática do direito"[30]. E a legalidade cria a legitimidade, uma vez que os atores, munidos da linguagem jurídica e cientes dos direitos para os quais são destinatários, mobilizam e movimentam forças sociais no sentido de produzir eficácia para regras e princípios jurídicos.

Há, nesta linha, uma tensão paradoxal a que o próprio sistema de direitos submete a cidadania no seu nexo interno com a democracia. Onde quer que venha a ser constitucional, o Direito se esforça a todo tempo para não ceder aos arroubos do autoritarismo. Tal tensão permanente, que também se configura entre os direitos fundamentais, é estruturada em cláusulas pétreas imutáveis vocacionadas para a liberdade.

A intervenção estatal direta situada no paradigma do estado social é disposta apenas para o cumprimento de programas sociais de alta relevância e temporários. Por isso, haverá sempre o nexo interno entre direito e democracia

[29] Habermas, J. 1997ª, ibidem, V. I, pp. 261-278
[30] Habermas J. Ibidem, 1997, V. I, pág. 171

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

que se justificam no "acoplamento" entre direitos humanos e o princípio da soberania popular[31].

Neste contexto, para os propósitos desse trabalho, é importante identificar como o direito das minorias e das identidades coletivas no paradigma do Estado Democrático de Direito seria explicado nos termos de uma teoria do agir comunicativo. Habermas a expressa na discussão sobre a "luta por reconhecimento". Entende-se, nesse viés, que no constitucionalismo moderno o cidadão pode se ligar a uma constituição de modo racional e se tornar membro de uma comunidade de direito, na qualidade de "portador de direito subjetivo" e como "pessoa de direito", aderindo a um "patriotismo constitucional"[32]. Em sua concepção, os direitos individuais, atribuídos nessas qualidades não são violados em nome de relações de reconhecimento mútuo. Por isso a teoria habermasiana coloca para si o problema formulado na expressão que interroga: "Será que uma teoria dos direitos de orientação tão individualista pode dar conta de lutas por reconhecimento nas quais parece tratar-se sobretudo de articulação e afirmação de identidades coletivas?"[33]. Assim, torna-se problemática, por conseguinte, a adequação dessa demanda de identidades coletivas com direitos individuais, pois a estrutura do sistema de direito moderno é individualista ainda que garanta as manifestações de pensamento e liberdades de grupos diferenciados[34].

Isso conduz não só a uma perspectiva de patriotismo constitucional, mas à concepção de constituição como um projeto histórico coletivo, que define argumentos de política no espaço da política deliberativa e argumentos de princípios, identificados nos tribunais, *locus* em que se especificam direitos individuais nos casos concretos. Situa-se a possibilidade de um agente coletivo

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

[31] Habermas, J. Ibidem, 1997, VII, pág. 133

[32] "A integração dos cidadãos do estado assegura lealdade em face de uma cultura política comum. Essa cultura política está enraizada em uma interpretação dos princípios constitucionais assumidos e cumpridos por cada nação estatal (a partir do contexto histórico de experiências próprio a essa mesma cultura), o que indica que tais princípios não podem ser eticamente neutros. Antes talvez se devesse falar de um horizonte interpretativo comum, no interior do qual se discute publicamente, e por ensejos imediatos, a autocompreensão dos cidadãos de uma república. A controvérsia dos historiadores que teve lugar na Alemanha em 1986/1987 é um bom exemplo disso. Mas sempre se discute sobre a melhor interpretação dos mesmos direitos e princípios fundamentais. Eles constituem com o sólido ponto de referência para cada patriotismo constitucional que situe o sistema de direitos no contexto histórico de uma comunidade jurídica. (...)". Habermas, J. A inclusão do outro – estudos de teoria política. São Paulo: Edições Loyola, 2002, pág. 254

[33] Habermas, J. ibidem ,2002, pág. 229

[34] Habermas, J. ibidem, 2002 pág. 38

pedir juridicamente uma reparação para a sua desconsideração ou para desconsideração de integridade ferida por meio de direitos individuais cobráveis judicialmente. Considerando-se que há uma "equiprocedência das autonomias pública e privada" no Estado democrático de direito, deve-se buscar um respeito aos "contextos de vida" dos quais se originam minorias ou identidade coletivas, sem perder de vista a possibilidade de universalização de direitos individuais[35].

Propõe Habermas, então, uma distinção entre a integração jurídica e a integração da ética e da moral no plano do multiculturalismo. As questões éticas e morais são postas diante daquilo que é bom para todos no sentido universal (moral) e "bom para nós" no sentido de uma identidade coletiva determinada (ética). O sistema de direitos não se interessa de modo tão abstrato pelo que é bom para todos, nem está concretamente atrelado à determinação de fins coletivos de uma comunidade específica. Isso não exclui a possibilidade da "impregnação ética" de uma ordem jurídica por valores de identidades coletivas. O teor abstrato moral contido na ideia de direitos fundamentais não permite a dissolução de demandas jurídicas em valores éticos ou morais[36]. Com referência aos grupos étnicos que se formam a partir de uma eticidade coletiva, tal estrutura não pode ser garantida só com a existência de direitos coletivos no sentido do Estado-Social, nem pode se fechar na redoma individualista do liberalismo. Deve, contudo, converter-se em uma estrutura de direito individual que paradoxalmente garanta a possibilidade do exercício de um modo de viver e fazer coletivo[37].

Com isso, Habermas quer dizer que não se pode "objetificar" culturas em cristais coletivos. A existência do indivíduo e de seu direito individual de assumir ou rejeitar a própria identidade pode servir para a continuação de uma determinada cultura específica. Por isso se torna inadequado para a própria cultura impor uma forma de organização a partir do Estado. É possível dizer que não se

[35] Habermas, J., ibidem, 2002, pág. 234
[36] Habermas, J., ibidem, 2002:245; 1997a: VI, pág. 290
[37] "(...) a coexistência equitativa de diferentes grupos étnicos e de suas formas de vida culturais não pode ser assegurada por um tipo de direitos coletivos que necessariamente estaria além dos limites de uma teoria do direito, talhada para atender a pessoas individuais. Mesmo que se acatassem tais direitos coletivos no Estado democrático de direito, eles seriam não apenas desnecessários, mas também questionáveis do ponto de vista normativo. Pois a defesa de formas de vida e tradições geradoras de identidade deve servir, em última instância, ao reconhecimento de seus membros; ela não tem de forma alguma o sentido de uma preservação administrativa das espécies". Habermas, J., ibidem, 2002. Pág. 250.

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

pode sobrepor o direito de identidades coletivas aos direitos individuais e vice-versa. Também não cabe ao estado dizer quem é e como deve ser a existência dessas comunidades. Por exemplo, deve-se garantir que o sujeito tenha o direito de reconhecimento a ser quilombola no Brasil contemporâneo. Tal direito de ser quilombola não pode existir, entretanto, como algo simplesmente dado pelo estado. Se não houver indivíduos que se reconheçam mutuamente como tal e participem da esfera pública no sentido de exigir o cumprimento de direitos que lhes são específicos, não se pode falar em direito de remanescentes de quilombos.

Como traduzir isso em uma categoria adequada para o sistema de direitos é o que parece ainda mal resolvido. Afirmar prescritivamente a existência de direitos coletivos, sem atentar para a característica da generalidade de todos os direitos é assumir um risco comunitarista que pode, mais do que garantir a sobrevivência, extinguir as identidades coletivas. Por outro lado, não reconhecer a necessidade de exercício de direitos coletivos diferenciados implica o ônus de um liberalismo cego ao direito à diferença e ao multiculturalismo próprio de sociedades como a brasileira.

A essa altura já é possível demonstrar que a teoria do discurso pode contribuir para uma compreensão do tema proposto. Mas o caminho reconstrutivo que conecta a sociologia do direito a uma teoria discursiva do direito precisa ganhar justamente mais proximidade com a dimensão empírica e com a realidade jurídica dos quilombolas no Brasil. A perspectiva externa se deve somar à perspectiva interna[38]. Para isso, foi preciso ver também de que maneira a teoria discursiva do direito se adaptou ao constitucionalismo brasileiro e como a literatura especializada em direito compreendeu a questão quilombola, por exemplo.

[38] "...As análises sociológicas do direito tem que unir a intervenção externa com uma reconstrução que inicia internamente; a partir daí, o engate da teoria normativa na realidade não precisa mais passar, *sem mediação*, por sobre a consciência política de um público de cidadãos. Uma teoria normativa, desenvolvida para a reconstrução do desenvolvimento Estado de direito de sociedades concretas, poderia encontrar o seu lugar pleno no contexto de uma descrição crítica dos processos políticos constatáveis. Essa perspectiva dupla, talhada ao mesmo tempo para a reconstrução e o desencantamento do direito pode encontrar pontos de partida interessantes nas teorias da sociedade clássicas de Durkheim e Max Weber, até Parsons". Habermas, J. Ibidem, 1997, V.I, pág. 94

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

Para a teoria do discurso através de uma vinculação da cidadania ao sistema de direitos, por meio de um "patriotismo constitucional", cujo exemplo principal é o caso americano, pode-se inverter o sentido da legitimidade social. Se o processo deliberativo constituinte criou regras e princípios modificáveis, esta modificação só é possível também com uma forte mobilização da sociedade. Assim, quando a comunidade de intérpretes e destinatários das normas e princípios jurídicos na luta por direitos em uma sociedade democrática retiram da validade jurídica a facticidade de sua mobilização, temos uma nova forma de legitimação que não anula a possibilidade inversa. É o caso de legalidade constitucional criando a legitimidade social[39].

A subjetividade jurídica do quilombola, por exemplo, era invisível para a tradição monárquica e para a tradição republicana do Brasil até bem pouco tempo. Estes grupos étnicos jamais se encartaram semântico e literalmente no direito positivo brasileiro até a Carta Constitucional de 1988. A contemporaneidade de tal identidade coletiva passou a ser mais plausível juridicamente depois da edição desta carta. A afirmação da existência de territórios de quilombos, quilombolas, comunidade negra rural, remanescentes de quilombos, mocambo ou de qualquer outro sinônimo representativo dessa forma de vida contou com certa desconfiança da esfera pública brasileira em relação ao estado a ponto de se inscreverem no sistema jurídico e político, não sem embate, como destinatários de direitos constitucionais.

Um discurso conservador, por outro lado, passou a enxergar tais identidades com aqueles mesmos olhares exóticos de um estrangeiro no Brasil do século XIX. Na verdade, o discurso e a argumentação mais hegemônicos em torno destes grupos étnicos só compreendem o horizonte do passado heroico

[39] "...É certo também, que o discurso civil de liberdade e igualdade se constitui segundo regras próprias; mas de maneira que ele, enquanto discurso universalista, submete-se como tal a um crítica a partir de dentro- já que é justamente sua capacidade de autotransformação que o distingue de outros discursos, como os descritos por Foucault. A racionalidade comunicativa que desvenda o segredo do surgimento da legitimidade a partir da legalidade não pode 'substituir' o dominador, já que o lugar deste último na democracia deve permanecer desocupado, e não apenas em sentido literal. A contribuição paradoxal do direito (e paradoxal somente à primeira vista) consiste sim em que ele subjuga o potencial conflituoso das liberdades subjetivas aí desencadeadas, por meio de normas que garantem a igualdade e que só podem exercer coerção enquanto forem legítimas no terreno instável das liberdades comunicativas que aí se desencadeiam". Habermas, J. Ibidem, 2002, pág. 384

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

quilombola como na estratégia de Palmares ou de lutas históricas similares. Estes olhares exóticos se reproduziram, ampliando a invisibilidade destes grupos. Há, porém, uma "persistência deste passado" que se revelou no direito.

A constitucionalização do direito quilombola não se furtou, porém, a recolher este olhar historicista menos arqueológico e escavador do direito quilombola. Consagrou-se também no imaginário e na simbologia da Constituição Federal de 1988 o sentido jurídico-historicista para a expressão "remanescentes de quilombos", presente no art. 68 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT. Notaremos, mais adiante, que as discussões sobre o tema quilombola no processo constituinte sinalizaram para uma polarização de discursos.

Como diversos estudos antropológicos apontam, a "remanescência" revela que, a princípio, o legislador constituinte entendeu quilombo como algo do passado e tendia a compreender que tal territorialidade jamais teria uma nova atualidade significativa, resvalando-se numa situação de transitoriedade facilmente resolvida pela sua insuficiência quantitativa. Se o imaginário é forjado no paradigma da luta de Palmares e, por conseguinte, no ideário de "negros fugidos", há de se pensar em poucos "remanescentes de quilombos" no Brasil de hoje.

Todavia, como antes acentuaram os historiadores, antropólogos e juristas, nas últimas duas décadas, vêm-se tentando recontar essa "história" como um fato do presente, mesmo que, em algumas situações, esteja desligado das tradições de luta do passado. Talvez essa abundante preocupação recente apareça como o retorno do "recalque" aparentemente esquecido por boa parte da história constitucional republicana, e que reaparece como o mais forte e intricado sintoma demandante de reparação: o escravagismo. É possível que tal visão maltratada da "história escravista" brasileira tenha se inscrito no art.68 do ADCT O processo constituinte contou com a formulação do campo do direito , por meio da "ação da inteligentsia jurídica nas assessorias e consultorias dos parlamentares" que

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

disputaram a escrita da Constituição de 1988 e que influenciaram profundamente pela leitura da "Carta Portuguesa de 1976 e a filosofia do direito alemão"[40].

Contudo, com os aportes de uma "nova história" e de uma "nova antropologia", reconstruiu-se outro sentido para a "remanescência" e se reabriu novamente um enigma a se decifrar no seu entorno. Esquecidos que foram no mundo rural brasileiro, em lugares de difícil acesso, vivendo a partir do que produzia sua própria subsistência e com relações sociais precárias com cidades e vilas vizinhas, mas conservando-se de geração para geração, "os remanescentes de quilombos" forjaram involuntariamente laços que os uniam entre si e os diferenciavam da sociedade em geral. Revelaram-se no formato de quilombo contemporâneo.

Aquela concepção jurídico-historicista que o pensamento conservador sobre quilombos toma como ponto de partida se enquadra em uma consulta feita pelo Conselho Ultramarino Português de 1740 à Coroa Portuguesa[41] passa a cada dia para o desbotamento. Os territórios quilombolas ocupados, também denominados "terras de preto", "mocambo", "quilombolas", "calhambolas" ou "comunidades negras rurais" não se limitaram ao território brasileiro, ganhando configuração em toda a América. Em resumo, a palavra quilombo, historicamente, significou povoação, aglomerado e, no senso comum, passou a designar o lugar para onde iam os negros fugitivos das senzalas no período da escravidão. No sentido contrário, a antropologia social ofertou uma argumentação que os retirasse da chave de leitura de negros fugidos para a de grupos étnicos[42].

Jogados, assim, para debaixo do tapete jurídico das repúblicas constitucionais brasileiras anteriores, até reaparecerem no apagar das luzes do último processo constituinte de 1988, as comunidades negras rurais remanescentes de quilombos não foram assimiladas pelo processo radical de

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

[40] Werneck Vianna, L. *et al*, A judicialização da política e das relações sociais no Brasil. Editora Revan, Rio de Janeiro: 1999, pág. 41

[41] Desta consulta surgiu uma norma que conceituou normativamente quilombo ao dizer que se tratava de "toda habitação de negros fugidos que passem de cinco, em parte desprovida, ainda que não tenham ranchos levantados nem se achem pilões",

[42] Berno de Almeida, A. W. de. "Quilombos: sematologia redefinida em face de novas identidades". In.: Frechal Terra de Preto: um quilombo transformado em reserva extrativista. São Luiz: Projeto Vida de Negro, SMDH/CCN-MA, 1996 (mimeo), pág. 4

urbanização. Assim, também não se misturaram totalmente às comunidades indígenas ou se transformaram plenamente em "camponeses" ou homens rurais sindicalizados. Por pouco não ficaram de fora de uma formalização e materialização de seus direitos e de um reconhecimento mais efetivo de seu território e de sua identidade cultural como tal. Não aderiram nem às formas de ação do sindicalismo rural de oposição dos anos de 1980, nem se enquadraram nos moldes de uma luta pela terra, como aquela radicalizada pelo Movimento de Trabalhadores Rurais Sem Terra – MST a partir dos anos de 1990.

Porém, a "redescoberta jurídica" dos quilombos no final do século XX parece ser um dos casos raros de legalidade constitucional provocando a luta política de um novo movimento social. Inverte-se também um sentido que parecia óbvio em nações modernas quando as conquistas históricas e políticas apenas se refletem automaticamente nos textos formais de direito, sem possuir eficácia concreta.

Por outro lado, a questão quilombola antes do Decreto 4.877/2003 era colecionada como mais um episódio da "constitucionalização simbólica"[43]. As normas jurídicas de caráter social ou próximas dos ideais de justiça e reparação geralmente carecem de eficácia[44]. Por ora, a organização quilombola colocou na agenda política brasileira a urgência na efetivação de direitos constitucionais de minorias étnicas.

Aquilo que se chamaria de "constitucionalismo democrático" não hegemônico, horizontal, se pauta na: (a) compreensão do que Peter Härbele[45] chamou de "sociedade aberta dos intérpretes da constituição", na qual todos os destinatários de direitos fundamentais são também seus autores e, portanto, o sistema constitucional é um sistema aberto, submetido a uma pluralidade de interpretações; e no (b) construtivismo judicial de Dworkin [46], que trazido para a

[43] Neves, M. A constitucionalização simbólica**.** São Paulo: Martins Fontes, 2007.
[44] Neste sentido, também é preciso registrar que "a incorporação dos ideais de justiça pelo constitucionalismo moderno carece, em geral, de eficácia normativa, podendo tal incorporação ser entendida como 'legislação simbólica', visando atender as finalidades políticas de caráter não especificamente normativo-jurídico'". Werneck Viana, ibidem,1997, pág. 26
[45] Härbele, P. Hermenêutica Constitucional: sociedade aberta dos intérpretes da constituição: Sergio Fabris: Porto Alegre, 1997.
[46] Desse modo: "Hércules não é, pois, um personagem dedicado a impor um padrão abstrato, extraído da razão, ao mundo real – seu é o território concreto da *sua* democracia, da sua

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

realidade do Brasil e da América Latina reforça prática do controle constitucional difuso, obrigando os juízes civilistas a se reportarem sistematicamente à história constitucional de seu país. Nenhum direito fundamental pode ser "levado a sério" apenas quando chega ao Supremo Tribunal Federal ou a Tribunais superiores e; (c) na intersubjetividade da ética do discurso de Habermas que corrige os excessos da abertura de (a), reconstrói e submete ao crivo da argumentação democrática o esforço "hercúleo" de (b) e pode se complementar com o empirismo da sociologia e antropologia jurídica que investiga o relacionamento dos movimentos sociais e identidades culturais com a produção do direito. Assim, o constitucionalismo horizontal não hegemônico resiste a ser plenamente especializado, é intersubjetivo, intercultural, e não tem pretensão de definitividade, pois sobrevive com o referido pano de fundo da invenção democrática dos direitos – e da possibilidade de correção difusa elaborada nas comarcas judiciais do país. A legitimidade de tal constitucionalismo reafirma-se e decorre também de demandas de movimentos sociais ou grupos organizados da sociedade civil que exigem uma nova leitura para os seus direitos fundamentais.

Uma leitura deste constitucionalismo pode ser otimizada pela percepção de uma crescente judicialização das relações sociais no Brasil, pois que não se exclui daquela tensão substancialista entre o eixo Habermas-Garapon, enquanto o eixo Dworkin-Cappelletti permite perceber que o "constitucionalismo comunitário toma a constituição como um conjunto de valores compartilhados por uma determinada comunidade jurídica"[47].

O constitucionalismo hegemônico, tornando-se mais pós-positivista, precisaria incluir no rol de destinatários de suas decisões a linguagem de um constitucionalismo não hegemônico, democrático, reforçando-o e legitimando as decisões singulares. A partir de conflitos, "o constitucionalismo democrático" também pode verticalizar algumas de suas práticas, assimilando *standards* principiológicos e normativos do constitucionalismo vertical. De outro modo, o

Constituição e da sua cultura política. Geração após geração, o trabalho de Hércules é o de imprimir desenvolvimento ao enredo do direito, como um *roman à chaine*, em que cada capítulo novo, na historia da criação jurisprudencial do direito, introduz nele uma vertente ou mesmo uma inovação, sempre em coerência com os princípios acumulados em 'todas as etapas históricas de uma coletividade' – a história é categoria chave em Dworkin". Werneck Vianna ibidem,1999, pág. 36

[47] Werneck, Vianna, L. Ibidem, 1999, pág. 39

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

constitucionalismo vertical pode aprender a linguagem do mundo da vida, da sociabilidade e da política de uma maneira menos formalista e descompassada da demanda livremente formulada na esfera pública.

Esta bipartição pode ser vista como reflexo de que as "'duas' democracias da Constituição – a da representação e a da participação, mesmo que essa última esteja ali como dependente da mediação do direito – não estão em oposição, nem formal nem substantivamente".[48] Assim, da reconstrução que Habermas (1997) faz do construtivismo de Dworkin (1999) no capítulo V do "Direito e Democracia – entre facticidade e validade", nas entrelinhas, pode-se perceber que ele vê o "juiz Hércules" como um ator muito solitário e passivo para entender a participação e a representação democrática numa conexão interna com o sistema de direitos[49]. Não conta com as alianças possíveis de se fazer na esfera pública por meio da audiência de grupos sociais diversos, o que seria uma construção menos solitária do direito na democracia. Essa audiência não precisa ser concretamente posta. Um juiz sintonizado com as discussões de seu tempo tem subsídio para justificar e adequar suas decisões de modo mais democrático sem colocar em risco seu saber.

O ponto também estaria em saber o que o pluralismo político, mais amplo em um ambiente de constitucionalismo aberto e reconstruído, permite dizer, em termos constitucionais, sobre o direito de minorias e grupos específicos, como é o caso dos remanescentes de quilombos no Brasil. O poder executivo pode decretar constitucionalmente sobre a aquisição e titulação de propriedade quilombola. E partir de critérios de etnicidade ou da "remanescência" como "negro fugido", quanto ao que o poder judiciário pode constituir como direito de propriedade de uma comunidade remanescente de quilombos com a edição de sentenças judiciais, é condição para compreender dinamicamente a eficácia destes direitos.

[48] Werneck, Vianna, ibidem, 1999, pág. 44

[49] "Em Habermas, a comunidade de intérpretes da Constituição não se configura como tal porque investida da capacidade de poder contrapor o Poder Judiciário, interpelando princípios e 'normas de fundo', à vontade do Poder Legislativo, mas porque faz parte de um processo permanente em que 'a vontade democrática dos cidadãos migra da ´periferia´ para o 'centro' do poder político, transitando por meio de múltiplos modos e canais que a convertem em poder comunicativo". Werneck Vianna, ibidem, 1999, pág. 29

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

Se não há uma caracterização dos quilombos contemporâneos como movimentos sociais clássicos, qual seria o seu modo de ação frente à administração pública e ao acesso à justiça de forma a obter a aquisição da propriedade sem comprometer a sua identidade étnica? Esse conflito histórico acima apontado, entre controle difuso e concentrado da constitucionalidade, parece ter se diluído quando a maioria dos juízos singulares adere a um constitucionalismo ditado pela Corte Constitucional máxima do país.

Especificando mais ainda a dimensão teórica do problema, nota-se que a reconstrução de um discurso da etnicidade no Estado Democrático de Direito implica abertura para o reconhecimento do direito à diferença como o outro complementar da igualdade. Demanda-se que os sistemas do mercado e do estado não colonizem o mundo da vida dos grupos étnicos e que grupos étnicos não restrinjam direitos fundamentais de seus membros individuais em nome de uma confusão entre a autocompreensão da autonomia com soberania. Porém, não se sabe até que ponto a "invasão do direito na política e na sociabilidade"[50] também se opera no âmbito da etnicidade. Eis o que, em última análise, pretende-se descobrir.

Neste sentido, vale ressaltar que o procedimentalíssimo de Habermas só se portou frente ao debate das questões étnicas e de minorias nas respostas às críticas ao seu trabalho, publicado no Brasil como "A Inclusão do outro". Neste texto, pode-se identificar, expresso ou implicitamente, o diálogo com Axel Honneth e com diversos autores do comunitarismo, propugnando uma discussão social e política além do direito.

Foi nesta tensão teórica que buscamos caminhar neste trabalho de pesquisa. Na análise de alguns processos judiciais e administrativos referentes ao direito remanescentes de quilombos, temos a presença do antropólogo social como perito e portanto o reconhecimento de seu papel na produção da prova consistente como "pretensão de veracidade". Conforme já se mencionou, sua função consiste na produção de laudos periciais que servirão de prova para fundamentar a decisão judicial ou administrativa de titulação e demarcação de

[50] Werneck Vianna, L. ibidem, 1999, pág. 23

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

terras e territórios tradicionalmente ocupados por estes povos. A prova pericial antropológica tem sido o elemento fático que permite ao juiz ou ao órgão do Poder Executivo decidir sobre a titulação de terras quilombolas no âmbito administrativo ou judicial, embora tanto a Convenção 169 da OIT como o Decreto 4.887/2003 indiquem o critério da "autodeclaração".

A arquitetura daqueles argumentos antropológicos, especificamente "técnicos" e probatórios, leva em consideração etnografias balizadas não só por uma dimensão dos saberes especializados do antropólogo social, em suas diversas matizes, ou do historiador, mas principalmente pela interpretação judicial construída a partir das teorias da etnicidade. Os laudos periciais antropológicos, elaborados, como em comunidades quilombolas como a Marambaia, no Rio de Janeiro ou como Rio das Rãs, na Bahia, atuam densamente no convencimento de juízes em conflitos sociais intensos que envolvem grupamento étnicos.

No campo da antropologia, a teoria da etnicidade de Barth (1998) tem se firmado como um componente central para a produção de diversas interpretações etnográficas de quilombolas. Propõe tal teoria redesenhar os contornos do sentido de raça, etnia e nação, como chaves para a definição de etnicidade . Passa-se categoricamente pelos conceitos de "fronteira" e "origem comunal". É possível perceber e adiantar que "as fronteiras simbólicas" implicam questões caras às noções universalistas de direitos humanos, direitos fundamentais e soberania popular.

Os limites da etnicidade são estabelecidos como divisórias culturais que ressignificam o parentesco como marca da diferença de um grupo diante de outro ou da sociedade em geral. Mais especificamente, as fronteiras étnicas se colocam no interior de um Estado ou na confluência de mais de um deles, provocando situações de estabilidade ou instabilidade política e reagindo muitas das vezes a um conceito de nação virtualizado ou imaginariamente constituído. Assim, observa-se sistemas sociais multiétnicos entre grupos que demarcam fronteiras num ambiente próprio do Estado. A teoria da etnicidade pressupõe a revisão das noções clássicas de Estado e nação, não no sentido de eliminá-las abruptamente, mas sim na perspectiva de remodelar as suas nomeações. Os grupos étnicos podem estabelecer distinções "nós/eles", sem abdicar da sua condição de

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

cidadania plena. As fronteiras sociossimbólicas de um grupo étnico, em suma, são erigidas em função da comunicação e interação dos componentes do grupo e da solidariedade. São também sociais na medida em que se definem a partir dos traços organizativos que permitem aos indivíduos estabelecerem simbolismos capazes de definir quem pertence ao grupo e quem se identifica com o seu modo de viver, ser e se comportar[51]. Tal crença, por sua vez, sustenta as argumentações de filiação e compartilhamento de traços culturais mais evidentes como cor, religião, língua ou atributos "sobrenaturais", então naturalizados, muitas vezes descritos numa narrativa mítica. Esse sentimento de origem e pertença se grava também por "negociação estratégica" ou diplomática de suas identidades em situação de conflito.

Como um reflexo da etnicidade no debate filosófico-político e jurídico, encontra-se a consistente construção político-liberal de Will Kymlicka (1995)[52]. Em sua teoria sobre o multiculturalismo, Kymlicka aprofunda a questão do relacionamento dos direitos de grupos étnicos com o Estado. Ele, numa linha parecida com a de Habermas, verifica que esses tipos de "exercício" coletivo e grupal de direito não podem se "desadequar" dos direitos individuais. Assim, não há como discutir exercício de direito de minorias sem o pano de fundo da diversidade cultural[53]. Para a teoria do agir comunicativo, por sua vez, as sociedades democráticas modernas implicam relacionamento íntimo entre liberdade e cultura, entendida esta em um sentido amplo que envolve uma série de atividades como educação, religião, economia e outras práticas institucionalizadas. Por isso, propõe ele um repensar do liberalismo clássico e das teorias que pesam a liberdade e a igualdade em termos não multiculturais.

Isso parece indicar certa oposição radical entre o pensamento de Habermas e Kymlicka. Poder-se-ia dizer que o "patriotismo constitucional" daquele não se concilia com a ideia de "cidadania multicultural" deste? Nota-se, porém, o oposto. Nem o pensamento de Habermas é cego à diferença advinda do pluralismo social contemporâneo em nome do constitucionalismo, nem Kymlicka é partidário de uma "guetificação" das culturas sem amparo constitucional. Há não uma postura

[51] Barth, F. *et al*, ibidem, 1998, pág. 196
[52] Kymlicka, W. Multicultural Citzenship, New York: Oxford University Press, 1995
[53] Kymlicka, W. Ibidem, 1995, pág. 121

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

intermediária, mas nítida noção de que a cidadania pressupõe tanto o respeito aos direitos individuais igualitários quanto a sua inserção em identidades coletivas. O próprio Habermas assevera isso em expressa referência a Kymlicka[54].

Percebe-se que o tema e o problema dos quilombolas vistos como grupos étnicos requisitam uma teoria do direito capaz de assimilar novas sociabilidades e identidades. A posição da teoria do agir comunicativo não é intermediária, mas assimiladora da compreensão da existência da subjetividade jurídica multicultural e, portanto, é aplicável à compreensão da situação jurídica dos quilombos brasileiros. O entendimento de um direito subjetivo não se constrói como uma propriedade a ser adquirida, mas como posições a serem discursivamente exercidas para manter uma validade permanente enquanto durar a facticidade.

Em sentido diferente, Cardoso de Oliveira[55] também atravessa essa polêmica no âmbito da antropologia social e jurídica. Ele estabelece um diálogo com o procedimentalismo e aposta em solução diversa, já que acentua o valor do multiculturalismo, especialmente para tratar de questões de direito de grupos como aqueles cuja titularidade é atribuída a minorias de qualquer natureza. Para ele, as ideias de civismo ou patriotismo constitucional da teoria habermasiana parecem não cobrir as demandas de consideração e reconhecimento morais que os indivíduos requerem na convivência social contemplando não só a forma e o procedimento, mas também a substância ou materialidade dos direitos. Ainda, segundo este autor, não se pode desprezar, em nome de um patriotismo cívico ou constitucional, os valores locais e a sociabilidade existencial[56].

No campo do direito constitucional, Michel Rosenfeld[57] atravessa também este discurso substancialista com sua teoria das "identidades constitucionais", posto em um pluralismo abrangente, cujas críticas à teoria do discurso (a outra terminologia para a teoria do agir comunicativo) são rebatidas por Habermas no Apêndice à facticidade e validação. O procedimentalismo habermasiano responde

[54] Habermas, J. ibidem, 2002, pág. 249
[55] Cardoso de Oliveira, L. R. Direito Legal e Insulto moral: dilemas da cidadania no Brasil, Quebec e E.U.A. Rio de Janeiro, Relume do Mará/Núcleo de Antropologia Política, 2002
[56] Cardoso de Oliveira, Op. Cit. 2002, pág. 67
[57] Rosenfeld, M. A identidade do sujeito constitucional. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

se recolocando também como um pensamento pós-metafísico avesso a essencialismos e à restrição de pressupostos formais para o debate democrático[58].

O procedimentalismo habermasiano não se propõe a explicar juridicamente "a gramática moral dos conflitos sociais" no sentido de Honneth[59], todavia, não deixa de lado a questão das identidades coletivas específicas frente ao paradigma do Estado Democrático de Direito. O direito das minorias e das identidades coletivas é também explicado pelo pensamento habermasiano, quando também avalia a "luta por reconhecimento no Estado Democrático de Direito". Conforme se viu, na teoria discursiva se entende que no constitucionalismo moderno o cidadão pode se ligar a uma Constituição de modo racional e se tornar membro de uma comunidade de direito, na qualidade de "portador de direito subjetivo" e como "pessoa de direito". Em sua concepção, os direitos individuais atribuídos nessas qualidades não são violados em nome de relações de reconhecimento mútuo. Conclui ele que no Estado Democrático de Direito deve-se buscar um respeito aos "contextos de vida" dos quais se originam, sem perder de vista a possibilidade de universalização de direitos individuais[60].

Assim, esse autor, como Kymlycka, diferencia as lutas de movimentos sociais, como o feminismo, da luta de minorias. E distingue entre essas minorias as nacionais das minorias étnicas (e aqui se pode situar os quilombos separados das populações indígenas), mas dispõem eles de todas essas "bandeiras" no universo da luta política por reconhecimento[61]. Torna-se problemática, contudo, a adequação dessa demanda de identidades coletivas aos direitos coletivos, pois a estrutura do direito, na perspectiva democrática, é individualista e coletiva apenas temporariamente no seu exercício.

Com referência aos grupos étnicos que se formam a partir de uma etnicidade coletiva, como os remanescentes de quilombos, frisamos mais uma vez que tal estrutura não pode ser garantida com a existência de direitos coletivos no sentido do Estado-Social. Nem pode se fechar na redoma individualista do

[58] Habermas, ibidem, 2002, pp. 326-336.
[59] Honneth, A., A. Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais. Editora 34: São Paulo, 2003.
[60] Habermas, J., ibidem, 2002, pág. 238
[61] Habermas, J., idem, 2002, pág. 38

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

liberalismo, mas deve se converter em uma estrutura de direito individual que paradoxalmente garanta a possibilidade de exercício de um modo de viver e fazer coletivo. Habermas, como já se apontou, reconstrói a possibilidade de exercício de direitos coletivos ainda que de maneira temporária[62].

Neste sentido, o que se pretende questionar é: o direito dos quilombos enquanto grupos étnicos é individual, com seu exercício coletivo?

Em um caso judicial concreto, essa leitura habermasiana parece ficar ainda mais clara. Mas antes é preciso verificar o ponto de vista da literatura jurídica especializada sobre o tema.

Encontrou-se na dogmática jurídica que tratou do tema os seguintes argumentos sobre os direitos das comunidades remanescentes de quilombo no Brasil[63]:

(i) O argumento da Autoaplicabilidade do direito desenvolvido pioneiramente por Dimas Salustiano Silva defende que o art. 68 da ADCT[64] não precisaria de especificação, podendo ser aplicado sem necessidade de lei ordinária ou complementar. Em seu discurso, atenta para a necessidade de compreensão de uma constituição multiétnica e já ressalta a necessidade da prova antropológica na constituição do direito dos quilombolas. Todavia, não questiona profundamente as implicações referentes ao modo de titular e registrar a propriedade das comunidades quilombolas e como deveria o juiz se portar procedimentalmente diante conflito que envolva essas tais comunidades.

(ii) O argumento da nulidade dos títulos de propriedades particulares preexistentes à Carta Constitucional de 1988 é defendido pelo jurista Dalmo Dallari[65]. Ele já enfrenta o problema da titulação em sua argumentação. Distingue propriedade de ocupação quilombola. Ele entende que há incidência de territorialidade quilombola em qualquer propriedade, seja pública ou privada.

[62] Habermas, J. Ibidem, 2002, pág. 250
[63] Toda essa discussão da dogmática jurídica será retomada mais adiante neste trabalho em que a análise dos argumentos de cada ponto de vista será apresentada com maior detalhe
[64] Salustiano da Silva, D. Constituição Étnica: o problema jurídico das comunidades remanescentes de quilomnbos, 1995.
[65] Dallari, D. Reconecimento das terras ocupadas por comunidaes remanescentes de quilombos, 1997.

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

Com base no texto constitucional, os títulos de propriedades preexistentes são nulos de pleno direito por força da constituição, ainda que sejam de boa-fé[66].

Mais adiante, ele mesmo responde a sua indagação, afirmando que, provada a ocupação quilombola, prevalece o texto constitucional, sendo nulos os títulos preexistentes. Todavia, o professor da Universidade de São Paulo não informou qual o caráter, o efeito e o alcance subjetivo da titulação, coletiva ou individual. A construção teórica do autor caminhou para a ideia de que os títulos preexistentes se anulam e que as cobranças judiciais indenizatórias devem se dirigir à União e não à comunidade.

(iii) A argumentação de Godoy[67] permitiu um ponto de partida diverso do acima exposto. Para ele, deve-se recorrer ao procedimento da desapropriação. Ou seja, há uma presunção de que os títulos de propriedade preexistentes são válidos, devendo o estado indenizar os antigos proprietários. Entende que o poder público deva ser onerado, indenizando o particular previamente e em dinheiro, isto é, com tipo de indenização mais dispendiosa para os cofres públicos, que é aquela definida pelo interesse social. O caminho do direito administrativo "normal" é o mais tortuoso. Pode resolver conflitos imediatos, mas também pode comprometer a médio e longo prazo a autocompreensão daquela comunidade quilombola como destinatária de direitos e políticas públicas específicas.

(iv) O argumento de Condomínio Pro-indiviso foi defendido por Nunes[68]. Ele enfrentou o problema com os referenciais do direito civil clássico. Entendeu que os quilombolas deveriam se constituir como um condomínio com cláusula de inalienabilidade. O condomínio requisita a figura do síndico. Em sua opinião, tal instituto seria capaz de dar conta da dinâmica do quilombo, pensado não como um conjunto de propriedades compartilhadas, mas sim como uma unidade étnica diferenciada e formada a partir de referenciais também diferentes de seus usos. Nunes ainda faz uma crítica à argumentação em torno do argumento de (v) : o associativismo quilombola.

[66] Dallari, D., 1997, Op. cit, pág. 22

[67] Godoy, L. Os pressupostos jurídicos para a regularização fundiária das áreas remanescentes de quilombos. In. Trindade, T. (org). Quilombos em São Paulo: tradições, Direitos e Lutas. São Paulo, Imesp,1996.

[68] Nunes, J. C. R. O direito Constitucional de Propriedade das comunidades remanescentes de quilombos. Cadernos Textos e Debates. Nuer/UFSC, 2000.

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

A "tese" do associativismo "foi também contestada posteriormente por alguns procuradores, sendo que estes alegavam que membros dos grupos seriam forçados a entrar na associação, contrariando, assim, a norma constitucional"[69]. Levantou-se contra essa "tese", conforme esse autor, o já mencionado dispositivo do condomínio, isto é, o condomínio na modalidade "pro indiviso" que não precisa de estipulação de fração ideal para cada um. A vantagem apresentada seria no sentido de aquele que não mais quisesse permanecer na comunidade deveria devolver a parte aos demais do grupo.

(vi) O argumento da sociedade de fato é defendido por Ela Wiecko de Castilho. Ela apresenta a hipótese de que, ao invés do condomínio, seria a "sociedade de fato" a melhor forma de obter a titularidade do território para as comunidades quilombolas[70]. Para ela, o associativismo produz constrangimentos constitucionais. Na perspectiva de Debora Duprat, seria importante que o sistema de direitos criasse uma (vii) tipicidade normativa dos quilombos. Ela defende que a norma estabeleça um tipo no qual se enquadre o quilombo. Com isso, a noção de quilombo se aproxima da ideia de tipicidade desenvolvida pelas teorias formais do direito, especialmente no direito penal[71].

Por fim, analisamos uma perspectiva positivista normativista de quilombos na pesquisa de Ari Sunfeld (vii) que defende que a organização quilombola deveria seguir a forma da associação civil sem fins lucrativos. Observou-se a descrição do problema da territorialidade e da etinicicidade quilombola como algo meramente normativo. Ainda que se fale em concretização da constituição e da necessidade de se cumprir um programa, afirmou que o objeto de seu trabalho se insere na busca de significado jurídico para o art. 68 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias de 1988 e dos aspectos jurídicos relevantes a serem considerados na sua aplicação. Tentou conciliar o seu marco teórico positivista implicitamente adotado com a necessidade de uma resposta às demandas de concretização e eficácia da norma constitucional. Considerou que a sua opção

[69] Nunes, J. C. R, Op. Cit. 2000, pág.16
[70] Castilho, E. W. "Mesa Jurídica". In:I Encontro Nacional de Lideranças das Comunidades Remanescentes de Quilombos Tituladas. Brasília: Fundação Cultural Palmares/Minc/Editorial Abaré 2002, pág. 29
[71] Duprat, D, Breves considerações sobre o Decreto 3912/01. In: O´Dwyer. E.C. (org). Quilombos: identidade étnica e territorialidade. Rio de Janeiro, FGV, 2002

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

metodológica do trabalho era "simples e direta", porque seria mais "profícuo dissecar e mensurar concretamente sua densidade normativa", pois "tal procedimento possui a virtude de tomar a norma concreta como preconcebida e abstrata que venha a delimitar, a priori, a compostura jurídica de determinada regra"[72]. Sunfeld concluiu que o formato de uma "associação sem fins lucrativos" seria a figura jurídica capaz de exercer direitos e deveres em nome das comunidades remanescentes de quilombos, sendo a representação jurídica mais adequada e capaz de ser titulada em nome de uma comunidade quilombola para receber a propriedade definitiva. Ou seja, um ente privado apto a receber a propriedade das terras quilombolas.

Obviamente que não se exauriu o leque de argumentos jurídicos sobre o tema. E nenhuma dessas abordagens jurídicas analisadas em um capítulo próprio deste trabalho e acima sintetizadas aprofundou o direito dos remanescentes de quilombos como direito de grupos étnicos. Nenhum desses argumentos indicaram uma ruptura de visão com o paradigma com estado liberal ou com o paradigma do estado social de direito.

Em um ambiente pós-positivista, no qual se insere a teoria procedimental do direito, não haveria a possibilidade de se "enquadrar" um grupo étnico em um tipo normativo específico à moda do positivismo lógico ou em um instituto de direito civil tradicional. Em um paradigma do estado democrático de direito não são essas as saídas. A etinicidade provoca rupturas no paradigma normal de compreensão do direito quilombola. As categorias de direito à diferença e território não são facilmente enclausuladas no discurso jurídico moderno.

Além disso, a territorialidade quilombola se fixou na esfera pública como um tema atinente à estrutura fundiária brasileira e associada, com muita força, ao passado de escravagismo e às características de nossa modernização. Desse modo, além dessa questão racial e da história da escravidão, a afirmação do quilombo contemporâneo demandou o olhar da sociedade civil e das instituições de Estado de maneira diferenciada para este "objeto", sem poder descuidar da igualdade e da

[72] Sunfeld, A (org). Comunidades quilombolas: direito à terra. Brasília: Fundação Cultural Palmares/Minc/Editorial Abaré, 2002, pág. 19

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

"persistência do passado", cuja metáfora do ator se expressa ainda no discurso das elites agrárias atuais no Brasil.

A forma associativa foi encontrada pelos quilombolas como o formato jurídico da organização do movimento social quilombola no sentido de fazer representar politicamente e não apenas juridicamente. A representação judicial se configurou através do Ministério Público Federal nos dois casos concretos e na ação direta de inconstitucionalidade analisados na tese.

Saber se este formato de personalidade jurídica se impõe para atender as exigências do poder administrativo na titulação das "propriedades definitivas" dos quilombos é um desafio em aberto. A burocracia tem suas próprias regras e como um subsistema voltado para fins não diferencia facilmente uma associação civil quilombola de outra associação privada qualquer como um sujeito de direito individual ainda que no formato de "pessoa jurídica" e não no de "pessoa física". As associações tem personalidade jurídica individual. Entretanto, a facticidade social poderia direcionar tanto a burocracia quanto o mercado a modificarem seus "códigos" de cognição e expectativa normativas a partir da "força normativa" e principiológica da constituição.

Com base no "acúmulo" da discussão jurídica, decidimos por formular algumas questões e arriscar algumas hipóteses para a continuidade dessa pesquisa. Algumas questões já se encontram em condições de serem respondidas com o debate anterior. Outras questões permaneceram abertas, mas já se permite a formulação de hipóteses que podem ser demonstradas *a posteriori.*

1. O direito das comunidades remanescentes de quilombos disposto no art. 68 da ADCT pode se limitar ao regime de propriedade em analogia aos dispositivos referentes à reforma agrária? A nossa resposta seria não. Embora se possa tratar quilombos dentro do espectro do campesinato negro, a discussão sobre o tema deve mesclar aspectos identitários de grupos étnicos com reflexo na questão fundiária. Mas não é um tema exclusivamente agrário. O direito das minorias quilombolas encerra uma leitura do sentido de "terras ocupadas" por eles como território étnico.

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

2. Quais seriam os efeitos e consequências disso para aqueles proprietários privados que dispõem de justo título de propriedade e boa-fé, mas possuem incidência de territorialidade quilombola em suas terras? Vimos que duas posições se dividem entre os juristas. A primeira posição é a de que por "força da constituição" os títulos de propriedade anteriores à Carta Constitucional de 1988 são nulos de pleno direito. Esta é a posição de Dalmo Dallari. Por outro lado, há quem tenha compreendido que o caminho seria a desapropriação por interesse social, que em certa medida apareceu no Decreto 4.887/03.

3. Em que categoria se disporia sobre a subjetividade jurídica dos "remanescentes de quilombos" no Brasil como destinatários de direitos? E qual seria o objeto de tal direito? A subjetividade jurídica dos "remanescentes de quilombos" no Brasil é a de grupos étnicos-raciais formados no campesinato brasileiro e fruto das lutas contra o racismo e a exclusão social.

4. O texto constitucional fala em transferência da propriedade definitiva, acentuando o caráter de "remanescência" destes grupos. O enfrentamento deste tema como uma simples questão de direito civil, agrário ou administrativo demonstrou clareza para a declaração ou constituição do direito quilombola? Não. Embora nosso sistema de direitos não seja maio tão lacunoso em relação ao direito dos quilombolas, o constituinte criou uma forma mista de propriedade com posse. Tem direito a um tipo de propriedade *sui generis* no nosso sistema que se define como "terras ocupadas" a serem tituladas pelo estado em caráter definitivo. Há uma constatação de fatos (facticidade da ocupação das terras) e uma outra de "titulação" da propriedade (validade). Essa especialidade da dimensão fundiária do direito quilombola é verificada no tratamento que o órgão fundiário lhe deu como um " projeto especial" dentro da reforma agrária.

5. Ainda deve persistir a rígida distinção entre "negro fugido" e "grupo étnico"? Não. Porém, o " Caso Marambaia" e a discussão que vamos ver mais adiante mostram que não se pode desprezar o argumento da historiografia na definição concreta de alguns quilombos. Essa discussão deve obedecer à singularidade de cada caso.

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

6. O problema de legitimidade de agir judicialmente foi suscitado no caso concreto de Marambaia, no caso de Rios das Rãs e até na Adi 3.239/2004. O Ministério Público teve a sua representação judicial questionada ao fundamento de que estava atuando em interesse privado e não no interesse público. Não decorreria a legitimidade quilombola da legalidade constitucional e sustentada em um nexo interno da autonomia privada com a autonomia pública? Sim. O Ministério Público pode atuar funcionalmente como "fiscal da lei" ou "defensor da sociedade". O direito de minorias étnicas é de natureza pública não estatal e não raramente estão dispostos em regiões que atingem vários estados da federação.

7. Se se tem no direito constitucional, público ou agrário, elementos que definem os índices de produtividade de uma determinada propriedade rural quando desapropriada para fins de reforma agrária, permitindo a sua desapropriação tanto para fins sociais quanto para fins ambientais; seria a etnicidade o critério de interpretação e pressuposto fático de desapropriação referente à terra quilombola, ativando uma limitação implícita da propriedade por sua função étnico-cultural? Essa questão ainda nos parece em aberto, pois os índices do Grau de Utilização da Terra (GUT) e o Grau de Eficiência da Terra (GEF) são definidos por critérios objetivos da área de agronomia, engenharia e economia rural. Os critérios antropológicos foram delineados no Decreto 4.887/03, mas se pauta por outra lógica de leitura do mundo rural. Todavia, isso precisaria ser mais desenvolvido e discutido.

Ao aproximar do tema quilombola a teoria discursiva de Habermas, pôde-se observar que nas concepções legalistas e normativistas – pautadas pelo paradigma do estado liberal ou social – o direito das minorias étnicas quilombolas se constituiu como direito de propriedade apenas no contexto de um direito agrário, civil ou administrativo. Este horizonte de compreensão permite enxergar o problema até certo ponto. A etnicidade e o atinente a grupos étnicos são postos nas bordas do discurso jurídico.

No paradigma do estado democrático de direito, proposto pelo procedimentalismo habermasiano, há um alargamento deste horizonte. É preciso que o direito infraconstitucional (agrário, civil ou administrativo) se submeta ao

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

constitucionalismo democrático que aponta para uma leitura a partir do norte étnico e todas as suas implicações no âmbito da esfera pública.

Seria preciso retomar um discurso sobre a Constituição Federal de 1988 no Brasil, nesta visada, como um texto jurídico lido para além de um simples produto ou programa de luta social, política ou cultural. Mesmo em decisões inovadoras como aquela disposta no "caso" Marambaia, há uma séria tentação em se observar a Carta Constitucional de 1988 como um projeto abstrato, fechado nas discussões de especialistas em direito que esperam um caso concreto que caiba na moldura da norma para se concretizar. Em contrapartida, acreditar que os direitos fundamentais podem ser exercidos horizontalmente é uma conquista que desafia toda e qualquer sociedade democrática.

A Constituição de 1988, produzida num contexto de abertura e movimentação social do Brasil, gravou nas suas últimas linhas o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias a expressão "remanescentes de quilombos". Daí se irradiou, como também dos arts. 215 e 216, uma gama de direitos quilombolas que ainda precisam ser esclarecidos e adequados por meio de interpretações pós-positivistas e procedimentais. O constitucionalismo como prática social, concreta e discursiva significa a atualização da leitura do texto constitucional em novos contextos políticos e sociais, em um novo paradigma jurídico, abrindo-se à interpretação do direito para os próprios destinatários da política compreenderem a si mesmos como autores de normas constitucionais, de seu passado, de seu presente e de seu futuro constitucional.

Constitucionalmente, a partir de 1988, tentou-se resgatar dívidas do passado e projetar coletivamente o futuro do país dentro de um marco do estado de bem-estar social, mas também na perspectiva do estado democrático de direito. Na verdade, como afirma Härbele, os destinatários do direito são os intérpretes autênticos desse direito e podem modificá-los quando assumem também a sua autoria.

No âmbito do constitucionalismo democrático no Brasil, o movimento quilombola alterou a interpretação do art. 68 da ADCT. Um movimento social quilombola específico, impulsionado e legitimado pelo sistema de direitos,

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

demandou um "esclarecimento" novo sobre os seus próprios direitos. Novas lutas políticas levam a novas adequações interpretativas desses próprios direitos sem necessariamente modificar o texto jurídicamente em sua literalidade.

Tais identidades diferenciadas encontram guarida no texto constitucional e concedem inscrição para sujeitos de uma periferia do sistema de direitos acessarem uma série de direitos e garantias antes e apenas reservada para quem se situava no centro. Esta inscrição da condição de quilombola numa categoria étnica específica mobiliza o sistema de direitos a discutir e aplicar matérias atinentes ao reconhecimento e à cidadania multicultural. Desafia também o sistema de direitos a lidar com a reparação de processos históricos e obriga o poder público à produção de políticas públicas diferenciadas para estas comunidades específicas.

Coloca, sobretudo, um novo componente na questão agrária, requisitando que o tema da raça e o tema da etnia componham um quadro que, a partir do direito, gere uma resistência à modernização conservadora ainda em curso no processo social brasileiro. Os movimentos sociais no campo quando mobilizam o texto constitucional, e não apenas a legislação do direito do trabalho e da reforma agrária, inauguram um novo modo de luta no mundo rural, pautados também pela etnicidade.

As pistas para a constituição de um novo direito ou de uma nova interpretação do direito quilombola estão postas na relação entre constitucionalismo e invenção democrática de direitos. Entende-se o "constitucionalismo democrático"[73] visto como prática social discursiva estabelecida nos processos de aquisição construtiva da linguagem do direito e articulada no âmbito de especialistas, mas nem por isso reduzida ao "gueto" dos juristas positivistas do "Estado de Direito kelseniano".

1.2.
Quilombos, etnicidade e direito

Os elementos descritos até aqui já permitem identificar que nos colocamos na posição de observar um ator social que se utilizou da linguagem do direito para mobilizar uma pauta de reinvindicações de direitos e políticas públicas. O

[73] Werneck Vianna, L.Ibidem,1997, pág. 25

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

principal ator – o quilombola- se coloca tanto no plano do reconhecimento da identidade como naquele da demanda de direito a um território específico. Assim, a compreensão do sentido do direito quilombola no Brasil se tornou semanticamente visível no sistema de direitos e na esfera pública brasileira com muito mais força a partir do marco constitucional de 1988. Até esta data, parecia que a subjetividade jurídica do quilombola era invisível para os juristas. Até os dias de hoje a discussão sobre natureza jurídica, as características, o objeto e a forma de aquisição deste direito tem gerado muitas controvérsias.

Portanto, não se pretende nesta pesquisa fazer uma etnografia de uma comunidade específica. Talvez se pretenda observar como num espaço de intersecção entre os campos do direito e das ciências sociais este direito foi tratado como "objeto de estudo". Trata-se quilombo, contudo, de uma subjetividade também política e jurídica. Não pode mais ser tratado como um objeto do direito. Como objeto de direito real, de fato, os quilombos não existem mais, senão como pressuposto de estudos historiográficos. Entretanto, como destinatários de direitos constitucionais, o texto constitucional não deixa dúvidas da sua existência semântica logo em uma primeira interpretação.

Quem se aproximar da observação da temática do direito dos quilombos naquela fronteira epistemológica, identificará, na origem, a participação e o esforço político do movimento negro em associação com os movimentos sociais no campo como atores que mobilizaram as instituições políticas e jurídicas, bem como o universo acadêmico da antropologia, da historiografia e do direito em torno da temática quilombola. Outras áreas como a geografia, a pedagogia, a arqueologia e até mesmo arquitetura apresentam trabalhos científicos sobre o tema. Aqui não será possível exauri-los.

A afirmação da existência de territórios de quilombos, quilombolas, comunidade negra rural, remanescentes de quilombos ou de outro sinônimo representativo dessa forma de vida passou a fazer parte da agenda da sociedade civil organizada e de movimentos sociais no Brasil de modo mais sistemático nas últimas duas décadas. A quebra do senso comum sobre quilombolas demanda muitas vezes no interior do campo das ciências sociais e do direito aceitar

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

construções etnográficas como matéria rigorosa da prova da existência de um quilombo enquanto território étnico, dotado de identidade específica.

A perspectiva espontânea, exótica e de "senso comum erudito" vem sendo quebrada pela abertura promovida no diálogo existente entre membros da comunidade jurídica com membros de outras "comunidades de intérpretes" especialmente entre historiadores, antropólogos e as próprias comunidades. Diálogo este que busca a determinação precisa do sentido de algumas expressões que aparecem no texto constitucional e que precisam ser reconstruídas hermeneuticamente à luz do rigor pericial dessas ciências não jurídicas.

A ideia de "remanescência" revela que o legislador constituinte entendeu quilombo de modo vacilante, posto em parte como algo do passado e tendeu a compreender que tal territorialidade jamais teria uma nova atualidade significativa. Poucos seriam os quilombos historicamente determinados dentro de uma perspectiva enviesada da historiografia e numa situação de transitoriedade facilmente resolvida pela sua suposta insuficiência quantitativa no período pós-abolição . Se o imaginário tradicional e de senso comum é forjado no paradigma da luta de Palmares e, por conseguinte, no ideário de "negros fugidos", há de se pensar em poucos "remanescentes de quilombos" no Brasil de hoje. Por outro lado, verificamos um longo debate na constituinte em torno da expressão "comunidade negra rural". Tal expressão foi posta de fora da redação do texto final da constituição após intenso debate, como observaremos mais adiante neste trabalho. A condição étnica dos remanescentes de quilombos não se passou totalmente despercebida do constituinte.

Com a redescoberta da teoria da etnicidade nos anos de 1960 , a antropologia social brasileira reconstruiu um outro sentido para a idéia de "remanescência" dos quilombos. Os juridicamente nominados de 'remanescentes de quilombos" forjaram involuntariamente laços que os uniam entre si e os diferenciavam da sociedade em geral, revelando-se como grupo étnico o quilombo contemporâneo.

Os territórios quilombolas ocupados, também denominados "terras de preto", "mocambo", "quilombolas", "calhambolas" ou "comunidades negras

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

rurais" formaram algumas das nominações como eram conhecidas no território brasileiro, ganhando também configuração nominativa diversa em quase toda América Latina, sempre expressando a mesma realidade étnica.

Por outro lado, a palavra quilombo, historicamente, também significou povoação, aglomerado, vila e, no senso comum, passou a designar o lugar para onde iam os negros fugitivos das senzalas no período da escravidão. No sentido contrário, a antropologia social ofertou uma argumentação que nos retirou da chave de leitura de negros fugidos para a de grupos étnicos[74]. Mesmo no chamado período heroico dos negro fugidos a composição étnica dos quilombos abrigavam também homens livres, brancos pobres e indígenas nos seus limites. A organização quilombola colocou na agenda política brasileira a urgência na efetivação e aplicação de direitos constitucionais étnico-culturais, antes entendidos apenas como "patrimônio imaterial", histórico, arqueológico, paisagístico e cultural e timidamente como elemento da "diversidade étnica".

Se não há uma caracterização dos quilombos contemporâneos como movimentos sociais clássicos, caberia a questão de qual seria o seu modo de ação frente à administração pública e ao acesso à justiça. É preciso cuidar para que identificações feitas com base na legislação ambiental ou reduzidas à mera luta pela terra possam comprometer a identidade étnica da comunidade quilombola a longo prazo e para as futuras gerações.

No caso da aplicação do direito, a concorrência entre o controle difuso e o controle concentrado da constitucionalidade não parece ter se diluído. Há no Brasil o império do controle concentrado como primeira instância para todas as demandas constitucionais. A nossa Suprema Corte diz a primeira e última "verdade" sobre o estado das "pessoas" e das "coisas" constitucionais. Verificamos que no caso quilombola isso não poderia ser a regra em função das peculiaridades dos fatos.

A reconstrução de um discurso da etnicidade no Estado Democrático de Direito implica abertura da interpretação judicial para uma compreensão da igualdade como materialidade da diferença de grupos étnicos em relação a

[74] Berno de Almeida, A.W. Quilombos: sematologia redefinida em face de novas identidades.In. Frechal Terra de Preto: Um quilombo transformado em reserva extrativista. São Luiz: Projeto Vida de Negro, SMDH/CCN-MA, 1996 (mimeo). 1996:4

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

critérios de etnicidade. A dificuldade para uma formação jurídica pautada pelo positivismo normativista tradicional em compreender os fatos só é possível com a "vigilância epistemológica" da perícia antropológica. Por outro lado, a validade da norma não pode se submeter a uma leitura antropológica que não responda aos quesitos propostos pelas exigências jurídico-administrativas do campo do direito[75].

Por outro lado, com o médium estratégico do direito constitucional, os sistemas do mercado e do estado encontram resistência para colonizarem o mundo da vida dos grupos étnicos quilombolas. Os grupos étnicos não podem restringir direitos fundamentais de seus membros individuais em nome de uma confusão entre autonomia do grupo e soberania. Se a categoria da etnicidade se torna um fato típico ou tipificado a posteriori para aderir de modo espontâneo ou estratégico a formatos como associação civil sem fins lucrativos ou condomínio "pro indiviso", pode se traduzir em descaracterização da identidade étnica. Descaracterização esta que pode ser implementada a partir do uso instrumental do direito ou de políticas públicas.

Nos processos judiciais e administrativos de reconhecimento de direito de comunidades indígenas e remanescentes de quilombos têm-se a presença do antropólogo social como perito como já dissemos acima em outra perspectiva. A prova pericial antropológica tem sido o elemento fático que permite ao juiz ou ao órgão do Poder Executivo decidir sobre a titulação de terras quilombolas no âmbito administrativo ou judicial. A arquitetura daqueles argumentos especificamente "técnicos" e probatórios decorrentes do laudo pericial, contudo, leva em consideração etnografias balizadas não só por uma dimensão do saber especializado do antropólogo social em suas diversas matizes, mas principalmente pela interpretação judicial construída a partir desta perícia que é tida como elemento probatório e, portanto, constituinte dos elementos de fato a serem considerados na decisão. Os laudos antropológicos elaborados atuaram densamente no convencimento daqueles juízes submetidos a conflitos sociais intensos, como no caso de Rio das Rãs e de Marambaia. Aliviaram aqueles juízes

[75] Arruti,J. M.P.A. A emergência dos "remanescentes de quilombos": notas para o diálogo entre indígenas e quilombolas, MANA 2(2): 7-38,1997, pág. 33

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

da tarefa do antropólogo e ao mesmo tempo se implicaram publicamente na questão dos quilombos em conflitos com fazendeiros e o poder público.

Estes laudos tem na teoria da etnicidade de Barth um componente central (mas não único) para a produção de diversas interpretações etnográficas. Barth propõe redesenhar os contornos do sentido de raça, etnia e nação, com chaves para a definição de etnicidade que passam categoricamente pelos conceitos de "fronteira" e "origem comunal". É possível perceber que as fronteiras simbólicas implicam questões caras às noções universalistas de direitos humanos e soberania popular, porque os limites delas são estabelecidos como divisórias étnicas que ressignificam o parentesco como marca da diferença de um grupo diante de outro ou da sociedade em geral.

Já discutimos um pouco, nas nossas pressuposições téoricas e metodológicas , que as fronteiras étnicas se colocam no interior de um Estado ou na confluência de mais de um deles, provocando situações de estabilidade ou instabilidade política e reagindo muitas vezes a um conceito de nação virtualizado ou imaginariamente constituído. Assim, tem-se sistemas sociais multiétnicos e interações sociais entre grupos étnicos que demarcam fronteiras no ambiente do próprio Estado . A teoria da etnicidade pressupõe a revisão das noções clássicas de Estado e nação quando se trata de grupos étnicos. Revisão não no sentido de eliminá-las abruptamente, mas sim na perspectiva de remodelar as suas "nominações". Os grupos étnicos podem estabelecer distinções de "nós/eles", sem abdicar da sua condição de cidadania plena[76].

As fronteiras sociossimbólicas de um grupo étnico, em suma, são erigidas em função da comunicação e interação dos componentes do grupo e da solidariedade entre eles. Para Barth, na medida em que tais fronteiras se definem a partir dos traços organizativos[77], permitem aos indivíduos estabelecerem simbolismos capazes de definir quem pertence ao grupo e quem se identifica com

[76] "Enfim, cabe dizer que todos os grupos étnicos têm mecanismos de adoção ou de exclusão de indivíduos. Quanto à inclusão de um indivíduo no grupo étnico, esta depende de sua aceitação pelo grupo, o que evidentemente, supõe sua disposição em seguir seus valores e traços culturais. Isto, como já afirmei acima, não dilui a identidade específica do grupo" Carneiro da Cunha, M. Ibidem,1986, pág. 118

[77] Barth, F., *et al*. Teorias da Etnicidade seguido de Grupos Étnicos e suas Fronteiras. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1998, pág. 196

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

o seu modo de viver, ser e se comportar. As distinções são determinadas de modo que só uma etnografia rigorosa seria capaz de identificar. Tal crença, por sua vez, sustenta as argumentações de filiação e compartilhamento de traços culturais mais evidentes como cor, religião, língua ou atributos "sobrenaturais" – então naturalizados – muitas vezes descritos numa narrativa mítica . Esse sentimento de origem e pertença se grava também por "negociação estratégica" ou diplomática de suas identidades em situação de conflito com outros grupos ou atores diversos. Para Arruti, para além da perspectiva de Barth, grupos étnicos também se autocompreendem como unidade política[78]. Por outro lado, verificamos, numa visada mais externa do fenômeno, que certas teorias sobre o multiculturalismo aprofundaram a questão do relacionamento dos direitos de grupos étnicos com o Estado e já confirmavam por outro viés esta dimensão de unidade política do grupo étnico.

Verificamos que esses tipos de "exercício" coletivo e grupal de direito não pode se "desadequar" dos direitos individuais senão com fortes prejuízos aos grupos. Por outro lado, também não se adequam ao modelo de propriedade individual clássica ou nos moldes de "propriedade coletiva" como a forma de um assentamento agrário poderia sugerir. Assim, há como discutir que o exercício de direito de minorias sem o pano de fundo da diversidade cultural ficaria sem sentido, mas a desconsideração dos seus efeitos na propriedade pública e privada redundaria numa caracterização incompleta do mesmo[79]. As sociedades democráticas modernas implicam uma perspectiva mais ampliada de cidadania e pressupõe tanto o respeito a direitos individuais igualitários quanto a sua inserção em identidades coletivas. O próprio Habermas asseverou isso em expressa referência a Kymlicka[80].

Voltando a perspectiva mais específica do debate sobre a etnografia, Manuela Carneiro da Cunha, em uma curta reflexão sobre o fazer etnográfico compreendeu que a etnicidade se desprendeu do caráter biológico e cultural,

[78] Arutti, M. Ibidem, 2006, pág. 39
[79] Kymlicka, W, ibidem, 1995, pág. 121
[80] Habermas, J. A inclusão do outro – estudos de teoria política. São Paulo: Edições Loyola, 2002, pág. 249

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

passando a ser compreendida como linguagem[81]. Nota-se que a etiologia fora talvez a pré-história dos estudos étnicos. Internamente compreendida como linguagem e não como mera expressão da cultura, a etnicidade não se manifesta apenas como uma estrutura organizativa ou unidade política. Ela se coloca numa dinâmica de comunicação. Neste sentido, ela coloca, ainda que sem a intenção, a perspectiva da teoria da etnicidade no universo da teoria do agir comunicativo . E esta compreende o duplo papel rigoroso do antropólogo a quem se vincula não raramente o papel de tradutor intercultural.

O direito das minorias quilombolas requisita uma teoria do direito capaz de assimilar novas sociabilidades e identidades sem se desprender das conquistas modernas. A posição da teoria do agir comunicativo não é intermediária, mas assimiladora de uma subjetividade jurídica multicultural na qual os quilombolas, por exemplo, enquanto minorias, poderiam ser vistos como partícipes de uma comunidade de direitos universalizante sem perder as suas características étnicas específicas

Há o entendimento na teoria habermasiana de que um direito subjetivo não é meramente uma propriedade a ser adquirida, mas um poder a ser discursivamente exercido.

As críticas severas de Habermas à proposta comunitarista são parecidas com aquelas que ele dirige ao "paternalismo" do Estado Social. Pois, para a teoria do discurso, há uma "equiprocedência das autonomias pública e privada"[82], porque no Estado Democrático de Direito devemos buscar um respeito aos "contextos de vida", sem perder de vista a possibilidade de universalização de direitos individuais[83].Habermas só reconstrói a possibilidade de exercício de direitos coletivos ainda que de maneira temporária[84]. O direito de minorias étnicas teria essa feição. É individual porque afeta um grupo determinado e coletivo porque só é possível seu exercício a partir do pertencimento ao grupo.

[81] Carneiro da Cunha, M. Ibidem, 1986, pág. 120.
[82] Habermas, J. Ibidem, 2002, pág. 234
[83] Habermas, J. Ibidem, 2002, pág. 238
[84] Habermas, J. Ibidem, 2002, pág. 250

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

Nesta demarcação teórica, encontramos uma maneira de sustentar um discurso que adequasse as minorias étnicas quilombolas com o direito constitucional brasileiro, sem cair na redução de uma teoria formal ou material da constituição. É neste sentido que pretendemos ter verificado a dimensão do direito dos quilombos enquanto grupos étnicos. Não só nessa perspectiva de horizonte teórico, mas, principalmente, no âmbito da análise de processos administrativos e judiciais concretos concernentes à titulação de suas terras e à sua subjetividade jurídica.

1.3.
Significação e subjetividade jurídico-social dos quilombos

A esta altura de nossa discussão já percebemos que os problemas atinentes à natureza jurídica e à subjetividade jurídica das comunidades negras rurais remanescentes de quilombos são idênticos às questões de minorias étnicas tanto no plano normativo e também empírico por meio da reconstrução etnográfica da antropologia. Vimos, ainda que de forma limitada, que os direitos das minorias étnicas desafiam o direito moderno por construírem fronteiras étnicas internas e nos limites de um estado de soberania popular. Por terem organização e unidade políticas diferenciadas, desafiam também o nexo interno que esta soberania popular pode ter com os direitos humanos. A caracterização de "remanescentes de quilombos" como grupos étnicos requer uma especificação maior do debate sobre o que é quilombo associando a este fenômeno a dimensão da etnicidade.

Conceituar ou categorizar fato ou ação social, bem como os atores envolvidos com estes, implica risco de ser essencialista e afirmar verdades finais, típicas de um pensamento metafísico que uma teoria discursiva e do agir comunicativo tenta afastar. Por isso, não apresentaremos aqui um conceito fechado, mas uma significação aberta da compreensão de sentido do ator social disposto na expressão de quilombos.

A palavra quilombo já significou povoação, aglomerado e, no senso comum, não raramente designou a vila ou o lugar para onde iam os negros fugitivos das senzalas no período da escravidão. Interessante notar que a palavra

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

"Kilombo" também significava organizações guerreiras africanas que forneciam "cativos em troca de bens europeus"[85]. Essas acepções não têm mais validade absoluta para designar os chamados quilombos contemporâneos à luz da teoria social e da teoria jurídica reconstruídas a partir do olhar da teoria habermasiana.

Sem querermos ser exaustivos, mas a título de classificação para fins didáticos a referencia a quilombo pode ser compreendida a partir de alguns campos de sentidos:

(i) Primeiro, em um campo de sentido com uma interpretação *histórico-arqueológica***,** que busca interpretar o fenômeno quilombola a partir de um referencial descritivo da historiografia, focando-se no resgate de sítios históricos e arqueológicos, tal como o conhecido Quilombo de Palmares e demais outros, fartamente apresentada por José Joao Reis e Flávio Gomes (1996) na hoje já clássica coletânea de "Liberdade por um fio".

(ii) Na interpretação *jurídico-historicista,* que num viés oposto ao anterior, prende-se ao marco jurídico da época colonial do Conselho Ultramarino de 1740 e apresenta a questão quilombola no horizonte de sentido de "fuga" e do "negro fugido". Esta leitura se liga a discursos que vinculam a disposição de direitos quilombolas a uma prova de existência e permanecia do grupo quilombola em seu território no momento da promulgação da Lei Áurea em 1888. Tais discursos conservadores ainda se manifestaram nos debates constituintes em torno do art.68 do ADCT.

(iii) A interpretação *antropológico-jurídica* que compreende quilombo como grupo étnico, minorias étnicas ou grupos sociais diferenciados, dispostos no conceito da etnicidade desenvolvido por Barth e naquele desenvolvido por antropólogos brasileiros tais com Mauricío Arruti, Alfredo Berno Wagner de Almeida e Manuela Carneiro da Cunha.

Esta interpretação étnico-antropológica propõe justamente uma "ressemantização" do termo "remanescente de quilombos"[86].Com a teoria do discurso, além de uma ressematização pode-se dizer que esta leitura etnográfica

[85] Reis, JJ. *et al.*, ibidem, 1996, pág. 29
[86] Berno de Almeida, A.W. Ibidem, 2002, pág. 79

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

promove uma recontextualização e uma verdadeira reconstrução do significante quilombos. Há uma tensão flagrante entre a visão jurídico-historicista e a visão étnico-antropológica que merece ser apontada. O centro desta tensão interpretativa se colocou no binômio "negro- fugido" / "grupo étnico". A primeira concepção entendeu que a definição de quilombo se vincula à luta de comunidades rebeldes do período escravagista e a segunda entende que tais grupos são caracterizados conforme traços étnicos de identidades aproximadamente como o que foi descrito no item anterior.

A interpretação de quilombo como grupo étnico ou grupo social diferenciado parte também do princípio de que aquelas pessoas não apenas fugiram dos castigos físicos e morais do sistema escravagista para se isolarem do convívio social, mas também construíram modos de viver e de reproduzir suas identidades diversamente. Foi dito também que não raramente, mantinham contatos com comunidades vizinhas e até mesmo com munícipios, deixando clara a sua condição de unidade política. Para esta leitura, restaria sem sentido a ideia de *remanescência,* uma vez que muitas foram deslocadas de seus lugares originários em razão de conflitos agrários e nem por isso deixaram de se organizar em outros territórios.

O quilombo contemporâneo aparece no sentido oposto ao de grupos de negros fugidos e se relaciona ao modo étnico de traçar a origem, a identidade básica e a formação do grupo como elementos da etnicidade e não mais apenas com elementos históricos. O grupo quilombola contemporâneo se forma não apenas da memória da "resistência física" à escravidão, mas nas fronteiras culturais que lhe permitiram a construção de uma cultura de autossubsistência e uma paradoxal independência do acesso à terra por meio de relações comerciais com as cidades e vilas da vizinhança. A invisibilidade jurídica que se percebeu até 1988 era jurídica mas não social e cultural.

Mesmo sendo submetidas a diversos ataques de fazendeiros e donos de terra, as "fronteiras étnicas" dos quilombolas se mantiveram. Os antigos quilombos , uma vez dizimados, eram impedidos de se reproduzirem na mesma

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

forma [87]. Para acentuar que o aspecto da etnicidade vai além da organização e delimitação das fronteiras, ressaltamos o caráter de territorialização que se perfez no período pós-abolicionista e republicano. A formação e fixação de um território não poderia ser compreendida numa lógica estática, fixa, mas numa dinâmica dentro de uma lógica de resistência e estruturadas na "territorialização étnica"[88]. É possível registrar que se presumia que com a abolição não haveria mais razão para a existência de quilombos[89]. Percebe-se o quanto não se pode resgatar o conceito historicista como uma compreensão adequada pelo fato da definição de quilombo, como minoria, grupo diferenciado ou grupo étnico, referir-se com maior fidelidade a isso. Sobre a necessidade de se continuar com "o conceito histórico" se respaldam interesses e consequências jurídicas conservadoras.

Vale frisar que a demarcação jurídico-historicistas pré-abolicionista traz sempre os seguintes elementos constitutivos de quilombos: (i) fuga ;(ii) quantidade mínima de "fugidos" definida com exatidão; (iii) localização marcada por isolamento relativo, isto é, em parte despovoada; (iv) moradia consolidada ou não e (v) capacidade de consenso simbólico traduzida pelos símbolos e vestígios de 'pilões' e outros adereços sociais e culturais presentes no horizonte de compreensão da tradição escravagista daquela época. Mesmo que o comércio existisse com as comunidades quilombolas isto se fazia sob uma condição marginal aos circuitos do mercado**[90].**

O modo como os chamados juristas de senso comum[91] em relação ao tema compreenderam o fenômeno quilombola poderia ser um forte exemplo de como este discurso tenha força até os dias de hoje em alguns cursos e manuais de direito constitucional. A dogmática jurídica brasileira tende a cristalizar e reduzir a questão a ponto de transformar em um dogma "fático" a se operar no campo do direito. Nessa perspectiva, o direito quilombola é uma simples questão de fato.

[87] "... a característica que torna singular o quilombo do período colonial e o atual decorre do fato de que todas as experiências já conhecidas revelam uma capacidade organizativa do grupo. Destruído dezenas de vezes, reaparecem em novos lugares, como verdadeiros focos de defesa contra um 'inimigo externo". Leite, I. Os quilombos no Brasil: questões conceituais e normativas. Textos e debates, nº 7. Florianópolis: Nuer, 2000, pág. 10

[88] Leite, I. B. Ibidem, 2000, pág. 10

[89] Berno de Almeida, A.W. Ibidem, 2002, pág. 53

[90] Berno de Almeida, ibidem, 2002, pág. 48

[91] Neste sentido, observar os constitucionalistas conservadores. Martins, I.G.e BASTOS, C.R. Comentários à Constituição do Brasil, 3.a edição. São Paulo, Saraiva, 2002, vol. 9, pág. 490

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

Deste modo, não há diferença entre a leitura deste constitucionalismo conservador e a concepção gravada em 1740 sobre o que é "remanescentes de quilombos. Reproduz até de modo inconsciente, ideológico e acrítico uma concepção ultrapassada e conservadora desse mesmo fenômeno sem diálogo com outras áreas do conhecimento e das ciências sociais especificamente[92].

A insistência nesta compreensão jurídico-historicista significou um grande "óbice" para a aplicação da norma constitucional e tem servido para fundamentar argumentações igualmente reificantes e reducionistas como aquelas dispostas na defesa do Grupo Bial-Bonfim contra Rio das Rãs"[93]. Não se trata esta discussão de mero "enquadramento" de fatos às normas, porém de ressignificação mediante um processo hermenêutico que supra essa antinomia de fatos, adensados na constatação da existência de minorias étnicas e normas, afirmadoras de um texto constitucional a ser revisto a partir de um novo contexto social [94]. Dessa forma, é preciso ter a ideia de que "grupo étnico" e etnicidade se relacionam profundamente com a noção de identidade para também permitir uma "autodiferenciação" de um determinado grupo em relação aos demais e à sociedade como um todo. Isso pode ser determinado por etnografia rigorosa a ser produzida por um antropólogo de notável saber e , no caso do Brasil, reconhecido pela Associação Brasileira de Antropologia- ABA. O saber étnico-antropológico desenvolvido na antropologia cultural brasileira e na antropologia cultural de um modo geral teve um papel muito importante na identificação e demarcação das terras indígenas no Brasil e em outros países da América. Este saber se deslocou também para a observação das comunidades negras rurais a que a lei máxima do país considera "remanescentes de quilombos".

Nesse caso, a demarcação de territórios quilombolas nem sempre correspondeu aos traços definidos cartograficamente, por agrimessura ou para fins absolutamente fundiários quando situados numa área rural. A lógica do

[92] "Para os comentadores juristas de senso comum, acríticas e historicistas, que não separam a norma instituída das condições materiais de existência que a condicionam, resultam por retificar um procedimento: frigorificam aquele conhecido esquema interpretativo. Com base nas autoevidências à ideologia escravocrata e aos preceitos jurídicos dela emanados, cristalizam os fundamentos de sua compreensão e irradiam para outros domínios do conhecimento". Berno de Almeida, A.W, 1996:4

[93] Silva, V.S. Rio das Rãs à luz da noção e quilombos. In: Afro-Asia. Salvador: CEAO, 2000. Pág. 269

[94] Rosenfeld, M. Ibidem, 2003:41

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

assentamento de reforma agrária se aplica apenas em parte aos quilombolas. O assentado de reforma agrária e o quilombola guardam tradições semelhantes no que concerne ao hábito da vida no campo. Porém como todo grupo étnico, nos territórios quilombolas também há outro campo de comunicação e interação diferenciadores que se reproduz e se apresenta em formas simbólicas. A descrição do antropólogo em relação ao grupo permitem a identificação do pertencimento, da diferenciação, dos laços de parentesco e dos traços ainda vivos da cultura da comunidade[95]. Tais formas são erigidas em função desta comunicação e interação dos componentes do grupo e da solidariedade[96]. Esses elementos demarcam as fronteiras e os limites. Fornece os elementos sociais e organizativos que permitem aos indivíduos estabelecerem fronteiras simbólicas com força de definir, ainda que não formalmente, quem pertence ou não ao grupo e quem se identifica com o seu modo de viver, ser e se comportar[97].

O negro em toda américa é originariamente "imigrante", vem de fora, e estabelece os seus limites justamente para compartilhar esse sentimento de exterioridade no interior de um país como o Brasil por exemplo. Isso prova que o elemento de mera declaração de vontade ou a ideia de uma assinatura de pacto social não pode afirmar um indivíduo como pertencente a um grupo minoritário quilombola. Precisa-se, então, aprofundar o argumento do direito de grupos diferenciados e, assim, deslocar-se por uma via alternativa que só é possível com uma leitura para além do direito civil clássico e das limitações decorrentes de uma função social da propriedade conforme se definiu na constituição brasileira por exemplo.

Desse modo, o indivíduo que pertence a uma comunidade de remanescentes de quilombos deve ter direito ao modo de viver, fazer e ser de seu grupo eticamente e etnicamente consolidado. Por outro lado, deve se

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

[95] Barth, F, *et alli*, Ibidem, 1998, pág. 189-190

[96] Interessante grifar que Durkheim já via o direito como "um símbolo visível" da solidariedade social, pois se reflete no direito as variações de uma solidariedade social e variável "com as relações sociais". Durkheim, E. ibidem, pp. 31, 32 e 109

[97] "... a fronteira étnica canaliza a vida social – ela acarreta de um modo frequente uma organização muito complexa das relações sociais e comportamentais. A identificação de outra pessoa como pertencente a um grupo étnico implica compartilhamento de critérios de avaliação e julgamento." Barth, F, ibidem, 1998 pág.196.

autocompreender como autor e intérprete de um discurso constitucional que a implica como destinatária de direitos inscritos na Constituição Federal de 1988.

As políticas públicas destinadas aos grupos quilombolas não podem em momento algum elidir a capacidade dos indivíduos remanescentes de quilombos arguirem os seus direitos de identidade em ação judicial, assim como não se pode permitir que, em nome de um grupo específico, indivíduos obtenham privilégios. No momento em que se reconhece o direito dos remanescentes de quilombos, não se cuida de distribuição ou de regularização fundiária diretamente. Ainda que a titulação daquela propriedade em nome deles altere o quadro agrário de um país como o Brasil, a questão deve ser reconstruída não apenas como direito à terra para produzir, mas como direito à diversidade cultural que fundamenta o direito a um território. Tal direito é, em parte, plenamente imaterial, pois se vincula a um universo simbólico e cultural garantido pelo direito constitucional brasileiro. Portanto, não é mera distribuição de bens materialmente registráveis nos moldes tradicionais de transcrição da propriedade. Mas não se partilha a concepção de que a natureza desses direitos seja apenas coletiva. Por isso, defende-se que se trata de um direito fundado em autonomia pública e privada. Conforma-se também em um direito subjetivo de todos os indivíduos que se identificam com o pertencimento a alguma daquelas comunidades concretamente ao mesmo tempo que se constitui paradoxalmente direito de todo os cidadãos brasileiros que tais comunidades negras rurais remanescentes de quilombos tenham suas terras regularizadas democraticamente. Por isso, não basta a opinião dos especialistas em direito ou antropologia, importante se faz ouvir os argumentos dos destinatários das normas.

O direito desses grupos não é de propriedade no sentido estrito, mas de reconhecimento de um território atribuído a uma identidade coletiva, situada em um território mais amplo que congrega uma diversidade de indivíduos partícipes de um mesmo projeto histórico constitucional. Portanto, assim como se deve reconstruir o termo remanecentes de quilombos como grupo étnico, deve-se reinterpretar o termo “propriedade” do art. 68 como território já que se tem a expressão “terras ocupadas” e não “posse”. Ou seja, o sentido de propriedade ali é coletivo, no plano ético, individual, no plano moral, mas, sobretudo, “imaterial”

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

e “simbólico”, mas com efeitos no direito de propriedade privada ou pública, no plano jurídico. Os territórios que são demarcados como “remanescentes de quilombos” pertencem a um universo não-físico e se coloca na condição que passa pela subsistência e pela necessidade até mesmo espiritual de um determinado lugar para viver como seus ancestrais.

Por isso, também, notamos uma resistência à aplicação do instituto da “desapropriação” nestes casos de quilombos. A territorialidade quilombola torna inexistente qualquer domínio particular não pela defesa do interesse particular de todos que formam aqueles grupos étnicos quilombolas, mas principalmente pelo interesse público e coletivo de garantir a expressão de culturas diversas. Admitir a instauração daquele procedimento administrativo inscrito no Decreto 4.887/2003 é admitir essa leitura. Por isso, cabe a indenização do particular em virtude das benfeitorias de boa-fé. O Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – Incra deve aparecer como um ente administrativo auxiliar, mas não como principal, pois o problema é só incidental e geograficamente agrário, pois se pode falar em constituição de territorialidade quilombola urbana ou a poucos metros da casa-grande[98].

A titulação da propriedade deve ser decidida pela própria comunidade. O risco da recepção da terra individualmente, porém, deve ser afastado. Se os indivíduos que recebem a propriedade e compreendem que não se deve continuar vivendo em comunidade, os outros partícipes do direito constitucional tanto do grupo como de fora dele podem lhe exigir explicações. Podem também dispor e requerer juridicamente o cumprimento das obrigações por eles assumidas no momento em que se garantiu o direito. O recebimento da “titulação definitiva da propriedade” implica cada membro da comunidade com a sociedade em geral, que se consorcia civilmente à constituição, assim como a sociedade brasileira tem obrigação jurídica para com aqueles grupos específicos.

Se tal titulação definitiva não garante a manutenção dos modos de viver e criar do grupo em virtude dos desvirtuamentos propositados por indivíduos que renunciam à sua condição de quilombola, pode-se encontrar obstáculo na

[98] “Em nossa experiência em Frechal, fomos levados a pensar um quilombo constituído a 100 metros da casa grande.”. Berno de Almeida, A.W. Ibidem, 2002, pág. 54

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

restrição interna do grupo e ao mesmo tempo amparo em uma imposição de direito. Por outro lado, não se pode obrigar a um membro de certa comunidade específica a se associar ou a aceitar que seu modo de viver, ser e fazer se confunda, em termos jurídicos, com uma sociedade de fato ou associação, pautada pelo direito privado e patrimonialista sem que isso não configure modificações na autocompreensão identitária do grupo.

Por outro lado, integridade do indivíduo não pode ser elidida em nome de um projeto de vida coletivo. Mesmo pertencendo a um grupo étnico como um quilombo, o sistema de direitos lhe garante a possibilidade de transformar e mesmo optar por outro projeto de vida. Confundir o exercício de direito com uma espécie de "polis" soberana é querer mantê-los isolados e envolvidos em um ambiente diverso do democrático. Toda inclusão de identidades e diferenças é arriscada por partir da negação e reconstrução de outras identidades, as quais são complementares e antagônicas a uma identidade constitucional que a condição quilombola inspira. Por isso, da mesma forma, não se pode falar em propriedade de identidade constitucional, mas sim em seu reconhecimento[99].

A prova disso, veremos, é a comparação da decisão judicial do caso Rio das Rãs no Oeste da Bahia com o caso de Marambaia, no Rio de Janeiro. No primeiro, diferentemente do segundo, o juiz não contou o tempo inteiro com aquele Decreto[100]. Entretanto, em ambas as decisões se fundamentaram exclusivamente nos dispositivos constitucionais já existentes, declarando a territorialidade quilombola e constituindo uma obrigação de não fazer do seu defrontante em conflito com a comunidade.

Em caso de qualquer conflito fundiário quilombola, uma interpretação aberta da constituição já oferta suporte jurídico suficiente. Para isso, deve-se transpor da compreensão do direito como ordenamento fechado, centrado no modelo de regras, para o direito como comunidade de regras e princípios integrada a uma "comunidade aberta" de intérpretes constitucionais.

[99] Rosenfeld, M. Ibidem, 2003,pg.115

[100] Ainda que alguma decisão no caso Rio das Rãs possa ser vista como precursora deste decreto, ao longo do processo, não houve o parâmetro normativo deste decreto

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

Não seria exagerado dizer que, na sentença do caso Marambaia, o esforço judicial ali empreendido se perfez como um capítulo escrito na página do "romance em cadeia" da história constitucional brasileira. Talvez até sem consciência teórica disso, o juiz daquela causa confirmou uma possível articulação da integridade jurídica a decidir, levando "os direitos a sério" com a "hermenêutica aberta" de "outros interpretes da constituição" e com audiência da própria comunidade remanescente de quilombo e outros atores da esfera pública ligados à temática. A legalidade da constituição foi quem permitiu a legitimidade da disputa. Antes, quando no período colonial e monárquico, os negros de um modo geral, igualados a coisa e bens móveis, nem pretensão a subjetividade jurídica se tinham. Eram tratados como objeto de direito.

A fundamentação do direito dos remanescentes de quilombos, portanto, está não apenas na luta, mas no direito de reconhecimento de sua diferença enquanto grupo étnico dentro do ambiente constitucional brasileiro. Se a princípio a luta política dos quilombolas é por acesso à terra, o seu direito é por reconhecimento de um território específico. O problema não está na construção de uma nova regra para o caso, mas de uma reconstrução do termo "remanescentes de quilombos" na mentalidade do judiciário e do sistema de direitos. Desnecessária a mudança de texto, já que ele pode ser lido mediante seu contexto. O contexto permite se entender que os quilombos contemporâneos precisam ser reconhecidos como identidade portadora de direitos na ordem constitucional brasileira. Não se trata de mera "gramática moral" (Honneth, 2003) de certo movimento social, trata-se de direito constitucional cotidianamente vivido.

Para tratar de quilombos é preciso aprofundar o estudo do direito de grupos étnicos e explorar as suas limitações no que concerne aos efeitos na propriedade. Pesquisas pautadas a partir da produção da dogmática jurídica e da teoria constitucional cruzadas com as pesquisas empíricas da sociologia do direito podem apontar novos horizontes descritivos e normativos para este tema. E uma nova leitura do mesmo.

II

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

A movimentação quilombola não foi e não é um fenômeno restrito ao Brasil. Já se pode dizer sem dúvidas que, no Novo Mundo, quilombos passaram a significar, diferentemente do sentido que tinham na África, "resistência" a este sistema escravocrata e o termo tomou outra conotação deste outro lado do Atlântico[101]. Já vimos que para as autoridades coloniais, especialmente no Brasil, o termo quilombo aparece associado de forma depreciativa ao "negro fugido" que se esconde em lugares íngremes e forma sua "república"[102]. Assim, adquire sentidos diversos em toda a América, mas mantém uma unidade em torno da resistência à escravidão e nos dias de hoje resistência à expulsão de suas terras.

O antropólogo e historiador americano Richard Price entende que tanto nos Estados Unidos[103] como em toda América Latina a questão quilombola foi "uma realidade onipresente"[104]. Os movimentos quilombolistas em vários países da América Latina e nos Estados Unidos[105], nos séculos XVI e XVII, eram de tal magnitude que se tem registro de negociações entre os poderes instituídos das diversas colônias e os quilombolas, ensejando até a formalização de tratados.

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

[101] Não se pode "subestimar a importância de mercadores africanos de escravos" na participação do sistema escravagista moderno. Diante da análise do "papel dos africanos no início do período moderno", ele argumenta que o controle quantitativo e etnicamente qualitativo era também feito por africanos voluntariamente. O envolvimento dos próprios africanos no "tráfico de escravo" também tinha a "mesma importância que os mercadores e funcionários metropolitanos" Nesse contexto de história da África, "Kilombo" designava uma "sociedade guerreira", etnicamente determinada, que também atuava na captura de africanos "camponeses locais para a venda como escravos". Vale a pena registrar, a despeito disso, que o clima hostil entre europeus e africanos já era evidente, ainda que predominasse a faceta perversa de agentes do regime escravista". Funari, P.P. de Abreu. In: José João Reis e Flavio S. Gomes In: Reis, J.J e Gomes, F.S. *Liberdade por um fio. História dos quilombos no Brasil*. São Paulo: Cia das Letras, 1996 pp. 27- 29

[102] "Considerando-se que a língua franca do período era o latim é natural que os acampamentos de fugitivos fossem chamados nos documentos da época, res publicae (Estados), termos logo traduzidos para as línguas modernas como repúblicas, respublics, republique. Por esse motivo, ainda hoje se utiliza a expressão "República de Palmares", cujo sentido nada tem a ver, portanto, com a ideia de "regime republicano", por oposição à monarquia. Outras designações, como quilombos, marrons, palenque, mocambos foram introduzidas um pouco depois, normalmente de forma depreciativa. Nos documentos em português referentes a Palmares o quilombo foi chamado de mocambo, do ambudu mukambo, "esconderijo". O termo inglês marron deriva do castelhano cìmarron, inicialmente aplicado a animais fugidos, e constitui uma boa tradução dos vocábulos latinos, eruditos usados nos documentos, "laterbra e pagus". Funari,P.P.de Abreu, 1996, ibidem, pág. 28

[103] Price, R. (org), Marron societies: rebel slave comunities in the Americas. 2 ed. Baltimore and London, The John Hopkins Univeristy Press, 1972.

[104] Por toda Afro-América – desde a região que se tornou os Estados Unidos, passando pelo Caribe até o Brasil – essas comunidades representaram um desafio heroico ao poder colonial e senhorial, prova eloquente da existência de uma consciência escrava que recusava ser limitada e manipulada pelos brancos. PRICE, R. "Reinventando a história dos quilombos". In.: Afro-Asia Publicação do Centro de Estudos Afro-Orientais. Salvador: FFCH/UFBA, 2000, pág. 52

[105] Sobre quilombos nos Estados Unidos, Aptheker, H. American Negro slave revolts. New York, Int. Publishers Co. Inc. 1952.

Neste sentido, mesmo não se portando como *res publica*, o território quilombola de vários países reivindicava autonomia como modo de extinção do estado beligerante no qual se colocavam[106].

A história dos quilombos nas Américas[107], portanto, sempre foi ligada à luta pela terra e não somente à questão racial. Os tratados dos Séculos XVI e XVII entre os quilombos e os poderes coloniais na Colômbia, Equador, Jamaica, México, Suriname e outras áreas geográficas de liberdade, com relativo controle dos quilombos, em troca do fim das hostilidades, mostram uma organização de resistência[108]. Na Jamaica e no Suriname, onde ainda existem as maiores populações remanescentes de quilombos, o espírito destes tratados foi geralmente respeitado até a segunda metade do Século XX[109]. Nota-se que Price quer afirmar a ligação da questão quilombola com o direito à terra. Há, porém, uma controvérsia em torno desta "onipresença" dos quilombolas nas Américas que diz respeito, a saber, se as características quilombolas seriam as mesmas em todos estes países.

O antropólogo José Jorge de Carvalho, após também apresentar uma análise da "experiência histórica dos quilombos nas Américas", vê distinção entre a condição do quilombola e o escravo liberto na relação com o poder público no Brasil. Para ele, essa prática de assinatura de tratados não se colocou para os quilombos brasileiros[110].

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

[106] "A história dos quilombos nas Américas sempre foi ligada à terra. Os tratados dos Séculos XVI e XVII entre os quilombos e os poderes coloniais na Colômbia, Equador, Jamaica, México, Suriname e outras áreas geográficas de liberdade, sob total controle dos quilombos, em troca do fim das hostilidades. Na Jamaica e no Suriname, onde ainda existem as maiores populações remanescentes de quilombos, o espírito destes tratados foi geralmente respeitado até a segunda metade do Século XX". Price, R. Op.Cit. 2000, pág. 241

[107] Moura, C. Ibidem, 1987, pág. 12

[108] Moura, C. Ibidem, 1987, pág. 12

[109] Price, R. idem, 2000, pág. 241

[110] "Quanto ao Brasil, nossos homens e poder jamais assinaram tratados de paz com escravos libertos: a atitude da colônia portuguesa e, mesmo a do Império, foi inflexível e impiedosa. Como contraparte necessária desse impasse jamais superado, a abolição não solucionou legalmente o problema das terras tradicionais. Chegamos, assim, ao final do século XX, trezentos anos após a destruição da maior experiência de resistência escrava, que foi a República Palmares, e cento e sete anos após o decreto da Lei Áurea, com um passivo gigantesco com relação aos direitos históricos de nossas comunidades negras tradicionais. Até onde chegam as minhas pesquisas, o Brasil parece ser o único país afro-americano que ainda não resolveu, sequer formalmente, a questão dos direitos territoriais das suas comunidades negras". Carvalho, J.J 1996, Op. Cit, pág. 68

As distinções entre a argumentação de Price e Carvalho são evidentes. É preciso destacar que enquanto Price vê a questão quilombola como "ligada à terra", portanto, inserida na política fundiária, Carvalho se refere a "direitos territoriais". Isso se revela marcante na divisão de opiniões que tentam afirmar a contemporaneidade dos quilombolas no sentido étnico ou no sentido históriográfico. Adiante, Carvalho prossegue nesta sua distinção entre quilombos brasileiros e demais quilombos afro-americanos. Argumenta que, ao contrário de outros lugares da América, no Brasil não houve conflito entre os próprios negros. Como, por exemplo, na Jamaica, "os negros da selva jamais confiaram nos chamados negros das plantações ou das cidades..."[111]. Mais adiante, ele esclarece ao dizer que no Brasil não há nenhuma tradição discursiva particular, que oponha o negro escravo ao negro quilombola, interpretando as características dos quilombos brasileiros como diferentes da dos demais quilombolas no resto da América[112].

Richard Price não concordou com esse argumento. Segundo ele, não se pode criar uma distinção fundamental entre as sociedades escravocratas na américa latina e nos Estados Unidos com o argumento fundamentado apenas na disputa entre quilombolas e negros cativos[113]. Ao também analisar a etnografia específica para o caso do quilombo de Rio das Rãs, confirmando a argumentação acima, Price afirma que Carvalho chega às suas conclusões etnográficas naquele caso sem considerar "tradições orais profundas". Pois, segundo ele, os mitos fundadores e as histórias que se aproximam da escravidão não ultrapassam o século XIX. Em sua opinião, tratava-se de histórias apreendidas dos missionários religiosos da região e não do próprio quilombo. Isso fragilizaria o argumento em prol de quilombos como grupos étnicos com direito territoriais.

Essa discussão tem como pano de fundo uma disputa hermenêutica diante do significado contemporâneo de quilombo. A disputa interpretativa se engendrou

[111] Carvalho, J. J. 1996, ibidem, pág. 48

[112] "Obviamente, faltam-nos estudos mais aprofundados de nossos quilombos atuais para que possamos fazer uma ideia mais exata de como eles veem os diferentes tipos humanos não quilombolas e que atributos dão a cada um deles." Carvalho, J. J. 1996, idem, pág. 48

[113] "Carvalho acredita ter identificado uma diferença central entre a sociedade brasileira e as outras sociedades escravas das Américas – a total ausência, no Brasil (em contraste, por exemplo, com o Suriname) de uma oposição estrutural centralizada entre quilombolas e escravos". Price, R. 2000, ibidem, pág. 251

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

no sentido de compreender "remanescentes de quilombos" na chave antropológica da etnicidade de um lado ou na leitura historiográfica como grupo histórico de negros fugidos do sistema escravagista de outro.

A antropóloga Ilka Boaventura Leite, apresentando um ponto de vista que parece ultrapassar esta polêmica, entende não ser mais possível se reportar a quilombos se valendo apenas do aporte conceitual fundado na distinção entre o quilombo contemporâneo (visto como grupo étnico) e o quilombo antigo, histórico, originário do período colonial, centrado na categoria de "fuga". A singularidade do "quilombo do período colonial" está na "capacidade organizativa", considerando o universo de experiências que se tem além de Palmares. A força do grupo é bem traçada na imagem de que há quilombos que, embora destruídos "dezenas de vezes, reaparecem em novos lugares, como verdadeiros focos de defesa contra um inimigo externo"[114].

É preciso frisar que a "quilombagem" como um processo histórico-social no Brasil não se restringiu à República dos Palmares . A tentativa de desvincular o quilombo contemporâneo da sua relação direta com o escravismo moderno dificultou a aceitação do argumento da etnicidade. Com a força fática da perícia antropológica, "remanescente de quilombo" passou a ser visto como grupo étnico conforme observamos na discussão sobre grupos étnicos que fizemos nos tópicos anteriores. As pesquisas e as produções etnográficas sobre quilombos passaram a considerar a orientação contida nas "teorias das etnicidades". Se a categoria de "fuga" era tomada ali de maneira literal, na historiografia mais contemporânea é tomada como um modo de reforçar os vínculos daqueles negros rurais com o regime de escravidão de maneira historicista e não historiografada ou historiada. Por outro lado, o elemento histórico reconstruiu e qualificou mais ainda a condição quilombola de grupo étnico e reforçou a performance na atuação como um movimento social de luta por direito.

Observou-se que a dinâmica dessa polêmica sobre o "sentido", "significado" ou "conceito" de quilombo no contexto da interpretação e aplicação do art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT ainda está em curso. Pode-se dizer também que apareceu uma nova geografia destas

[114] Leite, I. Ibidem, 2000, pág. 10

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

comunidades no Brasil e em toda a América. Dentro e fora de processos judiciais, este olhar especializado dos antropólogos e dos historiadores foi importante para a construção da força probante da perícia judicial antropológica e etnográfica em casos de comunidades negras rurais remanescentes de quilombos.

Essa discussão nos conduziu para um atalho. Tentar localizar quilombos na clássica discussão abolicionista e ao mesmo tempo observar de que maneira poderia o tema se inserir na discussão contemporânea da sociologia rural sobre a política fundiária e a reforma agrária no Brasil.

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

2.
Notas sobre escravidão, abolicionismos e as elites agrárias no Brasil

I

De fato, depois da abolição da escravatura, com a Lei Áurea de 1888, há fortes evidências de que os quilombos antigos funcionavam na lógica da "negociação e conflito" com o estado e a sociedade, foram se transformando em comunidades negras rurais esquecidas pelo Império e pela República Brasileira no interior do país. Foram dispostos sem maiores alardes na condição de "invisibilidade profunda"[115] por um século inteiro. De fugidos, foram transformados em invisíveis ou esquecidos da vida republicana. Já frisamos em várias oportunidades neste texto que a Constituição de 1988 atualizou essa discussão, retirando-a do "esconderijo" político e social que a nova cidadania democrática exigia. Assim, o estado e a sociedade, bem como sua instituições, não poderiam mais permitir a existência.

Depois desse longo período, invisíveis, os "mocambos" deixariam de ser "marginais" ou "hostis" para encontrarem proteção no sistema de direitos brasileiro. São agora destinatários de um direito constitucional à "propriedade definitiva" sobre suas terras. Um direito de propriedade que não era definido pelo direito privado, nem pelo direito público no sentido estrito, mas literalmente constitucional a partir 1988. De um lado, a questão da terra, como lugar onde as lutas continuaram a ser travadas. De outro, o problema do território e das fronteiras etnográficas[116].

[115] Carvalho, J.J. 1996, ibidem, pág. 47

[116] Ou, como claramente menciona Jean-François Veran, aludindo a este debate contemporâneo sobre quilombo: "No contexto do debate sobre a regulamentação do art. 68 da ADCT, os cientistas sociais têm fornecido um quadro teórico permitindo compreender a ideia de "remanescência de quilombo". Com justa razão, foi-se insistindo sobre o fato de que o reconhecimento do caráter de "remanescente" não poderia só basear-se sobre o conhecimento explícito de um passado de quilombo, tal como ele é definido por atores externos. Devem ser consideradas, também, a existência de formas e de símbolos mais difusos de articulação com esse passado, tais como a "consciência de uma origem comum", o "sentimento de pertencer a um território", "o mito das origens", o "sentimento de pertencer a um território", ou a "existência" de um grupo étnico". Véran J. F. "Rio das Rãs – Memória de uma comunidade remanescente de quilombo". In: Afro-Asia. Salvador: CEAO, 1998-1999, pág. 297

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

Dois discursos fundamentais se estabeleceram na esfera pública brasileira. O primeiro discurso seria aquele conservador que nega a existência contemporânea de quilombos. Nessa argumentação, não existe quilombos no Brasil. Caso existam, devem ser tratados como "coisas" do passado e preservados como um bem repleto de imaterialidade. O segundo discurso é o da afirmação da identidade quilombola como destinatário de direitos constitucionais enquanto grupos étnicos.

Esta "formação discursiva" conservadora que persistiu "sublimada" no processo constituinte e até hoje se coloca na discussão em torno da ação direta de inconstitucionalidade em curso na nossa Suprema Corte tem analogia com um recorte dos debates parlamentares sobre a abolição da escravatura. Isso nos ajudaria a ver que a linhagem de tal discurso conservador sobre quilombos formado no passado escravagista pressupõe um "sujeito do enunciado" muito parecido com o discurso constituinte conservador. Reflete-se, por sua vez, no pensamento jurídico conservador que se manifesta na doutrina jurídica e na jurisprudência brasileiras. Descrever tal linhagem discursiva na perspectiva dos abolicionistas como Rui Barbosa e Joaquim Nambuco nos pareceu uma maneira interessante de se ilustrar isso no sentido oposto. Ou seja, embora se pareça um excurso, há um liame entre o discurso de liberdade dos abolicionistas e a demanda por igualdade e reconhecimento do discurso do movimento negro e quilombola na atualidade. Além disso, como veremos mais adiante, quando dispusermos os embates parlamentares no processo constituinte, a polarização de perspectivas ainda persiste ainda que de modo invertido.

A abolição da escravatura era objeto das preocupações políticas e jurídicas de Ruy Barbosa. Ele e Joaquim Nabuco têm nas suas expressões intelectuais e ações políticas um forte peso para o movimento abolicionista dos escravos no final do século XIX[117]. O primeiro expressou sua opinião em artigos publicados nos diversos jornais da época, hoje reunidos em um dos volumes das suas "Obras

[117] José Murilo de Carvalho, no contexto de análise da herança imperial destaca também a reflexão política sobre a escravidão feita por José Bonifácio desde o início do império: "Embora no início da vida independente brasileira um dos principais políticos da época, José Bonifácio, já tivesse alertado para o problema da escravidão e da diversidade racial, tudo isso ficou em segundo plano, pois a tarefa mais urgente a ser cumprida era a da sobrevivência pura e simples do país". Carvalho, J. M. A formação das Almas: O imaginário da República no Brasil, 1990, pág. 23

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

Seletas"[118]. O segundo, manifesta sua angústia como tema do seu livro "O Abolicionismo". Ambos não observaram, contudo, quais seriam as consequências do final da escravidão na transição da monarquia para a primeira República[119]. Eles participaram da esfera pública de sua época assumindo posições públicas sobre o tema por meio de publicações na imprensa, livros e debates parlamentares, mas parece que a preocupação com a questão servil foi se dissolvendo após a conquista da escravidão. Sofreram dura oposição da bancada de proprietários de terras[120] e escravos que se fazia representar no parlamento e na mídia tradicional daqueles tempos com notável força.

Já em seu primeiro e único artigo do jornal *Radical Paulistano*, Rui Barbosa associou a abolição da escravatura ao próprio processo de crescimento de um país que se queria soberano. Em *"A emancipação progride"*[121] trouxe a constatação de que o país precisava sair de uma "minoridade perpétua" que "nos aniquilava" e atingir um estágio em que o cidadão se "governe cada um a si mesmo". Segundo ele, era preciso denunciar que o Brasil estava "bloqueado pelo mundo". Um desbloqueio só se engendraria com "a abolição da escravidão".

Essa força de argumentação em prol da causa abolicionista ganhou mais combustível nas duas publicações subsequentes, dispostas no *"Diário da*

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

[118] As Obras Seletas, Volume VI, publicada pela Fundação da Biblioteca Nacional em 1956, encartando aquilo que se denominou de "Campanhas Jornalísticas" de Rui Barbosa. Trata-se de uma coletânea de artigos, manifestações e discursos deste autor, editados por diversos jornais brasileiros entre as datas de 25 de junho de 1869 até o ano de 15 de novembro de 1889. O primeiro jornal da série a abrigar uma reflexão dele é o *Radical Paulistano* (1869). Em sequencia, publica no *Diário da Bahia* (1875 e 1877), em *O País (1884),* em o *Jornal do Commércio (1885)* e por fim aparece publicações *no Diário de Notícias (1889).* Dentre os volumes das Obras Seletas, este é o que demonstra uma estrutura do pensamento do Rui como intelectual público em torno de um arco de temas relativos a abolição da escravatura. Cf. Barbosa, Rui. Obras Seletas, Volume VI, Fundação da Biblioteca Nacional, 1956.

[119] Uma interessante reconstrução dessa transição pode também ser encontrada em a Formação das Almas: "A Monarquia aboliu a escravidão em 1888. Mas a medida atendeu a uma necessidade política de preservar a ordem pública ameaçada pela fuga em massa de escravos e uma necessidade econômica de atrair mão de obra para as regiões cafeeiras. O problema social da escravidão, o problema da incorporação dos ex-escravos à vida nacional e, mais ainda, à própria identidade da nação, não foi resolvido e mal começava a ser enfrentado. Os abolicionistas mais lúcidos, os reformistas monárquicos, tinham proposto medidas nessa direção, como a reforma agrária e a educação dos libertos. Mas no curto período de um ano entre a Abolição e a República nada foi feito, pois o governo imperial gastou quase toda sua energia resistindo aos ataques dos ex-proprietários de escravos que não se conformavam com a abolição**sem indenização**". Carvalho, J. M., Op.cit, 1990, pp. 23/24

[120] Sobre a relação entre os fazendeiros e os traficantes de escravo, bem como a influencia do escravagismo em toda a sociedade verificar a leitura que Raimundo Faoro faz do "Aboliconista" de Nabuco. FAORO, R. A República inacabada, Globo: São Paulo, 2007, pp. 154/155

[121] Barbosa, R., Op. cit., 1956, pp. 6-8

Bahia"[122]. Na primeira, citando Castro Alves, de quem sofrera também forte influência neste debate, dirigiu-se, retoricamente, a um público feminino, provavelmente a uma Sociedade Beneficente do Estado da Bahia. De maneira comovente e bela, conclamou a alma feminina da sociedade baiana a se unir à causa dos escravos. Notava-se a estratégia de militante abolicionista querendo adentrar os lares em refinado sentido. Expressamente, ele pede "*Pelos escravos – Às senhoras baianas": "(..) Leitoras, restitui os coitados ao ar livre e a sua vizinhança já não há de aterrar como a de um pântano estragado; desprofanareis o santuário do amor conjugal; restaurareis a obra divina; expirarei nosso atentado!"*[123]. Subjazia, então, no seu pensamento, o dilema da liberdade que atingira tanto a "mulher cativa" quanto o escravo que esquece o dia do nascimento "porque todos os dias são iguais".

A beleza das frases de Rui Barbosa desafia ainda hoje o leitor dos seus artigos abolicionistas a cair na tentação de citá-los por completo. Quando ele traz para proximidade do negro cativo e da "piedade civilizadora da mulher" as lutas populares expressadas do século XIX, parece se deslocar para frente do tempo de boa parte de seus contemporâneos. No artigo "Dois de Julho", título extraído da data comemorativa da Independência da Bahia, o povo aparece como um personagem importante de sua narrativa. Também publicado no *Diário da Bahia*, não mais em 1875, como o anterior, e sim em 1877, esse artigo enunciou um olhar crítico para as elites baianas como metonímia do atraso que no futuro ele enxergará nas elites brasileiras. Ele observara que "vão melhores as alegrias populares do que as galas mentidamente risonhas de um otimismo falso"[124]. Estava no seu horizonte de compreensão e expectativas de um povo brasileiro guiado por si mesmo e apto a conquistar a "liberdade constitucional". Essa conquista se daria de modo pacífico, por meio da legalidade e das instituições liberais. Tal liberalismo se confrontava com uma elite política e econômica conservadora e incapaz de compreender a civilidade da emancipação dos escravos, como na época já tivera compreendido os povos mais civilizados do mundo. A força da festa de comemoração do dia "Dois de Julho" serviu de mote para a consistente retórica de Rui Barbosa. Esta festa, que se tornou tradicional na

[122] Barbosa, R., ibidem, 1956, pp. 11-22
[123] Barbosa, R., ibidem, pág. 16
[124] Barbosa, R. Ibidem, pág. 22

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

Bahia, acontece até os dias de hoje, deveria contagiar a todos os seus contemporâneos no sentido da emancipação e do processo civilizatório brasileiro, que só seria possível com a resolução da questão do "elemento servil".

Em *O país*, já em 1884, ele se ocupa de dois debates[125]. O primeiro ele chama de "Artigo-Programa", apresentando a linha editorial deste jornal e, ao mesmo tempo, uma defesa do jornalismo como uma atividade patriótica. Indicou que tal jornal deve se interessar por questões mais amplas a despeito de "sua origem no comércio" e nos "interesses nacionais que essa classe representa". Por outro lado, em "O bezerro de palha"[126], tece uma análise crítica à classe da "grande propriedade" e da lavoura, tomando como pano de fundo o conjunto de leis editadas a partir de 1831, processo que vai denominar de reforma em prol da abolição. De forma acurada, conseguiu neste artigo apresentar uma articulação da propriedade com a escravidão. Pode-se depreender dos artigos abolicionistas de Rui Barbosa que os "republicanos" e a parte "ingênua" dos liberais, orientados, segundo ele, pela "intransigência" dos conservadores que se colocaram ao lado da escravidão, tinham receios patrimoniais. Expressavam um discurso aterrorizador de que uma possível abolição da escravatura prejudicaria a lavoura. Rui demonstra que tais temores não passavam de falácias insustentáveis por quem se compromete com o atraso e "presta ouvidos, mais ou menos crédulos, ao alarido profético dos terroristas"[127].

No *Jornal do Commércio (Apedidos)*[128], Rui Barbosa continua sua saga em defesa intransigente da abolição. Aqui, ele vai mobilizar todo seu conhecimento de direito e política para defender a causa. Logo no primeiro momento, com *"*A legalidade Servil*",* com o subtítulo *"*Lição de um mestre, oferecida à reflexão dos obstinados*",* prenunciou uma polêmica com o pensamento jurídico nacional da época em torno da escravidão. Ele traduz e articula os ensinamentos do jurista alemão Holtzendorff, cuja obra, sem tradução para o português, levantou para demonstrar que aqueles que tratam o abolicionismo como uma causa jurídica de relevância menor ou não atinente ao

[125] Barbosa, R. Ibidem, pp. 26,32
[126] Barbosa, R. Ibidem, pp. 30,32
[127] Barbosa, R. Ibidem, pp. 31, 32
[128] Barbosa, R. Ibidem, pp. 36,48

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

direito estão equivocados. A esse desprezo de uma Ciência Jurídica nacional emoldurada como uma "coleção de fósseis" e "museus de múmias"[129], ele apresentava um pensamento avançado do mundo jurídico para a esfera pública brasileira da época, mostrando o absurdo das fundamentações jurídicas para a permanência do regime escravocrata. Ele entendeu que a emancipação nacional estava na relação do direito com o desenvolvimento humano. E, por consequência, com a libertação dos escravos.

Em seu argumento, se a abolição da escravatura não estava amparada no direito, dever-se-ia entender, com base na doutrina do direito alemão, que, quando o parlamento não atendesse à justiça e às necessidades sociais, a política deveria infringir a lei. Ainda nessa linha de argumentação, "o direito dos senhores" brasileiros do século XIX se constituíra em "privilégio ilegal"[130]. Não se tem aqui, pois, "o privilégio legal" justificado pela "nobreza feudal" europeia, mas algo perverso e sem fundamento na história do direito público.

Como um grande intelectual público da segunda metade do século XIX, Rui Barbosa não poupou ataques ao parlamento do Segundo Reinado no que concerne ao "elemento servil". Não raramente, desqualificava a argumentação política dos parlamentares que representavam o Gabinete Regente. Numa de suas demonstrações de profunda erudição e conhecimento de história política, desqualificou por completo os argumentos de parlamentares da época. Em "O dever da oposição"[131], retomando os originais das memórias do político britânico Robert Peel, passou a narrar a história do Parlamento Inglês e de suas associações com a questão eleitoral, comparando-a com a do Brasil. Demonstrou como houve uma resolução diferente da questão servil naquele país. Para ele, no Brasil, o parlamento é o que o deixara na espreita de um ataque de "generais de cilada"[132]. Este país não tinha nem de longe um regime parlamentar como o inglês, mas uma "imitação política das bestas de rapina". Em "A benção dos punhais", no mesmo jornal, continua a querela parlamentar, tendo como alvo o Visconde do Rio

[129] Barbosa, R. Ibidem, pág. 37
[130]Neste sentido, Joaquim Nabuco desenvolve forte argumento sobre a "ilegalidade da escravidão". Nabuco, J. Op.cit, pp. 141,147
[131] Barbosa, R. Ibidem, pp. 38,42
[132] Barbosa, R. Ibidem, pág. 42

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

Branco, Senador Dantas e outros "falsos liberais" e conservadores em sua opinião[133].

É no *Diário de Notícias*[134], jornal de grande circulação do Rio de Janeiro, no final do século XIX, que o pensamento de Rui Barbosa começa a esboçar a sua curvatura para as temáticas do republicanismo, democracia, monarquia e federalismo. Em 07 de março de 1889, com a batalha da abolição já vencida, ele lança mais um "artigo-programa" disposto sob o título de "Nosso Rumo". E assim inaugura uma sequência de textos com forte teor de crítica e polêmica com o Jornal *Gazeta de Notícias.* Ainda com o tom de artigo-programa, mas já em modo de manifesto, em "Nossa coerência" abre o debate que se construiu no seu pensamento a partir de 1888: o federalismo e a monarquia. Adversário do centralismo político desde cedo e defensor de uma monarquia parlamentar não avessa ao modus republicano de governar, Rui respondeu, com destilada força e elegância, a uma crítica da *Gazeta de Notícias.* Para ele, este diário tinha a imagem de um falso jornal republicano.

Logo em seguida, no mesmo ano, retomou a temática do abolicionismo, sob o pano de fundo de novo discurso crítico sobre a monarquia. "Nossa veracidade" traz o argumento de que monarquias como a do Brasil daquela época resistiram herculeamente a uma emancipação imediata dos escravos. O Gabinete Regente, sob a inspiração do Barão de Cotegipe, parecia propugnar por uma "emancipação a prazo" na linha das reformas anteriores[135]. Mas o comportamento do Gabinete parecia deixar evidente sua distância do assunto ou pelo menos a sua ambiguidade. Para ele, ao contrário do que veiculara a *Gazeta de Notícias*, que

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

[133] Nabuco entende que o "movimento abolicionista" equivale a um "partido aboliconista" que "affectou" profundamente o partido republicano. Para ele, "entende-se por partido não uma opinião sómente, mas uma opinião organizada para chegar aos seus fins; o Abolicionismo é por ora uma agitação, e é cedo ainda para se dizer se será algum dia um partido". E mais adiante reitera o argumento: "N'este livro, entretanto, a expressão 'partido abolicionista' significará tão sómente o movimento abolicionista, a corrente de opinião que está se desenvolvendo de Norte ao Sul". Nabuco, J. Ibidem, pp. 74, 77.

[134] Barbosa, R. Ibidem,pág. 49

[135] Para Joaquim Nabuco, no mesmo contexto de Rui Barbosa, a "emancipação há de ser feita entre nós por uma lei que tenha os requisitos externos e internos de todas as outras. É assim no parlamento e não em fazendas ou quilombos do interior, nem nas ruas e praças das cidades, que se há de ganhar ou perder a causa da liberdade. Em semelhante lucta a violência, o crime, o desencantamento de ódios acalentados, só pode ser prejudicial ao lado que tem por si o direito, a justiça, a procuração dos opprimidos e os votos da humanidade toda". Nabuco, J. Ibidem, 86. Note-se a referencia expressa ao termo "quilombos".

parecia enaltecer o papel da família real neste processo, "a extinção do elemento servil foi estritamente uma conquista popular"[136]. Defendia a "Águia de Haia" que os próprios escravos e o exército foram os grandes atores deste processo. A Regência Imperial, ao não se manifestar claramente, na opinião de Rui, correu o risco de suportar mais um levante popular. Ou, como ele expressou ainda em outro artigo, uma monarquia democratizada não poderia conviver com o "espúrio parlamentarismo" vigente no segundo reinado.

Para Rui Barbosa, a *Gazeta de Notícia*, benevolente com a falta de posição da representação e da burocracia do imperador, não arcava com a verdade dos fatos históricos. Se o comportamento da Monarquia não tivesse sido dúbio no sentido da defesa do abolicionismo, ter-se-ia demitido o Barão de Cotegipe do Gabinete. De um lado, seu gabinete perseguia os abolicionistas, com o poder do Ministério, sustentando a escravidão na base parlamentar do Governo. De outro, "conspirava contra a escravidão no paço". O abolicionismo da Princesa contradizia a direção parlamentar e governamental. Para ele, a Gazeta iria sentir a força contida na "espada vingadora da justiça histórica". Na leitura de Rui Barbosa, a família real sinalizava a imagem para população em prol da causa abolicionista e o Gabinete, com o real poder executivo, não poderia cumprir a vontade da "realeza" por falta de sustentação parlamentar. O parlamento resistia a uma lei de abolição da escravatura. Como José Murilo de Carvalho bem assinalou, a pressão política dos proprietários de escravos em razão da indenização estatal pela abolição era expressiva. Eles viam o escravo como fator de produção.

Quando Rui Barbosa passa a escrever no *Diário de Notícias*, entretanto, a campanha jornalística vai abandonando a pauta vencida do elemento servil e se direciona para as questões políticas do Estado. Numa nova resposta às críticas da *Gazeta de Notícias*, no artigo chamado de "Nossa Democracia", o tema da contraposição entre república e monarquia se aprofundou. A *Gazeta* acusou o *Diário* de monarquista. Rui respondeu com uma "tese" sobre as diferenças entre as duas formas de governo, golpeando os subscritores da matéria do jornal adversário ao dizer que "o Diário é um monarquista exigente, ao passo que a

[136] Barbosa, R. Ibidem, pág. 64

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

Gazeta é um mau republicano". No seu entendimento, a matéria do jornal confunde as noções de República e esquece o caráter democrático da Monarquia. Não considerou o modelo americano para a primeira, nem o inglês para a segunda. Antes, permanece presa a um ideário francês do tempo de Luiz XVIII. Para Rui Barbosa, o *Diário* não era monarquista: o jornal defende um "governo do povo" e não um "governo do trono". Posicionava-se ele em favor de uma Monarquia parlamentar e representativa. Mas entre uma monarquia viciada, como a que se apresentava no Brasil de então e a República, o *Diário* ficaria com a República.

Estes breves resumos dos artigos de jornais de Rui Barbosa sobre a abolição da escravatura poderiam vir acompanhados de uma resenha do "Abolicionismo" de Joaquim Nambuco. Uma análise mais pericial seria pertinente se o objeto desse projeto fosse o estudo e reconstrução da história da abolição da escravatura. Os dois abolicionistas fizeram parte do mesmo "partido" em prol da abolição, mobilizando uma interpretação de linha liberal sofisticada para a época. A leitura destes argumentos permite ao leitor ter uma impressão do ambiente social, político e cultural dos anos que antecederam a abolição da escravatura[137]. Ao mobilizarem argumentos de direito e política, notou-se que a questão da liberdade dos escravos tinha uma forte intimidade em relação ao problema fundiário do país. O "escravo livre" significava a concentração da propriedade desde a lei de terras de 1850. Tanto Rui Barbosa quanto Joaquim Nabuco não dispõem nos seus respectivos espectros de análise ou de defesa política os quilombolas. O primeiro sequer cita[138]. O segundo cita, mas os colocando em uma chave de leitura negativa e pouco emancipatória[139].

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

[137] Para uma visão historiográfica detalhada sobe a escravidão Cf. Chaloub, S. Visões da Liberdade – Uma História das Últimas Décadas da Escravidão na Corte – Companhia das Letras: São Paulo, 2011

[138] No entendimento de Felipe Maia Guimarães Silva, referindo-se a Joaquim Nabuco e André Rebouças, o imaginário e simbólico do escravismo teve papel importante como "sistema repressivo de organização da força de trabalho". SILVA**,** F. M. G. Questão agrária e modernização no Brasil Guimarães Silva. IESPE, tese de doutorado, Rio de Janeiro, 2014, pág. 32

[139] Cf. Nota 17 acima.

Quase cem anos depois, Florestan Fernandes[140] vai analisar a "situação do negro e do mulato na cidade de São Paulo". Registra-se que a "extinção do regime servil" não superou imediatamente as condições análogas às da escravidão na qual se fixou o negro ao menos até 1930[141]. Na sua perspectiva, as dificuldades que o ex-escravo teve em se adaptar às condições de trabalho da moderna metrópole resultou em um processo de "desajustamento verdadeiramente estrutural". Na sua leitura, com a abolição da escravatura, as populações negras se deslocaram para a "periferia do sistema" com precárias condições de trabalho, morando em "ocupações indesejáveis, mal retribuídas e socialmente degradadas"[142]. Essa observação da "integração" das populações negras na mais competitiva, urbanizada e industrial cidade do Brasil, já republicano, enxergava também um deslocamento da população negra para o interior do estado e um refluxo da mesma de São Paulo para o norte e nordeste do país. Aqueles negros que se fixavam na cidade ou "aninhavam-se como podiam nos porões e nos cortiços da capital", ou se integravam por meio do trabalho doméstico[143]. Nota-se que a questão que se apresentava para Florestan Fernandes não dizia mais respeito à emancipação do negro ou abolição da escravatura, e sim às condições de integração deste ator na modernidade brasileira.

No mesmo sentido, mas com outro recorte, Maria Eliza Reis observara a perspectiva da modernização brasileira com seus atores e processos. Neste cenário onde a "abolição do trabalho escravo e a queda do Império ao final do século dezenove são consideradas marcos decisivos do processo de modernização

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

[140] "Vale a pena o registro de que a "linhagem" do pensamento social e político brasileiro aqui discutido remontaria a Florestan Fernandes como pai fundador". Brandão**,** G.M. Linhagens do pensamento político brasileiro, Hucitec Editora: São Paulo, 2010, pág. 25

[141] "(...) Quanto ao negro, com a Abolição ele perdeu os liames humanitários que o prendiam aos brancos radicais e inconformistas e deixou de formar uma consciência social própria da situação. Como foi mais tutelado que agente do processo revolucionário, não tinha visão objetiva e autônoma de seus interesses e necessidades. (...)". Fernandes, F. A persistência do Passado. In: O negro no mundo dos brancos. Global Editora: São Paulo, 2007 [1972, 1ª Ed], pp. 107-108

[142] Tratando das consequências da abolição para o negro em São Paulo, Florestan Fernandes diz: "Como consequência a Abolição projetou-o na esfera dos 'homens livres' sem que ele dispusesse de recursos psicossociais e institucionais para se ajustar à nova posição na sociedade. Não conhecia nem podia por em prática nenhuma das formas sociais de vida organizada de que desfrutavam os brancos normalmente (inclusive a família e os tipos de cooperação e solidariedade que ela condicionava socialmente). Para usufruir os direitos do Homem livre precisava despojar de sua segunda natureza, constituída enquanto e como escravo ou liberto, e absorver as técnicas sociais que faziam parte do 'mundo dos brancos' (...) [grifo nosso]. Fernandes, F. Op. Cit., 2007, pp. 110-111

[143] Fernandes, F. Idem, 2007, pág. 111

capitalista no Brasil", ela vai avistar os horizontes de compreensão que relacionam propriedade da terra e sistema escravagista[144]. O "elemento servil" não resolvido e a questão fundiária centrada nos fazendeiros preparou o território para um processo modernizante "pelo alto", a ser tecido na primeira era Vargas. Nesta visada, as "elites agrárias" mudam de lugar ao dividir o poder com os interesses da classe industrial, contudo, se mantém como sustentação de uma representação política dividida que preserva o "sistema de propriedade da terra e as relações de trabalho no campo"[145].

Para José de Sousa Martins, o problema fundiário é o núcleo de um forte sintoma de uma sociedade que resiste à modernização e à democratização do país por meio de um projeto autêntico e de estruturação de uma nova sociabilidade. O *pathos* expressado na aliança da escravidão com o latifúndio reprime a sociedade no gozo de uma modernidade plena e saudável, pois se vive no Brasil em "realidades de que não gostamos e em fantasias que não se cumprem"[146].

Já o foco da empiria de Florestan Fernandes é mais específico. Ele observou a dinâmica do negro na cidade de São Paulo, expressão mais alta desta modernização. Espantava-lhe o fato da cidade abrigar, em sua sociedade moderna, a "persistência de um passado" escravista nas relações sociais[147]. Florestan Fernandes, obviamente, também não tem como objeto de sua análise as condições do negro rural ou dos quilombolas. Ainda que se refira, em termos breves, à questão do negro no âmbito das "fazendas de café"[148] do estado de São Paulo. Não está em seu foco de interpretação aprofundar a situação dos "negros rurais" do Vale do Ribeira por exemplo. Ele também não se ateve à condição do negro com dificuldades de adaptação às regras de trabalho assalariado. Por isso que ele vai relacionar essas condições de integração do negro na cidade com a imigração estrangeira. A preocupação dele é com o trânsito do negro na urbanidade.

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

[144] Reis, M. E. P., Elites Agrárias, State-Bulding e Autoritarismo, Dados – Revista de Ciências Sociais, Vol.25, nº3, pp. 331-347, Rio de Janeiro: Editora Campus, 1982, pág. 337
[145] Reis, 1982, Op. Cit. Pág. 340
[146] Martins, J. de Sousa – A Política do Brasil: Lúmpen e místico, São Paulo: Contexto, 2011, pág.16
[147] Fernandes, F. ibidem, 2007, pág. 129
[148] Fernandes, F. Ibidem, 2007, pág. 109

Não se vai aqui apresentar como uma análise reconstrutiva da história da escravidão ou do abolicionismo com foco no movimento negro ou em quilombos históricos. O objeto deste trabalho tem clara proximidade com isso, mas não o é. Ainda que se detenha neste cenário da escravidão como pano de fundo remoto, esta pesquisa está interessada nos "rastros" dessa questão servil visíveis para uma sociologia do direito constitucional brasileiro dos dias de hoje. Portanto, recorta seu interesse na dinâmica do direito dos "remanescentes de quilombos" e dos negros rurais como atores de uma resistência a um processo de "modernização conservadora"[149], cuja expressão no mundo rural aparece também na contemporânea organização de camponeses sem terras, populações indígenas e outros movimentos sociais no campo[150]. Talvez o tema da abolição da escravatura precisasse de mais desenvolvimento. Mas este projeto se limita apenas ao contexto das consequências da abolição da escravatura brasileira no mundo rural do presente em relação ao sistema de direitos

II

No presente tópico, pretendemos observar, apenas como um desafio para novas pesquisas, de que modo a questão quilombola se intercalaria com a questão agraria no âmbito do processo de modernização brasileira e de suas relações com a democracia, as estruturas de estado e atores sociais nos dia de hoje. Observamos que a sociologia rural crítica associa o problema da reforma agrária e do problema fundiário ao sistema escravagista de negros no país. Entretanto, o negro rural aquilombado etnicamente não aparece no campo de observação facilmente. O modo de relacionamento das elites agrárias com a propriedade fundiária e com o elemento servil dos escravos, no processo de modernização brasileiro, só apontam para um quadro de manutenção da modernização conservadora sem rupturas e fundadoras de um discurso também conservador sobre os territórios de negros rurais ou quilombos.

[149] Werneck Vianna, L. A revolução passiva: iberismo e americanismo no Brasil. Editora Revan, 2ª edição, revista e ampliada, Rio de Janeiro: 1997b

[150] Interessante ressaltar que Maria da Glória Gohn situa o movimento quilombola como um movimento social identitário e cultural. Gohn, M. Movimentos Sociais e redes de mobilizações civis no Brasil contemporâneo. Vozes: Rio de Janeiro, 2013, pág. 110

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

Para provar nosso argumento, tentaremos intercalar três perspectivas diferentes. Num primeiro mento, "resenhamos" o texto clássico de Maria Elisa Pereira Reis[151]. Objetivamos entender como a relação entre as estruturas sociais e um ator específico – a elite agrária – contribuiu para que a experiência brasileira de modernização fosse compreendida como conservadora e feita pelo alto, numa "via prussiana", sem participação popular ou democrática. O papel do latifúndio e da manutenção da estrutura fundiária nas mãos de uma elite é fator que contribui para que esta modernização daqui não tenha se deslocado para um eixo liberal ou de ruptura radical.

Em seguida, por meio das interpretações de Luiz Guilherme Piva e Gildo Marçal Brandão feitas sobre o "programa de pesquisa conservador" notamos que o problema fundiário é abordado de outro ponto. A intervenção do estado deveria ser o mote para a superação da fragmentação e do "atavismo" de nosso mundo rural. Seria o estado, através das instituições sociais e políticas a ele vinculadas e da legislação trabalhista, que poderia superar o nosso atraso.

Por fim, trouxemos a perspectiva marxista não ortodoxa de José de Sousa Martins que, além de localizar as elites como agentes da modernização conservadora, nos termos descritos por Maria Elisa Pereira Reis, vai olhar para os atores do "andar de baixo" de nossa sociedade como partícipes deste processo. Para ele, os movimentos sociais, especialmente os movimentos sociais no campo, os quais poderiam portar uma agenda de transformação dessa modernização em efetiva modernidade, acabam por serem cooptados e colaborem direto ou indiretamente com o projeto das elites agrárias no processo de modernização conservadora. Ele se vale de métodos da sociologia da história e da sociologia rural para expor tal ponto de vista. Ao final, dispomos rapidamente uma visão mais otimista que entendia, nos anos de 1990, haver uma opção brasileira "por baixo" capaz de apontar para uma "ruptura radical" pela via das revoluções camponesas comunistas.

Notamos que tanto o olhar da história comparada quanto o programa autoritário de pesquisa ou uma sociologia rural de matriz marxista não ortodoxa

[151] Reis, M.E.P. Elites Agrárias, State-Bulding e Autoritarismo. Dados – Revista de Ciências Sociais, Vol. 25, nº3, pp. 331-347, Rio de Janeiro: Editora Campus, 1982.

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

parecem concordar que o atraso brasileiro está na questão agrária e no problema do elemento servil não solucionado . A persistência do passado e a dificuldade de romper com estruturas arcaicas parece se "reatualizar" com o advento do agronegócio e a intervenção do mercado no mundo rural.

Para compreensão do processo de modernização conservadora brasileira buscamos o texto de Elisa Maria Pereira Reis, Elites Agrárias, State-Building e autoritarismo, publicado, já no início dos anos de 1980. Com uma distância de mais de 30 anos, o texto é atual quando expõe argumentos numa chave de leitura que articula uma comparação entre formações estatais no velho mundo e na América, identificando a participação de um ator social específico, as elites do mundo rural e agrário. Obviamente, não faremos aqui uma resenha detalhada desse texto, mas a questão que pretendemos formular, situada na temática agrária do Brasil contemporâneo, requisita a exposição central dos argumentos ali dispostos, com vistas à orientação neste debate. No fundo, queremos saber se o discurso, as práticas e formações discursivas das "elites agrárias" funcionam aqui como mais um possível recorte da fala daquele grupo de parlamentares constituintes conservadores de 1988 que atuavam na "formulação" de uma opinião contrária aos quilombos como grupo étnico. Por outro lado, com José de Sousa Martins, gostaríamos de saber onde localizar a outra formação discursiva constituinte de 1988 que estava dando voz às comunidades negras rurais remanescentes de quilombos.

O recurso à análise da história comparada, apresentado no texto de Maria Eliza Reis, tem também como pano de fundo um retrospecto da história brasileira que remonta a abolição da escravatura até antes da revolução de 1930[152]. Deixaremos de lado as proposições teóricas, no sentido de acompanhar a autora na sua percepção da "persistência de elementos não democráticos na ordem política brasileira"[153], estruturada a partir de uma "cultura política" que alija a participação popular no processo de participação das decisões políticas. Ela pontua, com Raymundo Faoro, como a questão do patrimonialismo herdado da colônia portuguesa pelo transporte da estrutura jurídico-estatal influencia na

[152] Reis, M. E. P. Op. cit, 1982 pág. 381
[153] Reis, M. E. Ibidem, 1982, pág. 382

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

determinação de uma modernização conservadora em nosso país. Esta discussão se insere no contexto de debate sobre a influência de Max Weber na sociologia de interpretação do Brasil[154].

Elisa Reis, entretanto, não deixa de fora os desdobramentos disso quando enuncia elementos de "representação coorporativa" e de "cooptação política" que se constituíram como predominantes na impossibilidade de uma democracia de cunho liberal[155]. Assumidamente, fugindo de leituras simplistas sobre a constituição do estado autoritário, critica a análise do marxismo militante, evitando reduções para localizar o leitor em um campo de explicação da dinâmica da sociedade e do estado, destaca a relação entre o ator e as estruturas. Seu foco, portanto, deve ser as "relações de trabalho na agricultura e a interação entre classe proprietária rural e o Estado"[156].

E, nessa afinação, a autora vai apresentar sistematicamente "três variantes básicas do processo de desenvolvimento" e modernização[157]: (i) As revoluções liberais-burguesas; (ii) As revoluções conservadoras e (iii) as revoluções camponesas comunistas. Ela define cinco condições históricas para a consolidação da "via liberal-burguesa"[158], elencadas nos seguintes itens:

(I) " equilíbrio de poder entre autoridade central e proprietários rurais";

(II) "transição bem-sucedida para a agricultura familiar" tanto para o campesinato como para os grandes proprietários (o caso inglês);

(III) "enfraquecimento [da] classe proprietária rural, com interesse urbano industrial sobreposto ao agrário;

(IV) "Polarização de interesses" entre os trabalhadores rurais subalternos e a classe de capitalistas e proprietários rurais de outro;

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

[154] Neste sentido, interessante observar a recepção da sociologia de Max Weber no pensamento de Raymundo Faoro. Werneck Vianna, L. Weber e a interpretação do Brasil, Novos Estudos, nº 53. Cebrap: São Paulo, 1999. Pág. 35
[155] Reis, M. E. P., ibidem, 1982, pp. 382-383
[156] Reis, M. E. P., ibidem, 1982, pág. 334
[157] Reis, M. E. P., ibidem, 1982, pág. 334
[158] Reis, M. E. P., ibidem, 1982, pp. 335-336

(V) "Ruptura revolucionária com o passado".

Deixando de lado a experiência russa e também a chinesa, do [via] "campesinato", entendidas num contexto de "ruptura radical com o passado"[159], e na busca de entender as características de nossa experiência brasileira, o processo de modernização capitalista é recortado ainda em duas vertentes básicas de modernização: (a) a via liberal-burguesa, cujo exemplo típico seria a experiência norte americana e (b) a conservadora, também definida como "modernização pelo alto", cujas experiências históricas são reconhecidas no caso do Japão e da Alemanha. O texto é fiel ao método analítico-histórico, mas não perde de vista a perspectiva estrutural e da ação. Vai afunilando a questão com o foco inicialmente apresentado de tentar entender um momento especial de nossa história, marcado por algumas transições tanto no campo do aparelho estatal quanto no das relações sociais até a década de 1930.

Assim, observara-se a modernização brasileira em um cenário onde a "abolição do trabalho escravo e a queda do Império ao final do século dezenove são normalmente considerados marcos decisivos do processo de modernização capitalista no Brasil[160]". O "elemento servil" não resolvido e a questão fundiária centrada nos fazendeiros preparou o território para um processo modernizante "pelo alto", a ser tecido na primeira era Vargas. As "elites agrárias" mudam de lugar ao dividir o poder com os interesses da classe industrial, contudo, se mantêm como estábulo de um ator, que embora com representação política dividida, preserva o "sistema de propriedade da terra e as relações de trabalho no campo"[161]. Fez o texto uma comparação das experiências de modernização brasileira e americana. A ausência de uma ruptura com o passado patrimonialista e escravocrata coloca a experiência brasileira "em contraste com a experiência americana". Pois, "o encaminhamento da questão rural aqui teve consequências políticas conservadoras"[162]. Se os cafeicultores de São Paulo, supostos portadores do moderno daquela época, reúnem-se com os usineiros do Nordeste (representantes do atraso de então), há uma "coalizão entre latifúndios velhos e

[159] Reis, M. E. P., ibidem, 1982, pág. 336
[160] Reis, M. E. P., ibidem, 1982, pág. 337
[161] Reis, M. E. P., ibidem, 1982, pág. 340
[162] Reis, M. E. P., ibidem, 1982, pág. 338

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

novos"[163]. Nessa linha de contrastes, com forte sintoma de persistência do atraso, do passado e de atores tradicionais, o caso brasileiro estaria mais próximo de uma modernização conservadora pela "via prussiana" do que da liberal, situada no contexto americano.

De um lado, o ator social encontrado na "cafeicultura paulista" pode ser comparado aos "junkers", proprietários rurais alemães. No campo da estrutura, pode-se afirmar que tanto aqui como na Alemanha "o estado teve um papel de manutenção de condições para a expansão da agricultura sem alteração no sistema de dominação latifundiário"[164]. O que une as duas experiências é, também, a falta de ruptura com o passado. Entretanto, as diferenças podem ser notadas na medida em que as condições de transição para o trabalho livre na Alemanha contavam com "servos", acostumados à contratualidade feudal e não com "escravos", tratados como coisa na esfera dos direitos reais e não na dos pessoais afetos a contratos. Os "Junkers"[165] se pautavam por um respeito conservador às tradições que não se expressava nas formas coercitivas dos fazendeiros paulistas do café[166].

Em que pese estas sutis e relevantes diferenças entre o caso alemão e brasileiro, Elisa Reis compreende que a nossa modernização se coloca mais próxima de um modelo conservador prussiano, feita de baixo para cima, do que daquele modelo liberal anglo-saxão. Numa aliança com o setor industrial, no pós-30, as elites agrárias brasileiras se reacomodaram às estruturas conservadoras do estado e mantiveram relações sociais autoritárias no campo, especialmente no que tange àquelas de natureza laboral.

O mapa de leitura que ela fornece no seu trabalho conduz a nossa curiosidade para pistas que devem se situar no terreno arado entre o pensamento social e político brasileiro e na questão agrária. Logo no início do presente texto, esta autora chama atenção para uma observação do pensamento social conservador que enfatiza essa resistência à "democratização da ordem política

[163] Reis, M. E. P., ibidem, 1982, pág. 336
[164] Reis, M. E. P., ibidem, 1982, pág. 342
[165] Este tema dos Junkers é fartamente desenvolvido por Max Weber nos seus ensaios sobre o mundo rural alemão.Cf. Weber, M. Capitalismo e Sociedade Rural na Alemanha. In. Weber- Os Economistas [textos selecionados], Editora Nova Cultural, Círculo do Livro, 1997,pg.121-141
[166] Reis, M. E. P., 1982, pág. 343

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

brasileira"[167]. Já informamos que pretendemos verificar de que maneira esse autoritarismo presente na questão agrária também se coaduna com aquele discurso conservador contrário ao discurso da causa quilombola[168]. Neste pensamento autoritário, Elisa Pereira Reis entende que a "ideia de atraso não teria sido forjada pela comparação com outros países" mas permite deduzir que a vida rural brasileira, capitaneada pelas elites agrárias, se apresentou como uma forma de resistência conservadora ao desenvolvimento do capitalismo no país[169].

Entretanto, o pensamento social conservador brasileiro parece encontrar diversos esteios teóricos que se tracejam a partir do pensamento de Oliveira Vianna. A despeito dele se inserir num "Programa de Pesquisa conservador", no dizer de Gildo Marçal, em "Linhagens do pensamento político brasileiro", não pode o pensamento autoritário ser dispensado por aquele que se interessa pelas teorias do Brasil a despeito de seu caráter ideológico[170]. Apresenta o desafio de enfrentar a leitura de "Populações Meridionais no Brasil", ressaltando essa dimensão do rural, embora não a articule com o tema da modernização conservadora.

Tal programa de pesquisa conservador estaria focado na organização popular e da sociedade através da institucionalidade estatal, a ênfase na estrutura e na burocracia poria fim à fragmentação dos chefes rurais[171]. O caminho do país deveria ser pavimentado pelo direito, especialmente pelo direito do trabalho, e pelos sindicatos e associações. Regular o capitalismo, pautando-se numa lógica mais coletiva do que individual, impondo o domínio público sobre o domínio privado dos proprietários rurais, pois, nesta linha, compreende-se que a "visão de futuro não é rural"[172]. Notamos que essa observação, extraída do pensamento de Oliveira Viana, reflete o mesmo aspecto apontado por Elisa Reis de que no Brasil

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

[167] Reis, ibidem, 1982, pág. 332
[168] Em seu trabalho sobre a modernização brasileira no pensamento político brasileiro, Luiz Guilherme Piva aborda no capítulo 4, a relação do pensamento político e social de Oliveira Viana e a modernização brasileira, ressaltando a "intervenção do estado" nessa dimensão. Piva, L. G. Ladrilhadores e Semeadores – A modernização no pensamento político de Oliveira Vianna, Sérgio Buarque de Holanda, Azevedo Amaral e Nestor Duarte 9 1920-1940", São Paulo: Editora 34, 2000, pág. 93
[169] Piva, L. G., ibidem, 2000, pp. 94, 95
[170] Brandão, G. M. Linhagens do pensamento político brasileiro, Hucitec Editora: São Paulo, 2010, pág. 70
[171] Piva, L. G., ibidem, 2000, pp. 97-98
[172] Piva, L. G., ibidem, 2000, pág. 101

"a via prussiana" se fez com relações jurídicas e sociais arcaicas no mundo rural resistente ao capitalismo moderno.

O autor das "linhagens", por sua vez, avisa ao leitor das dificuldades de navegação por meio de um texto tão cheio de meandros e detalhes. Mas o que nos interessa aqui é o dado da "ruralização" que "derrota" o urbano. Este autor destaca o fato de que Oliveira Viana recorta as origens da história do Brasil numa perspectiva singular quando compreende que para cá se transportou o melhor da "nobreza lusitana" e não necessariamente os "criminosos" e "degredados"[173].

Numa visão praticamente oposta ao pensamento de Raymundo Faoro, neste sentido, São Paulo e Pernambuco seriam os privilegiados lugares de abrigo deste universo aristocrático a exemplificar o modo pelo qual uma nobreza dos palácios se disporia a conquistar uma imensidão de terra. Por outro lado, o enfrentamento com o mundo local permitiu a formação de uma composição social capaz de fundir "latifundiários de origem fidalga e outra de origem plebeia". Isso afeta a relação entre o rural e o urbano a ponto de entender que, no pensamento autoritário[174], o caminho da cidade seria quase que inexorável mesmo para uma aristocracia fundiária como a nossa.

A resistência ao urbano convive também com a gradativa transformação da vida rural num "sinal de distinção" social do chamado "IV século" de nossa história. Há aqui a mesma força do universo agrário desenvolvido no mundo saxão e de outras matrizes europeias, porém a "diferença principal, não obstante, é que o nosso é um ruralismo de grande propriedade, enquanto o deles é de pequenos proprietários"[175]. O latifúndio já se encontrava bem observado nas origens de nosso pensamento social conservador e autoritário, conduzindo o afastamento de nossas "elites agrárias" da "via liberal" com ruptura social para uma "via prussiana" sem rupturas ou processos revolucionários.

[173] Brandão, 2007, ibidem, 2000, pág. 86
[174] "O processo de ruralização resulta, assim, do cruzamento desses movimentos. Oliveira Viana aponta vários agentes motores desse centrifuguismo urbano. O primeiro é a tomada de consciência pelos nobres de que é impossível continuar dirigindo as fazendas e os engenhos à distância; o segundo é a penetração dos sertões em busca de índios num momento em que a escravidão negra é restrita e o tráfico negreiro ainda não é a vasta empresa na qual se transformaria; o terceiro é a expansão pastoril nos planaltos, por sua vez notavelmente impulsionada pela descoberta do ouro, e o quatro, a própria conquista das minas" Brandão, G. Ibidem, 2007, pág. 88
[175] Brandão, G. Ibidem, 2007, pág. 89

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

Guilherme Piva ressalta que o pensamento conservador vê no homem rural a representação de "nossa psicologia social" e reconhece que as elites agrárias formam uma "classe de grandes proprietários rurais, vencedora com a independência e o império, seguirá sendo a 'única classe superior do país'"[176]. O matuto é o símbolo do homem nacional, por outro lado, a nossa aristocracia rural tem de se colocar diante não só de "classes sociais", mas também de "tipos étnicos"[177]. Brandão também registra que, neste programa de pesquisa conservador, a etnicidade e a localização geográfica decorrentes do determinismo e da mistura da nobreza lusitana com a plebe aqui disposta são colocadas como preponderantes. Isso faz do meio rural, para o pensamento sociológico conservador, um ambiente que formata as almas e produz uma debilidade moral do povo do campo[178]. Esta agenda conservadora encontra um reforço vestido de cientificismo para confirmar a "tese" de que a "plebe rural, mestiça" não pratica o empenho da palavra digna dos povos nobres .A plebe rural, portanto, se comporta numa zona avessa ao respeito de uma moralidade autônoma típica de "povos civilizados". A miscigenação teve aqui uma reação adversa, derrotando-se o minifúndio e qualquer possibilidade de urbanização no Brasil[179]. Por isso, o estado deve se impor para corrigir essa "falha de formação da psicologia social das massas", com vistas a superar a "descentralização" e a "caudilhagem"[180]. Nisso, para superar o nosso "determinismo negativo" e a "ausência de sentido público", o estudado deve "educar o povo" para criar um sentimento de solidariedade social e política[181].

O ator protagonista, tanto nesta quanto na perspectiva da Elisa Reis, se coloca na classe das elites, especialmente as agrárias. Ou seja, é possível entender que o atraso de nossa modernização sem modernidade, como acentua Faoro[182], seria de inteira responsabilidade daqueles que se colocam no andar de cima de nossa sociedade. A modernização, por uma "via prussiana" à brasileira, não contaria com as classes populares, senão como coadjuvantes do processo.

[176] Piva, L. G. Ibidem, 2000, pág.123
[177] Piva, L. G. Ibidem, 2000, pp. 124,125
[178] Brandão, G., ibidem, 2007, pp. 89/90
[179] Brandão, G., ibidem, 2007, pág. 91
[180] Piva, L. G., ibidem, 2000, pp. 130,131
[181] Piva, L., G., ibidem, 2000, pp. 137,138
[182] Faoro, ibidem, 2007, pág. 125

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

José de Sousa Martins, por exemplo, encara a questão por outro viés. Entende ele que os movimentos populares do final do século XX que foram desembocar naquilo que veio a ser o Partido dos Trabalhadores – PT e o Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra pareciam portar o gatilho da ruptura que nos retiraria da proximidade com os "junkers" da leitura weberiana sobre o caso alemão e talvez nos aproximasse da via liberal ou mesmo de um modelo de ruptura radical. Entretanto mesmo esses atores "de baixo" que pareciam portar a modernidade, na leitura de Martins, curvaram-se para uma aliança com o atraso.

Mesmo de posse do mapa no qual Maria Elisa Reis cartografa a "modernização conservadora", desenhada pelas nossas elites agrárias para o Brasil, tentaremos deslocar nosso olhar para outro quadrante deste cenário e buscaremos localizar estes atores de baixo no discurso de José de Sousa Martins. Em seu trabalho sobre a recente política social e agrária posta no título "Política do Brasil – Lupén e Místico", ratifica uma de suas teses de 1990 sobre o Brasil, editada àquela época como "A política do atraso". Incorpora, contudo, uma nova análise não só do período do Governo Fernando Henrique e da "era Lula", como fornece um ótimo roteiro para o entendimento do mundo rural brasileiro contemporâneo.

Está também em jogo no seu discurso a análise da modernização conservadora do país não apenas do período anterior ou posterior ao processo da década de 1930 que encontra seu quartel general mais forte e a mais aguda resistência na questão agrária. Não é de hoje que o discurso de José de Sousa Martins impacta as análises sobre o mundo rural brasileiro. Mesmo aqueles que se sentiram "traídos" por sua análise de conjuntura dos anos de 1990 não deixaram de aprender nas suas contundentes observações o reflexo provocador de novas leituras e novos horizontes de compreensão sobre o mundo rural.

Localizando seu discurso sociológico na "linhagem" do pensamento social e político brasileiro[183], chegaríamos na raiz de Florestan Fernandes. Direciona-se, porém, para um pensamento próprio e inovador. Entendemos que

[183] Brandão, ibidem, 2010, pág. 25

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

neste seu último trabalho foi possível extrair elementos mais visíveis do mundo rural contemporâneo. A sua elegante esgrima de sociologia política, sociologia rural e sociologia da história são apontadas para atores sociais como o Movimento dos Trabalhadores Sem Terra – MST, a Comissão Pastoral da Igreja Católica – CPT, bem como para partidos políticos e governos do período pós-ditadura. Ou seja, atores do mundo rural que, ao menos na origem, não se conformaram com a elite agrária e nem tiveram uma passividade congênita, como pensaria o projeto de pesquisa conservador.

Segundo Martins, tais atores do andar de baixo não teriam nem têm um projeto autêntico, com uma direção política consciente e autônoma para a transformação social. Por isso mesmo, na sua leitura, estariam a reboque tanto do "fetichismo da mercadoria" quanto de um estatismo autorreferente e populista capaz de recuperar ideologicamente o "varguismo". Tais atores estariam inseridos numa estrutura que os convidam e os convocam o tempo inteiro para o campo do atraso. São vendidos e comprados por uma ilusão da governabilidade do capitalismo à moda brasileira.

Identificamos aqui uma leitura amarga dos movimentos sociais e do campo da esquerda. Esta esquerda radical e inovadora dos anos de 1980 e 1990 se curvou para uma agenda do atraso nos anos 2000. Recuperados ideologicamente por uma elite que sempre apontou para uma instalação plena da "ordem burguesa" no Brasil, contribuíram, nas palavras do autor, para uma agenda do atraso.

Não chega o autor a desenhar um quadro de "hegemonia às avessas", como o Francisco de Oliveira, no sentido de que aqueles protagonistas servem como contínuos na administração privada do capitalismo[184]. Porém, compreendem que são membros de um processo de radicalização do capitalismo brasileiro e não conseguiram se desprender da dimensão desenvolvimentista típica do modelo modernizante autoritário engendrando no período ditadorial a partir do golpe civil-militar de 1964.

O cenário que José de Sousa Martins nos ofertou para os movimentos sociais no campo no início deste século XXI é o de um país "anômico" e ainda

[184] Oliveira, F. 2010, pág. 27

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

dominado por "elites oligárquicas". A tradição de esquerda brasileira reatualizou o laço forte entre políticas aparentemente modernas e o "compromisso com a tradição e o latifúndio antiempresarial"[185]. Martins nos alerta, contudo, que embora não se trate de um "livro sobre a questão agrária no sentido estrito", pretende tratar do "lugar político da propriedade".

Notamos nele uma preocupação em saber de que maneira o latifúndio brasileiro conseguiu sustentar uma relação tensa entre o moderno e o tradicional arcaico até os dias de hoje[186]. Assim, a questão do acesso à terra ainda gravita no "centro histórico de um sistema político persistente"[187]. O problema fundiário é o núcleo de um forte sintoma de uma sociedade que resiste à modernização e à democratização do país com um projeto autêntico de novos sinais de estruturação da sociabilidade. O *pathos* expressado na aliança da escravidão com o latifúndio reprime a nossa sociedade no gozo de uma modernidade plena e saudável, pois, vale repetir, vivemos em "realidades de que não gostamos e em fantasias que não se cumprem"[188].

Por outro lado, a organização social e política do lupensinato não conseguiu (e nem conseguirá), segundo ele, "promover transformações sociais com o progresso social e político"[189]. Ancorada no braço ideológico de uma igreja antimarxista, quando tais atores se colocaram como protagonistas de um projeto de Brasil capaz de promover a ruptura radical, acreditando que haveria uma "sobreposição" da reforma agrária sobre outras agendas, acabaram por defender uma "ruptura sem projeto" numa sociedade que não consegue se abandonar da "persistência do passado" e da" aparência do moderno"[190]. O Brasil, pois, colocou-se na pós-modernidade antes do moderno alcançá-lo, arriscando um "desenvolvimento econômico sem desenvolvimento social"[191].

Não vamos grifar aqui toda a discussão que ele fez a respeito do método dialético e da importância de uma retomada adequada do pensamento de Marx

[185] Martins, J. de S., ibidem, 2011, pág. 7
[186] Martins, J. de S. Ibidem, 2011, pág. 10
[187] Martins, ibidem, 2011, pág. 18
[188] Martins, J. de S. Ibidem, 2011, pág. 16
[189] Martins, J. de S. Ibidem, 2011, pág. 11
[190] Martins, J. de S. Ibidem, 2011, pág. 15
[191] Martins, J. de S. Ibidem, 2011, pág. 41

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

como um dos desafios a se integrar na agenda da esquerda. Já se notou que nos interessa aqui marcar os vetores que relacionam o "atraso" com a questão fundiária e, se possível, com o movimento quilombola.

Em um viés diferente do de Maria Elisa Pereira Reis, que parece ter se orientado por Max Weber, o livro trouxe importante discussão sobre o método sociológico. Ele explicitou a necessidade do método dialético e da importância de uma retomada adequada do pensamento de Marx e outros clássicos das ciências sociais como um dos desafios a se integrar na agenda da esquerda. O livro traz importante e sucinta discussão sobre o método sociológico. Percebemos nele uma forte influência de Henri Lefbvre, orientando-lhe para uma "crítica da vida cotidiana", com os pés fincados numa "sociologia rural"[192]. Busca-se não adotar um "marxismo de manual e de militância", nem aquele vigente na leitura de partidos políticos de esquerda[193].

Com este instrumental teórico, Martins fez uma análise das lutas sociais no campo, reconstruindo a história das ligas camponesas nos anos de 1950 até os dias atuais dentro de um quadro de possibilidades da aliança entre capital e propriedade da terra. Em um arco histórico que vai da Era Vargas ao desenvolvimentismo juscelinista, as ligas camponesas vão encontrar, com a liderança do advogado socialista Francisco Julião, uma via de transformação pela legalidade em que a luta por direito dos trabalhadores rurais se concentra na disputa do direito do trabalho. No campo, este cenário se mostra com uma intensa disputa entre grileiros e posseiros no Nordeste com as elites agrárias do latifúndio.

Para ele, este avanço das classes populares do mundo rural deixaram as elites oligárquicas com um temor típico de que a "revolução chinesa" tomasse o campo e abrisse o caminho para uma ruptura socialista. A própria esquerda se dividiu nesta conjuntura. Algumas tendências entendiam como mais importante o incentivo e a disseminação do trabalho assalariado no meio rural, outras queriam partir para a ruptura direta, como foi o caso das ligas camponesas[194].

[192] Martins, J. de S. Ibidem, 2011, pág. 62
[193] Martins, J. de S. Ibidem, 2011, pág. 55
[194] Martins, J. de S. Ibidem, 2011, pág. 110

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

Com base em estudos da Confederação Nacional dos Bispos Brasileiros – CNBB, afirmou que a presença comunista no meio rural brasileiro se defrontou não só com a grilagem e os latifundiários, mas ativou "uma mobilização da Igreja Católica numa ampla cruzada de conscientização e organização sindical dos trabalhadores rurais"[195]. A análise da atuação política da Igreja Católica e sua influência no atraso brasileiro através da Comissão Pastoral da Terra- CPT é discutida inúmeras vezes no texto do autor. Mas o ponto forte é exatamente a denúncia da vertente religiosa sempre resistente ao comunismo e à transformação do país.

O drama da questão agrária, na visão do autor, ganha uma cena mais dura com a intervenção militar. A associação entre proprietários de terra e o golpe civil-militar de 1964 não se desvencilhou de um projeto de reforma agrária. O Estatuto da Terra, pensado em 1964, mas aprovado em 1965, simbolizou que o pêndulo do poder estava novamente nas mãos dos conservadores e das velhas oligarquias[196].

Os proprietários de terra, embora não governem diretamente, dão sustentação política a seus interesses sem admoestações maiores neste período militar. Por conseguinte, a questão agrária dividia as elites e a esquerda, pois é "sempre importante lembrar que reforma agrária não é, nem teórica nem historicamente, uma bandeira propriamente de esquerda. No Brasil, os integralistas foram críticos do latifúndio"[197]. Aqui, diferentemente de outros países, a reforma agrária ganhou uma dimensão normativa ambígua com o Estatuto da Terra, especialmente com a adoção do "duplo conceito de latifúndio"[198]. Esta reforma agrária desenvolvida pelo projeto de desenvolvimento dos militares procurou modernizar o campo sem alterar a estrutura fundiária. Favoreceu, assim, a concentração de terra e a formação de uma nova estrutura de elite agrária que veio a ser contemporaneamente a expressão parlamentar da bancada ruralista ou alguns defensores dos interesses do agronegócio por exemplo.

[195] Martins, J. de S. Ibidem, 2011, pág.112
[196] Martins, J. de S. Ibidem, 2011, pág. 115
[197] Martins, J. de S. Ibidem, 2011, pág. 118
[198] Martins, J. de S. Ibidem, 2011, pág. 121

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

Toda a argumentação resumida acima tem como ponto de chegada os tempos do governo do Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB e do Partido dos Trabalhadores – PT. Na leitura de José de Sousa Martins, nada mudou nesses tempos. Sofisticaram-se as técnicas de "clientelismo eleitoral", confirmando sua adaptação à modernização. Um ator como o Movimento dos Trabalhadores Sem Terra –MST, que teve uma ação combativa durante aquele primeiro governo, na "emergência do lulismo", segundo esta perspectiva, foi enquadrado rigorosamente e cooptado numa política de conciliação dos contrários.

Os movimentos sociais, que antes se postavam na sociedade civil a demandar realizações concretas de direitos, sofreram um direcionamento por parte da própria Presidência da República[199]. Uma nova pobreza rural passa a surgir, aliada a uma modernização agrícola pautada pela exportação de "commodities" e insumos agroindustriais, articulada num formato que passou a se chamar de "agronegócio"[200]. O atraso estaria posto na incapacidade dos atores do "andar de baixo" em avançarem para uma modernidade de seu próprio projeto. A aposta no lumpensinato guiado por intelectuais originários do chamado "partido político" da igreja , ainda nas décadas de 1980 e 1990, demonstra como a junção de "fé e política" concorre para o aumento do subdesenvolvimento político do país.

Entretanto, seria possível indicar que o país, a partir de 1988, com a Carta Constitucional, ganhou uma nova institucionalidade. Um ator social como o MST poderia ser lido de outra forma. A atuação deste movimento na realização das políticas fundiárias previstas entre os artigos 184 e 191da Constituição de 1988

[199] Martins, J. de S, ibidem, 2011, pp. 9-10

[200] Martins, J. de S. Ibidem, 2011, pág. 11. Um estudo aprofundado sobre o agronegócio brasileiro na contemporaneidade pode ser encontrado no trabalho de Felipe Maia Guimarães da Silva. Especificamente sobre a crítica ao "agribussines" na leitura de José de Sousa Martins, ele explica: "Já José de Souza Martins (2011) desenvolveu em seus livros uma interpretação que identifica neste movimento um fator de bloqueio à emancipação e à cidadania dos camponeses e trabalhadores rurais. A modernização do latifúndio conformou, segundo o autor, um capitalismo distinto do modelo teórico de referência, no qual o capital depende da mediação do latifúndio. Dessa forma, a emergência da moderna economia não implica na ruptura das relações políticas e sociais arcaicas, ao contrário, depende delas, e a propriedade da terra é o seu fundamento. Dela decorrem um sistema político, que não dispensa o clientelismo e que tende à conciliação de contrários, e uma visão de mundo conservadora na qual a propriedade da terra é um valor central." Silva, F. M. G da. Questão agrária e modernização no Brasil. 2014. 248 f. Tese (Doutorado em Sociologia) – Instituto de Estudos Sociais e Políticos, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014, pág. 226

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

tanto no âmbito do executivo quanto no judiciário permitem compreendê-los como partícipes de uma esfera pública que, embora encetando palavras de ordem anacrônica – ou um marxismo de militante para usar uma expressão do próprio autor ora comentado- , atuava, ainda que de modo inconsciente desta condição, na construção de uma nova interpretação do constitucionalismo agrário brasileiro. José de Sousa Martins não escreveu absolutamente nada sobre a judicialização da política agrária no Brasil. E a forma pela qual os dois governos que foram objeto de sua análise – FHC e Lula – trataram da questão.

Embora mencione as políticas indigenistas no âmbito desta atraso transferindo para Conselho Indigenista Missionário- CIMI as mesmas críticas que fez à Igreja Católica e a CPT, ele não trata do movimento quilombola neste discurso. Há distinções entre na política quilombola dos dois governos que ele compara. Seria possível dizer que a política quilombola do Governo Fernando Henrique é completamente diferente da política do Governo Lula, basta fazer uma comparação entre o Decreto 4.887/03 e Decreto 3.912/01. Obviamente, o problema dos quilombolas enfrenta o agronegócio de maneira diferente dos indígenas e dos sem terra. E o discurso que se estrutura pode ser identificado concretamente em empresas agroindustriais como a Bial-Bonfim, descrita no caso de Rio das Rãs. Martins não aborda também a relação da CPT com o movimento negro e da "mobilização étnica" no mundo rural encetando a chegada de outros atores não diretamente ligados à pauta pastoral da Igreja mas atuando no mundo rural. Talvez, haja uma modernidade jurídica ao lado dos movimentos sociais no campo ainda por se descobrir nos meandros da Constituição Federal de 1988 que o autor não explorou.

Martins nos convence de que vivemos numa "sociedade de comparação difícil" com uma história sempre por se fazer. Como Elisa Reis, verifica a persistência do passado. Para ele, o problema fundiário é o núcleo forte de um forte sintoma que resiste à modernização e à democratização do país como um projeto autêntico. É um problema que se enlaça no "autoritarismo popular" e "antidemocrático" de nossa gente[201]. É como se nossa modernização possuísse recalques profundos capazes de reprimir a sua plena modernidade. Há uma

[201] Martins, ibidem, 2011, pág. 17

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

esperança implícita neste autor de que os movimentos sociais poderiam portar uma prática e uma ação para ao menos transformá-la em uma modernidade saudável. O *pathos* da escravidão e do latifúndio implicam ainda uma resistência ao novo que o moderno reclama de nossas elites e de nosso povo. Temos uma sociedade que não abre mão de seu modo perverso de estruturação da sociabilidade, estruturando a concentração da propriedade da terra como centro histórico do atraso de poder no Brasil[202].

Esse quadro de atraso é associado a um estado de "anomia", caracterizado pelo "desencontro de temporalidades que se cristalizam em determinadas situações sociais e em determinados grupos residuais ao longo da história"[203]. Os movimentos sociais que pareciam se organizar em torno de um projeto novo acabaram sendo "cooptados" e paralisados pelo governo do Partido dos Trabalhadores – PT[204]. Tanto "a social-democracia modernizante" do PSDB quanto a "social-democracia populista" do PT contribuíram, segundo o autor, para tutelar estes atores – os movimentos sociais – capazes de contrapor um projeto alternativo ao das elites. Produzimos, portanto, uma modernização econômica sem desenvolvimento social.

A interpretação de José de Sousa Martins expôs críticas a um dos maiores movimentos sociais do país na contemporaneidade. Trouxe para o debate elementos importantes da "cultura política" do mundo rural, como a relação entre religiosidade e política. Na sua opinião, essa associação de "lúmpen e místico", "fé e política", de fato presente em toda a trajetória do Movimento do Trabalhadores Rurais Sem Terra – MST, é a fórmula mais acabada do atraso.

A dimensão mística das marchas dos Sem Terra, encarnadas num simbolismo de sacrifício cristão, atualiza e multiplica os personagens de "Vidas Secas". Essa atualização, porém, dispunha os neo-lúmpens com palavras de ordem e ideologia de esquerda, tendo certo sentido de protestos e luta na esfera pública.

[202] Martins, J. de S. Ibidem, 2011, pág. 20
[203] Martins, J. de S. Ibidem, 2011, pág. 38
[204] Martins, J. de S. Ibidem, 2011, pág.19

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

Em sentido diferente, é possível dizer que o MST foi "um movimento pela democratização do acesso à terra: a propriedade invadida é sempre vulnerável em termos jurídico e econômico"[205]. Por outro lado, o MST, embora parte de seus membros o compreendesse como sujeito histórico do processo revolucionário, agia como um intérprete da Constituição Federal de 1988, demandando dos poderes instituídos uma articulação de direitos inerentes à política de reforma agrária.

Além do mais, a intelectualidade em torno do MST no final dos anos de 1990 pensou um projeto para o Brasil. O projeto tinha a pretensão de "aglutinar a sociedade brasileira, contrapondo-se fortemente ao imaginário desagregador hoje dominante"[206]. "A opção brasileira" se mostrou uma reflexão otimista e propositiva, entendendo que "os trabalhadores é que são portadores de interesses gerais, na medida em que não têm opção, senão garantir a continuidade da construção nacional"[207].

Ali se estabelecera a compreensão de que os movimentos sociais, especialmente o MST, portavam o compromisso com a soberania, com o desenvolvimento, com a sustentabilidade e com democracia ampliada no país[208]. Isto significa que o país tem com estes atores um projeto viável e moderno, livre da especulação financeira do capital, disposto a atuar na redução das desigualdades sociais e no respeito à ecologia. Os movimentos sociais seriam os promotores de um ambiente político plural e participativo com força para a promoção da ruptura com o passado e construção de um futuro autentico.

Por outro lado, as elites agrárias não só conseguiram uma coalizão plena com outras elites, mas, através do estado, cooptaram os atores sociais "de baixo", que se colocam no cenário como portadores de um projeto de ruptura. A ligação do patrimonialismo com uma cultura política conservadora e autoritária, centrada num estado interventor e instrumental, poderia nos conduzir ao raciocínio de Martins de que a questão agrária ainda se encontra debaixo do tapete.

[205] Werneck Vianna. Esquerda brasileira e Tradição Republicana. Estudos de conjuntura sobre a era FHC-Lula, Editora Revan, Rio de Janeiro: 2006, pág. 41
[206] Benjamim, C. *et al*. A opção brasileira, Ed. Contraponto, São Paulo: 1998, pág. 171
[207] Benjamim, C. *et al.* Ibidem, 1998, pág. 153
[208] Benjamim, C. *et al*. Ibidem, 1998, pp. 150, 151

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

Porém, a Constituição Federal de 1988 pode ter invertido essa lógica. Ao menos no caso dos quilombolas isso está em jogo, em disputa. O "caminho quilombola" fez o caminho da tensão entre os fatos de sua condição social (a de grupo étnico rural) e a validade da norma constitucional que descreve o seu direito.

Um projeto de país talvez já esteja inscrito na Carta Constitucional. Enfrentar a tensão entre a facticidade e validade na qual ela nos situa talvez seja o grande desafio da passagem de uma modernização conservadora para uma modernização modernizante.

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

3.
Notas sobre a constitucionalização dos direitos territoriais quilombolas no Brasil

O sistema de direitos que foi inaugurado com a edição da Constituição Federal de 1988 contribuiu para uma "estratégia" de resistência quilombola contemporânea com as diversas e inovadoras interpretações que "a remanescência" passou a ter. Pois, mesmo que no apagar das luzes e no último capítulo das disposições constitucionais transitórias, incluiu-se no seu texto constitucional uma regra específica sobre o destino do território daquelas populações negras rurais[209]. Esta Carta Constitucional, portanto, mobilizou uma série destas "comunidades negras rurais no Brasil" a se afirmarem mais ainda como "remanescentes de quilombos" para obterem a titulação de suas terras por uma via diversa da reforma agrária tradicional ou de adesão ao movimento sindical rural.

Essa pesquisa permitiu observar que os subsistemas do mercado e da burocracia atuaram estrategicamente para dificultar a aplicabilidade do direito dos quilombolas inscrito na Constituição Federal de 1988. Observamos que o avanço do agronegócio no Oeste da Bahia, por exemplo, a partir da monocultura da soja e do algodão criou conflitos com quilombolas da região. A comunidade negra rural de Rio das Rãs daquela região baiana sofreu de perto com os investimentos da agroindústria de algodão na localidade[210]. Portanto, sofreu com a "ação estratégica" do mercado.

Já em Marambaia, no Rio de Janeiro, o cenário foi diferente. Lá a disputa se deu com o poder burocrático. A Marinha e o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – Incra, representados pela Advocacia-Geral da União, atuaram em um conflito judicial de fortes proporções contra os quilombolas ali agrupados. Em outras unidades federativas do país, houve vários conflitos de quilombos envolvendo fazendeiros, grupos econômicos e grileiros. Modificavam-se em seus atores e em alguns elementos da estrutura narrativa do conflito, mas o

[209] O art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias- ADCT diz que: 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.
[210] Carvalho**,** J.J. Ibidem, 1995.

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

argumento jurídico-constitucional reforçava a mobilização quilombola em torno da regularização fundiária de suas terras com fundamentos específicos e diferenciados.

A mobilização social de luta por direitos, engendrada pelos quilombolas a partir da segunda metade da década de 1990, ensejou a criação de uma Coordenação Nacional de Comunidades Remanescentes de Quilombos[211], composta por diversas associações de comunidades, com força para articulação, comunicação e troca de experiências entre elas. Elaboraram-se formas de resistência em espaços públicos próprios e na esfera pública brasileira. A Comissão Pastoral da Terra – CPT, por exemplo, passou a colocar a questão quilombola em sua agenda de atividades e até mesmo os movimentos sociais urbanos passaram a incluir tais comunidades em suas redes e articulações. Nota-se com isso um nítido exemplo de que a tomada de consciência do ator como destinatário de um direito fundamental permite que ele se organize orientado por essa legalidade constitucional. E vale frisar que este movimento se revela como um típico caso de legalidade constitucional (validade) gerando legitimidade constitucional (facticidade) nos termos da teoria procedimental de Habermas.

Os debates da constituinte brasileira em torno da construção do art. 68 do Ato das disposições Constitucionais de 1988 estavam imersos em um conflito de discursos e de interesses divididos entre dois blocos bem definidos e antagônicos. De um lado os representantes dos movimentos sociais rurais, movimento negro e todo um movimento democrático que naquela época apoiava a luta quilombola e do outro as chamadas forças conservadoras da bancada ruralista que "apontaram para o passado"[212], reatualizando uma concepção colonial de quilombos. Os grupos étnicos designados no texto como "comunidades negras rurais remanescentes de quilombos" se transformaram em "remanescentes de quilombos". Por muito pouco não foram retirados completamente da Carta Constitucional.

[211] "Nos últimos anos a organização dos Quilombolas tem ocupado as atenções do movimento afrodescendentes a exemplo das Comunidades Negras Quilombolas, Conaq – Coordenação Nacional de Articulação das Comunidades de Quilombos...". Gohn, M. Idem, pág. 110
[212] Camerini, J. C. B. Ibidem, 2011, pp. 58/59

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

A representação dos interesses do latifúndio no parlamento constituinte, associados ao setor agroindustrial, colocaram-se em confronto direto com o discurso dos interesses das comunidades negras rurais "remanescentes de quilombos".

Um documento extraído da *I Convenção Nacional do Negro pela Constituinte*[213], cujo enunciado maior era "O negro e a constituinte" decidiu-se incluir a questão das "comunidades negras rurais" como sugestão de pauta para a Subcomissão de Negros, Indígenas e Minorias da constituinte[214]. Há quem afirme[215] que tal documento foi apresentado pela deputada Benedita da Silva do Partido dos Trabalhadores do Rio de Janeiro – PT/RJ aos membros de outra subcomissão temática. Em 6 de maio de 1987, há o registro de que a Subcomissão de Questão Urbana tinha na sua pauta a questão "do direito à moradia, título de propriedade de terra às comunidades negras remanescentes dos quilombos, o bem imóvel improdutivo e distribuição de terras para fins de reforma agrária"[216]. Não tivemos tempo de verificar a razão pela qual se motivou o envio para tal subcomissão. Isto nos demandaria uma investigação mais apurada dos anais da constituinte. Mas suspeitamos que o movimento negro tinha conhecimento dos "quilombos urbanos". Por outro lado, àquela altura a questão agrária e a política urbana iriam ficar na mesma comissão.

Encontramos o registro de que o deputado Federal Iram Saraiva, do Partido do Movimento Democrático Brasileiro – PMDB/GO, também endereçou à Subcomissão de Educação, Cultura e Esportes, o esboço do artigo 216, § 5º da Constituição de 1988, que tratou do "tombamento" como patrimônio histórico nacional dos sítios e documentos referentes aos "antigos quilombos" para que fossem declarados patrimônio histórico nacional[217]. Falava-se dos "antigos

[213] Camerini, J. C. B. Discursos jurídicos acerca dos direitos territoriais quilombolas: desmascarando os colonialismos da epistéme jurídica. Universidade do Estado do Amazonas – Programa de pós-graduação em direitos ambiental: Manaus, 2011, pág. 48

[214] A partir do "exame dos diários da constuinte das reuniões das comissões e subcomissões", Camerini verifica um depoimento do então militante do movimento negro Luiz Alberto (que depois se tornou parlamentar pelo PT da Bahia), demonstrando o desprezo pelo tratamento das "terras de preto". Camerini, J. C. B , Op. Cit. 2011, pág. 49

[215] Naegele de Abreu, R. de A. constitucionalização e aplicação do artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal Brasileira de 1988, Faculdade Nacional de Direito, UFRJ, 2015, pp. 26-28

[216] Naegele de Abreu, R de A.Op. cit, 2015, pág. 28

[217] Naegele de Abreu, R. de A. Op. cit.2015, pág. 28

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

quilombos". Novamente, observamos aquela bipartição da questão: de um lado o patrimônio histórico cultural (o passado) e do outro o problema fundiário das minorias étnicas quilombolas (o presente).

Em outra linha, a Deputada Federal Abigail Feitosa (PMDB/BA) apresentou também proposta à Subcomissão de Negros, Populações Indígenas, Deficientes e Minorias[218] com um capítulo exclusivo para tratar dos negros[219]. Tal proposta foi rejeitada. Separou-se também o problema fundiário das minorias étnicas indígenas do das minorias étnicas quilombolas. As terras indígenas seriam propriedade da União. Os indígenas teriam a posse a ser demarcada e reservada. Os "remanescentes de quilombos" teriam a propriedade definitiva das terras ocupadas.

Na fase de Comissões Temáticas, identificou-se que nos debates sobre o capítulo da ordem social, foi apresentada, em relação ao artigo 86 do texto constitucional, uma redação bem próxima daquela que veio a ser o atual art. 68 do ADCT[220]. Porém, as comunidades negras rurais remanescentes de quilombos foram também excluídas do capítulo do texto constitucional referente à ordem social.

Após a sistematização dos trabalhos do processo constituinte, procedeu-se a abertura de prazo para as emendas parlamentares ao projeto de texto constitucional assim como depois se abriu espaço para as emendas populares. Em sua emenda, o deputado federal Carlos Alberto Caó (PDT/RJ), em 20 de agosto de 1987, apresentou uma redação bem próxima ao teor do atual artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias –ADCT. Mas aglutinava no mesmo

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

[218] Em outra pesquisa dos anais da constituinte, também se registra que a relatoria desta subcomissão era do Alceni Guerra do Partido da Frente Liberal Camerini, Op. cit, 2015, pág. 51

[219] Nesta sugestão, havia um artigo que dizia: "O Estado garantirá o título de propriedade definitiva das terras ocupadas pelas comunidades negras remanescentes dos Quilombos e fica fixado como data nacional do negro brasileiro o dia 20 de novembro, data do assassinato de Zumbi dos Palmares". Cf. Aragão, R de A. Ibidem, 2015, pág. 29

[220] O texto do art. 86 tinha a seguinte redação: "Fica declarada a propriedade definitiva das terras ocupadas pelas comunidades negras remanescentes de quilombos, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos.". Cf. Naegele de Abreu, R.de A. Ibidem, pág. 29

artigo a dimensão de patrimônio histórico cultural com o direito fundiário das minorias quilombolas[221].

A expressão *"comunidades negras remanescentes de quilombos"*, já sem a expressão "rurais", só se manteve intacta no dispositivo do texto constitucional até as chamadas "emendas modificativas". Nesta disputa discursiva, houve até proposta de supressão integral da expressão. Após um longo debate em torno do adjetivo "negras", registrou-se a frase "comunidades remanescentes de quilombos".

A redação aprovada em 22 de junho de 1988, inscrita à época no artigo 25 do ADCT também aparece aglutinada com a discussão do patrimônio histórico[222]. Percebemos que, logo depois dessa disputa, este dispositivo teve a redação desmembrada e deslocada para outro capítulo. A parte relativa aos tombamentos de sítios históricos e arqueológicos saiu das "disposições transitórias" e se reinscreveu no corpo principal da Constituição no capítulo da Cultura. A outra parte do dispositivo foi recortada e editada já na periferia da Carta Constitucional como art. 73 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT.

No segundo turno das votações para o texto final, foi aprovado por inteiro até se transformar no que hoje se fixou como o artigo 68 do ADCT[223]. A redação deste também não foi sem embate discursivo. A afirmação da territorialidade dos grupos étnicos quilombolas sofreria forte resistência para se manter até o fechar das cortinas do processo constituinte. Nas últimas batalhas, o deputado José Moura, do Partido da Frente Liberal (PFL), articulou uma emenda com a revogação total do artigo referente aos quilombos nas disposições finais transitórias. A emenda foi rejeitada num parecer cujos argumentos para a rejeição se fundamentaram em um olhar acrítico e historicista do tema. Esta emenda foi

[221] O texto diria: " Fica declarada a propriedade definitiva das terras ocupadas pelas comunidades negras remanescentes de quilombos, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos. Ficam tombadas essas terras bem como documentos referentes à história dos quilombos no Brasil". Apud, Naegele de Abreu, R, de A, Ibidem, 2015, pág. 29

[222] Note-se a aglutinação dos dois temas no próprio texto: "Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando as suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos. Ficam tombados os sítios detentores de reminiscências históricas, bem como todos os documentos dos antigos quilombos". Apud: Aragão, R. N. A. de, ibidem, 2015, pág. 30

[223] Naegele de Abreu, R. A. Ibidem, 2015, pág. 30

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

rejeitada, mas o parecer que a fundamentou trazia uma justificativa de teor conservador compromissado com o salvacionismo heroico da história dos antigos quilombos[224].

O deputado constituinte Aluísio Campos (PMDB/PB), por sua vez, já antecipara, com sua proposta, o instituto jurídico "usucapião especial quilombola" que apareceria no Decreto 3.912/2001. Propôs que o reconhecimento da posse das terras ocupadas pelas comunidades negras remanescentes dos quilombos, só se legitimadas faticamente por "dez anos ininterruptos", poderiam se configurar como fato da posse a se converter em propriedade para fins de território quilombola. Tal leitura transformara o dispositivo sobre quilombos em norma constitucional complementar. Reportou para o legislador ordinário o procedimento de demarcação, expedição de título de propriedade" e "registro" de imóveis. Igualava os quilombolas a posseiros que se qualificavam com o decurso do tempo à condição de titulares de uma aquisição prescritiva da propriedade bem diferente do disposto pelo Código Civil de 1916, em vigor naquela época. Essa proposta foi rejeitada por conflitar "com as diretrizes traçadas pelo relator".

O artigo 68 do ADCT também não teria a mesma redação de hoje se dependesse das "emendas ao plenário". Para o deputado Eliel Rodrigues do PMDB do Pará, tal dispositivo deveria se restringir mesmo apenas ao tombamento das terras dos antigos quilombos. Havia o temor (ou seria terror?) nestes opositores do direito das minorias quilombolas que a titulação das terras ocupadas por quilombolas, disposta no texto, criasse um estado de *apartheid*, guetificação e segregação racial. No parecer de rejeição, a mesma fundamentação ligada a um passado heroico aparece como se não houvesse mais quilombolas no país no final dos anos de 1980.[225]

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

[224] Dizia o texto da rejeição à emenda: " A sugestão não pode ser acatada./ O episódio dos quilombos foi uma das mais belas páginas que os anais do homem registra em termos de luta pela liberdade. É a história do Brasil real, do Brasil efetivamente grande. Os quilombolas remanescentes destes locais históricos merecem a propriedade definitiva destas terras, mormente como correção das injustiças históricas cometidas contra os negros, em que todo o fruto do seu trabalho foi usufruído por outros, sem qualquer paga ou compensação./ Seria injusto acatar a sugestão, razão pela qual deixa de ser atendida/ Pela rejeição." Cf. Naegele de Abreu, R. de A. Ibidem, 2015, pp. 31-32. Cf. Também: Camerini, ibidem, pp. 55-56.

[225] Assim se expressava o texto do relator: "Alega o parlamentar que a emissão dos títulos de propriedade pelo Estado criará "verdadeiros guetos", e a prática do "apartheid" no Brasil. A despeito da preocupação do Constituinte quanto à possibilidade de segregação social e desigualdade dos direitos civis, a nossa posição não enxerga estes males, porém apenas objetiva legitimar uma situação de fato e de direito, isto é, a posse e o domínio das comunidades negras

Após observar este caloroso debate em torno da redação do artigo 68 do ADCT, verificou-se que duas "formações discursivas" continuavam a se dividir na produção deste "enunciado" constituinte de direito. O quadro se repetia como um sintoma recalcado e não tratado mais uma vez. De um lado se verificava a formação discursiva que registrava os quilombolas ainda como objetos escravizados, objetos de direito, concebidos como peças de um museu a céu aberto. Ou como parte da exposição de um patrimônio histórico e cultural, com seus vestígios tombados senão empalhados como "fósseis" de uma história jamais passível de reconstrução ou releitura. De outro lado, um discurso sob a influência do movimento negro e rural, afirmando um novo sujeito da ordem constitucional destinatário de direitos constitucionais com natureza de minorias étnicas. Como se viu, após tanta batalha perdida, a troca da expressão "comunidades negras rurais remanescentes de quilombos" por "comunidades remanescentes de quilombos" já era um sinal de grande resistência da representação das "elites rurais" a assumir o duplo problema derivado de nossa modernização conservadora: o problema fundiário e o sistema escravagista colonial[226].

Ao final, a grafia da expressão "propriedade definitiva" na norma aparentemente transitória se destacou da concepção de posse imemorial do tempo da escravidão e se associou ao termo "terras ocupadas". Terras ocupadas foi aos poucos ganhando sentido de território. Mas isso já nos leva para o próximo capítulo.

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

sobre as áreas nas quais vivem, realizam a sua história por mais de um século, continuadamente, apesar dos atentados e crimes de toda ordem praticados contra suas culturas, liberdades e direitos. Os guetos são fenômenos sociológicos, antropológicos, filhos da História do Homem e da Civilização, e não obras de escrituras públicas que apenas oficializam o domínio pleno, justo e continuado de um povo exilado da sua própria pátria, pela violência e a injustiça." Cf. Naegele de Abreu, R. de A. Ibidem, 2015, pp. 32-33. Cf. Também. Para esta discussão sobre o argumento de "apartheid" e "guetos": Camerini, ibidem, pp. 56-58.

[226] A redação que triunfou na Carta Constitucional de 1988 foi a seguinte: art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT: **"**Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras, é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes títulos respectivos".
Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm

4.
A discussão da facticidade e validade do art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias na dogmática jurídica brasileira antes do Decreto 4.887/03

I

Uma parte dos constituintes pareceu ter se firmado na tendência de manter os quilombolas no anonimato jurídico, na invisibilidade formal e possivelmente em guetos rurais sem direitos ou destinação de políticas públicas específicas. Há quem entenda que a positivação constitucional do art. 68 do ADCT significou um "acontecimento discursivo", um enunciado de "etnogenese de quilombos" e a construção de um "direito étnico quilombola enquanto domínio específico do conhecimento jurídico". Surgia, com este enunciado, a "categoria jurídico-administrativa remanescente de quilombos" [227]. O caminho deste "enunciado"[228] para isso, entretanto, não foi tão celebratório.

Houve, especialmente nos anos de 1990, um "auditório" de juristas que se defrontou com o problema constitucional do direito dos remanescentes de quilombos. Alguns desses autores do campo da dogmática jurídica ou na fronteira do direito constitucional com a antropologia já alcançavam, às vezes intuitivamente, uma perspectiva hermenêutica construtivista de que a Constituição brasileira não era uma simples conquista formal, mas deveria ser dotada de eficácia e "força normativa" nos termos de Konrad Hesse [229].

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

[227] Camerini, J. CB, ibidem, 2011, pp. 61/62. O mesmo autor mais adiante diz compreender a existência da formação do arquivo jurídico dos direitos territoriais quilombolas a partir do acúmulo, desaparecimento e emergência de enunciados em tornos dos temas, conceitos e objetos presentes no art. 68 do ADCT", pág. 62

[228] Foucault, M.A arqueologia do saber. Forense Universitária Ed., Rio de Janeiro, 6ª. Edição, 2000, pp. 135-136

[229] "Em outras palavras, uma mudança das relações fáticas pode – ou deve – provocar mudanças na interpretação da Constituição. Ao mesmo tempo, o sentido da proposição jurídica estabelece o limite da interpretação e, por conseguinte, o limite de qualquer mutação normativa. A finalidade (Telos) de uma proposição constitucional e sua nítida vontade normativa não pode mais ser realizado, a revisão constitucional afigura-se inevitável. Do contrário, ter-se-ia supressão da tensão entre norma e realidade com a supressão do próprio direito. Uma interpretação construtiva constitui condição fundamental da força normativa da Constituição e, por conseguinte, sua estabilidade. Caso venha a falhar, tornar-se-á inevitável, cedo ou tarde, a ruptura da situação juridical vigente". Hesse, K. A Força Normativa da Constituição. Porto Alegre: Sergio Farbis Editora, 1991, pág. 23

O argumento da Constituição como um sistema de valores que pode se realizar de modo eficaz na realidade concreta[230] norteava a alma de muitos destes constitucionalistas "pesquisadores" de quilombos. Pioneiros que foram na exploração de um tema ao mesmo tempo típico do "constitucionalismo democrático" e marginal na dogmática constitucional, usaram ainda ferramentas teóricas de um "paradigma do estado de bem-estar social"[231]. Neste horizonte, a Constituição de um país é estruturada com direitos fundamentais e normas programáticas dotadas de uma gradação de eficácia e aplicação. As normas podem ser avaliadas na sua possibilidade de ser eficaz concretamente. Algumas normas constitucionais têm autoaplicabilidade por não depender de outra para a produção de seus efeitos.

O art. 68 do ADCT foi lido nestes termos por quase todos os pesquisadores da área do direito que se dedicaram ao tema dos "direitos quilombolas" nos anos de 1990. Não se quer dizer que o horizonte de compreensão do paradigma do estado liberal ou do estado democrático de direito tenham deixado de existir ou não aparecia na perspectiva deste tratamento do tema e naquele contexto imediatamente após a promulgação do texto constitucional brasileiro. Mas o paradigma do estado democrático de direito demanda mais que exigências liberais e programáticas para a cidadania. Em uma democracia, com autonomia para a operação do sistema burocrático e do sistema de mercado, só são suportáveis exigências e demandas de direito sem se abrir mão do respeito aos direitos fundamentais e da soberania popular[232].

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

[230] " A força que constitui a essência e a eficácia da Constituição reside na natureza das coisas, impulsionando-a, conduzindo-a e transformando-se, assim, em força ativa. Como demonstrado, daí decorrem os limites. Daí resultam também os pressupostos que permitem à constituição desenvolver de forma ótima a sua força normativa. Esses pressupostos referem-se tanto ao conteúdo da Constituição quanto à práxis constitucional" Hesse, Op. Cit. 1991, pág. 20

[231] Sobre o paradigma do estado de bem-estar social Cf. Habermas, J. Direito e Democracia: entre a factidade e validade, v. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997b, pp. 138-147

[232] O paradigma do estado social, com características mais relacionadas aos fatos, opera com um sistema de direitos na programação e "distribuição de chances de vidas". No paradigma do estado liberal, que prima pela forma, o sistema de direitos atua "na distribuição de bens". No paradigma do estado democrático, o "substrato social, necessário para a realização do sistema dos direitos não é formado pelas forças de uma sociedade de mercado operante espontaneamente, nem pelas medidas de um estado do bem-estar social que age intencionalmente, mas pelos fluxos comunicacionais e pelas influências públicas que procedem da sociedade civil e da esfera pública política, os quais são transformados em poder comunicativo pelos processos democráticos". Habermas, J. V.II, 1997b, pp. 159, 186

Esta tensão paradoxal a que o próprio sistema de direitos submete a cidadania, onde quer que venha a ser constitucional, esforça-se a todo tempo para não ceder aos arroubos do autoritarismo das ações instrumentais mercadológicas ou burocráticas. Tal tensão permanente, que também se configura entre princípios jurídicos e direitos fundamentais, é estruturada em cláusulas pétreas imutáveis vocacionadas para a liberdade individual e coletiva e permitindo uma intervenção estatal apenas para o cumprimento de programas sociais de alta relevância. E, por sobre pressão de demandas de igualdade, é uma tensão capaz de mobilizar forças políticas de longo alcance.

Tentaremos demonstrar, mediante análises, resenhas e resumos, por meio de uma "reconstrução", o que foi a discussão jurídica especializada depois da edição art. 68 do ADCT e antes da edição do Decreto 4.887/2003. O esclarecimento da questão quilombola como elemento étnico da questão agrária já vai se fazer aparecer com mais realce.

Nessa breve pesquisa sobre o direito, tocamos em problemas gravíssimos e mal dissolvidos por nossa conservadora modernização. Como já apontamos em diversas oportunidades, o escravagismo e a questão agrária no Brasil se mantêm ambas como pontos em aberto. Por outro lado, em certa medida, a consciência de que os direitos estão dispostos na Carta Constitucional de 1988 literalmente amplia o seu espectro de ação enquanto articulação de comunidades e movimentos sociais que se organizam social e politicamente para fazer valer tais direitos. Embora o movimento quilombola exista em toda a história da colônia, a saída da condição de marginalidade e invisibilidade teve um grande estímulo no sistema de direitos inaugurado com a Carta Constitucional de 1988.

Neste ponto, ser-se-á mais específico. Tentar-se-á demonstrar que a concepção do direito dos quilombos contemporâneos como direito à terra foi predominante até o final dos anos de 1990 e início dos anos 2000. As questões identitárias e raciais, relativas ao problema de reparação de escravidão, reconhecimento e minorias étnicas aparecem lateralmente. Assim, notar-se-á que é no trabalho de Dimas Salustiano da Silva (1995) o primeiro ponto no qual o problema da autoaplicabilidade se estaciona. Assim, retira força para afirmar um direito dos quilombos no Brasil como diverso daqueles relativos aos territórios

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

indígenas e dos trabalhadores rurais sem terra. Com a reflexão de Dalmo Dallari (1997) e Godoy (1996), ao problema da autoaplicabilidade do texto constitucional, somam-se as questões atinentes à titulação de territorialidades quilombolas em terras particulares, públicas e devolutas.

Em um artigo publicado em uma coleção de Direito Agrário, coordenada por Raimundo Laranjeiras, Andrade e Treccani, (1999) apontou-se os limites e as possibilidades da identificação dos remanescentes de quilombos no Brasil. Também fizeram a descrição dos projetos de lei dispostos a regulamentar o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, o que significou uma ruptura com a concepção de autoaplicabilidade desta norma constitucional. Em um trabalho publicado pelo Núcleo de Estudos de identidades e relações interétnicas da Universidade Federal de Santa Catarina – Nuer/UFSc, Nunes (2000), já se nota avanço na questão jurídica dos quilombos. Ali se demonstra as dificuldades de enquadramento da titulação dos remanescentes de quilombos no direito civil e nas normas registrais brasileiras. Com o trabalho de Sunfeld (2002), pudemos verificar a descrição – ao modo do positivismo normativista e das teorias formalistas da constituição – de um exaustivo conjunto de normas produzido sobre o tema de 1995 a 2002. Ele tenta dar um sentido normativo à propriedade quilombola. O Ministério Público se manifestou oficialmente também sobre o tema. Em vigor naquela época, o Decreto 3.912/2001 foi duramente criticado por Débora Duprat (2002).

Ao longo dessa construção e reconstrução vai se notando como a categoria de etnicidade precisou e precisa ganhar sentido jurídico, pois ela não se forma no plano da validade das normas e sim na força dos fatos. Por outro lado, tais fundamentações se vinculam a diversos matizes e marcos teórico-jurídicos, variantes, ora de um normativismo puro e simples, ora de um tridimensionalismo realiano ou posturas hermenêuticas mais concretistas. Entretanto, parece que a discussão do pós-positivismo só vai alcançar o tema timidamente no final da primeira década dos anos 2000.

As palavras chaves mais encontradas nessa dimensão da pesquisa se colocaram em binômios como constitucional/civil (ou agrário), direito coletivo/direito individual; direito público/direito privado; ponto de vista

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

étnico/ponto de vista histórico; direito cultural/direito de propriedade. Com exceção desses últimos trabalhos citados, todos esses autores apontaram para o problema da titulação da propriedade e, consequentemente, para o problema da legitimidade e subjetividade jurídica na titulação das terras dos chamados remanescentes de quilombos que apareceu do texto constitucional. Toca-se, mas parece não aprofundar as dificuldades conceituais e ambiguidades que envolvem a caracterização dos grupos étnicos, se tratados como sujeitos de direito. Todos compreendem que o direito dos remanescentes de quilombo é coletivo, mas não apontam o procedimento ou a forma de exercício em relação ao sistema de direitos brasileiro.

II

A reflexão de Dimas Salustiano da Silva[233], de algum modo aqui sintetizada, tem o grande mérito de chamar para o campo do direito e mais especificamente para o universo do direito constitucional uma temática tão controvertida. Sem dúvida, revela com seu trabalho um pioneirismo sem precedente e forma um marco nesse campo, um ponto de partida para qualquer discussão jurídica sobre esse tema. Ao argumentar em favor da autoaplicabilidade do art. 68 da ADCT, o autor dispõe a pesquisa sobre quilombos contemporâneos no âmbito do direito constitucional e da teoria do direito nunca dantes navegados.

Reconheceu o autor a complexidade do tema, a dimensão dos problemas teóricos decorrentes do mesmo e apresentou seus argumentos como uma "contribuição aos direitos e garantias sociais e ainda, carentes de efetividade"[234]. Afirmou que o arcabouço teórico capaz de certificar um "Estado pluriétnico" no

[233] A análise aqui feita é com base nesse artigo publicado na Revista Brasileira de Antropologia – ABA. Na época da pesquisa, tentou-se adquirir cópia da dissertação de mestrado junto à biblioteca da Universidade Federal do Paraná, mas após alguns pedidos, por via eletrônica, não se obteve retorno. O autor publicou outros artigos sobre o tema Cf.: Silva, D.S. "Apontamentos para Compreender a Origem e Propostas de Regulamentação do Artigo 68 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias de 1988". *In*.: *Regulamento de Terras de Negros no Brasil. Boletim Informativo NUER*. Florianópolis, 1996, pp. 11-27; Cf. Silva, D.S. "Direito Insurgente do Negro no Brasil: perspectiva e Limites no Direito Oficial". *In*: Chagas, S. D, *Lições de Direito Civil Alternativo*. São Paulo: Ed. Acadêmica, 1994, p. 57-71. Cf. Salustiano, D.S. "Garantias Constitucionais ao Direito Étnico no Brasil: o caso das Terras dos Pretos de Frechal". *In*: *Desenvolvimento e Cidadania*, nº 5. set-nov, 1992, pp. 10-14. A escolha desse artigo se justificou em virtude do autor tê-lo republicado integralmente em 2001, em livro organizado por Clóvis Moura (2001). As referências utilizadas tomaram como base a publicação acima mencionada.

[234] Salustiano da Silva, D. "Constituição Étnica: O problema jurídico das comunidades negras remanescentes de quilombos". In: Revista da ABA, julho de 1995, pág. 96.

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

Brasil deveria se efetivar mediante a compreensão de uma "constituição compromissória", passível de reconhecer as diferenças étnicas que estão na sua própria formação. Para ele, a existência da comunidade negra rural remanescente de quilombo de Frechal no Maranhão, de Oriximiná no Pará, dos Kalungas no Goiás, de Rio das Rãs na Bahia e de Mocambinho, em Sergipe, além das comunidades de São Paulo, da região do vale do Ribeira e do Rio de Janeiro provou a necessidade de se dar um tratamento jurídico ao tema.

Especificamente, ele cuidou de analisar a forma de desapropriação da Comunidade de Frechal, efetivada na modalidade de desapropriação por interesse social. O curioso de sua análise se mostrou principalmente ao se revelar que esta comunidade quilombola foi reconhecida como uma reserva extrativista florestal e não como quilombola. Isso prova como o argumento jurídico específico era menos importante que o alcance efetivo da regulação fundiária neste caso concreto.

Com isso pretendeu aquele autor corrigir uma notícia veiculada no Jornal Folha de São Paulo, em 04 de junho de 1995 que, segundo ele, considerava a comunidade Boa vista, no alto Trombetas, no Pará, a primeira comunidade reconhecida como remanescente de quilombo no Brasil. Para os seus registros, a comunidade de Frechal, no Maranhão – que embora tivesse obtido o título de reserva extrativista florestal, portanto, reconhecimento obtido tanto junto ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama quanto junto à Fundação Cultural Palmares, já em 1992 – era sim a primeira a ter sido reconhecida como comunidade remanescente de quilombo no Brasil.

"O caso Frechal", nas palavras do autor, fornecera parâmetros para que a cobrança judicial da concretização do art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT se institucionalizasse juridicamente. Segundo este autor, "receber reconhecimento institucional dos seus territórios, quer seja do Ibama ou do Incra, em tese, não descaracteriza a especificidade que esses grupos possuem como grupo étnico e elemento fundamental formador do

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

processo civilizatório nacional"[235]. Não era preciso buscar um estatuto próprio para o direito dos remanescentes de quilombos, pois remanescente de quilombo poderia obter titulação diversa da de grupo étnico para obter o efeito jurídico de manutenção de suas terras. Por conseguinte, o autor entendeu que só um estudo jurídico-constitucional rigoroso poderia "ser capaz de desvendar concretos caminhos para a viabilização do acesso à cidadania pelo negro no Brasil"[236]. A sua preocupação jurídica mais precisa, portanto, enfocou o aspecto da "eficácia e normatividade jurídica" da Constituição. Na sua visão, era importante para os juristas se vincularem a uma "ética da responsabilidade" e passarem a compreender a expressão prática dos problemas relacionados à população brasileira. Talvez o judiciário ("a instância jurídica") não fosse o lugar para o correto procedimento dos direitos das comunidades negras rurais remanescentes de quilombos[237].

Nesta visada, as comunidades remanescentes de quilombos não devem ser tratadas como resíduos ou remanescência de um passado heroico. A privação de direito à terra para inúmeras dessas comunidades significa uma liberdade que ainda não se consumou. A negação de tal direito, tanto para os atuais membros das comunidades remanescentes de quilombos, quanto para as suas gerações futuras é o mesmo que "crime de lesa-pátria"[238]. Por isso, tornara-se importante a concretização constitucional do art. 68 do ADCT quando "na sua atividade interpretativa proporcionam os juristas que os textos constitucionais venham adquirir vida, e por isso, existência efetiva"[239]. A Constituição de 88 apresentava, assim, no seu entendimento, uma "ordem de valores" decorrentes do compromisso social assumido na constituinte. Tal ordem poderia ser concretamente efetivada e realizada mediante um processo de interpretação, visto não mais no plano formal normativo, mas sim concretista.

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

---

[235] Salustiano da Silva, D., Op. Cit, 1995, pág. 100

[236] Nessa passagem, percebemos o compromisso deste autor com uma teoria material da Constituição e com o paradigma do estado social. Salustiano da Silva, ibidem, 1995, pág. 100

[237] "(...) é certo que a instância jurídica não é a única ou melhor caminho na solução dos problemas concretos das comunidades negras rurais remanescentes de quilombos hoje no Brasil, todavia, são direito civis e de cidadania que estamos tratando, e assim o jurista é desafiado a dar respostas que só começam a ser timidamente esboçadas após trezentos anos da morte de Zumbi, mas ao problema é válido o adágio 'antes tarde do que nunca'". Salustiano da Silva, D. Ibidem, 1995, pág. 100

[238] Salustiano da Silva, 1995, ibidem, 1995, pág. 101

[239] Salustiano da Silva, 1995, ibidem, 1995, pág. 103

Inseriu, então, o art. 68 do ADCT no bojo da discussão em torno da eficácia das normas constitucionais muito em voga no pensamento jurídico-constitucional daquela época. Afirmou o caráter imperativo e normativo do dispositivo, ressalvando que, mesmo estando disposto no capítulo referente aos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, detinha tal norma "força normativa"[240]. Considerando, assim, conforme a dogmática constitucional mais influente naquele momento, o caráter preceptivo de todas as normas constitucionais, aplicável ao direito dos quilombolas. A tipologia clássica de classificação das normas constitucionais, no que concerne à sua relação com a eficácia, aparece como estruturante de seu argumento.

Assim, há normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral; há normas constitucionais de eficácia contida e aplicabilidade direta, imediata, mas possivelmente integral e normas de eficácia limitada, as quais podem ser organizatórias ou declaratórias de princípios programáticos [241]. Dimas Salustiano da Silva considerou que o art. 68 do ADCT, combinado com art. 5º, § 1º da Constituição Federal de 1988 se configurou numa norma de aplicabilidade imediata, não precisando assim de uma norma ordinária que o regulamente, já que pode ser entendida como direito fundamental[242].

Para ele, assim, o art. 68 da ADCT está completamente inserido no sistema constitucional brasileiro. Tal dispositivo se conecta com aqueles princípios e garantias consignados como objetivos da República do Brasil, os quais prezam pelo respeito à cidadania, pela dignidade da pessoa humana e pela eliminação das desigualdades e formas de discriminação. Além disso, o autor afirmou estar aquele dispositivo "localizado na topografia do texto, mais precisamente no subsistema que trata da Ordem Social e no interior deste, com maior

[240] Salustiano da Silva, 1995, ibidem, 1995, pág. 104. Interessante ressaltar que ao menos nesse artigo não faz menção à obra de Konrad Hesse, que trata especificamente do tema. Cf. Hesse, K. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997. Contudo, é importante frisar que na primeira metade dos anos de 1990 o assunto que mais se apontava no direito constitucional dizia respeito à eficácia e efetividade das normas constitucionais.

[241] Salustiano da Silva, ibidem, 1995, pág. 100

[242] Nas palavras do autor: "Com base no aporte supra e no art. 5º, §1º da Constituição Federal de 1988, é legítimo afirmar, que o art. 68 do ADCT, possui aplicabilidade imediata, sem a necessidade de norma ordinária que o regulamente, pois afinal dispõe sobre títulos de propriedade a essas comunidades, direito este, que se circunscreve entre os direitos e garantias fundamentais constitucionalmente protegidos". Salustiano da Silva, ibidem, 1995, pág. 105

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

especificidade ainda, nas regras concernentes à cultura"[243]. Antes, ele já tinha apontado para o fato de que a Constituição de 1988 promoveu reflexões capazes de alterar a "mentalidade dos juristas". Isso contribuíra para construção de um ambiente nacional em que a "diferença seja reconhecida e respeitada". Na sua visão, o Estado Brasileiro produziu a imposição de "normas-tarefas providas de eficácia" no sentido de proteger as manifestações culturais e a identidade de comunidades culturais específicas. Logo, ele conecta toda essa argumentação com os fundamentos do art. 216, § 5º da Constituição Federal de 1988.

O direito das comunidades negras rurais remanescentes de quilombos, nesta perspectiva, pretendeu ser analisado sob o parâmetro da relação da norma com a realidade dos fatos. A partir de uma crítica do formalismo jurídico e de certo apego ao concretismo sócio-estatal de diversas escolas críticas do direito, mas, principalmente, daquilo que se convencionou chamar de "teoria material da constituição"[244]. Nesta visada, prevalecia no interior do aparelho estatal certo olhar preconceituoso sobre o tema e uma persistência na leitura de que tais populações tradicionais estariam fadadas à extinção ou seriam resíduos de uma civilização colonial que não mais existe. E diante dessa "mentalidade não estão imunes os integrantes do poder judiciário, técnicos de organismos de governo, além dos mais diferentes atores envolvidos nos intricados caminhos do processo legislativo"[245].

Em tom prescritivo, ele enumera sugestões, tanto para o judiciário, quanto para o poder legislativo, no momento em que estiverem aplicando (ou adequando) o sentido do art. 68 do ADCT a uma situação concreta. Assim prescreveu ele que o processo de localização e identificação das comunidades deve ser feito com a participação delas mesmas. Para ele, essas comunidades são nacionais e deve ser reconhecida a possibilidade de se identificarem mediante características históricas

[243] Salustiano da Silva, 1995, ibidem, 1995, pág. 202
[244] Sobre a diferença entre "teoria material" e "teoria formal" da Constituição no direito americano e no direito europeu. Cf. Bonavides, P. Curso de Direito Constitucional, Malheiros Ed., 11ª edição, 2ª tiragem, São Paulo, 2001, pp. 85-86
[245] Salustiano da Silva, ibidem, 1995, pág. 106

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

e socioculturais próprias, ligadas a um território. Também descreveu o caráter organizativo, econômico e a variação terminológica dessas comunidades[246].

Já em relação aos órgãos estatais, ele também foi bastante prescritivo. Afirmou que a provocação para reconhecimento institucional das comunidades, bem como as desapropriações e emissões de título de propriedade, devem partir, na medida da possibilidade, da iniciativa da própria comunidade. Na sua leitura, somente a justiça federal deve ser o órgão judicial competente para apreciar as demandas decorrentes de tal situação. Prescreveu também que se deveria proceder a emissão de títulos coletivos de propriedade em caso de incidência de tais comunidades em terras públicas. As suas últimas prescrições normativas foram em relação a procedimentos administrativos. Estes deveriam considerar a audiência dos "beneficiários", no concernente à definição de sua identidade e nos atos de reconhecimento da propriedade.

Naquela época, o autor já apontava para um procedimento que viria a se incorporar ao cotidiano da titulação quilombola: a produção de laudos periciais etnográficos. No seu entendimento, na "feitura destes deverá a Associação Brasileira de Antropologia ser ouvida na indicação do perito"[247]. Interessante notar que boa parte dessas "prescrições" foi relativamente adotada no Decreto 4.887/2003, que regulamentou o reconhecimento das comunidades negras rurais remanescentes de quilombos.

Entretanto, ao menos nesse texto analisado, a questão propriamente agrária ou jurídico-administrativa não foi enfrentada. A desapropriação de terras particulares com incidência de territorialidade quilombola não ganhou aprofundamento na sua argumentação. Como é possível observar, tal análise se propusera a demonstrar a autoaplicação do texto constitucional cujo objeto são as terras ocupadas por 547quilombos.

[246] Salustiano da Silva, ibidem, 1995, pp. 106-107
[247] Salustiano da Silva, ibidem, 1995, pág. 107

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

III

O enfrentamento desse tema encontrou relevância jurídica também nas reflexões produzidas por Dalmo Dallari. Esta se perfez por ocasião de uma fala registrada em um seminário produzido pela Comissão Pró-Índio de São Paulo em 1997, cujo título se grafou como "Desafios para o reconhecimento das terras quilombolas". A organização de tal evento se fez por conta da antropóloga Lúcia de Andrade.

Por outro lado, na mesma perspectiva, escrevera Luciano Godoy que tanto nesse registro quanto em publicação decorrente das pesquisas de um Grupo de Trabalho dispôs-se a analisar as territorialidades quilombolas incidentes em terras devolutas do Estado de São Paulo. É Interessante frisar que ambos estavam situados em mesa relacionada à incidência de "terras" de comunidades negras rurais remanescentes de quilombos em domínios particulares. Naquele evento também se tratou da incidência de comunidades quilombolas em terras sob proteção ambiental.

Dallari distinguiu no problema da terra de quilombos ou de "remanescente de quilombos", como pressuposto para a sua análise, a "questão dos antigos quilombos e a questão indígena", para depois se colocar em relação à incidência daquela territorialidade em domínios particulares[248].

Distinguiu a terra indígena da propriedade quilombola ao afirmar que o texto constitucional é literalmente claro ao expressar que os índios detêm a posse das terras, sendo a propriedade da União, conforme a simples leitura do art. 231 da Constituição Federal Brasileira. Por outro lado, às comunidades negras rurais remanescentes de quilombos cabe a propriedade por força do art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias[249].

[248] DALLARI, D. "Reconhecimento das terras ocupadas por comunidades remanescentes de quilombos incidentes em domínios particulares". In: Andrade, M. M. de. Comissão Pró-Índio de São Paulo. São Paulo, 1997, pp. 17-18

[249] "As comunidades indígenas não têm direito à propriedade das terras que ocupam e os remanescentes de quilombos têm direito à propriedade. Eu volto a dizer, será que isso dá mais para os quilombos? Não, dá uma coisa diferente. Eu mesmo tenho sustentado que a forma de posse que nós temos, muitas vezes, protege mais do que uma propriedade, pelo conjunto das circunstâncias". Dallari, Op. cit, 1997, pág. 18

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

A partir de então, passa para uma "exegese" dos termos constantes do art. 68 da ADCT que mais nos lembra do processo de "desconstrução" proposto por Derrida[250]. Começa por "desconstruir" o termo "propriedade definitiva", já que seria uma impropriedade jurídica falar em qualquer espécie de propriedade provisória. A posse pode ser provisória, mas a propriedade sempre se entende definitiva até sua transcrição formal para outro titular de direito ou sua própria extinção.

Para ele, devera-se deslocar a atenção para a expressão que indica a ocupação dessas terras. Reconhecendo a sua falta de leitura de muitos trabalhos antropológicos indicadores do significado desses tipos de ocupação, acredita que a distinção do quilombola de outros agrupamentos rurais não pode ser feita por mecanismos meramente linguísticos ou semânticos. Embora não mencione nenhum caso concreto – como citado acima, a propósito de Salustiano da Silva e o caso Frechal – a questão da ocupação do território se colocou diante da virtualidade de um conflito pela terra de quilombos. Ele imagina uma hipótese com a imagem concreta da chegada de um "suposto fazendeiro", querendo expulsar a comunidade quilombola de seu território, alegando que a propriedade é sua. Se o proprietário for detentor de um título de propriedade "legítimo" pode colocar o sistema de direitos em um paradoxo[251]. Para ele, a intenção do intérprete constitucional em relação ao tema quilombola adstrito ao art. 68 do ADCT, que trata de remanescentes de quilombos, se dirigiu para aquela parte do dispositivo que expressa a propriedade das "terras que estejam sendo ocupadas"[252]. A partir daí, poder-se-ia focalizar as características regionais desse tipo de ocupação no Brasil. Para ele, em uma eventual disputa judicial de uma comunidade quilombola com particular, que também viesse a requerer a propriedade da terra, seria imperioso caracterizar bem, estabelecendo de qual tipo de ocupação está se falando. Em um processo judicial, a decisão a ser dada por um juiz no caso concreto, "vai ter que se basear num trabalho pericial, num trabalho que com

[250] Derrida, J. Força da Lei: O "fundamento místico da autoridade". Campo das Letras, Editores, S.A., Porto, Portugal, 2003, pp. 17-18

[251] "Se chega lá um fazendeiro – ou um suposto fazendeiro, grande número de nossos fazendeiros é mero grileiro, são invasores que usam jagunços – e força uma comunidade a sair. Então, esse é um aspecto que eventualmente deve ser objeto de consideração, entre outras razões, porque há uma ligação necessária entre a propriedade e a ocupação". Dallari, ibidem 1997, pág. 19

[252] Dallari, ibidem, 1997, pág. 20

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

solidez demonstre que, em razão daquele tipo de cultura, daquela tradição, a ocupação abrange tais e tais partes da terra"[253]. Nota-se aqui que as prescrições apontadas por Dimas Salustiano da Silva parecem ganhar sentido e força.

Diante daquele suposto conflito judicial, em que um determinado particular não venha a se satisfazer com tal situação de perder a terra para os quilombolas por entender que adquiriu a propriedade com legitimidade jurídica, seria preciso uma explicação convincente para justificar o motivo da perda da terra, por qual razão ele teria sido proprietário da terra até aquela data e não mais dali por diante. Para ele, o trabalho de economistas rurais e antropólogos, atuando também como intérpretes da norma, no momento da produção de determinada sentença, tornar-se-ia necessário para a sustentação do argumento de que aquela propriedade se efetivou mediante uma específica ocupação protegida pela norma constitucional[254]. A titularidade do domínio das terras de remanescentes de quilombos em geral é o grande problema a ser enfrentado pelo jurista que se dispõe a pensar nisso. Implica ele a titularidade à personalidade jurídica. Para ele, diferentemente dos territórios dos povos indígenas brasileiros, que recebem personalidade jurídica, tanto do Estatuto do Índio quanto da situação decorrente da própria ocupação originária, as comunidades negras rurais remanescentes de quilombos não possuem tal característica, pois "não há nenhum dispositivo legal que atribua personalidade. E uma discussão que se colocou várias vezes é que essa terra deve ser dada a pessoas ou deve ser dada ao grupo comunitário"[255]. Ele não se arrisca a dizer, com absoluta certeza, que a titulação individual ou coletiva seja a mais adequada. Revela, como mera opinião, que acredita ser a titulação em nome da comunidade a mais condizente com aquele tipo de ocupação. Mas, ao fazer uma comparação com grupos comunitários que, segundo ele, atuavam como "invasores de terra", defendeu a hipótese do usucapião coletivo[256]. Mesmo alertando o autor para o fato de que a Constituição Federal de 1988 não menciona

[253] Dallari, ibidem, 1997, pág. 21

[254] "(...) um ponto importante que a gente não pode perder de vista é esta ligação entre a propriedade e a ocupação. Quer dizer, não é exatamente como na questão indígena, onde a propriedade decorre da ocupação. A propriedade já está dada aqui, só que a extensão desta propriedade é que está vinculada à comprovação da efetiva ocupação". Dallari, ibidem, 1997, pág. 20

[255] Dallari, ibidem, 1997, pág. 21

[256] "(...) as pessoas invadem juntas e querem ficar juntas. É muito importante que se perceba isso, que a intenção não é 'eu vou junto com os outros, ocupo um pedaço e depois outros que se arrumem e eu fico com o meu'. Não é isso. A ideia é de uma ação conjunta, de uma ação comunitária que dá muito mais força, dá força política, inclusive" Dallari, ibidem, 1997, pág. 21

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

"propriedade comunitária", para ele, a comunidade quilombola deve se adequar a esse tipo de ocupação.

Todavia, assim como não se pode comparar uma ocupação de comunidade negra rural remanescente de quilombo com a territorialidade indígena, também não se pode compará-la com as ocupações de terra produzidas por movimentos sociais de luta pela reforma agrária. Como, por exemplo, o Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra – MST, as ligas camponesas ou mesmo Movimento dos Sem-teto, que atuam nos grandes centros urbanos do país[257]. A ocupação quilombola, ao congregar elementos de natureza cultural, simbólica e não econômica, aciona outro elemento. O elemento da etnicidade como vínculo de solidariedade do grupo e carente de reconhecimento jurídico. Por isso, embora não tenha personalidade jurídica decorrente de lei, essas comunidades se organizaram em bases sociais firmes e inquestionáveis demandantes de adequação jurídica. Vale dizer que muitas delas se organizam e se organizaram como associações civis.

Dallari continua sua exposição tocando no ponto importante da possível alegação de nulidade dos títulos particulares pré-existentes da propriedade como incidente em territorialidade quilombola. Segundo ele, no que concerne às terras indígenas, a Constituição se referiu expressamente e declarou a nulidade de qualquer titulação pré-existente, não cabendo nem sequer discussão judicial sobre o mesmo. No caso dos remanescentes de quilombo, isso não aparece de modo expresso, pois a constituição declara a propriedade, mas não declara a nulidade de títulos em posse dos antigos proprietários. Apegando-se a uma interpretação rigorosa da Constituição de 1988, este autor permite a formulação da seguinte questão: quando o proprietário particular detentor de boa-fé que adquiriu o imóvel antes da Constituição de 1988 e depois descobriu que há a incidência de terras de

[257]Sobre os Movimentos Sociais no Campo, Cf. Grzybrowsky, C. *Caminho e descaminhos dos Movimentos Sociais no Campo*. Petrópolis: Vozes /Fase. 1. ed, 1991; Varella, M.D. *Introdução ao direito à Reforma agrária: o direito em face dos novos conflitos sociais*. São Paulo: LED, 1998; Sousa Junior *et alet al, O direito achado na rua* vol.3 – *Introdução crítica ao direito agrário*. Brasília: Editora da UnB/ São Paulo: Imprensa Oficial de São Paulo. Especificamente sobre o MST, Cf. Stédile, J. P. e Fernandes, B. M, *Brava gente – a trajetória do MST e Luta pela terra no Brasil*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 1999. *Sobre ocupações urbanas*, Cf. Alfonsin, B. de Moraes, *Direito à moradia: instrumentos e experiências de regularização fundiária nas cidades brasileiras*. Rio de Janeiro: FASE, 1997.

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

quilombos, pode-se afirmar que há direito adquirido do proprietário?[258] Na opinião de Dallari a resposta seria não. Pois, segundo a sua leitura, "deve prevalecer aquilo que está na Constituição. Quer dizer, uma vez comprovada a ocupação nos termos da Constituição, prevalece a propriedade do grupo remanescente do quilombo"[259]. Com isso, lançam-se argumentos em favor da prevalência da territorialidade quilombola por força constitucional em detrimento da propriedade privada. Para ele, cabe ao proprietário particular o direito de reivindicar judicialmente indenização por conta das benfeitorias realizadas no imóvel. Essa reivindicação, porém, não deve ser dirigida aos quilombolas, mas, sobretudo, à União. De qualquer sorte, o autor acha importante que se assegure a proteção e a segurança jurídica dessas comunidades, as quais só podem ser adquiridas com a titulação das terras em seu nome.

Pode-se concluir, com esse autor, que a titulação das territorialidades das comunidades negras rurais remanescentes de quilombos encontra obstáculos para sua sustentação jurídica no momento em que existam propriedades tituladas com base nos princípios de boa-fé e justiça, consignados no direito civil e constitucional. A construção argumentativa de Dallari nos permite argumentar que as cobranças judiciais indenizatórias devem se dirigir à União e não à comunidade.

A territorialidade em razão de uma ocupação de natureza simbólica e cultural deve se refletir no título e na propriedade. O proprietário particular deve estar ciente, com base em fundamento público, que ele nunca teve aquela propriedade por força de um direito constitucional. Não detinha em face do mundo social e jurídico. Neste ponto, acrescenta-se que a autoaplicabilidade normativa do art. 68 do ADCT se confronta concretamente com a determinação da subjetividade jurídica, já que só se pode ser titular quando se é reconhecido como sujeito de direito.

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

[258] Nas palavras do próprio Dallari: "A constituição diz [que] aos remanescentes das comunidades que estejam ocupando as terras é reconhecida a propriedade definitiva. Mas, ninguém disse que os títulos anteriores são nulos. Assim, de certo modo, a conclusão seria que esses títulos produziram efeitos. Houve uma incorporação destas áreas ao patrimônio dos antigos proprietários. E como é que se resolve agora a situação?". Dallari, ibidem, 1997, pág. 22

[259] Dallari, ibidem, 1997, pág. 22

IV

Ao lado desta análise de Dallari, Luciano Godoy entendeu que os problemas centrais do direito dos quilombos também se colocaram no âmbito da incidência de territorialidade em terrenos particulares. Naquela época ainda havia dúvidas sobre a competência jurídica para julgar e processar conflitos decorrentes dessa natureza. Para ele, a questão não é de direitos reais. A competência seria da Justiça Federal e o procedimento administrativo seria a desapropriação por interesse social[260].

Enquanto Dallari defendeu o argumento de que seriam nulos os títulos particulares com incidência de territorialidade quilombola, sendo passíveis de cobrança judicial apenas as benfeitorias úteis ou voluptuárias, Godoy nega essa possibilidade. Ele compreende que o poder público deva ser onerado, indenizando o particular de boa-fé, pagando-se previamente e em dinheiro. Isto é, com tipo de indenização mais dispendiosa para os cofres públicos que é aquela definida pelo interesse social[261].

Em seus argumentos, entende ele que a melhor leitura seria a de que o legislador constituinte conferiu aos remanescentes de quilombos apenas a posse. "A questão seria mais simples", pois, nesse caso, a modalidade de desapropriação indireta seria possível, resolveria as questões de titulação e "evitaria a discussão da posse coletiva, individual, ou por meio de associação"[262].

É preciso lembrar que o marco teórico-jurídico de Godoy foi teoria tridimensional de Miguel Reale[263]. Para ele, o direito é estruturado na tríade de fato, valor e norma. Isto é, o fenômeno jurídico só se estabelece com a existência dessa covariação, dentro de uma dialética transcendental de matriz kantiana. Este é seu pressuposto teórico para a compreensão do direito das comunidades

[260] Godoy L. "Os pressupostos jurídicos para a regularização fundiária das áreas remanescentes de quilombos". In: Trindade, L. (org). Quilombos em São Paulo: Tradições, Direitos e Lutas. São Paulo: Imesp, 1996, pág. 64

[261] (...) "a desapropriação constitui a única forma legal e legítima pelas disposições da Constituição Federal, para o Poder Público desapossar e expropriar um particular dos imóveis que o ordenamento jurídico lhe reconhece a propriedade". Godoy, ibidem, 1996, pág. 65

[262] Godoy, ibidem 1996, pág. 65

[263] Reale, M. *Teoria tridimensional do direito*. São Paulo: Saraiva, 1986.

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

remanescentes de quilombos[264]. Com base nisso, suas reflexões seguem em direção à territorialidade quilombola inserida em terras devolutas estaduais no estado de São Paulo.

Essa "preocupação" abstrata, segundo ele, adveio de outras "preocupações" concretas com a regularização das "terras quilombolas" incidentes em terras devolutas no Vale do Ribeira naquela unidade federativa. Como procurador do Estado, foi ele designado para compor um grupo de trabalho específico, por força do Decreto Estadual nº 40.723/96. Por isso, antes de continuar a análise de sua argumentação, cabe uma breve digressão do que se entende por "terras devolutas" na dogmática jurídica .

As terras devolutas são descritas a partir de uma caracterização de terras públicas. Tanto na Constituição Federal de 1988 quanto nos Códigos Civis de 1916 e 2002, bem como em certo consenso da doutrina jurídica tradicional[265], as terras públicas, tuteladas sob um regime jurídico de alienabilidade condicionada, imprescritibilidade absoluta e impenhorabilidade, podem ser bens: a) de uso comum, destinado a serem utilizados por qualquer um do povo e têm nas praças, ruas e avenidas sua classificação; b) de uso especial, caracterizados por serem afetados para uma destinação pública ou de serviço público, representados nos prédios das repartições públicas, de Ministérios, órgãos, fundações públicas; c) dominicais, caracterizadas como propriedade privada do Estado, que se exemplificam em terras particulares do Estado e não destinadas ao uso público nem especial.

Onde se encaixariam as chamadas terras devolutas? No processo de formação da propriedade pública do Brasil, tais terras seriam aquelas que foram

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

[264] "(...) a discussão quanto à aplicação de determinado instituto jurídico existe pela divergência quanto à valoração (privilegiando certas posições em detrimento de outras) de situações fáticas dada pelos operadores da norma. Isto é cientificamente aceitável, levando-se em conta inclusive a notória teoria tridimensional do direito (fato, valor e norma), de autoria do professor Miguel Reale" Godoy, ibidem, 1997, pág. 63

[265] Cf.: Bandeira de Mello, C.A. Curso de Direito Administrativo, São Paulo: Malheiros, 13ª ed, 2000, pp. 751-752; Meirelles, H.L: Curso de Direito Administrativo, São Paulo: Malheiros, 1990 pág. 423; Pietro, M. Z. Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 1997, pág. 427; Fazzio Junnior, W. Fundamentos de direito administrativo. São Paulo: Atlas, 2002, pp. 121-122

"devolvidas" pelo particular ao poder público. Daí o termo devoluto, "particípio passado de devolver, hoje forma arcaica, mas antes em vigor"[266].

Numa leitura da Lei Agrária 601 de 1850, esse conceito pode ser determinado também por exclusão. Isto é, terras que não se classificavam como públicas de uso comum ou especial, bem como aquelas que não eram dominiais. Atualmente, as terras devolutas assim o são, mas ainda se distinguem das anteriores em virtude da não utilização pelo poder público para nenhuma finalidade[267].

Encontram-se exemplos disso nas terras de fronteira e na Amazônia Legal ao se verificar terras devolutas federais. As terras devolutas municipais e as terras devolutas estaduais obedecem também a um critério de exclusão e de anterioridade. São municipais, quando pertenciam aos municípios e não pertenciam aos Estados e União anteriormente. Por fim, "a titularidade das terras devolutas estaduais se dá, numa segunda etapa, também por exclusão"[268]. Isto é, aquelas que não são pertencentes ao município, estado ou à União.

Após essa digressão, pode-se dizer que a existência de territorialidade quilombola em terras devolutas estaduais é bastante acentuada nos Estados de São Paulo e Pará[269]. E é São Paulo que Godoy estabelece como seu ponto de partida concreto de reflexão, seu suposto estudo de caso. Ele tem ciência dos outros aspectos referentes ao tema quilombola até aquele momento. Sabia do problema da questão ambiental, estudado por Dimas Salustiano com o caso de Frechal. Lembremo-nos que esta comunidade de quilombos foi "reconhecida" como "reserva extrativista ambiental" num ato celebrado entre o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente – Ibama e a Fundação Cultural Palmares. Pautada nos termos do direito ambiental. Suponho que sabia também do problema levantado por Dallari referentes aos territórios quilombolas das terras particulares adquiridas de boa-fé e

[266] Nascimento, T.C. Introdução ao direito fundiário. Porto Alegre. Sérgio Antônio Fabris Editor, 1985, pág. 31

[267] "O conceito de devoluto não se compatibiliza com a efetiva utilização da coisa. Em sua natureza está ínsita cláusula de inaproveitamento. Desta maneira, só serão devolutos os bens dominicais, se e enquanto inaproveitados e sem destinação específica. Se tal inocorrer e a partir do momento que tal inocorre, há a terra devoluta". Nascimento, ibidem, 1985, pág. 34

[268] Nascimento, ibidem, 1985, pág. 37

[269] Andrade, L., Treccani, G. Terras de Quilombo. In: Laranjeira, R. (coord.), Direito Agrário Brasileiro. São Paulo: Ltr, 1999, pp. 606-625

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

com justo título. Seu foco foi outro. Foi a incidência de territorialidade quilombola nas terras devolutas no Vale do Ribeira.

Para Godoy, em caso de conflitos que gerem demandas com incidência de territorialidade remanescente de quilombo nas terras devolutas estaduais, a competência para julgá-los e processá-los deveria ser da Justiça Estadual e não da Justiça Federal. Se as terras devolutas discriminadas forem de São Paulo, só por meio de desapropriação. No seu argumento, se as terras forem tituladas em nome do Estado-membro e não da União, recomenda-se o apego ao princípio da legalidade. Como um representante do interesse da unidade federativa estadual, não vislumbrou a "possibilidade de o Estado conferir o título sem que haja o trâmite legal estabelecido para a discriminação, demarcação e legitimação de posse, em área de terras devolutas estaduais"[270]. Assim, só por sentença judicial poderia se "cancelar ou abrir uma cadeia dominial". Nos casos de São Paulo, por exemplo, o executivo estadual não pode interferir nisso, cabendo-se seguir todo o procedimento aplicável às terras devolutas. Ou seja, através do julgamento e processamento de ações discriminatórias e demarcatórias perante a justiça competente.

Portanto, um problema novo se colocou para o estudo da questão quilombola no direito, especialmente no ramo do direito agrário. Saber se a análise da legitimidade para proceder à identificação das terras de remanescentes de quilombos influenciaria na declaração ou constituição de seus direitos.

IV

Percebemos que os problemas suscitados nos pontos anteriores ganharam terreno no direito agrário, embora sempre mantidos no seu universo constitucional e sem avançar para um estudo dos direitos das minorias. Nos livros de direito agrário consultados na época em que fiz essa pesquisa[271], encontrei apenas um

[270] Godoy, L. ibidem 1996, pág. 68

[271] Cf.: Do Nascimento, T. M. C, *Introdução ao Direito Fundiário*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1985; Fachin. E. *A Função da Posse e a propriedade contemporânea*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1988. Strozake, J. J (org.), *A Questão agrária e justiça*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: 2000; Strozake, J. J (org), Questões agrárias. São Paulo: Método, 2002. Borges, P. T. *Institutos básicos do Direito Agrário*. São Paulo: Saraiva, 1996. É preciso ressaltar que Miguel Baldez faz uma breve menção sobre o tema no texto publicado no terceiro volume de *O direito*

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

texto escrito sobre o tema. Foi escrito por Lúcia Andrade e Girolamo Trecanni e publicado em um livro organizado pelo especialista em direito agrário Raymundo Laranjeira. Esse livro se constituiu em uma homenagem ao jurista e também estudioso de direito agrário, Fernando Pereira Sodero.

O texto reconstrói o tema, articulando os argumentos jurídicos e antropológicos, na medida em que a autora traz o seu olhar de antropóloga e o co-autor é o do campo do direito, formando, assim, um discurso inserido em uma perspectiva interdisciplinar. Além disso, catalogaram outros pontos de vista postos na esfera pública daquele momento. A posição de algumas Organizações Não Governamentais – ONG, entidades da Igreja, do movimento negro e da própria organização política dos quilombolas aparece como pano de fundo de análise.

Fizeram os autores expressa menção ao "Projeto Vida de Negro" da Sociedade Maranhense de Direitos Humanos (SMDDH). Também ao projeto "Documentação das Comunidades Negras" do Centro Luiz Freire de Pernambuco e ao Projeto de "Mapeamento dos Territórios Negros" do Núcleo de Estudos sobre Identidade e Relações Interétnicas da Universidade Federal de Santa Catarina – NUER/UFSC. Observaram a participação da Fundação Palmares na elaboração de convênios com diversos atores que atuavam na área, com Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – Incra, Iterpa e com a Universidade[272].

Os autores não deixaram de lado o problema da disputa hermenêutica em torno do conceito de quilombos existente entre os campos da antropologia e da história, resguardando a necessidade de se avaliar as duas dimensões em outro momento. Partiram da concepção etnoantropológica nascida na influência do

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

---

achado na rua, vol. 3, considerando o aspecto histórico em detrimento da questão étnica. Menciona ele: "No Brasil, a história da luta pela terra vem, pois, da luta dos negros pela conquista de seus quilombos e é pontuada por várias incidências históricas, mas como proposta concreta de Reforma Agrária só ganha corpo e organicidade nos anos 50 do Século XX, a partir das ligas camponesas no Nordeste." Baldez, M. L. A terra no campo. In: Introdução Crítica ao Direito Agrário. Molina, M., Sousa Junior, J. G. e Costa Tourinho, F. da. (orgs). Brasília: Editora da UnB, 2002, pág. 99

[272]Andrade, L., Treccani, G. Ibidem, 1997, p. 603. Vale registrar, que os projetos sobre "Territórios Negros" do Koinonia no Rio de Janeiro, Espírito Santo e na Bahia. Já existiam nessa época.

trabalho de Fredrik Barth[273] na construção da pesquisa etnográfica do Brasil[274]. Não perdem de vista a perspectiva histórica na medida em que mencionam os trabalhos organizados pelos historiadores José Joaquim Reis e Flávio Gomes dos Santos[275].

Mas o percurso dos autores é projetado e cumprido no território do direito. Observando o que havia se produzido no campo do direito sobre o tema, reconstroem também, ainda que resumidamente, as análises de autores chaves para o tema naquele momento. Então se referem ao percurso de Dimas Salustiano, ao de Dalmo Dallari, também tratando da incidência de territorialidade em terras particulares e a de Godoy, centrada nas terras devolutas[276]. Ficamos curiosos para saber o que de novo poderia ser trazido para o tema por eles. Estes autores não deixaram de lado os pontos atinentes às terras devolutas, especialmente no Pará. Também submeteram à análise a incidência de territorialidade quilombola em terrenos de marinha ou em unidades de conservação ambiental.

Entretanto, a grande novidade da sua pesquisa aparece na apreciação crítica em torno de quem deve proceder a "identificação" das comunidades. Qual seria o sujeito do saber autorizado a definir um grupo étnico "remanescente de quilombos. Nesses processos de identificação realizados no Pará, os autores observaram como fundamental a parceria celebrada entre o Instituto Nacional de Reforma Agraria – Incra e o Instituto de Terras do Pará Iterpa.

A Fundação Cultural Palmares, mediante as Portarias n. 25/1995[277] e as Portarias n.08/1998, determinou como requisito essencial do reconhecimento de comunidades negras rurais remanescentes de quilombos a sua participação nos

[273] Sobre a influência da obra de Barth na antropologia social brasileira. Cf. Carneiro da Cunha, M. Antropologia do Brasil: mito, história, etnicidade. Brasiliense/Editora da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1986, pp. 113-119

[274] Só mais tarde conseguimos descobrir que Arruti tem algumas restrições à interpretação focada apenas em Barth. Para ele, a teoria da etnicidade de Barht privilegia o aspecto da organização do grupo étnico, deixando de lado aspectos como a nominação e a territorialização do grupo. Arruti, J.M. Ibidem, pág. 45

[275] Reis, J.J e Gomes, F.S. Liberdade por um fio. História dos quilombos no Brasil. São Paulo: Cia das Letras, 1996.

[276] Andrade, L.; Trecanni, G. Ibidem, 1999, pág. 593

[277] Interessante que neste mesmo ano o Incra editou a Portaria 307/95 que criou o "projeto especial quilombola".

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

procedimentos de estudos para laudos antropológicos e levantamentos cartográficos e fundiários.

Para os autores, a postura tomada pelo Incra e pelo Iterpa pareceu "fundamental" na medida em que o poder público compreendeu que "carece de legitimidade para decretar a identidade étnica de um grupo social"[278]. Aos olhares de hoje, nos pareceu que os autores identificaram uma visão reducionista na postura da Fundação Cultural Palmares daquele tempo. O registro se justificava como uma espécie de alerta para que o tal órgão público não se esquecesse da contribuição de "outros intérpretes" externos às esferas da burocracia. As etapas de reconhecimento e identificação daquelas comunidades não poderiam ficar adstritas a uma certificação ou visto burocráticode de uma fundação federal[279]. Para eles, os diversos estudos produzidos por universidades e por organizações não governamentais da esfera pública deveriam ser aproveitados sem desconfiança que necessitasse de um visto ou "despacho" de uma fundação federal.

A demarcação antropológica de um território de grupo étnico só poderia ser traçada de forma aberta, em um laudo assinado por um "perito" antropólogo. Porque a "fronteira" étnica "implica a fixação das fronteiras territoriais que são habitualmente fluidas". Diferentemente da agrimensura, o laudo antropológico permite conhecer, fluidamente, mas com o rigor da antropologia, "as diferentes zonas de ocupação e exploração" das comunidades negras rurais remanescentes de quilombos. E lidam justificadamente com a variável de "não serem determinadas em coordenadas geográficas rígidas" [280].

Embora a etnicidade seja um assunto debatido na antropologia social desde os anos de 1960 como já vimos, o assunto "no âmbito do direito constitucional e agrário era novo". Nos termos dos autores, "o reconhecimento de direitos territoriais de grupos étnicos e minoritários é fato novo na legislação

[278] Andrade, L. Treccani, G, ibidem, 1999, pág. 610
[279] "O que se questiona é a pertinência e eficácia de se transformar em etapa usual e necessária ao processo de titulação de toda e qualquer terra de quilombo (sob jurisdição federal, estadual ou municipal) a comprovação da condição quilombola, através de um atestado (ainda que denominado de despacho, esta é a verdadeira natureza do documento) de uma Fundação da Administração Federal" Andrade, L. Treccani, G. Ibidem, 1999, pág. 611
[280] Andrade, L. Treccani, G. Ibidem, 1999, pág. 615

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

agrária do País"[281]. Naquele tempo, a grande dificuldade para identificação estava no debate conceitual que o próprio processo constituinte, e depois o texto constitucional, refletiu. No campo do direito, os autores compreenderam que o horizonte conceitual do campo do direito ainda se prendia (e até hoje se prende) nas concorrências de interpretação sobre o conceito de quilombo. Pois o direito requisita a determinação formal da subjetividade jurídica para determinar a titularidade do direito. O direito civil não compreende grupos étnicos como pessoa jurídica ou pessoa física. E nisso se polarizam entre as posições que sustentam a leitura das comunidades negras remanescentes de quilombo como um patrimônio cultural a ser preservado e a outra que a enxerga como direito à diversidade sociocultural próprio de minorias étnicas[282].

Para eles, a Constituição Federal de 1988 também inova ao se pautar para uma igualdade jurídica não formal e tratar da cidadania desses grupos étnicos no contexto da "problemática fundiária". A participação dos órgãos fundiários nos procedimentos de regularização de territorialidade quilombola foi percebida como fundamental para realçar a dimensão agrária desta questão étnica.

Outro aspecto interessante que aparece na conclusão do trabalho é a análise crítica em torno dos projetos de Lei para regulamentar o art. 68 da ADCT. Ela menciona o projeto de Lei nº 3.207-A/97, também grafado como PLS 129/95, de autoria da Senadora Benedita da Silva (PT-RJ) e o PL 627-A/95, do deputado Alcides Modesto (PT-BA)[283]. Este foi arquivado, aquele se encontrava em tramitação no momento em que o texto comentado fora escrito. Ambos foram vetados pelo Presidente da República Fernando Henrique Cardoso em 2001[284]. Esta mobilização por uma regulação legislativa dos parlamentares ligados aos

[281] Andrade, L. Treccani, ibidem, 1999, pág. 642

[282] "(...) a matéria versa sobre o direito à diversidade sociocultural dos grupos étnicos de origem afro-brasileira que não deriva, ou depende, do seu valor enquanto patrimônio cultural brasileiro. Os direitos reconhecidos aos remanescentes de quilombo advêm da sua condição social de minoria étnica". Andrade, L. Treccani, G. Ibidem, 1999, pág. 643

[283] Andrade, L., Treccani, G. Ibidem, 1999, pág. 643. Interessante informar que estes dois projetos foram posteriormente unificados em um novo projeto do deputado Federal Luiz Alberto (PT-BA). Cf. Camerini, J. B. N., ibidem, 2011, pág. 68

[284] Importante destacar que a senadora Benedita da Silva era militante do movimento negro e politicamente intermediadora da causa quilombola com o parlamento. Lembremo-nos da sua participação no processo constituinte. Por outro lado, o deputado Alcides Modesto atuou fortemente na mediação dos interesses dos trabalhadores rurais no estado da Bahia. Luiz Alberto também era militante do movimento negro e se tornou deputado também pelo Partido dos Trabalhadores.

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

movimentos sociais rurais e ao movimento negro na época representava uma desistência do caminho da autoaplicabilidade. Como ela se apresentava difícil no mundo do poder executivo, a via parlamentar se apresentou como a opção dos defensores dos grupos étnicos minoritários.

O extinto projeto de Lei previa uma definição categorizada de terras quilombolas. E sofreu críticas destes autores naquele período. No primeiro ponto de crítica, argumentam eles que o projeto de lei fez uma interpretação taxativa da Constituição e desprezou o sentido amplo que o termo "ocupação" do art. 68 do ADCT poderia ter tido. O projeto poderia ter formulado mais claramente o sentido do conceito de remanescente de quilombo como grupo étnico diferenciado e não o fez[285]. No segundo, questiona-se a ausência de atribuição, para os órgãos fundiários federais ou estaduais, de autonomia para proceder à regularização de terras de quilombo, especialmente quando se tratar de terras devolutas. E no terceiro nível de crítica, acusaram a omissão do projeto sobre a incidência de territorialidade quilombola em domínios particulares. O risco que tal projeto traria seria o de reduzir participação de entidades e grupos da sociedade civil interessados na temática e de criar uma centralização dos procedimentos administrativos em um único ente público.

Por fim, os autores ainda apenas registram rapidamente a "Proposta de Emenda Constitucional nº 06/99" de iniciativa do Senador Lúcio Alcântara do PSDB-CE. O objeto desta emenda seria o de transformar o art. 68 do ADCT em art. 232 da Constituição Federal de 1988, acrescentado que o Estado além de emitir os títulos respectivos, faça-o na forma da lei e com a proteção e a produção de respeito pelos bens da comunidade[286]. Embora os autores não tenham feito críticas a esta proposta, vale dizer que uma interpretação reconstrutiva torna totalmente desnecessário projetos de lei ou emenda, vez que o texto pode ter redimensionado de acordo com o contexto. Não é uma alteração do texto constitucional ou de uma mudança do arcabouço infraconstitucional. Porém, a

[285] "... um dos poucos consensos já firmados nesta matéria é justamente o de que a ocupação a que se refere o art. 68, tem sentido amplo, qual seja: produção física e social, incluindo as áreas de reserva de recursos diversos órgãos envolvidos na questão". Andrade, L. Treccani, G. Ibidem, 1999, pág. 651. Interessante que mais acima registramos o grifo que Dalmo Dallari fez na palavra "ocupação" como chave de leitura que dava originalidade ao dispositivo.

[286] Andrade, L., Treccani, G. Ibidem, 1999, pág. 652

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

leitura que se fará é da "ocupação" como território e não como mero reflexo de uma fronteira demarcatória da propriedade privada. O contexto da constituinte já indicava a necessidade de uma reconstrução da compreensão do direito de remanescentes de quilombos sem referência ao passado histórico ou a uma presente especificação legislativa. Era preciso afirmar o conceito de quilombo, desgarrado da categoria de fuga e vinculado ao norte étnico, portanto, uma ressignificação jurídica daqueles direitos.

A essa altura, nossa pesquisa já estava convencida de que um possível sujeito de direitos "remanescentes de quilombos" aparecia faticamente. como grupos étnicos na afirmação da ciência antropológica. O grande desafio seria o de promover a identificação destes grupos sem recorrer aos padrões tradicionais do direito civil. Os grupos étnicos quilombolas colocavam para o direito agrário a necessidade de se deslocar o olhar da subjetividade jurídica dos direitos reais para uma nova perspectiva que se abria com a etnicidade disposta no próprio texto constitucional. Mesmo assim, fomos atrás dos civilistas.

V

No início dos anos 2000, o projeto do governo FHC para o mundo rural pretendia radicalizar na implantação do capitalismo no mundo rural brasileiro, com incentivos a projetos de mercado. O avanço do "agronegócio" de um lado e o conflito agrário com as ocupações diárias do MST pareciam oferecer resistência a este projeto. Desde a criação do "projeto especial quilombola", o discurso político agrarista e conservador passou a ver como "perigoso" o surgimento de um "MST dos negros". A inserção destes na política de reforma agrária não agradou, como sempre, à bancada ruralista, por exemplo[287]. No âmbito interno do governo, isso começava a se refletir com o crescimento da tensão entre a Fundação Cultural Palmares – FCP e o Incra. Essa bipartição da questão fundiária com a questão cultural da identidade étnica e racial surgia como um "significante" político repetido, resistente como uma espécie de "retorno do recalcado".

Por outro lado, nesta mesma época, ainda não tínhamos uma rede de informação como hoje, nem mesmo acesso rápido aos trabalhos acadêmicos. Era

[287] Camerini, J. B. N., ibidem, 2011, pp. 67/68

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

preciso "garimpar" dados e informações. Sobre a questão quilombola no campo do direito, poderíamos contar nos dedos os trabalhos. Numa dessas buscas manuais aos trabalhos sobre o tema, encontrei uma monografia de um advogado interessado na "causa" quilombola chamado Jean Carlos da Rosa Nunes. Ele publicou no nº 8 do caderno Textos e Debates do Núcleo de Estudos sobre identidade e relações interétnicas da Universidade Federal de Santa Catarina – Nuer/UFSC um estudo jurídico sobre o tema[288]. Com flagrante formação tradicional no campo do direito, prometeu que sua pesquisa tinha um objetivo "eminentemente jurídico". Mas também queria compreender o clássico direito de propriedade "sob o prisma antropológico"[289]. Entretanto, o seu enfoque se ateve à tentativa de articulação de uma literatura antropológica sobre os "remanescentes de quilombos" com a literatura dos manuais clássicos de direito civil brasileiro, tais como Orlando Gomes, Silvio Rodrigues e Caio Mário Pereira[290]. Neste sentido, sua pesquisa significou uma economia de tempo, pois sistematizou a discussão dogmática do direito civil brasileiro e tentou ver de que maneira ela se "subsumia" na discussão dos direitos das minorias étnicas quilombolas.

Contudo, ele aponta para um aspecto não contemplado nas críticas de L. Andrade e G. Treccani sobre o Projeto de Lei 129/95[291] discutidas no item anterior. Avançou no tema para investigar as especificidades da titulação da territorialidade quilombola neste mesmo projeto de lei.

Na visão deste autor, a forma de propriedade disposta no Projeto de Lei vetado pelo Governo FHC se dispôs como condomínio gravado com cláusula de inalienabilidade. Nesta possibilidade de leitura jurídica, seria facultado ao poder público a transferência da propriedade em partes ideais para cada membro da comunidade. O ônus a ser gravado no "território" o transformaria em bem fora do comércio (*res extra commercium*), não podendo se submeter a qualquer possibilidade de compra e venda. Embora o autor assuma, contraditoriamente, que

[288] Nunes, J. C. R. O direito Constitucional de Propriedade das comunidades remanescentes de quilombos. Cadernos Textos e Debates. Nuer/UFSC, 2000.
[289] Nunes, J. C.R., ibidem, 2000, pág. 6
[290] Nunes, J. C. R., ibidem, 2000, pp. 22-28
[291] O PL 129/95 foi vetado integramente pelo Governo FHC, através da mensagem de veto nº 370/2002, sob o argumento de que, se aprovada, esta norma tornaria menos eficaz o procedimento administrativo de titulação das terras de remanescentes de quilombos. Camerini, J. C. B., ibidem, pág. 74

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

não defende nem é contrário à cláusula de inalienabilidade, passou a descrevê-la normativamente com foco na territorialidade quilombola.

Nesta leitura, nos defrontamos com duas ordens de problemas, ambas vinculadas à questão socioeconômica. Na primeira ordem, ele nos aponta uma condição importante: Se a comunidade (ou indivíduo da comunidade) fosse impedida de alienar o bem adquirido, poderia ter dificuldades na obtenção de crédito bancário e comprometer o financiamento para produção rural e o acesso aos projetos de desenvolvimento econômico e agrícola. Nesse tipo de financiamento, o imóvel não poderia ser ofertado em garantia. A alternativa seria o financiamento sem garantia por parte do Estado. A segunda situação, contrária, seria a retirada do gravame da inalienabilidade com o risco das comunidades perderem a terra em supostos negócios e projetos assumidos perante instituições financeiras, uma vez que seu único bem poderia ser esta fração ideal. Como não seria categorizado como bem de família, haveria possibilidade do bem ser penhorado por conta de dívida bancária. O risco disso estaria na desconstrução da comunidade por meio de uma individualização dos lotes.

A sua argumentação segue na direção do problema da titulação das terras. Esbarrou-se aqui com uma dificuldade. A natureza jurídica do direito dos grupos minoritários e a determinação de sua subjetividade jurídica não poderia se enquadrar facilmente na moldura do clássico direito de propriedade. Pareceu com isso chegar, por outra via, à mesma espécie de enigma teórico com o qual se defrontou Dallari: A titulação dessas terras deveria ser individual ou coletiva? Citando um documento do Instituto Socioambiental, acabou se convencendo da impossibilidade de se titular essas comunidades nos moldes tradicionais do nosso direito civil.

Na sua leitura da Lei de Registros Públicos do Brasil (Lei 6.915/73), Nunes ensaiou aprofundar mais ainda esta dificuldade. Demonstrou que o requisito para se matricular qualquer imóvel no direito brasileiro demandaria uma identificação documental como pessoa física ou como pessoa jurídica[292]. O problema de como titular as comunidades quilombolas para a aquisição da

[292] Nunes, J. C. R, ibidem, 2000 pág. 11

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

"propriedade definitiva" persistiu como não resolvido diante das minudências registrais exigidas.

Diante de tal dificuldade, referindo-se ao já mencionado Salustiano da Silva, apresentou a hipótese de que a titulação das terras deveria ser comunitária e coletiva, mas não esclareceu de que maneira o arcabouço do "direito civil-constitucional" solucionaria o impasse. Por isso, ele reconheceu que mesmo assumindo que o titular do direito seria a " comunidade", poderia ela ter sérios problemas de execução na transferência da propriedade. Ficou evidenciado na sua interpretação como a declaração ou constituição de um direito à diversidade não pode ser compatível com o princípio da exclusividade que rege o direito de propriedade[293].

O seu trabalho, sem o citar, permite especificar mais uma vez a mesma questão de Dallari: Quem seria titulado em nome da propriedade das comunidades remanescentes de quilombos?

Neste caminho, analisou a proposta de formação de uma associação civil quilombola como uma solução sugerida no Projeto de Lei 627/1995 proposto pelo deputado Alcides Modesto (PT-BA), mencionado anteriormente. Neste caminho jurídico, a comunidade formaria uma associação civil sem fins lucrativos e cumpriria, assim, os requisitos exigidos para registrar a propriedade como pessoa jurídica de direito civil sem perder o seu caráter coletivo.

Entretanto, um alerta foi pronunciado pelo autor no que se refere àquele direito fundamental que proíbe qualquer cidadão de ser compelido a se associar, nos termos do art. 5º, XX da CF de 1988[294]. Aquele que seja pertencente a uma determinada comunidade, tendo sido partícipe nos seus modos de vida específicos, pode não querer ser representado por uma associação civil de natureza privada.

[293] "Impõe-se aqui uma dificuldade a ser resolvida pelos operadores jurídicos, uma vez que não pode a titulação da terra ser expedida em nome de uma comunidade etnicamente diferenciada, visto que esta figura não se encontra no nosso direito. O princípio da exclusividade que norteia o direito de propriedade brasileiro nega a possibilidade de uma coisa pertencer a duas pessoas ao mesmo tempo". Nunes, J.C. R., ibidem, 2000, pág. 12

[294] Nunes, J. C. R. Ibidem, 2000, pág. 13

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

A "hipótese" do associativismo "foi também contestada posteriormente por alguns procuradores, sendo que estes alegavam que membros dos grupos seriam forçados a entrar na associação, contrariando, assim, a norma constitucional"[295].

O texto em análise levantou contra este argumento do associativismo o dispositivo do condomínio na modalidade *pro indiviso*[296]. Com isso, não precisaria de estipulação de fração ideal da propriedade para cada um e nem obrigava nenhum quilombola a se associar. A vantagem apresentada por este modelo seria o de obrigar o quilombola a devolver a sua parte da terra ao grupo quando não mais quisesse permanecer na comunidade.

Para o autor, tal instituto ainda mereceria críticas pelo risco de interferir na dinâmica da vida das comunidades de remanescentes de quilombos. Para ele o modo de aquisição da propriedade deveria ser escolhido pela própria comunidade, mas não diz como se deve proceder[297]. Essa questão permanece em aberto. Como Dallari, conclui ele que não há no direito infraconstitucional brasileiro uma forma para efetivar o art. 68 do ADCT[298].

É preciso ressalvar que a hipótese jurídica do condomínio *pro indiviso*, apresentada acima, não seria a única resposta correta. Dentro do marco positivista, seria uma das possibilidades. Encontramos também o argumento de que, ao invés do condomínio *pro indiviso*, seria a "sociedade de fato" a melhor forma de titular tais comunidades na "propriedade definitiva" das terras que ocupam[299].

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

[295] Nunes, J.C. R., ibidem, 2000, pág. 16

[296] Conforme veremos mais adiante, foi esta modalidade jurídica que acabou prevalecendo no texto do Decreto 4887/2003 editado pelo Governo Lula.

[297] Nunes, J. C. R., ibidem, 2000, pp. 16-17

[298] "(...) o fato de não haver, no direito brasileiro, uma figura que permita reconhecer-se o domínio de determinada área a uma comunidade que esta se transforme num sujeito de direito por meio de uma associação ou de um condomínio, não significa que o direito reconhecido na constituição não possa ser declarado". Nunes, J.C.R, ibidem, 2000, pág. 41

[299] "Os títulos têm sido dados para associações. Tudo bem, mas nós entendemos que não é um requisito formar uma associação para poder outorgar título. Nós achamos, inclusive, que uma associação pode até, de certo modo, ser uma violação ao modo de ser do grupo, porque para formar uma associação tem que ser conforme regras do Código Civil. No nosso ponto de vista, o título pode ser outorgado para uma sociedade de fato. A sociedade de fato, em vários momentos da Constituição brasileira, é reconhecida. Então, se não se consegue formar uma associação, isso não é impedimento para conceder o título" Castilho, E.W. Mesa Jurídica. In: I Encontro Nacional de

Também, ainda nesse marco de possibilidades jurídicas, apresentou-se a "composse". Com esse argumento, juridicamente está assegurada a posse da área determinada às comunidades como sendo de todos os ocupantes. Caberia à comunidade o disciplinamento referente ao uso, à alienação e venda da área ocupada, respeitada a vontade da comunidade[300].

Contudo, expressamente, a Constituição Federal de 1988, no já famoso artigo 68 da ADCT, não menciona posse ou composse, mas sim propriedade. Haveria necessidade, portanto, de transferência de domínio da propriedade e não simples posse.

VI

Outro enfoque do tema, deste período pré-Decreto 4.887/2003, é observado na pesquisa organizada e coordenada por Carlos Ari Sunfeld (2002), realizada em nome da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP e publicada pela Fundação Cultural Palmares – FCP na época do governo FHC. Tal pesquisa contou com a presença de dois professores e cinco estudantes pesquisadores em iniciação científica para se concretizar.

Tinha tal pesquisa a pretensão de suprir uma lacuna na literatura jurídica sobre quilombos no Brasil, através de um "inventário" das normas e da legislação produzida acerca do tema até o início dos anos 2000. O seu trabalho também se focou na situação específica dos remanescentes de quilombos em São Paulo, mas trouxe uma discussão para todo Brasil.

O eixo de sua discussão situou o problema como "direito à terra", isto é, direito à propriedade. A despeito da referência aos artigos 215 de 216 da Constituição Federal, citada por Carlos Alves Moura, no prefácio, a introdução disse se limitar à análise e interpretação do art. 68 da ADCT.

Ficou clara a sua demarcação téorico-jurídica no terreno do positivismo kelseniano, ao menos de modo manifesto. Ele afirmou que o desafio de seu

---

Lideranças das Comunidades Remanescentes de quilombos Tituladas. Brasília: Fundação Cultural Palmares/Minc/Editorial Abaré, 2002, pág. 29

[300] Nunes, J. C. R, ibidem, 2000, pág. 17

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

trabalho era o de descrever "a moldura jurídica que melhor atenda aos desígnios da norma constitucional, de forma a possibilitar que a sua atuação esteja rigorosamente lastrada pelo direito vigente"[301]. O autor também assumiu uma compreensão da Constituição de 1988 como um sistema repleto de normas programáticas com força para articular reformas sociais[302], inserindo-se, assim, claramente no que Habermas denominou de paradigma do Estado de bem-estar social[303].

Por outro lado, este trabalho se voltou também para questões naquela altura já bem marcadas no tratamento do tema, como por exemplo, a autoaplicabilidade do art. 68 do ADCT ou a necessidade de sua regulamentação. Tratou também do problema do conflito de competência ou atribuição de determinados órgãos do poder público para reconhecer e emitir títulos de propriedade quilombola. Discutiu sobre o cabimento da desapropriação e sobre os problemas suscitados por situações em que a comunidade remanescente de quilombo estivesse situada em área de preservação ambiental ou terras públicas. Retomou também a discussão em torno de ser o direito dos remanescentes de quilombos individual ou coletivo.

Em consonância com seu marco teórico, a pesquisa observou a descrição do problema da territorialidade quilombola como algo meramente normativo. Afirmou que o objeto de seu trabalho se inseriria na busca de significado jurídico e aplicação do art. 68 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias da Carta Constitucional de 1988. Tentou conciliar o seu marco teórico, claramente formal e normativista, com a necessidade de uma resposta às demandas de concretização e eficácia da norma constitucional mencionada.

Segundo ele, a opção metodológica do trabalho era "simples e direta", por que seria mais "profícuo dissecar e mensurar concretamente sua densidade normativa", pois "tal procedimento possui a virtude de tomar a norma concreta

[301] Sunfeld A. (org). Comunidades quilombolas: direito à terra. Brasília. Fundação Cultural Palmares/Minc/ Editorial Abraré, 2002, pág. 18

[302] Para ele, a Constituição Federal de 1988 "juridicizou um ambicioso projeto de reforma social. Lançou mão de um conhecido mecanismo do Estado de bem-estar que se multiplicou na segunda metade do séc. XX: o amplo reconhecimento de direitos, somando às liberdades individuais os direitos sociais e coletivos" (Sunfeld, A. Ibidem, 2002, pág. 17).

[303] Habermas, J. Ibidem, 1997b, pág. 138. Cf. Notas 20 e 21 deste trabalho

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

como preconcebida e abstrata que venha a delimitar, *a priori*, a compostura jurídica de determinada regra"[304].

Havia por parte deste autor uma forte preocupação com a reconstrução semântica e sintática dos termos presentes no art. 68 da ADCT. O sentido de remanescentes de quilombos e, mais precisamente, o significado das expressões "ocupando suas terras", "propriedade definitiva" e "títulos respectivos" nos pareceu estar por traz de sua intenção interpretativa. Segundo autor, já havia uma vasta produção normativa constitucional e infraconstitucional a respeito do assunto, devendo o leitor observar a sua descrição normativa em âmbito federal e estadual.

Nessa descrição do que foi produzido juridicamente por meio das autoridades jurídicas federais, a sua pesquisa identificou a Portaria nº 307 /95 do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – Incra como a primeira norma infraconstitucional a tratar do tema. Para ele, é justamente nessa norma que quilombo é autocompreendido dentro de um "Projeto Especial" como uma questão agrária. Os remanescentes de quilombos já estariam "sob a proteção do Poder Público" desde o momento da edição daquela portaria. Entretanto, a mencionada portaria cuidou especificamente daquelas comunidades situadas ou insertas em terras públicas federais, da concessão de título de reconhecimento e da determinação de providências para a direção de assentamentos especiais quilombolas. Ele não observou as demais "possibilidades" da norma contida no art. 68 do ADCT.

A pesquisa verificou e concluiu pela existência de conflito de atribuição existente entre o Ministério do Desenvolvimento Agrário – MDA e o Ministério da Cultura – MINC. Com a edição da Medida Provisória 1.911/99, delegou-se para a Fundação Cultural Palmares, mediante "os considerandos" dispostos na Portaria 447/99, todas as funções de aplicação do art. 68 do ADCT. A Fundação Cultural Palmares já tinha sido criada pela Lei 7.668/98, com estatuto aprovado pelo Decreto 418/92. Aquela Medida Provisória também concedeu poderes para a

[304] Sunfeld, A. Ibidem, 2002, pág. 19

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

Fundação Cultural Palmares delimitar, demarcar, titular e registrar as terras das comunidades remanescentes de quilombos no Brasil.

Posteriormente, a Medida Provisória 2.123/28, sem considerar a hierarquia das normas, própria para este tipo de leitura, altera a Lei 9.649/98, que incorpora aquelas atribuições dispostas para a mencionada Fundação[305]. Em outros termos, Sunfeld quer mostrar os fundamentos normativos para que uma entidade do Ministério da Cultura atue sem questionamentos jurídico-administrativos. E independentemente do Incra fazer a titulação de terras de remanescentes de quilombos sem medir ou discriminar as terras. Seria o triunfo daquela "formação discursiva" de quilombo como patrimônio histórico e ao mesmo tempo o afastamento radical da temática do ambiente fundiário.

Diante disso, a pesquisa achou relevante mencionar um parecer emitido pela Casa Civil da Presidência da República da época (governo FHC), no qual se tenta pôr fim ao debate sobre a quem pertencia tal atribuição administrativa. Esse dispositivo tratou a titulação das terras quilombolas como usucapião sendo o Incra considerado também incompetente para atuar neste campo de regulação por não se tratar, na visão do autor, matéria referente à reforma agrária[306].

O parecer da Casa Civil passou a considerar como ato de improbidade administrativa, bem como crime contra a Administração Pública, qualquer desapropriação praticada pelo Incra referente às terras que tenham a incidência de territorialidade de quilombos. Com isso, no governo de Fernando Henrique Cardoso, a regularização das terras quilombolas não teria uma feição fundiária e agrária e qualquer agente público que caminhasse nessa direção sofreria forte coação e constrangimentos jurídicos.

Sunfeld apresentou também o inteiro teor de outro Parecer que seria a pré-história do Decreto 3.912/2001. Este concebeu os quilombos radicalmente como escravos fugidos, remanescentes e residuais[307]. Neste parecer, ressuscitou-se a

[305] Sunfeld, A. Ibidem, 2002, pp. 26-30
[306] "Da posse prolongada e pacífica teria originado seu direito de propriedade sobre as terras, que veio a ser simplesmente reconhecido pela constituição de 1988. Com esse reconhecimento, a Constituição só teria visado a dar segurança jurídica às situações de posse inequívoca, mantidas há muito..." Sunfeld, A. 2002, pág. 31
[307] Sunfeld, A. Ibidem, 2002, pág. 32-39

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

concepção "jurídico-historicista" do Conselho Ultramarino de 1740, rechaçada por boa parte da antropologia social especializada no tema[308].

O Parecer 1.490/01 da Casa Civil da Presidência da República do Governo FHC, inspirado neste trabalho de Sunfeld, insistiu em construir uma interpretação literal do art. 68 do ADCT e persistiu também no entendimento estritamente voltado para o direito de propriedade, negando qualquer possibilidade de entendimento fora dos contornos do direito civil clássico[309]. Por outro lado, com o Incra fora da pauta dos quilombos, seria quilombo quem a Fundação Cultural Palmares dissesse que seria. Fazendo sentido o questionamento de L. Andrade e G. Treccani quanto às atribuições desta Fundação[310].

Em plena defesa da propriedade privada, este Parecer da casa civil reproduziu sem censuras a leitura de que o ato de desapropriação decorrente do "projeto especial quilombola" do Incra seria prática de expropriação, vedada pelo direito constitucional brasileiro. Tal prática, nessa interpretação, nunca atenderia aos fins públicos colimados no direito constitucional[311]. Este argumento é bem parecido com aquele que descrevemos mais acima feito por Luciano Godoy quando cuidou das comunidades negras rurais em terras devolutas de São Paulo[312]. Com isso, o parecer entendeu que não se poderia desapropriar terra que,

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

[308] A interpretação jurídico-historicista, conforme vamos observar mais adiante neste trabalho, prende-se ao marco jurídico da época colonial. Tem como conceito de quilombo a leitura de uma "norma" do Conselho Ultramarino de 1740. A Coroa Portuguesa definia ser quilombo "toda habitação de negros fugidos que passem de cinco, em parte desprovida, ainda que não tenham ranchos levantados nem se achem pilões". Centra-se, assim, o núcleo do conceito na ideia de "fuga" e de "negro fugido". Em uma interpretação mais contemporânea construída a partir de uma interpretação antropológico-jurídica, remanescente de quilombo é visto como grupo étnico, minorias étnicas ou grupos sociais diferenciados, que cuidam do fenômeno tomando por referência as teorias da etnicidade. Nesse sentido, pode-se dizer que no campo da etnografia antropológica brasileira há consenso em torno dos critérios estabelecidos para determinar quilombo como grupo étnico. Neste sentido, Cf. O'Dwer, E. C. Quilombos: identidade étnica e territorrialidade. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2002, pág. 15

[309] "A parte final da norma constitucional *[o art. 68 do ADCT*] também indica a correção da exegese exposta, pois apenas autoriza o Estado a emitir os títulos de propriedade aos remanescentes das comunidades de quilombos. Significa isso que a união somente tem a atribuição de emitir documento escrito no qual fique expresso o direito de propriedade reconhecido pela própria Constituição aos remanescentes, para que estes possam registrá-lo no competente cartório de registro de imóveis." Sunfeld, ibidem, 2002, pág. 40 (grifo nosso)

[310] Cf: Notas 65, 66 e 67 deste trabalho.

[311] "(...) essa intervenção estatal na propriedade apenas causaria a expropriação temporária e lucrativa do imóvel, substituindo, no patrimônio do expropriado, a momentânea perda não só pela justa indenização, mas também pelo próprio bem objeto da desapropriação" Sunfeld, A. Ibidem, pág. 41

[312] Cf. Nota 49 deste trabalho.

por meio de requisitos do próprio direito vigente, já pertenceria aos quilombolas. Seria preciso que, como no direito civil ordinário, as comunidades provassem a posse mansa, pacífica e prolongada desde o ano de 1888 até a edição da Constituição Federal de 1988. Os critérios de etnicidade do território seriam meramente certificadores e acessórios. Em seguida, ratificou a exclusiva atribuição do Ministério da Cultura para a execução do art. 68, enaltecendo mais ainda a diferença entre a questão agrária e o problema étnico nas terras ocupadas por remanescentes de quilombos.

Essa pesquisa também se voltou para o problema da titulação das terras. Defendeu que os títulos deveriam ser emitidos de forma coletiva[313]. Ele problematizou alguns institutos da legislação civil brasileira como o da sociedade civil e o da fundação de direito privado. Queria saber se funcionariam como meios adequados para representar civil e juridicamente as comunidades quilombolas. Conclui que o instituto da sociedade civil estaria descartado desta possibilidade por requisitar que a sua destinação social seja atrelada à finalidade econômica. A fundação não seria também apropriada ao caso, por se centrar na proteção dos bens e nos objetivos de um determinado instituidor[314].

Em contrapartida, Sunfeld compreende que o formato de uma "associação sem fins lucrativos" seria a figura jurídica capaz de exercer direitos e deveres em nome das comunidades remanescentes de quilombos. Seria, portanto, a representação jurídica mais adequada e capaz de ser titulada em nome de uma comunidade quilombola para receber a propriedade definitiva. Ou seja, um ente privado seria o mais apto a receber a propriedade das terras quilombolas com legitimidade jurídica[315].

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

[313] "(...) a emissão de título de forma coletiva permite às comunidades quilombolas manter a forma pela qual exploram a terra e também a maneira pela qual estão organizadas. Tal preservação dos valores culturais e organizacionais do grupo necessárias, e se impõe pela importância que tal tema é tratado em nossa Constituição Federal". Sunfeld, A. Ibidem, 2002, pág. 81

[314] Sunfeld, A. Ibidem, 2002, pág. 83

[315] "O modelo que se afigura mais apropriado para a representação das comunidades remanescentes de quilombos é o de uma associação, em detrimento do modelo da fundação. Isso porque as associações, como dito, têm interesses, fins e meios próprios para atingi-los, que são exclusivos dos associados, cabendo a eles decidir sobre a sua forma e as sua características" Sunfeld, A. Ibidem, 2002, pág. 84

É preciso assinalar, outrossim, para o risco de que uma organização de caráter eminentemente privado ser capaz de receber a titulação das terras quilombola sem atentar para o interesse público não estatal da questão e para o fato de que tal arranjo jurídico pode interferir na organização, identidade e autocompreensão da comunidade como unidade jurídica. Por isso, após fazer uma análise do já mencionado projeto de Lei 129/5, cujo veto tem argumentos calcados naquele Decreto e Parecer da Casa Civil do governo FHC, já aqui analisados, o autor afirma que a natureza jurídica do direito de propriedade dos remanescentes de quilombos não seria absoluta, podendo sofrer restrições[316].

Esta pesquisa informou sobre a existência de restrições normativas relacionadas à legislação ambiental. Ressalta sobre como é possível a limitação da propriedade privada por meio das normas ambientais, reconhecendo que essas normas, em virtude do seu caráter difuso, obrigam essas comunidades a receberem o "ônus" de proteger o equilíbrio ecológico, nos termos do art. 225 da Constituição Federal de 1988. Entretanto, ele mesmo reconhece que as comunidades quilombolas habitam suas terras de forma sustentável e em harmonia com o ambiente natural que as cerca. De fato, o modo de produção, fundado em uma agricultura familiar pode, materialmente, tornar inócua qualquer restrição de natureza ambiental. Mas no âmbito deste discurso normativista ,em caso de existência de espaços territoriais protegidos, devem as comunidades quilombolas suportar as restrições legais daí advindas.

Por outro lado, com base na Lei 9.985/2000 instituidora do Sistema Nacional de Unidades de Conservação, têm-se a possibilidade de participação de populações tradicionais como as comunidades negras rurais remanescentes de quilombos neste sistema. Quando ocorre da sua permanência no local daquelas unidades de conservação , as comunidades podem ter acesso ao plano de manejo ambiental. No âmbito desta pesquisa, não há compatibilidade de convivência dos remanescentes de quilombos com as chamadas Unidades de Proteção Integral. Diante deste fato, compreende-se aqui que a propriedade das comunidades

[316] "(...) outorga do título de domínio aos remanescentes das comunidades dos quilombos não lhes confere absoluta liberdade para dispor sobre suas terras. Ao contrário, o exercício do direito de propriedade sobre as terras haverá de compatibilizar-se com outras restrições legais ou administrativas". Sunfeld, A. Ibidem, 2002, pág. 95

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

remanescentes de quilombos estão no mesmo *status* de terras particulares no âmbito dessas unidades[317]. Este discurso admite a remoção de comunidade quilombola para fins ambientais.

No concernente às comunidades existentes em terras consideradas como Unidades de Uso Sustentável, segundo a pesquisa, também haveria restrição ao cumprimento do art. 68 do ADCT, já que tais espaços devem ficar sob o domínio público, reservando-se para as comunidades remanescentes apenas a posse da terra. Já a incidência de territorialidade de quilombos em áreas de proteção ambiental pode provocar situações em que as comunidades seriam transferidas, mantidas ou licenciadas para o manejo da terra em consonância com seus hábitos. Enfim, o autor admite limitações ao considerado direito de propriedade das comunidades remanescentes de quilombos e conclue que a "incidência de normas de proteção ao meio ambiente sobre áreas ocupadas por comunidades remanescentes de quilombos deverá limitar a maneira como essas comunidades disporão da propriedade das terras"[318], desde quando se considere também o modo de vida dessas comunidades e o seu relacionamento com o meio ambiente.

Após essa digressão sobre as possibilidades de restrição do direito de propriedade relacionado a hipóteses previstas na lei ambiental, o autor da pesquisa tenta responder ao questionamento referente à outorga de títulos de domínio de terras devolutas e inalienabilidade do domínio outorgado aos quilombos. Tal cláusula seria gravada na transferência do título com vistas a "forçar" a comunidade a não transferir para terceiros a propriedade auferida.

A pesquisa é concluída, cumprindo o objetivo de "levar em conta o histórico das leis e dos fatos relacionados ao reconhecimento das terras das comunidades quilombolas". Para ele, o cumprimento do art. 68 do ADCT é dever do Estado. Mediante os "órgãos federais e estaduais, os agentes públicos podem e devem empreender ações normativas e práticas para tanto". Entretanto, para o autor, deve-se negar o direito subjetivo ao indivíduo quilombola de transformar a

[317] " (...) não admitem propriedade particular, com poucas exceções, nem ocupação humana, o que as torna incompatíveis com o cumprimento do art. 68 do ADCT. Assim, caso haja uma comunidade remanescente de quilombos em área tida como tal, torna-se necessário, ou ainda, que se remova a comunidade para outra área em que a titulação e a ocupação sejam assim permitidas" Sunfeld, A. Ibidem, 2002, pág. 103.
[318] Sunfeld, A. Ibidem, 2002, pág. 107.

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

sua demanda por reconhecimento em algo cobrável judicialmente. Ou seja, nessa leitura, não há nenhum direito subjetivo para o quilombola como sujeito de direito específico[319].

Ademais, considera-se nesse texto que o art. 68 do ADCT não é autoaplicável e é "carente de definições". Isto impede que o Estado tome providências no sentido de regularização fundiária das terras. Em contrapartida, admitem que terras particulares sejam desapropriadas para serem ocupadas por comunidades remanescentes de quilombos. Porém, não afirmam quais os meios, que não a expropriação ou as categorias de desapropriação, seriam tomados[320]. Trabalha-se ali com a ideia de reconhecimento da propriedade, não com a de reconhecimento da comunidade enquanto grupo minoritário.

VII

Esta pesquisa organizada por Sunfeld, salvo alguns pontos, funcionou como uma "exposição de motivos" para a edição do Decreto 3.912/2001 do governo FHC. Sunfeld estava ciente das críticas que este ato normativo sofria, tanto de movimentos sociais como dos antropólogos e ativistas ligados ao tema[321]. Entretanto, essas críticas não são rebatidas.

Logo no seu art. 1º, o Decreto afronta toda uma literatura antropológica sobre o tema se inserindo radicalmente naquela concepção historicista de quilombo[322]. Segundo Camerini, ele reflete a continuidade do conservadorismo da constituinte na era FCH[323]. Camerini explicita as críticas que a sociedade civil organizada e o Ministério Público Federal, segundo ele, um forte ativista da autoaplicabilidade e da eficácia imediata do art. 68[324], articularam na esfera

[319] "(...) não nos parece correto afirmar, no entanto, é que o art. 68 o ADCT seja suficiente para garantir aos beneficiados um direito subjetivo de reconhecimento e titulação de imóveis certos e determinados. Afigura-se-nos incorreto interpretar o art. 68 do ADCT como se nele estivesse consagrado um direito subjetivo no sentido tradicional, de tal forma que, no caso de o Poder Público quedar-se inerte, certos interessados estariam habilitados a ir ao Judiciário para que lhes fosse concedida a propriedade definitiva de certas terras já determinadas" Sunfeld, A. Ibidem, 2002, pág. 113

[320] Sunfeld, A, ibidem, 2002, pp. 116-117

[321] "Tem sido objeto de severas críticas por parte de setores interessados na temática dos direitos dos remanescentes de quilombos" Sunfeld, A. 2002, ibidem, pág. 390

[322] Cf. Nota 96 deste trabalho.

[323] Camerini, J.C.B. Ibidem, pág.71

[324] Camerini, J. C. B. Ibidem, pp. 65-66

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

pública como forma de deslegitimar social e juridicamente a norma prevista naquele decreto. E,stas críticas consideravam o conteúdo do Decreto discriminatório, escravagista e inconstitucional[325].

No art. 2º e parágrafos do decreto 3.912/2001, nota-se que a "identificação dos remanescentes das comunidades dos quilombos" deveria cumprir alguns requisitos de reconhecimento, delimitação, demarcação, titulação e registro imobiliário a serem requeridos pela parte interessada. O órgão público, que seria exclusivamente a Fundação Cultural Palmares, através do seu presidente, abriria o procedimento administrativo. Por este Decreto, o presidente da fundação poderia também abrir o procedimento *ex oficio* (isto é, sem requerimento do interessado), desde que autorizado pelo Ministro da Cultura.

O procedimento administrativo, previsto no art. 3º, obrigava a Fundação Cultural Palmares a produzir um relatório de natureza técnica e um parecer conclusivo sobre a identificação da comunidade. Tal relatório deveria apontar aspectos étnicos, históricos, culturais e socioeconômicos do grupo, além de requisitar estudos de natureza cartográfica e ambiental. Determinaria o levantamento da cadeia dominial, dos títulos e registros cartoriais nas terras em que se verificasse a incidência de território de quilombos.

Deveria se ter parecer do Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama, da Secretaria de Patrimônio da União – SPU; da Fundação Nacional do Índio – Funai e do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – Incra apenas para referendar. Esses órgãos deveriam se manifestar sobre o relatório no prazo de trinta dias. Após isso, a Fundação Cultural Palmares emitiria parecer conclusivo com o memorial descritivo da delimitação das terras. O ato administrativo daí decorrente poderia ser objeto de impugnação mediante recurso da decisão ao presidente da Palmares.

Em não havendo recurso, deveria o Ministro da Cultura declarar o limite das terras e determinar a sua demarcação por portaria específica com determinação das diligências necessárias a serem cumpridas no prazo de sessenta dias. Poderia o Ministro da Cultura desaprovar o parecer de identificação. Dessa

[325] Camerini, J. C. B. Ibidem, pp.72-73

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

forma, deveria devolver os autos do procedimento para a Fundação Cultural Palmares, fundamentando-a nos termos do art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Provisórias e do referido decreto. A comunidade, interessada na identificação, delimitação e demarcação das terras, deveria ter a sua participação devidamente garantida em todas as etapas do procedimento.

Findado o procedimento, haveria sua homologação por decreto específico. A Fundação Cultural Palmares deveria registrar o título no registro imobiliário competente e obedecer à legislação aplicável em caso de terras incidentes em terreno pertencente à União.

Entre os textos críticos deste decreto, encontra-se aquele produzido por Débora Duprat (2002)[326]. Ela sustentou a existência de diversas ilegalidades, irregularidades, bem como a inconstitucionalidade de diversos pontos do Decreto 3.912/2001. O primeiro argumento crítico dela se colocou na arguição de "inconstitucionalidade em decorrência de se tratar de decreto autônomo"[327]. Duprat entendeu que o decreto não pode ser o dispositivo normativo adequado para tratar do tema. Seria preciso obedecer ao princípio da legalidade e não ao art. 84 da Constituição, que cuida da atribuição privativa do Presidente da República[328]. Assim, deveria se falar em inconstitucionalidade formal evidente.

Argumenta ela, mais adiante, que sem lei a regulamentação do art. 68 do ADCT, impede-se e se desautoriza a expedição daquele decreto. Em seus termos, diz que, "a ausência de lei que minimamente alcance, em seu âmbito de incidência, o art. 68 do ADCT desautoriza a expedição de decreto acerca do tema"[329]. Interessante que este argumento é contraposto à leitura da

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

[326] Duprat, D. Breves considerações sobre o Decreto nº 39.212/01. In: O'Dwyer, E. C. (org.). Quilombos: identidade étnica e territorialidade. Rio de Janeiro: FGV. Informa-se que o presente artigo foi publicado, anteriormente, em forma de parecer da 6ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, responsável por Comunidades Indígenas e Minorias.

[327] Duprat, D. Ibidem, 2002, pág. 281. Interessante ressaltar que este argumento da inconstitucionalidade formal foi utilizado pelo Partido da Frente Liberal – PFL para questionar o Decreto 4.887/03 na Adi 3.239 de 2004. Mais adiante trataremos deste assunto.

[328] "(...) o princípio do fundamento legislativo necessário do poder regulamentar, mais particularmente na hipótese presente, na medida em que o decreto ora em discussão não cuida tão somente de atos de regulação ou organização interna da administração, mas antes repercute diretamente sobre posição jurídica de terceiros, a atrair o comando contido no art. 5º, II, da CF, segundo o qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer coisa senão em virtude de lei", Duprat, D. 2002, ibidem, pág. 282

[329] Duprat, D. Ibidem, 2002, pág. 282.

autoaplicabilidade do art. 68 da ADCT, pois assume a sua complementaridade como essencial à sua adequada constitucionalidade.

Contudo, o grande alvo da argumentação crítica de Duprat se dirige ao primeiro artigo deste decreto por também reviver a concepção colonial de quilombo do Conselho Ultramarino de 1740. Para ela, equivocadamente, o Decreto estabelece "um marco temporal" – o da abolição da escravatura – para a concessão da propriedade àquelas comunidades. Restringe-se ao reconhecimento da propriedade sobre as terras (e não o reconhecimento de comunidades negras rurais como grupos étnicos) que eram ocupadas por quilombos em 1888 e estavam ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos em 5 de outubro de 1988. Com isso, todo aquele procedimento administrativo de identificação deveria se conter diante de comunidades que ocupassem terras no espaço de tempo que se estabeleceu entre a abolição formal da escravatura (1888) e a promulgação da Constituição de 1988.

Duprat entende que este marco temporal de 1888 no decreto incorre em "erro material". Pois, se a Lei Áurea de 1888 não menciona expressamente os quilombos, o decreto ignora que o conceito normativo de quilombos é definida bem antes da abolição pelo Conselho Ultramarino de 1740. Além disso, o art. 68 do ADCT não permitiria a conclusão da existência de um marco temporal fincado naquele intervalo de tempo. Seria preciso, assim como nos argumentos de Dallari (1997), discutir o termo "ocupação" associados à expressão "remanescente de quilombos" para não se incorrer em um "reducionismo no conteúdo do sentido da norma"[330].

Nota-se que o marco teórico crítico de Duprat se compreendeu a ordem jurídica como passível de realização de valores e de uma tradicional visão sistemática do direito constitucional. Para ela, desse modo, se o legislador constituinte condicionou o direito de propriedade a um lapso de tempo, fê-lo de

[330] "(...) o fundamental, para fins de se assegurar o direito ali previsto, é que concorrentemente, se lhe agregue a ocupação das terras enquanto tal. Assim, os dois termos – remanescentes de comunidade de quilombos e ocupação de terras – estão em relação de complementariedade e acessoriedade, de tal forma que a compreensão de um decorre como necessário à interpretação do outro (...). O que não se admite, certamente, é que um mero decreto – o que sequer à lei autoriza – numa visão unilateral, opere um reducionismo no conteúdo de sentido da norma." Duprat, D. Ibidem, 2002, pág. 283

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

forma expressa, a exemplo dos art. 183 e 191 da CF de 1988, os quais versam sobre a impossibilidade de aquisição de imóvel público por usucapião, respectivamente. Não se falou de "remanescente de quilombos". Por outro lado, para ela a leitura do art. 68 do ADCT deveria ser feita em conjunto com o art. 216, § 5º, que trata da questão como um tema da cultura e da diversidade étnica. Houve um silêncio absoluto daquele decreto no que diz respeito "a grupos étnicos"[331]. Desse modo, ela deslocou a análise de referência da terra para os direitos de liberdade e igualdade, construídos a partir de uma necessidade de reconhecimento da identidade específica daqueles grupos. É possível perceber a leitura da identidade como materialização da igualdade e como um princípio indisponível dispostos na Carta Constitucional de 1988. Também ressaltou a sua concepção de remanescentes de quilombos como minorias.

Duprat continuou sua argumentação, questionando os pressupostos teóricos do Decreto. Para ela, ainda que implícita e imprecisamente, o conteúdo do decreto assinalou uma interpretação reprodutora e reatualizadora da concepção colonialista de quilombo. Conforme já se disse, esta leitura está atrelada ao marco de 1740, também disposto em Alvará expedido no dia 6 de março de 1741[332]. A Constituição Federal de 1988, segundo ela, promoveu uma ruptura com esta concepção historicista (e não historiográfica) e credencia ao Estado brasileiro as qualidades de plurietnicidade e multiculturalidade como formadoras de sua estrutura jurídico-social[333].

Em outros termos, o esforço teórico a ser empreendido neste tema deve buscar a investigação do direito como direito à diferença e direito à identidade mas não como puro e simples direito à terra. Neste tom, as terras ocupadas por remanescentes de quilombos não poderiam ter o mesmo significado clássico da posse e propriedade do direito civil e, muito menos, daquele decorrente da função

[331] "(...) a Constituição de 1988 representa, assim, uma clivagem em relação a todo o sistema constitucional pretérito, ao reconhecer o Estado brasileiro como pluriétnico e multicultural, assegurando aos diversos grupos formadores dessa nacionalidade o exercício pleno de seus direitos de identidade própria". Duprat, D. Ibidem, 2002, pág. 285

[332] Duprat, D. Ibidem, 2002, pp. 286-287

[333] "(...) ao conferir aos remanescentes das comunidades de quilombos a propriedade das terras por eles ocupadas, faz isso à vista da circunstância de que os territórios físicos onde estão esses grupos constituem-se em espaços simbólicos de identidade, de produção e reprodução cultural, não sendo, portanto, algo exterior à identidade, mas sim a ela imanente." Duprat, D. Ibidem, 2002, pág. 285

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

social da propriedade disposto para a regulação da reforma agrária no Estatuto da Terra e depois no capítulo da Reforma Agrária da própria Constituição de 88.

Embora tenha indicado os pressupostos desse direito à diferença e enunciado a questão étnica na Constituição, os argumentos críticos de Duprat não se desenvolveram como uma análise dos direitos das minorias étnicas. Mas nos forneceu uma pista para deslocar a questão do campo dos direitos reais privados para o campo do direito de minorias étnicas.

Caminhou sua argumentação no sentido oposto à pesquisa da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBD organizada por Sunfeld. Duprat escutou os antropólogos, aqueles que contribuem para uma melhor descrição da facticidade dos quilombos contemporâneos, com bastante atenção. Considerou no seu discurso que a posição da Associação Brasileira de Antropologia – ABA nesta temática deveria orientar a ação Ministério Público Federal na questão fática atinente aos quilombos naquele momento. Pensar a etnicidade por meio dos critérios de autonomia do grupo, da territorialidade e da identidade coletiva. Dentro desta análise, pode-se dizer que a posição do Ministério Público Federal também não concordava com a hipótese de Sunfeld na qual concebia que a titulação das terras de remanescentes de quilombos fosse transcrita e titulada em nome de uma associação. Wiecko de Castilho, também membro do Ministério Público Federal, apresentou a hipótese de que, ao invés de em associações, os remanescentes de quilombos se adequariam melhor à categoria jurídica da "sociedade de fato"[334]. O requisito da associação seria prejudicial "ao modo de ser" do grupo que deveria se submeter a regras do código civil estranhas para um grupo étnico.

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

[334] "Os títulos têm sido dados para associações. Tudo bem, mas nós entendemos que não é um requisito formar uma associação para poder outorgar título. Nós achamos, inclusive, que uma associação pode até, de certo modo, ser uma violação ao modo de ser do grupo, porque para formar uma associação tem que ser conforme regras do Código Civil. No nosso ponto de vista, o título pode ser outorgado para uma sociedade de fato. A sociedade de fato, em vários momentos da Constituição brasileira, é reconhecida. Então, se não se consegue formar uma associação, isso não é impedimento para conceder o título". Castilho, E.W. Castilho, E.W. Mesa Jurídica. In: I Encontro Nacional de Lideranças das Comunidades Remanescentes de quilombos Tituladas. Brasília: Fundação Cultural Palmares/Minc/Editorial Abaré, 2002, pág. 29

5.
A discussão da validade e facticidade do direito quilombola no Brasil: (in)constitucionalidade formal e material do Decreto 4.887 na Corte Constitucional do Brasil

I

Sunfeld encerrou sua pesquisa antes da edição do Decreto 4.887 de 20 de novembro de 2003, que revogara o Decreto nº 3.912/2001[335]. Aquele decreto recuperou a concepção de quilombo como grupo étnico, rechaçando o conceito escravagista deste. "O decreto de Lula",[336] – como ficou conhecido nos movimentos sociais quilombolas – considerou os aspectos da territorialidade e da etnicidade desenvolvidos na antropologia, mas na tentativa de conciliar isso com a concepção da historiografia mais contemporânea sobre o tema. Rejeitou-se a concepção anacrônica definida como histórico-juridicista. Expressamente, estabeleceu, no seu art. 2º, que remanescentes de quilombos são definidos como "os grupos étnicos raciais, sob critérios de autoatribuição, com trajetória histórica própria, dotados de relações territoriais específicas, com presunção de ancestralidade negra relacionada à opressão histórica sofrida". Durante o ano de 2003, o governo criou um grupo de trabalho com a participação de movimentos sociais e da Associação Brasileira de Antropologia – ABA. O objeto do trabalho deste grupo era o de fazer uma revisão no Decreto 3.912 e propor mudanças no procedimento de titulação e identificação das comunidades "remanescentes de quilombos". Houve mesmo uma mudança radical da política pública quilombola em relação à anterior. Passou a adotar o critério da autodefinição étnica, reconhecimento e sentimento de pertença ao grupo. Esta norma de aplicação se orientou pela " etnicidade" como elemento primordial de sua estrutura e conteúdo. Para alguns pesquisadores do tema, tal decreto produziu uma "reviravolta sem precedente ao campo jurídico" ligado à temática. Pois ele legitimou a luta destes atores como uma luta por reconhecimento da etnicidade. Para as comunidades

[335] Sunfeld, A. Ibidem, 2002, pp. 116-117
[336] Camerini, J.C. B. Ibidem, pp. 75-77

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

remanescentes de quilombos, a norma presidencial resolvia uma dívida histórica e fornecia segurança jurídica para a disputa de terra com seus antagonistas[337].

Entre as especificações deste artigo de Lei, reforçou-se a necessidade de se preservar uma ocupação que garanta a reprodução social, econômica e cultural e se acentue a demarcação e medição das terras como elemento dos "critérios de territorialidade". Restaurou-se, também, a competência do Incra para atuar nos procedimentos de reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras.

O Decreto 4.887/2003 assume que a propriedade deve ser transferida mediante a outorga de título coletivo, *pro-indiviso*, com cláusula de inalienabilidade, imprescritibilidade e impenhorabilidade. De algum modo, prescreveu que "as comunidades serão representadas por suas associações legalmente constituídas".

Para aquela questão referente à incidência de territorialidade quilombola em domínios particulares, com justo título e boa-fé, propõe-se a possibilidade de desapropriação. Ou seja, o presente decreto reconhece que essas terras já pertenceram, de fato e direito, aos particulares e não se avançou no sentido da proposta de Dallari (1997). Como vimos, nesta perspectiva os títulos pré-existentes seriam considerados nulos nesses casos.

O decreto reservou para a Fundação Cultural Palmares do Ministério da Cultura o direito de representação e assessoramento jurídico das comunidades. Em suma, retomou em quase todos os sentidos a especialidade fundiária do problema sem perder de vista a dimensão étnica e hitórica. Toda aquela série de argumentações expostas pelo mundo do direito desenvolvidas no ponto anterior teve seu conteúdo praticamente absorvido.

A edição do Decreto 4.883/2003 foi um marco para pôr um fim na questão da "nominação"[338] de quilombos e sua relação com o "enquadramento" jurídico administrativo da definição de grupo étnico. A questão quilombola mobilizou um intenso diálogo entre intelectuais das áreas da antropologia, história e do direito sobre como tratar da legitimidade e da natureza jurídica dos direitos de

[337] Camerini, J.C.B. Ibidem, pág. 78
[338] Arruti, J.M. Mocambo: Antropologia e história do processo de formação quilombola, Edusc, São Paulo, 2006, pág. 40

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

"remanescentes de quilombos", dispostos no sistema de direitos brasileiro. Até a edição deste Decreto, permitiu-se a qualquer interessado no tema se defrontar com um cenário de várias interpretações sobre o direito dos quilombos.

Não tardou para que os antagonistas da luta por reconhecimento dos quilombolas brasileiros voltassem à cena. O Partido da Frente Liberal – PFL (atual Partido Democratas – DEM), representando os interesses dos latifundiários, se reconfiguraram na cena quilombola, trazendo para o palco do espetáculo de operações a cúpula do poder judiciário com a Adi 3.239 de 2004.

Nesta Adi, o Ministério Público Federal apresentou defesa, defendendo o Decreto governamental. O papel dos profissionais da antropologia ligados à 6ª Câmara dos direitos difusos e minorias foi fundamental na instrução e papel do Advogado-Geral da União.

O Ministro Cezar Peluso foi designado como relator do caso. O voto do Ministro Cezar Peluso[339], publicado em 18 de abril de 2012, compreendeu que o "caso quilombola" disposto na Adi 3.239/2004 não possui questão de fato. Só questão de direito[340]. Verificamos uma leitura jurídica por meio de uma "inconsciente" demarcação teórica positivista -normativista, na qual se fez crer na velha concepção de prevalência das normas sobre fatos.

Neste sentido, epistemologicamente, seus argumentos seguem a linha de uma lógica jurídica purista que afasta a observação da facticidade tanto do olhar da ciência jurídica no sentido estrito como também no suposto objeto de estudo do direito que é a norma [341].

Logo nas primeiras páginas do voto, sua interpretação sobre a suposta colisão de princípios existente entre o "princípio da legalidade" e o da "reserva de lei" indica o entendimento de que o art. 68 do Ato das Disposições

[339] Peluso, C. Voto. In: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/1459_ADI3239__Voto.pdf
[340] Peluso, C. Op. cit, pág. 7
[341] Neste sentido, conferir o que diz Kelsen: "O que transforma este fato num ato jurídico (lícito ou ilícito) não é sua facticidade, não é o seu ser natural, isto é, o seu ser tal como determinado pela lei da causalidade e encerrado no sistema da natureza, mas o sentido objetivo que está ligado a esse ato, a significação que ele possui". Kelsen, H. Teoria Pura do Direito. Martins Fontes, São Paulo, 1998, pág. 4

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

Constitucionais Transitórias – ADCT[342][343] deve ser lido na chave de norma constitucional complementar. Assim, para ele, seria necessária a manifestação do parlamento para deliberar o conteúdo e a forma normativa.

Na perspectiva do Ministro Peluso, o direito dos quilombolas só é autoaplicável apenas parcialmente, pois não se deve permitir ao poder executivo regular matéria de direito constitucional. O art. 68 seria uma espécie de norma complementar implícita? É isso que o argumento dele permite deduzir[344]. E quando ele diz que essa matéria é reservada ao legislador e ao mesmo tempo diz que o dispositivo constitucional é autoaplicável, observamos uma contradição no seu discurso[345]. As normas constitucionais complementares costumam trazer no seu enunciado a própria reserva da lei complementar de modo expresso. Por isso, para ele, o Decreto 4.887/2003 deve ser eliminado do "ordenamento jurídico" brasileiro por vício formal. Não é a regra adequada capaz de reduzir a penumbra do olhar do intérprete ao especificar uma nova regra. É como se o decreto não pudesse ser reconhecido legítimo para diminuir e especificar melhor "a textura aberta" do art. 68 do ADCT.

Mas ele também entende que o Decreto 4.887/03 é inconstitucional material e substancialmente. No concernente ao conteúdo da norma, a sua compreensão é praticamente a mesma que fez Carlos Ari Sunsfeld[346] desta temática. No seu texto, o ponto de vista étnico é só uma interpretação "metajurídica"[347]. Da página 20 até a página 61 de seu voto, ele restaura todos os argumentos concebidos como problemáticos pela Associação Brasileira de Antropologia – ABA na época em que estava em vigor o Decreto 3.912/2001,

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

[342] O art. 68 do ADCT diz: "Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos." Disponível in:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm
[343] Peluso, C. Ibidem, pp. 8-11
[344] "Não obstante o art. 68 do ADCT não seja norma de eficácia plena e aplicação imediata, nem por isso o Chefe do Executivo está autorizado a integrar-lhe normativamente os comados mediante regulamento, como o fez". Peluso, C. ibidem, pág. 12
[345] O Ministério Público Federal compreendia que o Decreto 3.912/2001 deveria ser considerado inconstitucional formalmente por não ser um decreto autônomo. Verificar a discussão da Debora Duprat no ponto anterior.
[346] Peluso, C., pág. 20. Importante registrar que ele cita Carlos Ari Sunsfeld como uma das "doutrinas" que fundamenta seu argumento. Observar o item anterior de seu trabalho.
[347] Peluso, C., ibidem, pág. 19

editado no governo de Fernando Henrique Cardoso. Ele restaurou esses efeitos, tentando reeditar a matéria e condenar a forma.

Por isso que Rosa Weber no seu voto retorna ao ponto da repristinação. O voto como norma revogadora de norma não poderia restaurar os efeitos da norma revogada. Entretanto, o conteúdo do voto é idêntico em muitos aspectos ao do Decreto 3.912/2001[348]. Após a edição do Decreto 4.887/03, a questão fundiária dos quilombolas brasileiros deixou de ser apenas um problema de constitucionalidade concreta a ser tratado pela jurisdição infraconstitucional. Com a Adin 3.239/2004, tal questão se elevou à qualidade do controle abstrato de normas a ser tratado pelo Supremo Tribunal Federal.

Como já havia decisão judicial infraconstitucional por juiz federal, com base no decreto, como por exemplo, na Ação Civil Pública do Caso Marambaia, ao menos a "constitucionalidade material" do decreto foi concebida com base na etnicidade como um "fato provado". O juiz e o Ministério Público Federal deste caso se orientaram pelos critérios definidos neste decreto. Outro argumento dele é o de que o decreto não teria como "aplicar" ou "especificar" uma norma constitucional com o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT e também não poderia "usurpar direitos". Para ele, toda a questão não está ligada aos fatos e "se encerra" em uma questão de direito. Por isso, não haveria necessidade de ouvir os destinatários das normas constitucionais no universo de uma comunidade de intérpretes[349].

O Decreto 4.887/03 traz, na sua visão, uma não aplicação dos princípios constitucionais da legalidade e da reserva de lei e enuncia, normativamente, que o art. 68 do ADCT precisa ser complementado por uma lei, pois o decreto não pode inovar no sistema de direitos. Ele jogou por terra toda a possibilidade argumentativa da autoaplicabilidade desta norma[350]. Toda sua narrativa sobre a inconstitucionalidade formal vem fundamentada tanto na doutrina jurídica brasileira tradicional como em um voto de Sepúlveda Pertence cujo objeto

[348] Para uma crítica da "formação discursiva" deste voto Cf. Camerini, pág. 33-36
[349] Peluso, C., ibidem, 2012, pág. 7
[350] Sobre a autoaplicabildade do art. 68 da ADCT, conferir a análise da pesquisa de Dimas Salustiano deste trabalho.

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

versava sobre a eficácia de um decreto federal autônomo[351]. Neste sentido formal, ele compreende que o Decreto 3.912 /2001, editado no Governo FHC (1995-2003), também seria inconstitucional. Contudo, no plano substancial de sua análise, parece concordar materialmente com o mesmo[352].

Importante ressaltar que este voto foi exatamente no sentido oposto ao Parecer do Ministério Público Federal, que defendeu o ponto de vista da etnicidade e dos direitos dos grupos étnicos[353]. Quem vai aderir à "tese jurídica" do Ministério Público em contrapartida à argumentação do PFL é a Ministra Rosa Weber. Ela pediu vista dos autos e depois deu um voto no sentido oposto ao do Ministro Peluso.

Optou expressamente por uma "teoria material" da Constituição e apresentou a discussão de saber se o caso disposto na Adi 3.239 pode ser objeto de controle abstrato direto e concentrado, exercido só pelo Supremo Tribunal Federal. Ou se é objeto de controle concreto de constitucionalidade, indireto e difundido na competência dos juízes singulares. O voto não se aprofundou nesta discussão e defendeu o controle de constitucionalidade no mérito para o caso.

Para ela – Rosa Weber –, entretanto, o tal decreto deveria sim se submeter a um "controle abstrato de efeitos concretos", pois, segundo ela, "a cognoscibilidade da ação direta" foi aplicada ao Decreto 3.912/2001 com os mesmos vícios formais e ao mesmo tempo se configura como um caso e "lacuna" normativa[354]. Como dito acima, uma das preocupações principais da Ministra Rosa Weber foi o de não julgando o mérito do Decreto 4.887/2003, restabelecer, por efeito repristinatório, a materialidade do Decreto 3.912/2001, que tem conteúdo manifestamente inconstitucional. Para ela, a dimensão fática e substancial da demanda não pode permitir o ressurgimento da validade desta última norma por trás dos escombros do que sobraria daquele. Do ponto de vista

[351] Peluso, C, ibidem, pp. 12-17
[352] Sobre a constitucionalidade do Decerto 3.912/2001 conferir a resenha sobre o trabalho de Débora Duprat acima.
[353] Camerini, Op. Cit, pág. 33
[354] Weber, R. Voto Adi 3.239, 23 de março de 2015, STF, pág. 5. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI3239RW.pdf . Mais adiante vamos discutir o problema lacunas do direito. Cf. Nota 235 deste trabalho.

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

substancial, o voto do Ministro Peluso ressuscita os efeitos do Decreto 3.912/2001, daí a importância de se discutir o mérito do Decreto 4.887/2003.

Em seu argumento, "o sentido da norma [art.68 do ADCT] não é visto de plano", pois é dotado de "textura aberta"[355]. Ela se vale de um positivismo de feição hartiana, pois adere a um decisionismo fluido para justificar o que seus próprios argumentos demonstram ser uma falsa lacuna do direito. A ministra Rosa Weber compreendeu que o conteúdo do Decreto 4.887/03 é constitucional, por se tratar de "norma definidora de direito fundamental de grupo étnico-racial minoritário", e definido como" direito de propriedade qualificado", pois é constitucionalmente especificado para um destinatário "nominado" pelo constituinte como "remanescente de quilombos". É, portanto, uma norma de eficácia plena e "definidora de direito fundamental" com força para limitar a atuação do legislador infraconstitucional[356]. Tal regra independe de "norma integrativa" de direito constitucional, pois é obrigação do estado estabelecer a "realização do conteúdo do comando constitucional"[357]. A pesquisa historiográfica e antropológica utilizada pela Rosa Weber selecionou autores importantes das ciências sociais[358]. No sentido oposto, o voto de Peluso se referiu às ciências sociais por meio de artigos e revistas da grande mídia tradicional brasileira. De uma destas matérias, ele reproduz uma expressão deselegante chamando a prática etnográfica de produção de laudos periciais de "pirataria antropológica"[359]. O argumento da Rosa Weber defende a legitimidade da perícia antropológica[360] para o "reconhecimento de sujeitos coletivos de direitos"[361] pela constituição. Ao final, votou pela "improcedência" do pedido de "declaração de inconstitucionalidade do art. 2º, §§ 1º, 2º e 3º do Decreto 4.887/2003".

O impasse está colocado nas duas posições polarizadas sobre o tema expressadas não só na constituinte como também agora na Corte Suprema.

[355] Weber, R. Ibidem, 2015, pág. 14. Sobre essa discussão na teoria do direito veremos mais adiante.
[356] Weber, R. Ibidem, 2015, pág. 14-15
[357] Weber, R. Ibidem, 2015, pág.17-21
[358] Weber, R. Ibidem, 2015, pág. 23, 24,38
[359] Peluso, C. Ibidem, 2012, pág. 51, 52, 53, 54
[360] Weber, R. Ibidem, 2015, pág. 40-41
[361] Weber, R. Ibidem, 2015, pág. 44

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

II

A distinção de raça e etnia apareceu de modo implícito no texto constitucional quando tratou dos quilombos. A ideia de raça semanticamente ligada aos negros e a de etnia como atributo dos indígenas separou durante alguns anos na luta do movimento negro os quilombos da etnicidade. A Carta Constitucional de 1988 pareceu reuni-los novamente. Mas não de uma maneira óbvia e simples. A produção do texto constitucional do art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT presenciou um grupo de parlamentares constituintes que atuavam na "negação das minorias" e afirmação da inexistência de territórios quilombolas contemporâneos em aberto embate com o grupo que defendia os quilombolas e afirmava o seu direito como autoaplicável.

Outra distinção nos pareceu insistente: a bipartição entre a etnicidade e a questão fundiária. A negativa da existência de grupos étnicos na leitura estritamente econômica da reforma agrária e dos requisitos para desapropriação do latifúndio pode ser considerado um entrave na compreensão plena deste assunto. A "função social da propriedade", que já se instituíra no Estatuto da Terra (1964) e depois na própria Constituição Federal de 1988, levou em consideração o grau de eficiência e de utilidade da terra (o Gut e o Gef). Critérios de direito agrário orientados pelo direito econômico. O critério étnico é algo bem recente e não pode ser "medido" da mesma forma e grau embora deva ser visto como elemento constitutivo da discriminação de terras no mundo rural brasileiro.

Arruti, em seu brilhante trabalho sobre o tema[362], mostra que o fenômeno das "emergências étnicas "[363] dos quilombolas fez nascer uma demanda étnico-racial nos movimentos sociais (especialmente no movimento negro e nos movimentos rurais). Ele entende também que a disputa pela inscrição do art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias deixa clara que se trata de um dispositivo constitucional destinado a grupos específicos. Atento para a etnicidade no mundo rural brasileiro, ele observou neste universo uma "mobilização étnica" e o uso pelos quilombolas do "silêncio e do esquecimento como estratégias de sobrevivência do grupo e como marcas da sociabilidade

[362] Arruti, J.M. Ibidem, 2006 pág. 55
[363] Arruti, J.M. Op. Cit. 2006, pág. 28

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

sertaneja". É a descoberta dos direitos que vai promover a ruptura com este "ethos" de passividade[364] dos negros rurais quilombolas e fazer com que a legalidade constitucional reproduza a legitimidade social destes grupos e de sua luta política por reconhecimento. O direito de grupos étnicos a um território próprio abriu um novo horizonte de disputas para as comunidades negras rurais remanescentes de quilombos, para os movimentos sociais no campo e para o movimento negro a partir da pauta de realização de direito constitucional.

Há quem entenda existir um "campo jurídico novo". Um novo capítulo do direito agrário voltado para os quilombos[365]. Estes direitos das minorias na luta pela terra já estariam consolidados na esfera pública internacional. A descoberta dos direitos étnicos, por meio da disputa na direção da legalidade constitucional no processo constituinte parece ter conduzido o movimento quilombola a uma organização com força (facticidade) para disputar o sentido desta lei constitucional e de sua validade.

Falaremos um pouco da construção desses direitos das minorias na esfera internacional para depois partirmos para o modo como os grupos étnicos figurados nos quilombolas brasileiros, através de seus representantes constituintes, no embate com os seus adversários políticos, fixaram o sentido jurídico do direito dos quilombos no Brasil.

III

As minorias étnicas eram objeto de debate da esfera pública internacional pelo menos trinta anos antes do nosso processo constituinte engendrar o texto da Constituição de 1988. Em 1957, na Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho, na Convenção de número 107, pela primeira vez se registrou a proteção de populações ocupantes de territórios não integradas nacionalmente sobre a terra que ocupam. O direito das minorias e dos povos autóctones passava a ser "objeto" de proteção de uma norma internacional de direitos humanos.

[364] Arruti, M. Ibidem, 2006, pág. 47
[365] Camerini, J.C.B. Ibidem, pág.14

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

O Brasil, em plena ditadura civil-militar, recepcionou este documento através do Decreto nº 58.824 com publicação em 1966 no Diário Oficial da União. À revelia do pensamento jurídico conservador da época, o "ordenamento jurídico" brasileiro recepcionou como norma interna válida o direito de propriedade coletivo ou individual que pudesse ser reconhecido aos membros das populações interessadas sobre as terras ocupadas tradicionalmente.[366] Tínhamos um ponto normativo importante a associar a questão étnica com o problema da propriedade rural. Mas não se pode afirmar que este interesse teria já aparecido naquele momento.

Ainda em 1966, o direito das minorias foi objeto de nova deliberação na esfera internacional. A Assembleia Geral das Nações Unidas, na edição do Pacto dos Direitos Civis e Políticos[367] (art. 27), reconheceu que os países com minorias étnicas, religiosas ou linguísticas nas suas fronteiras deveriam garantir a proteção das práticas culturais específicas em toda a sua plenitude[368]. Só muitos anos depois, já em 1989, a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, em seus artigos 17 a 19, dispôs sobre a necessidade de se observar o problema das minorias inserido numa atmosfera de direitos fundiários. Portanto, editam-se as "modalidades de transmissão dos direitos sobre a terra" e a necessidade da consulta desses povos interessados para o procedimento de transmissão desta terra e dos direitos, devendo-se observar os costumes destes povos. A norma recomendou que a ignorância sobre ou a dificuldade de se conhecer o regime jurídico dessas leis pelos "povos interessados" não permitisse qualquer forma de "intrusão não autorizada nas terras". Os programas agrários dos países signatários deveriam considerar essas especificidades dos povos e grupos diferenciados[369].

Em 1992, a Assembleia Geral das Nações Unidas também adotou e reconheceu a Declaração sobre os Direitos de Pessoas que pertencem a Minorias

[366] O art. 11 da mencionada Convenção diz: "direito de propriedade, coletivo ou individual será reconhecido aos membros das populações interessadas sobre as terras que ocupem tradicionalmente."
[367] O Brasil recepcionou tal pacto por meio do Decreto nº 592, DE 6 DE JULHO DE 1992.
[368] No que se refere à construção histórica dos Direitos Humanos: Cf. Comparato, F. K. A afirmação histórica dos Direitos Humanos. Saraiva: São Paulo, 2003
[369] Cf. art. 17, 18 e 19 da Convenção da OIT Sobre Povos Indígenas e Tribais. Tal Convenção foi recepcionada no Brasil através do Decreto 5.051 de 19 de abril de 2004

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas. Tal declaração ficou conhecida nos movimentos sociais de Direitos Humanos como a Declaração de 1992. Pouco tempo depois, a Organização das Nações Unidas – ONU, em 1995, criou um Grupo de Trabalho sobre Minoria, com atividades desenvolvidas pela Subcomissão de Prevenção de Discriminação e de Proteção de Minorias das Nações Unidas. A amplitude do problema das minorias, por ser considerado complexo, envolveu um debate sobre o conceito de minorias e a natureza da titularidade de seus direitos (se são direitos individuais ou coletivos), sobre a interpretação do princípio da igualdade e especialmente a relação das minorias com o princípio da soberania nacional.

O objetivo daquele grupo o de indicar um "tipo normativo" que dispusesse para esfera pública internacional elementos capazes de delinear uma definição normativa e tipológica de minoria. Assim, o elemento numérico populacional, a não-dominância política na sociedade, a cidadania, a solidariedade e o preservacionismo entre os membros da minoria foram fundamentais para se tentar traçar uma norma definitiva sobre minorias[370]. O primeiro elemento que se pauta na definição quantitativa estabeleceu uma polêmica. Determinar a minoria apenas em bases referentes ao tamanho do grupo ou ao número dos indivíduos não era um critério confiável. Foi o menos utilizado para determinar o sentido de minoria.

A característica da não-dominância tem relação com o poder existente no grupo étnico em relação à sociedade como um todo ou outros grupos sociais e se manifesta nas situações de discriminação e vulnerabilidade. Neste sentido, a norma de direitos humanos entendeu que as minorias não são definidas por seu caráter quantitativo, mas sim por sua condição de "grupos vulneráveis". Na África do Sul, por exemplo, quando vigorou o regime de Apartheid, a "minoria negra" vulnerável se constituía na "maioria numérica" daquele país. Este era dominado por uma minoria numérica, os brancos, fora da condição de vulnerabilidade[371]. Isto é, a definição normativa de minorias se prende a um critério qualitativo e não quantitativo.

[370] Wucher, G.Op. Cit. 2000, pág. 45.
[371] Wucher, G. ibidem, 2000, pág. 46

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

O pertencimento ou não das minorias a um Estado Nacional, quando reivindicam direitos, foi um tema polêmico. Com base nessas discussões, as Nações Unidas declararam existir minorias para além de fronteiras estatais. Não se configuraria uma soberania, mas uma autonomia transnacional. A solidariedade e o preservacionismo cultural formam o que se chamaria elemento subjetivo do critério acima mencionado. A mera declaração de pertencimento a uma minoria não caracterizaria vínculo ao grupo. Esse sentimento de pertencimento e o reconhecimento mútuo de que se está em situação de vulnerabilidade define melhor o indivíduo como pertencente a um grupo minoritário. Tais elementos deveriam manifestar sentimentos de preservação da cultura, tradições, religião ou idioma de um grupo específico.

Para os especialistas da ONU, existiriam diversas minorias. Em geral, classificam-se as minorias em "nacionais", "étnicas", "religiosas" e "linguísticas", pois "representam os objetos tradicionais da proteção internacional das minorias"[372]. Will Kymlicka observou as minorias de um plano menos normativo. Em seu famoso livro "Multicultural Citzenship" (1995), compreendeu as minorias no pano de fundo da política do multiculturalismo e ofertou respostas àquelas antinomias apontadas na perspectiva normativa. Volta-se, dessa maneira, não para o contexto dos direitos humanos, mas para o fato de como o Estado Nacional, na condição de detentor da soberania popular, poderia aceitar tais condições de existência dos grupos minoritários. Portanto, entende-se que há os chamados países de minorias nacionais ("national minorities") e países de minorias ou grupos éticos ("ethnic groups"). Os primeiros entendidos como "autóctones", enquanto os segundos como estrangeiros ou imigrantes. Na perspectiva de Kymlicka, há, nesta visada, dois tipos de Estado quanto a sua incorporação da diversidade de grupos étnicos. Existem os "Estados multinacionais" ("Multination States"), os quais abrigam a existência de várias culturas nacionais ou minorias nacionais no âmbito de suas fronteiras e os Estados "poliétnicos" ou "multiétnicos" ("Polyethnic States")[373].

Um exemplo de Estado com diversas minorias nacionais seriam os Estados Unidos. Na visão deste autor, todo país que tem internamente fronteiras culturais

[372] Wucher, G. Ibidem, 2000, pág. 49.
[373] Kymlicka, W. Multicultural Citzenship. New York: Oxford Univerity Press, 1995, pp. 11-12.

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

construídas por grupos pré-existentes ao seu surgimento poderia ser visto como multinacional[374]. A "segunda fonte de pluralismo cultural" (the second source of cultural pluralism") nas democracias ocidentais se encontra na imigração e no reconhecimento das fronteiras étnicas. Há países que aceitam e permitem a incorporação de novas culturas, não como um componente de um "mosaico de culturas", mas sim como reconstrutoras dos próprios modos de viver e fazer em seu território. Nisso também se incluem países como o Canadá e, por assim dizer, Brasil.

Além disso, há países que podem abrigar tanto minorias nacionais quanto minorias étnicas e dessa maneira serem ao mesmo tempo "Multinational State" e "Pollyethnic state". Essas duas classificações permitem, segundo o autor, eliminar a confusão que o termo multiculturalismo pode trazer para o entendimento do pluralismo cultural. [375]Ao se referir ao Brasil e aos demais países do terceiro mundo, ele destaca o perigo apresentado pelo fato daquele não reconhecer as tribos indígenas como minorias nacionais no plano internacional. Conquanto isso reconhece que a maioria dos países da América são ao mesmo tempo "multinacionais" e "poliétnicos"[376]. A despeito de não compreender a etnicidade dos afrodescendentes como ilustração de possibilidade de grupos étnicos[377], Kymlicka continua com sua teoria dos direitos de grupos diferenciados, que no plano da teoria política liberal parece refletir as dimensões normativas sobre minorias editadas pelas Nações Unidas. Para ele, há três tipos de direitos de grupos diferenciados que aqui se traduz livremente como: (i) grupos com direito de autonomia ("self-government rigths"); (ii) grupos com direitos poliétnicos (polyethnic rigths) e (iii) grupos com direitos de representação especial ("special representaiton rights")[378]. Ou seja, aquelas espécies de proteções jurídicas ganham "nominações jurídicas"[379] não reduzidas à categoria de direitos coletivos.

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

[374] Nos termos do próprio autor: ""In fact, many countries throughout the world are multinational, in the sense that their boundaries were draw to include the territory occupied by pre-existing, and often previously self-governing, cultures". Kymlicka, W.Idem, 1995, pág. 13
[375] Kimlicka, W. Ibidem, 1995, pág. 17
[376] Kymlicka, W. Ibidem, 1995, pág. 21
[377] Kymlicka, W., ibidem, 1995, pág. 24
[378] Kymlicka, ibidem, 1995, pág. 27
[379] Arruti, M. Ibidem, 1995, pp. 43-45

(i) O direito de autodeterminação é aplicável àquela circunstância referente à demarcação de terras de minorias nacionais no interior de um Estado Federal. Isso se exemplifica tanto no Brasil quanto em outros países da América Latin com o problema persistente da demarcação das terras indígenas e também do direito de quilombolas, ciganos e populações tradicionais. Refere-se, portanto, ao reconhecimento de poderes no âmbito das etnias e nações indígenas[380]. Dessa forma, os (ii) direitos poliétnicos são direcionados para aqueles grupos detentores de etnicidade. Fundamentalmente, significam estes os direitos de expressão cultural em relação à sociedade em geral e concretamente demandam o respeito e a garantia de seus modos de ser, fazer e viver, como por exemplo, expressar sua própria religião, a sua própria língua ou ter um tipo de educação específica.

Isso significa que tais grupos operam uma pretensão de políticas públicas por demandas e estabelecimento de fundos e recursos públicos específicos . Não se tratam de ações afirmativas. Para ele, as ações afirmativas têm caráter temporário, enquanto que tais direitos de minorias se voltam para uma proteção de cunho mais permanente. No fundo, estas garantias de grupos específicos – chamadas pelo autor de direitos poliétnicos – protegem a manifestação do orgulho de sua particularidade cultural sem embaraço dos seus êxitos nas instituições econômicas e políticas do pensamento hegemônico na sociedade. Como direitos de autodeterminação, estes direitos "poliétnicos" não são vistos como temporários, porque as diferenças culturais que eles protegem não são algo que buscamos eliminar[381]. Já os direitos de especial representação (iii) são compreendidos como pertencentes a um universo complicado ("complicated"), pois não raro se restringem a representação em órgãos institucionais, como o poder legislativo, e podem ser identificados como medidas temporárias do tipo das ações afirmativas. Por outro lado, são meios encontrados para a atuação de outros grupos sociais em desvantagem. Torna-se também complicada essa ideia de representação quando se toma alguma decisão sem a devida consulta do grupo, colocando em risco todo ou algum direito do grupo em geral ou de alguém pertencente ao grupo em específico.

[380] Kymlicka, W. Ibidem, 1995, pp. 28-29
[381] Kymlicka, W. Ibidem, 1995, pág. 31

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

Impossível perder de vista, nesse debate, o problema relacionado com a diversidade cultural[382]. A relação entre liberdade e cultura nas sociedades democráticas modernas é bastante sobressaltada na observação do autor. Cultura aqui entendida em um sentido amplo que envolve uma série de atividades como educação, religião, economia e outras práticas institucionalizadas[383]. Por isso propõe ele um repensar do liberalismo clássico e das teorias que pensam a liberdade e a igualdade em termos não multiculturais. O desenvolvimento desta argumentação foge dos limites deste trabalho.

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

[382] Kymlikca, W. Ibidem,1995, pág. 121
[383] Kimlicka, W. Ibidem, 1995, pág. 76

6.
A questão dos direitos quilombolas: "hardcase"(?), política jurídica e legitimação dos atores institucionais

Na visão de Dworkin, não existe uma teoria "plausível" sobre a chamada divergência teórica no campo do direito. A divergência teórica seria uma "ilusão". Haverá sempre uma construção argumentativa que se reduz "ao ponto de vista da simples questão de fatos dos fundamentos jurídicos". As questões jurídicas sempre obterão respostas mediante a consulta de "arquivos" manipulados por "especialistas", independente do que deveria ser, mas pelo que de fato é.

Haverá, também, nessa visada, sempre um problema para a reconstrução dos fatos em processos judiciais, pois poder-se-ia dizer que o direito, desse modo, não passa de decisões institucionais produzidas pelo judiciário ou legislativo, por exemplo. Dworkin, entretanto, se desloca para a perspectiva do olhar leigo sobre o direito. Não seria fácil argumentar – ao menos nos Estados Unidos e na Grã-Bretanha – solo de sua tradição jurídica – que inexiste divergência entre juízes e advogados. Por isso não se deve confundir interpretação reconstrutiva do direito com a mera linguagem semântica. Por isso, a dificuldade de um juiz no seu ofício poderia ser o de encontrar em uma situação concreta de conflito a interpretação do direito coerente com o sistema de regras e princípios vinculados à história constitucional de um país.

Há situações concretas que parecem apontar diversas possibilidades de aplicação normativa de regras ou mesmo não possuir uma regra clara para tal situação[384]. O positivismo jurídico, que se expressa logicamente na teoria pura do direito de Kelsen (no sistema de civil law) ou na jurisprudência analítica de Hart (no sistema de common law), permite o uso da discricionariedade do juiz nessa situação, considerando sua "textura aberta" e abrindo possibilidade para o judiciário "criar" o direito[385] diante de lacunas normativas do sistema. Nas duas

[384] É possível mostrar mais adiante como um juiz enfrentou a questão concretamente no "caso" Marambaia, valendo-se de um esquema de interpretação normativista-positivista.

[385] Neste sentido, cabe a pertinente observação de Luiz Werneck Vianna quando diz que é "indeterminação da norma que autoriza a intervenção do Executivo, uma vez que é este quem lhe garante a eficácia, derivando disto a autonomia do *corpus* da tecnocracia para decidir que interesses devem ser sacrificados ou contemplados em nome da satisfação das exigências do sistema de maximização da *rationale* econômica". Werneck Vianna, L. Corpo e Alma da Magistratura Brasileira, Editora Revan, 3ª Edição, Rio de Janeiro: 1997, pág. 28

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

versões do positivismo lógico, a anglo-saxônica e a continental, a criação do direito, com base em argumento de poder ou de política, é produzida com ou sem correspondência com princípios constitucionais expressos. Mas o juiz só poderia atuar criativamente diante das lacunas do direito[386].

A integridade dworkinana implica o contrário: não há possibilidade para diversas respostas a uma situação concreta, mas sim uma única resposta, uma resposta de direito[387]. O construtivismo hermenêutico de Dworkin poderia ter expandido o leque de questões colocadas para o sistema de direitos brasileiro. Contudo, o caso quilombola não é exatamente um problema de lacuna do direito. É uma simples subsunção do fato à norma que, nesse caso quilombola, assume uma feição tensa por causa da complexa definição de sua facticidade.

Na tradição do *civil law*, Hans Kelsen, no famoso capítulo VIII da Teoria Pura do Direito, ainda discutindo o problema das "possibilidades" de aplicação, interpretação e fixação do sentido da norma jurídica, compreende o lugar político daqueles que querem influenciar na fixação de sentido de uma norma como "política jurídica"[388]. A atividade deliberativa que antecede a produção de uma norma e os atores que nela se inserem são reconhecidas por Kelsen como fora do raio de atuação de uma ciência jurídica no sentido estrito. O advogado ou promotor que pretende que sua petição inicial tenha seus pedidos mediatos e

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

[386] Para nos aprofundarmos na questão da "aplicação", "criação" do direito e das "lacunas do direito" Cf: Weber, M. Sociologia do Direito. In: Economia e Sociedade. Editora Universidade de Brasília/Imprensa Oficial do Estado de São Paulo: São Paulo, 1999, pg 10-13. Cf. Tb. Kelsen, H. Teoria Pura do Direito. Martins Fontes Ed. São Paulo:1999, pág. 387-397.Perelman, C. Lógica jurídica. Martins Fontes: São Paulo, 1998, pg 66-68. Na tradição do *common law*, é interessante recuperar aqui aquela discussão de Hart com Dworkin disposta nos 5 primeiros capítulos de "Levando os direitos a sério" e a resposta do Hart no pós-escrito de sua grande obra O Conceito de Direito. Cf. Dworkin, R. Martins Fontes: Levando os direitos a sério, 2002, São Paulo. Cf. Também: Hart, H.L.A. O Conceito de Direito. Oxford University Press/ Fundação Calouste Gulbekian: Lisboa, 2007 (1994)

[387] Dworkin, R. O império do Direito. Trad. Jeferson Luiz Camarco. São Paulo: Martins Fontes, 1999, pág. 237

[388] "A questão de saber qual é, dentre as possibilidades que se apresentam nos quadros do Direito a aplicar, a 'correta', não é se quer – segundo o pressuposto que se parte- uma questão de conhecimento dirigido ao Direito Positivo, não é um problema de teoria do Direito, mas um problema de política do Direito. A tarefa consiste em obter, a partir da lei, a única sentença justa (certa) ou o único ato administrativo correto é, no essencial, idêntica à de quem se proponha, nos quadros da Constituição, criar as únicas leis justas (certas). Assim como da constituição, através da interpretação, não podemos, a partir da lei, por interpretação, obter as únicas sentenças corretas". Kelsen, H. Teoria Pura do Direito, São Paulo: Martins Fontes, 1998, pág. 393 (grifo nosso)

imediatos acolhidos pelo juiz da demanda atua no universo de uma "política de Direito".

Na visão deste positivismo lógico-jurídico, uma petição inicial convertida em sentença na sua integralidade é transformada numa norma individualizada a compor o ordenamento jurídico de um país qualquer. O projeto de lei e a minuta de Decreto se difere dela por questão de grau e de divisão das funções institucionais. O advogado [e nessa posição também o Ministério Público] provoca a produção normativa no âmbito do judiciário. Ele mesmo, ao contrário do juiz, não é um produtor de normas, é um produtor de "política jurídica"[389], pois quer que a decisão judicial reflita os interesses de seus patrocinados na causa. A advocacia e a posição de postulante de direitos na justiça são uma atividade de "política jurídica" localizada, principalmente, nos bastidores da criação do direito positivo no judiciário *in concreto*. Tal atividade não faz uma "política jurídica" capaz de influenciar a produção de normas gerais e abstratas, como faz o parlamentar. E também não pretende se focalizar, senão de modo incidental, na produção de políticas públicas gerais através de Decretos ou Resoluções do poder executivo. O advogado e também o Ministério Público, na visão kelseniana, não fazem "ciência do direito no sentido estrito". Ao peticionar, pode ver o direito modificado por sua pretensão total ou parcialmente quando ganha uma causa. A sentença ou acórdão, quando acolhe os pedidos do autor ou do réu numa ação e seus fundamentos fáticos e jurídicos, converte uma simples petição em norma autenticada pela autoridade judicial na sua integralidade. Por isso, dentro do próprio raciocínio normativista kelseniano, o advogado pode não "realizar uma função jurídico-científica", mas atuar na criação do objeto do direito. Ou nos termos do purismo metodológico, na criação da norma judicial específica.

O debate longo sobre o positivismo lógico da teoria pura não seria oportuno nos limites deste trabalho. Contudo, antes de prosseguir nessa defesa do argumento da atividade postulatória da advocacia como produtora de "política

[389] "(...) Um advogado que, no interesse do seu constituinte, propõe ao tribunal apenas uma das várias interpretações possíveis da norma jurídica a aplicar a certo caso, e um escritor que, num comentário, elege uma interpretação determinada, de entre as várias interpretações possíveis, como a única 'acertada", não realizam uma função jurídico-científica mas uma função jurídico política (de política jurídica). Eles procuram exercer influência sobre a criação do Direito. Isto não lhes pode, evidentemente, ser proibido. Mas não podem fazer em nome da ciência jurídica, como frequentemente fazem". Kelsen, H. Op. Cit, pág. 396"

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

jurídica", vejamos como uma observação do papel do advogado feita de um outro lugar do saber – a sociologia – também compreendeu o papel político do advogado. Nossa argumentação demandou a extensa observação de Max Weber sobre o "advogado moderno" como defensor dos "interesses daquele que o procuram" A política jurídica tem forte relação com a representação dos interesses da parte que a solicita quando contrata um advogado para uma determinada causa.

O argumento de Max Weber parece complementar e ilustrar a argumentação de Kelsen na medida em que visualiza a intimidade da advocacia com a democracia na modernidade. Vai mais além, no sentido de vincular a atuação do advogado também como uma técnica. Ao deixar a "vocação" da advocacia fora da "vocação para ciência", permite entender a advocacia como uma especialização funcional de defesa de interesses nas sociedades democráticas.

A "política jurídica" não se reduz à atividade postulatória do advogado. Poderíamos enquadrar neste rol as funções postulatórias do Ministério Público e da Defensoria Pública, além daquelas carreiras que no Brasil são compreendidas como da advocacia pública: Procuradores do Estado, Advogados da União, Procuradores Federais, por exemplo. Neste sentido, o Promotor ou Procurador da República também pratica "política jurídica" através de suas petições e pareceres.

Assim, quando há o embate de argumentações jurídicas entre o Ministério Público e a Advocacia, poder-se-ia dizer que há uma contraposição de interesses e uma tentativa de propor, através da demanda jurídica, a sua verdade política. Se a atividade postulatória vai influenciar a produção da sentença judicial, portanto, a produção de uma norma ou especificação de uma regra a integrar o ordenamento jurídico, as condições de produção destes saberes – as do Ministério Público e as da Advocacia – se diferem apenas por razões funcionais e de mantença econômica. A advocacia como uma atividade pública de ministério privado. As demais carreiras jurídicas que postulam em juízo , mantidas pelo erário público.

Nas condições da democracia brasileira contemporânea, observamos que se pretende "neutralizar" a função política do Ministério Público como se sua atividade estivesse mais próxima de uma "vocação para ciência" do que de "uma vocação para política". Podemos deduzir que ambas são políticas, mesmo para

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

teóricos "puristas" como Kelsen. Portanto, estão em pé de igualdade no que diz respeito à disputa pelo triunfo da causa. Sendo a advocacia uma atividade que se autossustenta economicamente, recolhendo recursos dos honorários, assessoria ou consultoria pagos pelos seus clientes, não pode ser questionada na sua ética por tais razões.

Essa discussão nos remete ao "antagonismo estrutural" que Bourdieu observou entre "teóricos" e "práticos" do direito. Na sua perspectiva do direito, como elemento reprodutor do " poder simbólico", estruturado na sociedade e nas instituições, ele identifica a "luta simbólica" entre "magistrados" e "professores" para saber quem melhor poderia dizer o direito correto aplicável ao caso. Por meio de uma "interpretação autorizada dos textos canônicos", Bourdieu viu uma "divisão social" do trabalho jurídico extrair da ciência do direito e da política jurídica uma "divisão do trabalho simbólica"[390] no campo do direito.

Um fato como a etinicidade provocou rupturas no paradigma normal do direito por exemplo. As categorias de etnicidade, direito das minorias, direito à diferença e território não são facilmente "enquadradas" na prisão do discurso jurídico moderno que se refere à propriedade como um bem jurídico sob a regência dos direitos reais ou do direito administrativo.

Por outro lado, um saber como o da antropologia já vem incorporando elementos da teoria constitucional contemporânea, permitindo o acesso a uma "interpretação construtiva" aberta produzida por uma comunidade de intérpretes constitucionais de origens diversas na esfera pública e não especializada em direitos.

Identificamos que as análises relativas à construção de um campo político do direito se faz no ambiente de equivalência funcional do poder judiciário com a aristocracia[391]. Neste sentido, há a identificação de agentes e estruturas que mesclem (i) "análise de processos históricos de longo prazo, (ii) "institucionalização do direito" (campo acadêmico e campo profissional) e (iii)

[390] Bourdieu, P. O poder simbólico, pág. 20

[391] Ribeiro de Almeida, F. N. A Nobreza Tocada: as elites jurídicas e a política da justiça no Brasil. Universidade de São Paulo-USP/Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências humanas. Tese (Doutorado): São Paulo, 2010

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

"análises de processos históricos conjunturais" (ciclo da Reforma do Judiciário 2003-2004)[392]. Nessa linha, uma elite jurídica se forma a partir do "habitus" decorrente da profissão e de suas distinções interprofissionais e intraprofissionais. Com a criação de critérios para existência e meios de acesso à profissão[393].

Torna-se necessário observar, a partir de uma "sociologia das elites" e de uma "sociologia das profissões", os atores deste campo e as formalidades que trazem consigo. Portanto, é preciso ter ciência das distinções entre o mundo profissional, o mundo acadêmico e o mundo jurídico. Além disso, não raramente se sabe que as profissões jurídicas fazem transitar, em torno de si e das suas origens familiares, sua formação acadêmica e trajetórias profissionais. As interferências do saber jurídico no político, bem como as influências que do saber jurídico no político se obrigam a criar categorias de manejo daquele saber, através das insígnias da "reverência" e da "admiração", bem como da "persistência da simbologia e construção de imagens públicas"[394]. O "caráter laudatório" dessas homenagens é somado aos critérios de "antiguidade", "notabilidade" na doutrina e no exercício profissional, permitindo o "compartilhamento de capitais simbólicos"[395]. O caráter e os gestos nobiliárquicos, bem como os capitais familiares, marcam o caráter de recrutamento endógeno das elites jurídicas na classe análoga à aristocracia[396]. A Escola de Direito de Recife e a Escola de Direito de São Paulo estariam na origem de formação desta elite jurídica, embora novos atores de formação jurídica entrem em cena com a crescente profissionalização da docência em direito. A Escola de Direito de São Paulo, especialmente a partir da chegada de Liebmann[397], passou a dominar o cenário do direito processual brasileiro e com isso capitanear a formação da elite judicial brasileira. Esse núcleo formado em torno de um simbólico discípulo de Chiovenda – que era o caso do Liebmann – criou raízes no pensamento processual

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

[392] Ribeiro de Almeida, F. N. Op.cit, 2010, pág. 21
[393] Ribeiro de Almeida, F. N. Ibidem, 2010, pág. 22
[394] Ribeiro de Almeida, F. N. Ibidem, 2010, pág. 49
[395] Ribeiro de Almeida. F. N. Ibidem, 2010, pág. 59
[396] Ribeiro de Almeida, F. N. Ibidem, 2010, pág. 67
[397] Ribeiro de Almeida, F. N. Ibidem, 2010, pág.146

brasileiro, sendo um divisor de águas no desenvolvimento científico do processo civil no Brasil, pois rompia fortemente com a tradição coimbrã[398].

A preponderância da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco da Universidade de São Paulo- USP e da Faculdade de Direito da PUC-SP na formatação de uma concepção da "instrumentalidade do processo" e na influência das alterações processuais do direito processual brasileiro moldou um pensamento conservador no território do direito processual recebido como verdade no âmbito profissional. A verdade sobre o processo civil, portanto, entrou no domínio de uma elite do saber jurídico que "funda o núcleo ideológico e histórico de um grupo intelectual influente na teoria jurídica e na administração da justiça estatal"[399] brasileira.

No campo acadêmico e no campo profissional, os atores das profissões jurídicas se valem de seus capitais sociais, econômicos e especialmente jurídicos, mas não abandonam os seus "traços de bacharelismo" para compor um campo político. Com isso, a "ideologia da superioridade técnica", o questionamento da "relevância social das funções" e o poder simbólico de um diploma em direito, já sofriam questionamento em seus próprios subcampos. O ensino superior jurídico nos últimos anos padeceu de uma análise no que concerne à validade das teses jurídicas no sentido estrito e não mais apenas como um dado a ser cartografado.

Por outro lado, a Sociologia e a teoria social nos retira do reino da "sociologia espontânea". Na linha de Bachelard e Ganguilhem (que também foram referências de Foucault[400]), Bourdieu[401] ainda considera que a sociologia mantém o seu rigor científico através de metáforas. Por isso, a prática sociológica insiste no "treino constante da vigilância epistemológica", sempre se advertindo para não transformar a "prudência metodológica em reverência acadêmica". É sempre possível fugir da possibilidade de uma "paixão perversa por exercícios metodológicos"[402]. O deslocamento excessivo da "vigilância epistemológica"[403]

[398] Ribeiro de Almeida, ibidem, 2010, pág. 147
[399] Ribeiro de Almeida, ibidem, 2010, pág. 157
[400] Foucault, ibidem, 2015, pp. 4-5
[401] Bourdieu, ibidem, 2015, pág. 12
[402] Bourdieu, P. *et al*, ibidem, 2015, pág. 14
[403] Bourdieu, P. *et al*. Ibidem,2015, pp. 14, 19, 108

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

pode se converter em neurose obsessivo compulsiva e, portanto, numa falsa visão do objeto.

Esta vigilância epistemológica associada a um discurso e método sociológico funcionariam como uma quebra do senso comum produzido com a nossa "sociologia espontânea"[404]. Atacar uma sociologia espontânea significa romper com este senso comum na direção de uma sociologia mais sistemática e metódica. O sociólogo conhece como ofício uma atividade que ao estudioso do direito só se reserva aos pesquisadores. É a discussão do "corte epistemológico" nas ciências sociais. Se isso na prática jurídica ordinária é difícil de se operar, a sociologia utiliza como princípio metodológico[405]. Separa a "interpretação científica e todas as interpretações artificialistas ou antropomórficas do funcionamento social[406]...". Bourdieu e seus colegas pesquisadores falam em sociólogo, mas usam o termo "ciências sociais", fato que não nos impede de estabelecer uma analogia com o ofício do antropólogo. Há um tronco de formação entre as duas disciplinas, estruturado no eixo da formação sociológica clássica. Lidar com a facticidade exige um rigor tão difícil e problemático quanto lidar com validade de normas dentro de sistema jurídico ordenado.

Os cientistas sociais enfrentam muitas vezes dificuldade em traduzir o rigor de seu saber para "operadores do direito" que, muitas vezes com a maior das boas intenções, não conseguem ultrapassar o limite da sociologia espontânea. Mas insistem nela como se fosse científica. A mencionada "vigilância epistemológica" que o cientista social exerce sobre aqueles que adentram o seu campo de saber passa por um rigoroso ritual de formação na teoria social clássica. O caminho que passa por Marx, Durkheim e Weber precisa ser trilhado com rigor. Se pudéssemos traduzir numa metáfora, diríamos que no ambiente judicial próprio de uma ação judicial, o antropólogo (cientista social) pode aparecer nos autos como cidadãos na audiência pública, oportunidade que a lei concede a todo cidadão interessado na matéria de se pronunciar na fase de coleta de provas do inquérito civil público, como também pode aparecer como perito judicial. Para isso, terá de responder aos quesitos das partes em conflito formulados por meio de seus advogados. Para o juiz e para as partes do processo (advogados ou Ministério Público, por exemplo),

[404] Bourdieu, P. *et al*. Ibidem, 2015, pág. 27
[405] Bourdieu, P. *et al*. 2015, pág. 35
[406] Boudieu, P. *et al*. 2015, pp. 35-36

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

o perito precisa ser objetivo e cientificamente claro na descrição dos fatos. A antropologia fornece este instrumental que obedece aos cânones das ciências sociais.

A questão é que tanto nos sistemas do *common law* ou *civil law* parece-nos que o processo civil se alimenta da prova dos fatos narrados por um demandante na justiça. A atividade judicante busca nos fatos aquilo que se encaixa numa "espécie" prevista na lei. A tradução ou não do fato em algo correspondente ao que está previsto é algo perturbador desde a escola de exegese, que criou o princípio do "non liquet", o qual obrigava o juiz a decidir todas as causas para as quais foi provocado. Assim, conforme o art. 4º do Código Napoleônico, o juiz não poderia alegar obscuridade ou silêncio da legislação. Foi o modo encontrado para ter o mínimo de "previsibilidade racional" diante dos juízes do antigo regime.

Entretanto, hoje em dia as mais sofisticadas teorias do direito trabalham com a ideia de que todo fato é uma reconstrução discursiva que o juiz formula e deduz no processo. As provas colaboram na reconstrução dos fatos que na verdade são "fatos do discurso" dentro de seu "campo discursivo", que é o Tribunal e o mundo do direito imediatamente[407].

Por outro lado, não é obrigação judicial narrar os fatos. Isso é cabível para os interessados na lide. A narrativa dos fatos nas petições dos advogados deve buscar o convencimento do juiz ou tribunal. E para isso é preciso fazer crer que os fatos existem no universo das provas dos autos. Por outro lado, na literatura jurídica tradicional, a qualificação jurídica daquilo que o juiz supõe ser um fato é prerrogativa do próprio juiz.

Notamos que no caso dos quilombolas a "divisão simbólica do trabalho jurídico" é partilhada com outras profissões: a do antropólogo e, em certa medida, a do historiador. Assim como há as dificuldades jurídicas para alguns em se fazer a subsunção do fato "quilombo" a uma forma da lei constitucional, em contrapartida, como diz Arruti, há dificuldade de resposta do antropólogo à "objetividade" jurídica, já que toda etnografia, neste caso, é motivada a partir de um "rol de questões" originárias do campo do direito[408].

[407] Foucault, M. Ibidem, 2000, pp. 25, 29
[408] Arruti, J. M. Ibidem, 2006, pág. 33

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

7.
A discussão da facticidade e validade do direito quilombola no controle concreto de constitucionalidade

7.1.
Um caso de aplicação do controle de constitucionalidade concreto do direito dos remanescentes de quilombos brasileiros antes do Decreto 4.887/2003

Como diria Foucault, em sua "Arqueologia do saber", " não é fácil dizer alguma coisa nova"[409]. Entre os anos de 1996 e 2004, pudemos observar de perto o mundo rural da Bahia na condição de advogado membro da Associação de Advogados de Trabalhadores Rurais no Estado da Bahia – AATR. Verificamos que o "fenômeno quilombola se manifestou em todas as regiões daquele estado. De Ibotirama à Santa Maria da Vitória, de Bom Jesus da Lapa a Carinhanha, visitamos várias comunidades quilombolas acompanhando a Comissão Pastoral da Terra da Bahia – CPT-BA.

Neste contexto e naquela região, também acompanhamos a antropóloga da Procuradoria da República Sheila Brasileiro na produção final do laudo antropológico da comunidade de Sacutiaba e Riacho de Sacutiaba na passagem dos anos de 1999 para os anos 2000[410]. Lembramos ainda da viagem difícil e longa até o município de Wanderley. O carro da Procuradoria da República atolou na lama a caminho da comunidade.

No artigo que reflete sobre Sacutiaba e Riacho de Sacutiaba os autores pressupunham que as "comunidades negras rurais" se organizavam como "movimento social" rural cuja a pauta de reinvindicação se expunha na concretização do art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Carta Constitucional de 1988. O laudo antropológico aparece como constituinte dos "processos de reconhecimento e legitimação" de tais comunidades e colocava

[409] Foucault, M. Ibidem, 2000, pág. 51

[410] Brasileiro, S.; Sampaio, J. A. Sacutiaba e Riacho de Sacutiaba: uma Comunidade Negra Rural no Oeste Baiano, In: Quilombos: identidade étnica e territorialidade, Rio de Janeiro: Editora FGV, 2002, pág. 83-108. Este artigo se originou do mencionado laudo antropológico produzido para a comunidade

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

juristas e antropólogos situados no contexto teórico-metodológico do "referencial étnico" e da etnicidade outrora dirigida apenas às populações indígenas[411].

A demarcação teórico-antropológica da etnicidade das comunidades negras rurais demandava judicialmente uma "definição técnica"[412] por parte do perito antropólogo. Dizer como aquele território se estruturava a partir da atribuição de identidade como "grupo étnico", descritos a partir das "categorias de adscrição e identificação" formuladas por Fredrick Barth[413].

Por outro lado, o caso de Rio das Rãs talvez seja o mais comentado tanto no movimento negro quanto no movimento rural da Bahia e do Brasil. Houve um forte conflito pela posse da terra com o Grupo Bial-Bomfim, empresa do fazendeiro Carlos Bomfim, na época o terceiro maior produtor de algodão do país. As tentativas de expulsão da comunidade de Rio das Rãs de seu território datam dos anos de 1970. Em 1990, 60 (sessenta) famílias foram expulsas do local de forma violenta e arbitrária. O sindicato de Trabalhadores Rurais de Bom Jesus, através da sua assessoria jurídica, conseguiu a reintegração de posse por meio de liminar concedida pelo poder judiciário.

O conflito foi de alta intensidade. O fazendeiro "envenenou" parte das terras com o intuito de comprometer a subsistência da comunidade. A gravidade deste dano ambiental ensejou uma demanda judicial por parte do Instituto Brasileiro de Meio Ambiente – Ibama contra Carlos Bonfim. Além disso, houve derrubada das cercas, destruição da roça e das matas[414].

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

[411] Brasileiro, S.; Sampaio, J.A. Op. Cit., pág. 83-85. Interessante observar que os antropólogos peritos do caso identificaram, naquela época, a Procuradoria da República como um "forum privilegiado originador de ações judiciais que ora tramitam nas esferas competentes da justiça federal ". Brasileiro, S.; Sampaio, J. A. Ibidem, pág. 82

[412] "Os territórios habitados por remanescentes de quilombos vêm sendo referidos na literatura antropológica, como sítios historicamente ocupados por negros e que são possuidores conteúdos culturais de valor etnográfico (Fundação Cultural Palmares. Brasileiro, S.; Sampaio, ibidem, pág. 84

[413] Importante ressaltar, como já mencionamos aqui, que Arruti via limitações na teoria de Barth por se centrar na organização do grupo étnico e de sua determinação de fronteiras em relação ao outro. Para Arruti, questões como "nominação" e "territorialização" ficaram de fora desta leitura barthiana de quilombos e mocambos. Arruti, J.M. Ibidem, 2006, pp. 39-41

[414] Carvalho, J. J. (org). O quilombo de Rio das Rãs, tradição, lutas. Edufba.Salvador, 1995, pp. 75-77

A comunidade acionou a justiça civil. O juiz foi considerado suspeito na demanda judicial e foi "promovido por merecimento". O novo juiz deferiu o pedido de perícia técnica, mas não foi realizada. O conflito teve até intervenção do Ministério da Justiça cuja ação foi mobilizada pelo Movimento Negro Unificado – MNU através de uma solicitação formal[415].

A demanda foi deslocada para a Justiça Federal através de um pedido de liminar feito pelo Ministério Público Federal. Isso garantiu a manutenção na posse, contudo, não fez cessar o conflito e a situação de violência[416]. As famílias do quilombo contavam com a ajuda política e até material da Comissão Pastoral da Terra – CPT, do próprio MNU e dos Sindicato de Trabalhadores Rurais da região.

Este conflito produziu alguns efeitos organizativos na comunidade, porém. Desde de 1989, como mecanismo de autoproteção política e jurídica, criaram a "Associação Agropastoril e quilombola de Rio das Rãs"[417]. Neste mesmo ano, a comunidade também se sentia ameaçada por medidas do Governo Federal. O Plano Nacional de Desenvolvimento do Vale do São Francisco – Planvasf reforçava os interesses do agronegócio na região.

O "novo mundo rural" projetado pelo Ministério da Agricultura na década de 1990 se pautava no fomento à agroindústria nos moldes capitalista tradicionais, desconsiderando qualquer forma de diálogo com qualquer organização comunitária ou populações tradicionais da localidade. O latifúndio se reconfigurava economicamente com incentivos públicos e abertura de créditos bancários para investimentos e projetos econômicos naquela região[418]. Este breve resumo da etnografia de Rio das Rãs nos fez entender com maior clareza por que os cientistas sociais precisam passar por uma rigorosa "vigilância epistemológica" que a formação jurídica não consegue cobrir ordinariamente.

A comunidade negra rural remanescente de quilombos do Rio das Rãs está localizada na região oeste da Bahia, nas proximidades da cidade de Bom Jesus da

[415] Carvalho, J. J. (org). Op. Cit, pág. 77
[416] Carvalho, J. J. (org), ibidem, pág. 78
[417] Carvalho, J. J. Ibidem, pág. 79
[418] Carvalho, J.J. Ibidem, pp. 80-81

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

Lapa e Santa Maria da Vitória. Situa-se também entre os municípios de Carinhanha e Paratinga, municípios que adquiriram a emancipação política no Século XIX, na microrregião do médio de São Francisco em terras pertencentes à circunscrição do município de Bom Jesus da Lapa. Também está às margens do Rio das Rãs. Aquela região da bacia do São Francisco foi desbravada por expedições bandeirantes, constituindo-se em um canal de colonização, conjurando economicamente a pecuária extensiva e o escoamento de ouro e diamante corrente na região de Minas Gerais, Goiás e da chapada diamantina. Em roteiro descrito com base em fonte do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro, registrou-se que "o caminho por terra, aberto pelos bandeirantes para estabelecer a comunicação com as minas de ouro. O roteiro encerra-se no morro de Bom Jesus da Lapa, depois de atravessar o Rio das Rãs e passar pelas Fazendas Volta e Campos de São João"[419].

Diversas localidades compõem a comunidade de rio das rãs, como por exemplo, Exu, Aribá, Capão do Cedro, Bom Retiro. A miscigenação da população de algumas localidades da região e da própria comunidade de Rio das Rãs é notável. Índios, negros e brancos que se moldavam aos traços culturais das comunidades de região são encontrados em comunhão de laços diversos[420].Isso pode confirmar a hipótese de que a etnicidade detectada no grupo não se prende a fatores raciais, mas também a requisitos de solidariedade capazes de criar fronteiras diferenciadoras. Firma-se Rio das Rãs em seus modos de ser, viver e reproduzir a própria vida social com critérios diferenciados dos demais grupamentos não negros da região. Verifica-se a antiguidade da presença da negritude naquela região, pois "há como um cinturão, definido pela ancianidade, de ocupação negra que vai se fechando em torno do Rio das Rãs"[421].

Internamente, percebe-se fortes laços de parentesco no território com uma utilização da terra na forma de uso comum e produção de subsistência. A

[419] Carvalho, J.J. Ibidem, 1996, pág. 84
[420] "(...) as referências aos aldeamentos de índios e às suas "assinaturas", vestígios de ocupação, são sempre vinculadas à presença de negros fugidos da escravidão: quase todas as famílias moradoras ou vindas desses locais contam uma história de miscigenação de índios, brancos e negros nas suas origens" Carvalho, J.J. Ibidem, 1996, pág.112
[421] Carvalho, J.J. Ibidem, 1996, pág. 114

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

produção era individualizada, mas a terra era partilhada coletivamente[422]. As relações de parentesco atribuíam ao chefe da família um papel importante no trabalho, definindo ele o que fazer e como distribuir o arrecadado com a roça, diante das atividades de cunho coletivo e não coletivo. Portanto, não se trata de uma comunidade nos moldes comunistas também no aspecto social.

É sempre o chefe de um grupo familiar de uma parentela estabelecida localmente quem decide o trabalho, define as tarefas ou banca os insumos necessários à sua realização, mesmo que repasse a responsabilidade da efetivação do trabalho a um dos seus parceiros homens: é também seu o encargo de dirimir conflitos que porventura apareçam. A roça pode ser coletivamente trabalhada e, no fim, o produto distribuído; ou a área preparada, de forma coletiva, ser dividida antes do plantio, cabendo, a cada participante, o produto do seu pedaço[423]. A comunidade reconhecia a figura de um líder, geralmente identificado com os mais velhos ou aqueles que dominam algum tipo de técnica ou saber importante para a manutenção do grupo. Ressalva-se que tal diferenciação não se estabelece por razões econômicas. Contudo, em virtude dos conflitos com grupos externos e da necessidade de se relacionar com uma esfera pública mais ampliada, os mais jovens também adquiriram uma forma de diferenciação no trato com os outros e com os membros da comunidade.

Segundo esta etnografia, nem todos os habitantes de Rio das Rãs tinham sido escravos, antes, estavam acostumados ao trabalho livre, sem ter conhecido a experiência do patronato. Aqueles considerados descendentes de escravos eram identificados como os membros de uma "nação nagô". Os escravos não eram o principal componente daquela comunidade negra. A despeito da convivência com outros grupos, Rio das Rãs consolidou suas próprias fronteiras. Aceitou a miscigenação, desde que "o miscigenado" não alterasse o seu funcionamento específico enquanto uma identidade coletiva. Os relatos que o grupo tem sobre si mesmo e sobre sua história de vida serviram para traçar tal ponto. Com isso, os modos de viver e fazer se imbricam com a experiência da territorialização. A

[422] "Embora as terras sejam de uso comum, as famílias têm acesso a elas, enquanto membros da comunidade, e é esta pertinência que dá direito aos locais de roças, à circulação pelas áreas de pesca, caça e coleta de mel e demais produtos vegetais". Carvalho, J.J. Ibidem, 1996, pág. 118
[423]Carvalho, J.J. Ibidem, pág. 1996, pág.119

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

fixação em um lugar permitiu e permite a reconstrução simbólica de uma liberdade reconquistada, bem como a sua antiguidade e relação com a ocupação. A memória da escravidão não é clara, segundo ao laudo pericial, uma vez que o escravo aparece como o "outro", como alguém que vem de fora, mas não formado junto ao grupo. Entretanto, é possível dizer que aquelas famílias do Rio das Rãs vieram fugidas, na primeira metade do Século XIX, das senzalas da Bahia e de Minas Gerais. A identidade do grupo se formou com e contra escravo, já que escravos da nação nagô foram incorporados com alguma resistência. Mas o grupo engendrou sua etnicidade com referências afro-brasileiras com e para além da escravidão. Os negros de Rio das Rãs "formaram um grupo etnicamente diferenciado em um passado não precisado rigorosamente, porém certamente na primeira metade do Século XIX"[424]. A ligação com negro fugido não é, entretanto, excessivamente remota. Registra-se na história baiana diversas lutas contra agremiações quilombolas na primeira metade do Século XIX. Ratifica-se, independente da existência de outros membros de origem indígena e branca como portugueses, uma exclusividade negra na ocupação daquele território. Outros que para lá se dirigiam ou eram excluídos em regime de oposição ou se adaptavam às características e fronteiras étnicas. Vale frisar que a migração interna da comunidade em busca da agricultura de vazante nada modificou a manutenção do grupo. Antes, se tornou também seu elemento constitutivo, ainda que redefinidos[425].

A identidade e a etnicidade são compreendidas concretamente como um elemento político, capaz de garantir, ao lado de uma economia de subsistência, a existência e sobrevivência do grupo. A pretensão de reconhecimento dessa identidade como direito é também mobilizada em momentos nos quais esta se vê ameaçada por conflito ou por denegação desses mesmos direitos. A visibilidade social dessa comunidade só se tornou possível no momento em que ela pôde

[424] "... e, por essa constituição, puderam resistir e defender seu território das tentativas de expropriação e invasão e desenvolver mecanismos de seleção e absorção de novos membros, inclusive, negros nagôs que para ali foram levados como escravos, ou tornados ali escravos no primeiro quarto de século passado" Carvalho, J.J. Ibidem, 1996, pág. 141

[425] "Os traços simbólicos e políticos dos negros das Rãs redefiniram-se em sua identidade étnica, quando reafirmaram sua autonomia no deslocamento da caatinga par o rio, período em que organizaram a rede de relações comunitárias e de parentesco. A organização comunitária, as formas coletivas de trabalho e uso da terra não foram abaladas com a chegada de um fazendeiro se dizendo dono da terra". Carvalho, J.J. Ibidem, 1996, pág. 139

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

encontrar fundamento na autocompreensão do grupo como partícipe de uma territorialidade diferenciada e, portanto, de uma subjetividade jurídica também diferenciada que se afirma por aquilo que é exterior ao grupo.

A etnografia de Rio das Rãs nos asseguras que a religiosidade também se encontra de modo diferenciado nos símbolos e projeções míticas da história que permitiram a remontagem de uma mitologia própria da comunidade como elemento de uma identidade quilombola. Percebeu-se nos relatos da história de vida daquele povo traços de "catolicismo popular". Porém, as práticas do curandeirismo, expressadas na figura mítica de "Seu Andrelino" fazem do culto da Jurema a expressão simbólico-religiosa de grande expressão afro-brasileira na localidade. As cantigas e mitologemas do culto de jurema com aqueles outros típicos da tradição afro-brasileira como o cantimbó, a macumba, a pajelança, o xangô de Recife e o candomblé, assim como a religião indígena. Tal culto não perdeu a força no interior da comunidade, a despeito da presença do catolicismo e mesmo do protestantismo. Nota-se tanto a influência indígena, conforme se averiguou, como também a do candomblé de caboclo, expressados na cultura do preto-velho e da simbologia de cunho nagô. Danças e músicas de origem também afro-brasileira podem ser encontradas[426].

Por fim, o marco documental que grafa a existência da comunidade de Rio das Rãs é encontrado no Atlas e Relatório Concernente a Exploração do Rio São Francisco. Tal marco se fixa desde a Cachoeira de Pirapora até o Oceano Pacífico produzido pelo Engenheiro Henrique Guilherme entre os anos de 1852 e 1854 por ordem do imperador D. Pedro II. Este engenheiro traça um panorama de cunho geográfico, demonstrando que as condições ecológicas, econômicas e médico-sanitárias seriam plenamente adversas à vida humana saudável.

Nesta visão etnográfica, Rio das Rãs existe graças à oralidade que externou a memória social e coletiva de seus habitantes. Essa memória foi ativada e registrada em um laudo pericial antropológico produzido por antropólogos. A etnografia serviu de base para o processo judicial aberto pela Ação Civil Pública que defendia os direito aos modos de ser, viver e fazer desta comunidade. Em

[426] Carvalho, J. J. Ibidem, 1996, pp. 155, 169, 180

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

linhas generalíssimas, trata-se de uma reconstrução de uma "história presente" de certo grupos nativos buscando evidenciar os traços culturais e a forma de territorialização que originou aquele lugar a partir da observação de um conflito social que se transformou em demanda jurídica.

O Grupo Bial-Bonfim Indústria Algodoeira Ltda, com sede em Guanambi-BA, um dos maiores produtores de algodão do país na época, entrou em conflito com a comunidade negra rural de Rio das Rãs em virtude do uso das margens do Rio São Francisco, que a comunidade utilizava para a prática da agricultura de vazante, voltados para a própria subsistência, descrita anteriormente como forma peculiar de aproveitamento do intervalo das cheias para o plantio. Tais litígios já se expressavam com a família Teixeira, que se considerava titular da propriedade da Fazenda Rio das Rãs. Este fato data do início dos anos de 1970, mais precisamente em 1972. Foi quando, além de outras espécies de turbação, "Celso Teixeira proibiu a abertura de novas roças pelas famílias de camponeses que lá viviam". De forma bastante controvertida, o novo "proprietário" da Fazenda, Carlos Bonfim, já no final dos anos de 1980, expulsou "60 famílias" do local e "causou o envenenamento do trecho do Rio das Rãs na localidade de Aribá, ato que lhe valeu um processo movido pelo Ibama – Instituto Brasileiro de Meio Ambiente"[427]. A tensão entre a comunidade negra rural de Rio das Rãs e o Grupo Bial-Bonfim chegou a um nível insustentável, afetando não só o direito de ir e vir dos moradores do local como o de todos que buscaram lhes dar auxílio. Na época em que os antropólogos foram fazer a pesquisa etnográfica do local, temeram retaliações por parte do fazendeiro, dado o verdadeiro estado de violência ao qual se submetiam as famílias do local. A tentativa de vedar as possibilidades de subsistência da comunidade extrapolava a obstrução do caminho para o rio e atingia também a criação de animais:

Em junho de 1993, quando a equipe de pesquisadores chegou à região, as famílias, que ainda resistiam à expulsão, encontravam-se literalmente sitiadas, os animais que criavam eram mortos pelos empregados do fazendeiro e as cercas de arame, vigiadas permanentemente, isolavam as residências inclusive dos terrenos contíguos a elas. Os moradores eram obrigados a obter autorização para o

[427] Carvalho, J. J. Ibidem, 1996, pp. 75, 76

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

deslocamento interno na área, o mesmo se sucedendo a quaisquer pessoas que para lá se dirigissem: jornalistas, representantes do clero, do Incra, Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária e da Procuradoria Geral da República – PGR. A tensão na área fez com que a Procuradoria, como medida cautelar, autorizasse a solicitação de escoltas de policiais federais, caso os pesquisadores julgassem necessário[428].

Percebe-se um processo de interesse forte no deslocamento daquela comunidade com intuito de cunho econômico que aqui, pela limitação desse trabalho, aparece apenas esboçado e resumido do trabalho etnográfico. A situação de violência descrita não registra nenhuma espécie de negociação, conciliação ou diálogo entre os envolvidos. Nota-se, conforme será demonstrado, apenas ações estratégicas no sentido de manipular os moradores com oferta e doação de parcela da propriedade. Isso encaminhou a resolução do conflito para os meios judiciais. Mas antes de se deter nisso, é preciso verificar como se formou a pretensão de domínio daquele grupo empresarial sobre as terras de Rio das Rãs. Importante se verificar como a cadeia dominial e sucessória de propriedade se constrói ao longo dos tempos e com base em documentos cartoriais e outros produzidos por órgãos públicos e institutos históricos.

Aquelas terras onde há a incidência da territorialidade da comunidade remanescente de quilombos de Rio das Rãs foram cedidas em regime sesmarial para duas famílias tradicionais da Bahia: D'avila e a Guedes de Brito. As terras da sesmaria eram capitaneadas por conta dos chamados "senhores da Torre e da Ponte" respectivamente. Foi feito um estudo arqueológico da cadeia dominial e sucessória da família da Torre e, logo em seguida, se escavou os dados referentes ao da Família Ponte.

O estudo da cadeia dominial registra, então, uma concessão de sesmaria que, por sua vez, remonta ao período do Governo Geral de Tomé de Sousa. Foi ele quem trouxe Gárcia D'Ávila para o Brasil ainda no Século XVII. Este, ao falecer, deixou a recebida sesmaria como herança para sua filha Isabel D'Ávila que convolou núpcias com Diogo Dias. Gerou-se deste casamento Francisco Dias

[428] Carvalho, J. J.Ibidem,1996, pág. 78

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

D' Ávila que, segundo os autores da etnografia, além de ser neto de Garcia D' Ávila, era também de Diogo Álvares (o Caramuru), obviamente pai de Diogo Dias. Francisco, então, casa-se com Dona Ana Pereira Gago, com quem tem um filho batizado de Garcia D'Ávila Pereira. Este aumenta sua propriedade com recebimento da Coroa Portuguesa de uma outra sesmaria em reconhecimento real por ter vencido uma rebelião dos "índios kiriris" na região. Casa-se, então, com sua tia, Leonor Pereira Gago, e geram Francisco Dias D'Ávila, ou seja, novamente com o mesmo nome do avô paterno. Essa família, então, estabeleceu extenso domínio sobre a região no Século XVII[429]. Também no Século XVII, Antônio de Brito e Antônio Guedes de Brito, seu filho, ganharam uma sesmaria mais próxima do sudoeste baiano em virtude dos serviços prestados à Coroa na expulsão dos holandeses da Bahia, "cujas fazendas se estendiam, também, pelo atual Estado de Minas Gerais, nos chamados sertões do Rio Pardo". Fala-se em luta constante dos Guedes de Brito contra povos indígenas da região, contra também contra "negros e mamelucos", os quais promoviam saques, assaltos e contrabando por ali.

A cadeia sucessória e dominial da família do "Senhor da Ponte" é mais intricada do que a da família do "Senhor da Torre". Aquela é a que mais ligação estabelece com o caso do Rio das Rãs, pois foi nessas terras que se encontrou a Fazenda Batalha, que abriga os territórios daquela comunidade. Assim, Antônio Guedes de Brito se casa com Dona Maria Magdalena Siqueira, casamento do qual nasceram Isabel Guedes de Brito e Joana Guedes de Brito, futura esposa de Manuel Saldanha da Gama. Com a morte de Guedes de Brito, aparece como procurador de suas filhas Manuel Nunes Viana, homem com grande influência na região e, segundo o relato, atuante na Guerra dos Emboabas. Ficou bastante conhecido como aquele que conseguiu vencer os paulistas, já no Século XVIII, e, com isso, permaneceu com uma forte ascendência frente aos Garcia D'Avila.

Por outro lado, a família Guedes de Brito apresentava um patrimônio bastante elevado e extenso, que continha a Fazenda Batalha, limitada

[429] "Em 1658, apossa-se de mais terras às margens do São Francisco.Por volta de 1659, os domínios territoriais dos D'Ávila estendiam-se por cerca de 20 léguas no São Francisco, a partir Rio Salitre. Alcançaram pelo lado direito do rio, Sento-Sé, e pela margem esquerda, Carinhanha; penetraram o Piauí, o Ceará e o Maranhão" Carvalho, J.J.Ibidem, 1996, pág.91

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

naturalmente pelo Rio das Rãs. Não se registram herdeiros da filha Isabel, contudo, com morte de Dona Joana, seu esposo, Manoel Saldanha da Gama, passa a ser o titular do domínio, transmitindo, por sucessão, o patrimônio para sua segunda esposa, Dona Francisca da Câmara[430].

Há documento comprobatório da extinção da validade jurídica daquela sesmaria em 1783, com uma resolução da Coroa que determinava a manutenção dos sesmeiros apenas em terras já cultivadas, transformando as demais em terras devolutas. Ademais, a Lei de 601 de 1850, A Lei de Terras, já no tempo do Império, estabelecia uma nova forma de aquisição de terra no Brasil a ser feita por meio do contrato de compra e venda. Registra-se que durante o regime de sesmarias tenham surgido diversos posseiros no interior dos domínios daquelas famílias, dada a distância que se mantinham dos mesmos. Contudo, tanto posseiros quanto sesmeiros tiveram, substancialmente, os seus regimes de posse e propriedade da terra alterados pelas novas condições e requisitos de aquisição da terra. Os últimos herdeiros da família Guedes de Brito concederam poderes, mediante instrumento de procuração, para o Capitão Thomas Garcia Paranhos, que vendeu uma parte dos bens ao Capitão Plácido de Sousa Fagundes. Outro instrumento de procuração plenipotenciário fora transmitido para o Sr. Francisco Antônio Malheiros, de conteúdo bastante nebuloso[431]. Além disso, em um documento do Arquivo Público do Estado da Bahia, aparece a Fazenda Batalha, registrada em nome de Porfírio Pereira de Castro. Não se encontrou registro de contrato de compra e venda com a transcrição do imóvel ou de qualquer outro tipo que permita a validação do imóvel[432].

Diversos sucessores do Coronel Francisco Teixeira de Araújo, especialmente possuem uma história relacionada com o contexto fundiário da região oeste da Bahia. Como por exemplo, Dioclesiano Teixeira e Celso Teixeira. É justamente das ordens deste, em 1972, e de seu primo, Fernando Teixeira, que partem as primeiras iniciativas de expulsão da comunidade de Rio das Rãs do

[430] Carvalho, J. J., ibidem, 1996, pp. 93-94
[431] Carvalho, J. J., ibidem, 1996, pág. 96
[432] "Não foram encontrados documentos que confirmem a passagem da propriedade da Fazenda Batalha a Porfírio Pereira de Castro, nem deste a Francisco Teixeira de Araújo. A única referência a uma relação de propriedade, sobre aquelas terras, atribuída a Francisco Teixeira de Araújo, é o relato do padre historiador, em seu livro sobre a História de Bom Jesus da Lapa." Carvalho J. J., ibidem, 1996, pág.97

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

local e praticamente abrem uma onda de conflitos que dura quase trinta anos[433]. Há também dúvidas sobre se o procedimento de transcrição e transmissão da propriedade para o Fazendeiro Carlos Bonfim, dono da Bial Agropecuária Ltda, era idôneo. Havia fortes indícios de "grilagem" de terra pois o registro dos imóveis foi apresentado por meio de documento com características bem questionáveis no que diz respeito à autenticidade[434].

A suspeição quanto à autenticidade dessa documentação do suposto proprietário encontra mais respaldo ainda quando também o próprio documento do Instituto de Terra da Bahia – Iterba não menciona nenhuma "Fazenda Rio das Rãs" confome se dipõe naquele registro. Segundo os antropólogos, isso também entra em contradição com os relatos da comunidade. A análise das falas permite verificar que as terras eram chamadas por vários nomes tais como "terra de heréu", "terra de espólio", mas não necessariamente com o nome "Fazenda Rio das Rãs. Além disso, a documentação legítima fala em "Fazenda Batalha".

A afirmação da identidade do Grupo Bial-Bonfim estruturada em uma subjetividade jurídica empresarial é ínsita no universo de um "direito" de propriedade que demanda formalidades e registros que eram costumeiramente falsificados ou adulterado nos cartórios da região . Essa sua suposta identificação como proprietário detentor de documentos e registro de título de propriedade daquela localidade é também confirmada nos autos da Ação Civil Pública com mais adiante vamos demonstrar. Toda a documentação apresentada por parte do grupo empresarial indica fortes indícios de adulteração e falsidade, reforçando a prática da "grilagem" de terras[435]. Isso foi considerado no processo judicial em que se continuou o conflito com a comunidade de Rio das Rãs.

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

[433] Carvalho J. J., ibidem, 1996:75-76

[434] "O documento do ITERBA, no qual se baseia Carlos Bonfim para atestar a propriedade legal das terras da Fazenda Rio das Rãs, apresenta contradições com a história documentada da cadeia dominial a elas referente. O documento diz que o Conde da Ponte vendeu, tanto a Fazenda Parateca quanto a Fazenda Rio das Rãs, ao Senhor Antônio Pereira Pinto. E que em 1813, o referido comprador aliena as duas propriedades ao Capitão Anacleto Teixeira de Araújo. No entanto, o livro do Tombo da Casa da Ponte refere que apenas em 1832 a viúva do Conde da Ponte dá procurações a um Senhor Paranhos, de Salvador, para vender as suas terras às margens do Rio São Francisco." Carvalho, J. J., ibidem, 1996, pág. 98

[435] A expressão "grilagem" decorre da prática de se colocar documentos atuais e falsificados de transcrição de propriedade de terras em uma gaveta cheia de grilos. Com isso teriam aparência de antiguidade e passariam falsamente por autenticos perante o Cartório de Registro de Imóveis.

Fomos, então, analisar os autos da Ação Civil Pública 93.4026-0 para qual a etnografia que resumimos até aqui serviu de prova pericial registrada como laudo pericial antropológico. Nota-se que os argumentos da representação judicial do Grupo Bial Bonfim se colocavam no mesmo coro de cordas que a tão mencionada visão colonialista e historicista de remanescentes de quilombos.

Quando fizemos a análise dos diversos volumes deste processo, focalizamos na fundamentação jurídica apresentada pelas duas partes envolvidas no conflito, como também naquela exposta pelo juiz da causa. Focalizamos, ainda, também a descrição do problema do direito dos remanescentes de quilombos naqueles documentos e de como os elementos empíricos ali produzidos permitissem caracterizar uma subjetividade jurídica sui generis nos termos em que exaustivamente se discutiu aqui neste trabalho de pesquisa até agora . Não se fez aqui uma análise dos aspectos processuais diretamente relacionados com o conflito. Esses aspectos aparecem apenas em tons prescritivos ou quando envoltos na contextualização do que se quer explicar, mas não como objeto de análise própria do direito processual civil.

O Ministério Público Federal, em petição inicial, no dia 23 de abril de 1993, representando judicialmente Rio das Rãs, esquematizou seus argumentos com foco no aspecto étnico e protetor dos direitos culturais atinentes à preservação dos modos de viver, ser e fazer estatuídos na Constituição Federal de 1988. O objeto dessa ação civil pública foi a "defesa do direito coletivo" e "dos interesses difusos atinentes ao patrimônio histórico-cultural da Nação", com fundamento na Lei 7.347/85, a Lei da Ação Civil Pública[436]. Os primeiros fundamentos jurídicos apresentados pelo Ministério Público Federal, em nome do quilombo de Rio das Rãs, aparecem também fundamentados em normas de Direito Internacional que versam sobre Direitos Humanos. Mais especificamente a petição inicial menciona os art. 11 e 12 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos Sociais e Culturais. Segundo os termos dispostos, "reconhece o direito fundamental de toda pessoa estar protegida contra a fome"[437]. Logo em seguida, o direito constitucional é citado com base no art. 215, 216, articulados

[436] AÇÃO CIVIL PÚBLICA-ACP nº 93.4926-0, fl. 02
[437] ACP nº 93.4926-0, fls. 03

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

com o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal.

O Ministério Público questionou a regularidade da titulação do domínio em nome de Deoclesiano Teixeira e herdeiros, pois a propriedade lhes era atribuída, sem as regularidades jurídico-formais dos títulos. As argumentações indicaram que também houve alterações nas medidas do domínio, demonstradas pelo levantamento topográfico, chegando-se a atingir uma área situada entre o Rio São Francisco e o Rio das Rãs.

Com base no art.20, III do Código das águas de 1934, bem como a peça inicial classificou a área como pertencente aos "terrenos reservados", bens públicos dominicais ou terrenos marginais em entendimento mais hodierno[438]. Com a obstrução física do acesso da comunidade para aqueles terrenos marginais e, por consequência, para a prática de agricultura de vazante, a comunidade de Rio das Rãs e as outras do entorno estariam privadas de seus direitos econômicos e sociais. Nessa leitura, estariam submetidas a uma situação concreta de todo tipo de denegação de direito, especialmente o atinente à sua própria identidade.

Mas identificação étnica também já aparece logo no início do processo, pois a argumentação do Ministério Público reconhece a priori que aquela comunidade se tratava de "grupos culturalmente identificados pela mesma origem étnica (negros), e histórica (quilombo, modo peculiar de viver e fazer e, enquanto pessoas, com direito a não passar fome)"[439]. Conquanto isso, essas comunidades têm o "direito ao plantio no alagadiço e no 'lameiro', e à cria dos seus animais, indispensáveis à sua subsistência"[440]. O Ministério Público Federal se apresentou com a legitimidade, interesse processual e a causa de pedir apontando para o reconhecimento do quilombo de rio das rãs como grupo étnico. Os pedidos de prestação jurisdicional foram formulados na ação em conformidade com o direito processual vigente, com a devida citação do réu para contestar a ação e a intimação do Instituto Nacional de Reforma Agrária – Incra e União Federal para compor a lide. Nota-se que naquela época como vimos na argumentação anterior

[438] ACP nº 93.4926-0, fls. 05-06)
[439] ACP nº 93.4926-0, fls. 10
[440] ACP nº 93.4926-0, fls. 11

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

o papel do Incra era visto como essencial no discurso do Ministério Público. Este órgão também queria a condenação da empresa agroindustrial ("ré" no processo). Era preciso, para o procurador da república, que o juiz a condenasse em uma obrigação de não fazer, ou seja, ficar proibido de derrubar a cerca ou avançar no roçado por exemplo. Nada que saísse dos moldes do direito civil pátrio e obedecendo rigorosamente os termos da lei de Ação Civil Pública[441].

Ainda se pediu ao juiz da causa a concessão de medida liminar "sem audiência da parte contrária" para que a comunidade pudesse voltar a plantar no período das secas. Sem a condição do Grupo Bial-Bonfim se abster de interferir naquela área, a subsistência da comunidade ficaria ameaçada, já que os prepostos e empregados da agroindústria vinham "obstruindo as vias de acesso, usando, inclusive armas de fogo"[442]. Tudo isso foi disposto para o juiz como ilustração do "perigo da demora" em se conceder uma medida judicial. A chamada "fumaça do bom direito", requisito de qualquer medida cautelar, conforme o art. 801 do Código de Processo Civil Pátrio, também estaria ali presente.

O Juiz Federal Antônio Ezequiel da Silva, em exercício na 3ª Vara Federal da Bahia, proferiu decisão acatando em parte o pedido de liminar do Ministério Público. Entendeu ele que o conflito apresentava, sim, perigo para o direito caso houvesse demora em se conceder a segurança jurídica requerida. A agricultura de vazante da comunidade estava visivelmente ameaçada. Haveria o recrudescimento da fome e miséria na localidade. Em contrapartida, não aceitou com facilidade o argumento de que exista a fumaça do bom direito e a requisitada plausibilidade[443]. Para ele, a matéria demandava produção de prova. Mas "condenou" liminarmente

[441] "(...) não criar empecilhos de qualquer ordem, tais como, exemplificadamente, construir cercas, soltar gado, fazer plantações, fechar passagens, construir barragens ao longo do Rio das Rãs, assegurando às hoje 194 famílias, constituídas pelas 1.082 pessoas relacionadas pelo Incra às fls. 318/321 e 331/414 do processo nº 191/82 (ANEXO V), o direito de criar animais e praticar as margens do Rios São Francisco e do Rio das Rãs (planície aluvionar), inclusive na faixa de leito que emerge do Rio São Francisco no período da seca ("lameiro"), área essa que totaliza 7.340 ha, perfeitamente identificada na planta que constitui o doc nº 01 do ANEXO II, com o que ficará assegurada a subsistência daquela comunidade e preservado o *modus vivendis* da histórica descendência negra ali localizada, seu costumes e tradições, que a moderníssima civilização não pode ignorar e destruir". ACP nº, 93.4926-0, fls. 11

[442] ACP 93.4926-0, fls. 11

[443] " ...[a] plausibilidade da tese jurídica a se objeto de apreciação na Sentença final, na própria ação em curso ou em outra que esta vise a preparar, é de ser apreciado, no caso vertente, por dois ângulos: o da caracterização da Comunidade Negra Rio das Rãs como remanescente de quilombo, e o da ocupação, por ela, em outubro de 1988, das terras em que pretende se titularizar". ACP 93.4926-0, fls. 11 (grifo nosso)

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

o Grupo Bial-Bonfim ao cumprimento da obrigação de não fazer referida nas primeiras folhas dos autos do processo.

Por conseguinte, toda sorte de mecanismos processuais foi instrumentalizada por parte dos advogados do Grupo Bial-Bonfim. O primeiro deles, que antecipou o protocolo da peça contestatória no sentido de encaminhar o termo da chamada fase postulatória do processo, foi o de uma arguição de incompetência absoluta do juízo em razão da matéria discutida, protocolizada na secretaria da 7 ª Vara da Justiça federal no dia 21 de maio de 1993. Para os réus, o litígio nada teria a ver com interesses coletivos ou difusos, muito menos com patrimônio cultural e menos ainda com qualquer discurso em favor de comunidades remanescentes de quilombos. Tratava-se, em sua versão, de matéria de direito agrário, portanto, impossível que se trate de objeto de ação civil pública. Para esta leitura, era evidente que, embora rotulada de Ação Civil Pública, visando a defesa dos interesses coletivos da chamada "Comunidade Negra Rio das Rãs" e dos interesses difusos atinentes ao patrimônio cultural da Nação, esta ação teria por objeto claro e manifesto dirimir conflito de interesses de natureza agrária, civil e econômico traduzidos no propósito de efetivar o assentamento de famílias em imóvel rural de propriedade da empresa para lhe propiciar cultivo e a exploração agrícola das respectivas terras [444]. Para a defesa deveria se aceitar um "substitutivo processual", ação judicial que nada teria com direitos quilombolas, mas sim com matéria de desapropriação para fins de reforma agrária a ser fundamentada no Estatuto da Terra[445]. Por isso pediu que ação se deslocasse para a 7ª Vara da Justiça Federal da Bahia que, em consonância com regimento interno daquele órgão, é especializada em questões agrárias[446].

Percebemos desde as primeiras páginas do processo a concepção de natureza privatista que se indicia nos rastros daqueles argumentos da defesa do grupo agroempresarial. A peça contestatória foi juntada a partir do dia 08 de junho de 1993. A arguição de incompetência foi requerida em preliminar de mérito da

[444] ACP, 93.4926-0, fls. 105
[445] ACP, 93.4926-0, fls. 88
[446] Para um aprofundamento da discussão em torno das varas agrárias, Cf. Quintans, M.T. D. Poder judiciário e conflitos de terra: a experiência da vara agrária do sudeste paraense. Tese (doutorado) – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Instituto de Ciências Humanas e Sociais, Rio de Janeiro, 2011.

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

causa. Questionou-se a legitimidade processual e o interesse processual de agir do Ministério Público Federal. Além disso, apontou-se questionamentos sobre a plausibilidade da caracterização da comunidade como remanescentes de quilombos, sob o fundamento de que a prova até ali produzida não poderia ser confiável, pois era reduzida ao parecer técnico da Fundação Cultural Palmares. Tal parecer, na visão dos representantes do grupo empresarial, revelou-se como "lacônico, superficial e desautorizado", cobrando a necessidade de se fazer um inquérito civil para colher mais provas.

Com base em um mapa publicado pela Revista Brasileira de Geografia de 1962, que trazia referência ao historiador Clóvis Moura e a um historiador e antropólogo baiano, denominado Pedro Tomás Pedreira, descreveu-se, ao modo dos defensores da empresa, uma versão da formação fundiária da região do São Francisco. Nesta versão, a região só apresentou existência de territorialidade quilombola, no sentido histórico, na cidade de Xique-Xique. Na Bahia, por meio desta leitura, não teria nenhum quilombo. O parecer de Pedreira é tomado como documento e se tornou importante fundamento de descaracterização da etnicidade.

O documento de nº 3, que acompanhou a peça contestatória do Grupo Bial-Bonfim, foi extraído da mesma referência da Revista Brasileira de Geografia do Instituto Brasileiro de Geografia acima mencionada e publicada em 1962. As fundamentações e argumentos traçados no documento são de natureza historicista e buscam caracterizar a existência de quilombo tanto de um modo geral, no Brasil inteiro, como no aspecto singular dos quilombos baianos. Para o discurso da defesa , não havia, naquela época, um estudo adequado do tema nos currículos escolares e nas faculdades[447]. Interessante também frisar que, ao contrário do que afirmou este discurso, a existência de quilombos na Bahia não se restringiu ao município de Xique-Xique. Registrou-se que naquela região, como vimos na etnografia, um domínio de terra histórico denominado "de Torre do Gárcia D' Ávila". Obviamente se referia aos domínios de uma daquelas famílias existentes na região. Mas, curiosamente, nesta versão do conflito dos defensores do grupo

[447] "Ao folhearmos as páginas dos compêndios de História do Brasil ora em uso nas nossas escolas, ginásios e faculdades, notamos desde logo completa ausência de pormenores no tocante aos "quilombos baianos". Certamente, os "quilombos" e "mocambos" existentes no nosso Estado, foram inferiores em proporção e importância aos que existiram em outras capitanias, tais como Pernambuco e Minas Gerais". ACP 93.4926-0, fls. 131

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

industrial , a comunidade de Rio das Rãs, conforme mapa presente no documento do processo juntado por ele, estava situada nas proximidades de Salvador e não no oeste baiano. Ficaria absurdo para o juiz da causa se aderisse a uma "tese" como essa. Um suposto magistrado que assim agisse daria provas de que não lera os processo ao mundo que vivia dentro e fora daqueles autos processuais.

No segundo tópico do documento, os representantes do grupo agroempresarial retomaram a configuração de quilombo como negro fugido com o marco normativo da definição editada pelo Conselho Ultramarino de 1740. Após afirmar que "calhambolas" se situavam em "pequenas povoações" ou "arraiais", também chamados de "quilombos" ou "mocambos", relatou que estes praticavam assaltos e roubos entre os viajantes, gerando inúmeras queixas ao governador e ao "capitão-general", bem como ao "próprio Rei de Portugal". E após apresentar os mapas acima aludidos, traz à análise a referência de um documento do Arquivo de Marinha e Ultramar de Lisboa, assinado na Bahia pelo "CONDE DA PONTE" e datado de 07 de abril de 1807 como prova de que ali não se tinha quilombos[448].

Neste discurso, composto de várias falas, e sem referências nas obras de história, tais acontecimentos se revelaram também como "prova da luta de classe" do Brasil-Colônia e funcionaria como reconstrução do modo de vida e da organização da liberdade dos negros oriundos da África. Pois, nesta opinião, o "fato de os negros escravos se aquilombarem nos matos prova o anseio pela recuperação da liberdade perdida, o retorno à vida alegre e livre que levavam nas selvas da África, antes de serem aprisionados e trazidos para aqui trabalharem"[449].

Essa análise do documento não é efetivada no corpo da contestação e é confirmada por um parecer de outro conhecido como historiador e jornalista Cid Teixeira. Famoso na mídia local baiana. Ele não obstante tenha assinado o documento como historiador, referiu-se a um conceito de cunho geográfico e publicou no processo que: "a densidade demográfica de indivíduos africanos no passado, os seus descendentes presentes," contava "com a existência necessária de 'quilombos'". Ouvido como especialista não hesitava em editar informações de senso comum como aquela de que na Bahia – o estado com maior contingente de

[448] ACP 93.4926-0, fls. 131-132
[449] ACP, 93.4926-0, fls. 132

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

população negra do Brasil- não houve e não haveria tantos quilombos. Depois de exemplificar a existência de alguns destes, atribuiu aos engenhos de cana-de-açúcar a responsabilidade por uma maior densidade demográfica de escravos. Todo seu argumento nos remete a dúvida, quase retórica por assim dizer, de provas da existência dos quilombos em Rio das Rãs[450]. Para tal argumento era mais fácil constatar que o quilombo do Cabula, hoje bairro de Salvador ,era um quilombo, mas a comunidade de Rio das Rãs, a mais de 800 km da capital baiana e sem qualquer não ter registro histórico formal não o poderia ser.

Após fundamentar retoricamente a inexistência concreta do quilombo de Rio das Rãs com supostos argumentos históricos e geográficos, o discurso da defesa também quis descaracterizar a possibilidade de fundamentação do ponto de vista jurídico. Chama a atenção para a referência feita a um considerado jurista especializado em direito administrativo, cuja leitura do art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias o compreende como uma norma de natureza "utópica", ou seja, uma norma constitucional tão simbólica quanto ao agradecimento a Deus na primeira página do texto constitucional [451]. Nessa linha de raciocínio, a condição de remanescente de quilombos foi condicionada aos requisitos documentais de uma cadeia sucessória sem considerar absolutamente nada com as características de oralidade do grupo. Para eles, a comunidade de Rio das Rãs carecia das típicas formas culturais e tradicionais da cultura afro-brasileira no território nacional. O raciocínio escravagista do Decreto 3.912/01 aparece aqui sem ser citado. A defesa requisita a constância do exercício da posse para que se conceda o direito como uma espécie de usucapião.

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

[450] "Na Bahia, de fato existiriam quilombos. Há mesmo um bom estudo sobre o assunto feito por Pedro Tomas Pedreiras. Entre os quilombos baianos vale ressaltar o que existiu no Cabula, bairro hoje incorporado ao traço urbano da Cidade do Salvador, quilombo este que aparece envolvido com as lutas da independência em 1882/1823. No caso concreto de Rio das Rãs, há que se demonstrar "a existência de condições que afigurem um quilombo, para que se torne possível a aplicação de dispositivo constitucional" ACP 93.4926-0, fls. 134

[451] "Determina ainda a regra jurídica constitucional que "aos remanescentes das comunidades dos quilombos, que estejam ocupando suas terras, seja reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos" (art. 68 do ADCT). Esta última regra é utópica. Quando caíram os quilombos, os lugares foram queimados e arrasados, presos os homiziados, e reconduzidos às senzalas de onde haviam fugido situadas a léguas de distância dos centros de maior concentração as cidades. Não houve continuidade na ocupação das terras. Nem os ocupantes, ou têm, em seu poder papéis que lhes comprovam a filiação (1º requisito) e a habitualidade da posse (2º requisito). Dando-se a média de 60 anos por pessoa, de 1697 a 1988 decorreram cerca de trezentos anos e assim, pelo menos cinco gerações há entre os possíveis ocupantes de hoje e seus antepassados, os quilombolas (...) (Comentários à Constituição de 1988, v. I, p. 4449, 1. ed.)" ACP, 93.4926-0, fls. 116

Mas o objetivo de descaracterizar a natureza jurídica da ação judicial de Rio das Rãs não parou por aí. Quando partiram para a discussão do mérito da causa, argumentaram que aquele território se tratava de domínio particular e não de domínio público. A prova documental da cadeia sucessória - que já foi descrita como detentora de graves adulterações, como vimos no resumo da etnografia- era tida como a prova rainha deste discurso para o caso . Para os representantes judiciais do Grupo Bial-Bonfim, tratava-se de "cadeia de filiação ininterrupta, ao Século XVII" tentam dizer que são inquestionavelmente de "domínio particular", com mais de trezentos anos de existência, sendo que "inexiste, assim, qualquer interrupção anterior ao ano de 1808"[452].

Na versão jurídica do fazendeiro, as terras eram de domínio particular, e não de domínio público. Mesmo em razão de se situarem nas margens de rio de interesse público, haveria um domínio secular que foi transferido para o atual proprietário dentro das regras de direito civil. Nega-se a validade da aplicação do art. 20, III da Constituição Federal ao caso. Para os antagonistas de Rio das Rãs e do Ministério Público, dever-se-ia aplicar o art. 184 da Constituição Federal que cuida da desapropriação por interesse social. No mais, não aceitam qualquer possibilidade de utilização de tombamento da área, pois não há como encontrar fundamentação jurídica nos dispositivos constitucionais para proteger patrimônio histórico-cultural ou modos de viver e fazer da comunidade, negando qualquer pretensão de natureza etno-histórica ligada àquela territorialidade.

Em documento com a data de dois de julho do mesmo ano, a Procuradora da República Lúcia de Maria de Andrade Ferraz rebateu todos esses argumentos. Ela reforçou o caráter cultural do conflito e entendeu que não se tratava de conflito agrário apenas. Mas o objetivo fundamental da demanda estaria no resguardo das manifestações culturais afrodescendentes. Havia na demanda também um conflito de "interesse coletivo" e "de comunidade remanescente de quilombo". Estava em jogo um direito constitucional que resguarda o "patrimônio histórico-cultural do país", com fundamentos nos art. 215 e 216, § 5º e art. 68 da ADCT da Constituição Federal de 1988.

[452] ACP 93.4926-0, fls. 119-120

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

Na peripécia para fazer valer o seu direito privado, Carlos Bonfim- o dono daquela empresa que era conhecido pelos quilombolas como "grileiro"- , mais uma vez através de seus advogados, apresentou uma petição, datada de 14 de julho de 1993 que foi recebida no protocolo no dia 19 do mesmo mês. Interpôs recurso de agravo de instrumento, alegando que a "mais importante faixa de terra" de sua propriedade fora supostamente subtraída por terceiros. Além disso, acusou a comunidade de furtar "quilômetros de arame de cerca" com a estratégia " ampliar a área em que foram assentados" ilegitimamente. Requereu até uma inspeção judicial no local. Ele também quis provar que esta situação de conflito estava sendo insuflada politicamente pelo Sindicato de Trabalhadores Rurais da Região.

A história deste conflito judicial ainda é longa. Essa parte do "romance em cadeia" ainda se desenrolou em um capítulo à parte com petição dirigida ao Presidente do Tribunal Regional Federal da primeira região. Houve um Mandato de Segurança contra ato judicial do juiz federal da causa. Segundo os empresários-fazendeiros, houve ofensa ao direito líquido e certo do grupo empresarial no fato de não se ter concedido decisão favorável no recurso de agravo de instrumento. Para ele, houve, presumivelmente, ilegalidade, repetindo todos os fatos narrados na contestação.

Em 07 de outubro de 1993, não contente com o rumo que o seu suposto direito privado estava tomando no enredo do conflito, decidiu o discurso da defesa por pedir ao juiz que procedesse ao julgamento antecipado da lide. O fundamento disso, nesta argumentação, foi o de que não haveria mais provas para serem produzidas no processo. Para ele, tratava-se de mera questão de fundamentação jurídica e não fática. Em 04 de novembro do mesmo ano, o advogado representante do grupo agroindustrial requereu ao juiz que oficiasse ao Banco do Brasil para que desbloqueasse o acesso ao credito. A demanda judicial dificulta ofertar aquele bem como garantia de financiamento bancário, pois disse ter sido informado oficialmente da "inviabilidade da concessão do financiamento

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

pleiteado, ao fundamento da litigiosidade das terras da Fazenda 'Rio das Rãs"[453]. Isso , portanto, estaria lhe trazendo prejuízos.

A trama, contudo, ganhou um novo personagem: a União Federal, que se apresentou como "litisconsorte ativa", isto é, também autora da demanda em virtude de existir o envolvimento de "bens públicos". Através de petição assinada pelo Procurador Federal Diógenes Daniel Sousa da Silva , no dia 08 de novembro de 1993, a união entrou na demanda. Tal ato recebe a anuência do juiz da causa em decisão proferida no dia 17 do mesmo mês e ano. Interessante notar que diferentemente do caso de Marambáia, que vamos analisar mais adiante, a união aparece ao lado do discurso do Ministério Público e não na posição contrária à dele.

O Grupo Bial-Bonfim voltou a pedir a realização da inspeção judicial. Esta foi determinada pelo juiz Antonio Ezequiel da Silva em despacho "saneador", datado de 12 de julho de 1994. Nesse mesmo despacho, o juiz aproveitou para julgar parte do processo e dar continuidade ao mesmo, rejeitando todas as argumentações dos representantes da parte ré até aquele momento. Assim, aceitou que havia o interesse processual e a legitimidade de agir do Ministério Público em nome da comunidade e também não compreendeu a demanda como relativa ao direito agrário[454]. Houve certo amadurecimento do órgão jurisdicional em relação ao tema quando já visualizava "a fumaça do bom direito" que não era prevista na medida liminar. Mas no dia 03 de junho de 1994, os representantes da comunidade de Rio das Rãs pediram àquele juízo autorização para que a mesma pudesse levantar cerca em volta das roças. O "fim exclusivo" disso era preservar a sua plantação da invasão de animais" , interferindo no ciclo da agricultura de vazante. Este pedido foi indeferido pelo juiz da causa para que não se criasse benfeitoria passível de indenização em caso de "sucumbência do autor"[455].

[453] ACP 93.4926-0, fls. 394

[454] Nas palavras do juiz: "na presente ação não são esses os objetivos perseguidos, eis que não se busca, precipuamente, o fomento da produção, nem a distribuição da propriedade da terra, nem mesmo a integração da Comunidade Negra Rio das Rãs no processo de desenvolvimento nacional, mas, tão somente, se busca, provisoriamente, ou seja, até a futura discriminação e titulação determinada área de terras, permitir o uso dessa terra para a prática de agricultura de subsistência". ACP, 93.4926-0, fls. 412

[455] ACP nº. 93.4926-0, fls. 417-418

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

Já no dia 21 de julho de 1994, os representantes do Bial-Bonfim interpuseram outro recurso – um agravo de instrumento retido nos autos – contando com todos aqueles argumentos já descritos, mas acrescentando uma novidade. Segundo eles, fazia-se necessária a ação discriminatória das terras devolutas de domínio público federal que ali se encontrava.

Em 1996, conflitos e atos de violência praticados por funcionário do fazendeiro e alegados por parte dos representantes da comunidade acirrram mais ainda o clima[456]. O conflito judicial tem continuidade nos anos de 1997 e 1998. O Ministério Público Federal, agora em petição assinada pela procuradora Geisa de Assis Rodrigues, alertou ao juiz que a empresa não estaria cumprindo a liminar concedida, divulgando informações na comunidade que a mesma "fora cassada". A informação produzida pela Técnica Pericial em Antropologia , Sheila Brasileiro, em 24 de julho daquele ano, documenta tal fato nos autos[457].

Completa reviravolta no enredo dessa história acontece quando o juiz da causa pediu para que as partes se pronunciassem nos autos do processo sobre o laudo antropológico indicado no despacho de 11 de junho de 2001. Em 5 de julho de 2001, a Procuradora da República Geisa de Assis Rodrigues argumentou, com base no laudo, que as terras disputadas por Bial-Bonfim que compunham a lide eram área de ocupação tradicional da comunidade. Já a Bial-Bonfim insistiu nos mesmos argumentos embasados tanto pelo historiador Cid Teixeira quanto na consideração de que o art. 68 do ADCT é um sonho irrealizável.

Assim, em 21 de julho daquele mesmo ano, decorridos oito anos da abertura do processo judicial, foi "prolatada" a sentença do caso. O juiz federal

[456] O processo diz "(...) que prepostos da empresa Ré teriam, no dia 10 de fevereiro do corrente ano, ateado fogo em modesta choupana na localidade de Aribá, que abrigava o Sr. ALCEBÍADES FRANCISCO DA LUZ e a sua esposa, ambos integrantes da Comunidade Negra Rio das Rãs;- que, de igual forma, prepostos da Acionada teria, no dia 15 de fevereiro deste ano, danificado a roça na localidade de Exu, onde o quilombola WALMIR FRANCISCO XAVIER cultivava feijão, mandioca, milho e gergelim, plantação essa que ficou praticamente destruída". ACP 93.4926-0, fls. 467

[457] "Para instrução do procedimento relativo à Comunidade negra Rural Rio das Rãs, comunico a V.Exª.que em contato realizado no último dia 16, na Comissão Pastoral da Terra, em Bom Jesus da Lapa, fui informada que o ex-proprietário das terras onde se encontra assentada a referida comunidade, Sr. Carlos Bonfim, vem ameaçando invadir a área de alagadiço compreendida entre os rios São Francisco e Rãs utilizada como plantio por aquela comunidade. Na ocasião, a Srª Marilene, representante da CPT, solicitou que esta PRDC envidasse esforços junto à SPU para assegurar a permanência da comunidade na dita área, regularizando a posse" ACP, 93.4926-0, fls. 723

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

João Batista de Castro Junior redige uma decisão final de trinta e quatro laudas, compostas com o rigoroso cumprimento dos requisitos processuais exigidos par esta decisão. Foi preciso e detalhista no relatório, consistente na fundamentação jurídica dentro dos marcos positivistas e não deixou de observar o pedido imediato e meditado da demanda na parte dispositiva daquela decisão judicial.

A sentença, portanto, trouxe extensa análise e rigor. Parece ter sido escrita por quem se sentia também participando da história de seu país. O juiz se pronunciou naquela decisão como se estivesse dirigindo seu texto a um público que extrapolava o universo das partes processuais, mas sem perder as qualidades rigorosas nos termos de direito[458].

Ao analisar os fundamentos da inicial do Ministério Público Federal, o magistrado acolheu como adequado o argumento de que o direito de Rio das Rãs se tratava de direito coletivo a natureza. E entendeu que havia dois pedidos de prestação juridicional expostos na petição inicial do processo. O primeiro pedido seria o de "reconhecimento declaratório da remanescência de quilombos". O segundo estava relacionado à condenação na obrigação de não fazer uma série de atos a ser imposta para a empresa Bial-Bonfim. Com isso se sustava a prática de atos atentatórios à agricultura de vazante praticada em nome da subsistência da comunidade de Rio das Rãs. Neste entendimento que percebe a natureza constitucional do conflito, argumeta que "tais pedidos, sobretudo o declaratório, decorrem de expressas disposições constitucionais[459]".

Não aceitou o juiz que houvesse "litispendência" com uma ação ordinária de desapropriação proposta pela empresa. O juiz compreendeu que as ações demarcatórias e desapropriatórias julgadas, processadas em outro órgão jurisdicional, não têm o mesmo objeto e não obedece a mesma fundamentação que esta Ação Civil Pública do caso Rio das Rãs. Os fundamentos jurídicos que poderiam embasar tal decisão jamais se contentariam com a sua manutenção na área do direito agrário.

[458] "Aos que se detiverem a ler esta sentença, peço vênia por sua extensão. A causa que ela encerra tem singularidades de tal monta que seria impossível apreciá-la sob os auspícios do decantado extraordinário poder de síntese de que comumente se fala". ACP 93.4926-0, fls. 978
[459] ACP 93.4926-0, fls. 979

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

Para o discurso judicial neste caso, é marcante a contradição do instituto da desapropriação com a questão quilombola. Desde que a constituição instituiu a necessidade de se titular definitivamente a propriedade ocupada por remanescentes de quilombos, seria contrassenso a União desapropriar a terra para retorná-la a quem lhe é de direito. Com efeito, ao reconhecer a propriedade definitiva aos remanescentes de quilombos, a Constituição retirou qualquer possibilidade de aplicação de outro dispositivo genérico, inclusive o que trata da desapropriação. Esta somente poderia ter lugar se e quando a ação demarcatória – prevista na Constituição para ser feita pela União – chegasse a cabo. A existência de ação de desapropriação em área dependente de procedimento precisamente demarcatório para cumprimento de mandamento constitucional conduziria à previsível contradição de a União expropriar em favor dos negros as terras a eles pertencente.

Entretanto, para aquela decisão não caberia falar em contradição entre o disposto no art. 68 do ADCT, protetor do reconhecimento da propriedade, e o art. 216, § 1º que protege o patrimônio histórico-cultural. O fundamento de desapropriação para fins de reforma agrária com o objetivo de cumprir a função social da propriedade não é cabível, uma vez que sinaliza com a "parcelaridade" da terra em contraposição ao que dita o dispositivo referente aos remanescentes de quilombos.

Por isso, diante daqueles dispositivos constitucionais, independente das terras serem públicas, privadas, incidente em terreno de marinha, terras particulares, terras devolutas ou comprovada a "ancestralidade", deve-se declarar e proteger o "reconhecimento etnográfico da comunidade"[460]. O órgão jurisdicional fez uma análise do laudo antropológico. Analisou o conceito de quilombo, descrevendo criticamente a origem no conceito histórico presente na resposta da Coroa ao Conselho Ultramarino 1740; tratou sinteticamente do processo de assentamento da presença negra na região oeste da Bahia, assim como fez forte referência ao fenômeno da quilombagem em todo os países das Américas.

[460] ACP, 93.4926-0, fls. 984

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

Ao apreciar os argumentos dos representantes do Grupo Bial-Bonfim, o juiz apontou a imprecisão das referências estabelecidas no argumento. Ele se convenceu da comprovação de defeitos nos atos jurídicos que se formaram para determinação da cadeia sucessória. E aceitou todos os fundamentos do laudo antropológico. Concluiu que "a própria área da Fazenda Rio das Rãs, constante do título dominial, está envolvida nas brumas da imprecisão, ao contrário do que afirma a ré"[461]. Assim, passou a apresentar o problema da não revalidação das sesmarias a partir de uma brevíssima análise do processo da formação fundiária brasileira. Desmontou com isso a pretensão da boa-fé dos títulos dos fazendeiros. Segundo ele era possível ver que a alegação de direito de propriedade de terra por origem sesmeira deveria vir acompanhada do subsequente título de revalidação, previstos no art. 4º e 7º da Lei 601. Para ele, todas as fundamentações jurídicas do direito de propriedade apresentadas pelo grupo empresarial, especialmente aquelas fundadas na Lei Imperial 601, valorizam os reais efetivos ocupantes das terras e não necessariamente os fazendeiros.

Diante disso, passa o juiz a questionar o porquê da exclusão dos negros como sujeitos de direito no âmbito da Lei 601. Segundo ele, resposta a essa questão teria medida jurídico-antropológica e deveria encontrar respaldo em valores sociais situados historicamente na sociedade brasileira.

Parece querer acentuar a negativa de cidadania e subjetividade jurídica para aqueles que não ocupassem padrões sociais compatíveis com os cânones morais e jurídicos da época[462]. Além disso, a fundamentação judicial disse que a "cultura jurídica brasileira" sempre foi racista e voltada para uma tentativa de se equiparar a "padrões científico-culturais europeus"[463]. Para o juiz, a conceituação dos quilombos contemporâneos escapou de uma visão jurídico-historicista para ganhar uma dimensão de discurso médico e cientificista, "tributário da categoria de raça"[464]. Citando um trecho notadamente racista de Silvio Romero e de outros racialistas, demonstrou que esse ideário esteve constante em toda intelectualidade

[461] ACP 93.4926-0, fls. 992
[462] "(...) negros fugidos, ou a seus descendentes, nunca se deu atenção quanto ao aspecto da legitimação na posse das terras por eles ocupadas. Mesmo sua perseguição sempre foi um epifenômeno, já que eram vistos ali naquela base econômica como *corpus alienus*". ACP 93.4926-0, fls. 998
[463] ACP, 93.4926-0, fls. 998
[464] Berno de Almeida, A.W. Ibidem, 2002, pág. 65-66

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

da América, mas já está ultrapassado. Atacou também o cientificismo positivista da Escola Antropológica Penal, cujos ensinamentos de Lombroso[465], Ferri e Garofalo[466] influenciaram muito as concepções de inferioridade racial do negro.

No Brasil, Nina Rodrigues atuou como representante dessa linha de pensamento. Este, na opinião do juiz, traçou uma relação entre negritude, quilombo e banditismo. A famosa investigação do crânio de um negro de Feira de Santana na Bahia (Lucas da Feira), considerado um dos maiores bandidos do sertão e, segundo o médico, detentor de um crânio de proporções lombrosianas, era a prova disso. O juiz apontou as últimas baionetas de sua fundamentação para o dogmatismo jurídico. Segundo ele foi também por essa forma excludente de argumentação que o mundo jurídico reservou ao negro um lugar de desigualdade, rompido com processo constituinte de 1988. Crítico do formalismo do direito[467], com forte defesa da constituição, o magistrado afirma o reconhecimento da efetiva posse de terra dos "negros fugidos". Com isso, entendeu que as normas constitucionais que protegem o direito dos remanescentes de quilombos atuam como "correção de parte de um erro histórico"[468].

Sobre os terrenos reservados da União, considerando a argumentação das partes, entendeu que tal matéria seria própria para uma ação demarcatória, mas não para aquela Ação Civil Pública. Esta se atinha ao reconhecimento da comunidade como sujeito de direito da aquisição das terras ocupadas descritas no texto constitucional. Para ele, "reconhecida a origem quilombola da comunidade, protege-se a posse das terras e a demarcação da área a ser titulada"[469]. Conclui, indicando a inexistência de domínio do grupo empresarial sobre os terrenos

[465] Para uma crítica da concepção lombrosiana. Cf. Durkheim, E. Da Divisão Social do Trabalho. Martins Fontes: São Paulo, 2012, pág. 146-147

[466] Para uma crítica do delito natural em Garofalo, Cf.: Durkheim, E. Op. Cit, 2012, pág.439-440, notas 1 e 2.

[467] "Essa gritante anfractuosidade (e daí surge o desrespeito às leis é que constitui objeto da antropologia jurídica, que já se detectou o caráter etnocêntrico do direito, mas, chamadas a reconhecer esse abismo entre a ordem social e a legal, muitas decisões judiciais (que devem ter, também, uma força de legitimação, em discursos palavrosos, entremeados de uma formação dogmático-positivista (principiologia tantas vezes flatulenta, com usual fuga pela escotilha das questões meramente processuais, etc), tentam mistificar o que é de clareza meridiana". ACP, 93.4926-0, fls. 1002

[468] ACP 93.4926-0, fls. 1002

[469] ACP 93.4926-0, fls. 1003

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

marginais do Rio São Francisco, que eram objeto da disputa, e passa a analisar a turbação.

No discurso da sentença, as provas da turbação da posse da comunidade de Rio das Rãs eram efetivamente fartas e robustas. Citou diversos trechos que comprovam a construção do argumento de que aquela região oeste da Bahia se tornou um espaço de cobiça para projetos agroindustriais vultosos, formando uma profunda ameaça para a comunidade. Compreendeu este discurso que esse interesse egoístico de cunho empresarial ganharia forte freio e anteparo em face da legitimidade e da força coativa do direito constitucional construído. A sentença com menção sobre a necessidade de se proteger o direito à sociodiversidade (direito à diferença) no amparo constitucional do princípio da igualdade[470]. A sentença declarou "a remanescência quilombola da Comunidade Negra do Rio das Rãs, tomando como prova o laudo antropológico de fls. 804-960"[471] e condenou o Grupo Bial Agropecuária Ltda a não obstruir a prática de agricultura de vazante feita nos terrenos marginais do Rio São Francisco.

O caso de Rio das Rãs permitiu que algumas ilações, pronunciadas como bipartições e tensões entre dois entendimentos diversos do que seja a fundamentação do direito dos remanescentes de quilombos se tornasse ainda mais clara para nosso entendimento. Foi mais uma prova de forte tensão entre fatos e normas. Isso poderia até sugerir, em um primeiro plano, uma "colisão" do princípio de liberdade que norteia a iniciativa privada e empresarial e o princípio da igualdade que ampara o direito à diferença do grupo étnico determinado. Por outro lado, percebemos que para o choque entre a dimensão do público, situada na órbita de argumentos de direito constitucional, e da dimensão do privado, uma demanda de natureza privada teria solução jurídica independentemente do Decreto 3912/2001 vigente na época, com aplicação direta do art. 68 do ADCT.

O juiz do "Caso Rio das Rãs" se fundamentou diretamente na constituição e no laudo antropológico para decidir a matéria. Por isso, suspeitamos que o art. 68 do ADCT não possui lacuna jurídica real, mas só aparente. Não se trataria de

[470] "A posse da Comunidade Negra do Rio das Rãs que, sem embargo dos preeminentes propósitos agroempresariais da Ré, merece protegida em nome do princípio da igualdade, que impõe respeito às diferenças culturais de toda espécie". ACP 93.4926-0, fls. 1007
[471] ACP 93.4926-0, fls. 1008

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

"um caso difícil" ("hard case"). Percebemos que outra tensão se repete como um sintoma insistente. A tensão entre a concepção da natureza agrária do conflito e a natureza constitucional referente à cultura, à etnicidade e ao direito à diferença.

Todas essas tensões se conectaram com o problema do conceito de remanescentes de quilombo como grupo étnico pautado na formação simbólica e oral da territorialidade. Esta argumentação foi contraditada no processo judicial em face de uma conceituação historicista de quilombo como agrupamento de negros fugidos, fundamentada em documentos cartoriais, históricos e geográficos de credibilidade altamente duvidosa.

É possível dizer por força do dispositivo constitucional que qualquer propriedade privada incidente em território quilombola jamais existiu, pois, a partir de 1988, passam à esfera de titulação daqueles grupos étnicos. A dificuldade que se punha continuava na titulação de tais grupos, já que não se enquadram plenamente nem na categoria de pessoa física, individual, nem na categoria de pessoa jurídica nos moldes do direito civil.

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

7.2. O conflito de Marambaia e a aplicação concreta do Decreto 4.887/2003

Não vamos cansá-los com uma análise folha por folha do processo do Caso Marambaia tal qual fizemos com o caso de Rio das Rãs na argumentação do capítulo anterior. E vale dizer que o juiz deste caso já considerou com bastante ênfase a especificação do art. 68 feita pelo Decreto 4.887/2003 em sua argumentação. A norma que tem a sua constitucionalidade discutida no Supremo Tribunal Federal se mostra aplicável e aplicada com eficiência e eficácia pelo órgão jurisdicional singular . Antes, optamos por situar o caso de Marambáia em um quadro das comunidades remanescentes de quilombo no Rio de Janeiro.

Na dimensão burocrática do procedimento administrativo de titulação das terras quilombolas, dados oficiais parecem conflitantes entre si. É possível encontrar a informação de que no Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, há poucas comunidades remanescentes de quilombos reconhecidas e com terras

tituladas. Cada uma delas detém título expedido por "órgãos" diferentes: (i) A comunidade de Campinho da Independência tem titulação concedida pela Secretaria de Assuntos Fundiários do Estado do Rio de Janeiro – Saferj; (ii) A comunidade de Preto Forro é titulada pelo Instituto de Terra do Rio de Janeiro – Iterj; (iii) a comunidade de Santana, tem titulação dada pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – Incra e pela Fundação Cultural Palmares – FCP. Do item iii, verifica-se que a comunidade de Santana é composta por 13 (treze) imóveis rurais que já foram avaliados pelo Incra, mas sequer tiveram ação judicial distribuída. Não houve uma judicialização generalizada da questão quilombola no estado do Rio de Janeiro.

Do pequeno quadro acima, percebe-se que somente uma comunidade avançou do procedimento administrativo para o procedimento judicial: A comunidade de São João da Serra. Tem-se 4 (quatro) imóveis rurais avaliados, 3 (três) fazendas e 1 (um) sítio. Destes, todas tiveram ações ajuizadas pelo Incra, mas nenhuma contou com Sentença prolatada e homologada. O caso de Marambáia se difere por ter sido titulada e com as posse regulada por meio de uma demanda judicial.

O quilombo da Comunidade de Marambaia entrou em conflito com a União Federal através de uma Ação Civil Pública, Processo nº 2002.51.11.000118-2, proposta pelo Ministério Público[472]. Tal processo teve a sentença em que os entes da administração pública federal envolvidos (Incra e Marinha, representados pela Advocacia-Geral da União – AGU) foram condenados a obrigações de não fazer, por meio de uma tutela inibitória. Pela primeira vez, um caso de quilombos foi decidido com base no direito constitucional e não com fundamento apenas em argumentos de direito civil e administrativo.

[472] As citações desse processo serão mencionadas no corpo do texto e não mais em nota de rodapé como se procedeu até agora. A demanda judicial é ajuizada pela União (representando a Marinha e o Incra). Identificou-se na coleta de dados a existência de um caso individual julgado pelo Superior Tribunal de Justiça. Trata-se do caso do quilombola Benedito Augusto Juvenal. Tal demanda foi julgada improcedente, atribuindo razão ao quilombola. Cf. http://www.cpisp.org.br/upload/editor/file/REsp%20931060.pdf. Cf também para maior detalhes do conflito: Lopes, A.C. 2010, Marambaia: processo social e direito. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Instituto de Ciências Humanas e Sociais. Aqui, nesta pesquisa, por enquanto, só se tratará da demanda no juízo singular, portanto, da sentença na Ação Civil Pública que trata da comunidade como um todo.

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

Vamos nos ater só aos argumentos da sentença que se baseia no laudo antropológico e nas orientações dessa norma. No caso de Rio das Rãs, compreendemos que o conflito permitiu visualizar um jogo de interesses privados do agronegócio frente a uma comunidade negra rural que tradicionalmente ocupava suas terras. Já em Marambaia, pudemos observar, como pano de fundo da decisão, a operação do subsistema da burocracia a todo vapor. Em ambos, a representação e a mediação do conflito contaram com a participação do Ministério Público Federal, que teve a sua legitimidade questionada mais uma vez, sob a alegação de que estava atuando em nome de interesses privados e não do interesse público.

A decisão se apropriou da discussão antropológico-jurídica sobre o tema. Mesmo se prendendo a uma concepção normativista dos princípios constitucionais e a uma velha interpretação sistemática da "doutrina" constitucional, o juiz da demanda fez uma leitura quase hercúlea do processo. Esta decisão judicial foi uma inovação em relação ao tratamento da questão quilombola no âmbito do sistema de direitos brasileiro. Como se disse antes, foi a primeira decisão que especificou o art. 68 do ADCT com os critérios do Decreto 4.887/2003. A decisão apresenta a demanda e seus atores assim:

> Trata-se de AÇÃO CIVIL PÚBLICA proposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL em face da UNIÃO FEDERAL e INCRA aduzindo, em síntese, que uma comunidade negra rural, formada por descendentes de escravos e composta por cerca de noventa famílias, habita, desde antes da abolição da escravatura, trecho da Ilha da Marambaia no município de Mangaratiba. A formação insular pertenceria à União e desde 1971 é administrada pela Marinha do Brasil que mantém no local uma base militar.

Note-se que sua decisão adota o ponto de vista da historiografia ao vincular o tema à ancestralidade quando diz que se trata de uma "comunidade negra rural, formada por descendentes de escravos". O argumento da ligação com o passado escravagista pesou no seu convencimento para declarar judicialmente a existência do direito da comunidade. Embora mais a frente ele vá contestar essa concepção de "negro fugido" ao lado do entendimento de remanescente de quilombos como grupo étnico, sua argumentação se pautou pelo norte da historiografia contemporânea. O juiz compreendeu que o fundamento do direito

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

quilombola é constitucional e que há na "causa de pedir", fundamento de direito que justificou o ingresso da ação judicial:

> Como causa de pedir, sustenta a parte autora que a comunidade negra rural de Marambaia vive no local desde o século XIX, sendo seus membros remanescentes das comunidades dos quilombos e, consoante o art. 68 do ADCT, teria direito ao reconhecimento da propriedade definitiva das terras que ocupam.

Haveria, portanto, um conflito entre a Marinha e a Comunidade que, nesta argumentação judicial, já estaria habitando aquele território antes da formação do porto ou nos termos em que ele narra. Segundo juiz, o Ministério Público que legitimou a demanda entendeu que:

> (...) os remanescentes quilombolas da Marambaia viveram em harmonia por mais de um século. Todavia, desde que a Marinha do Brasil passou a administrar o local, os moradores passaram a sofrer uma série de restrições com o objetivo de retirá-los da ilha.

Para este discurso judicial, a primeira discussão que se travou entre o Ministério Público e a União foi em torno da legitimidade do próprio Ministério Público para atuar em nome de uma associação civil de cunho privado não fazia sentido. Na argumentação da União, reproduzida pelo juiz, neste caso, não seria o interesse público e coletivo que legitimaria a atuação daquele órgão. A União ratificou esta compreensão de que este interesse público estaria sobreposto por interesses privados individuais em razão da existência de uma associação civil quilombola que também representava a comunidade. Contudo, o juiz compreendeu que isso não procedia juridicamente. O Ministério Público, a seu ver, não agiu em nome de interesses pessoais de pessoa jurídica privada, mas antes, atuou em nome do interesse público. Para ele, na medida em que se tratou de matéria concernente aos direitos culturais materiais e imateriais, constitucionalmente fundamentados, o Ministério Público tinha legitimidade de representação:

> Considerando que por força de expressa disposição constitucional constituem o patrimônio cultural nacional os bens de natureza material e imaterial que guardem referência com a identidade e memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, vide art. 216, caput, da CR/88, bem como a inegável caracterização da comunidade negra como um dos grupos que formaram a nossa sociedade, verifico que o MPF é legitimado a defender, de forma extraordinária, os interesses que postula nesta ação

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

O juiz aderiu ao que se chama no campo jurídico de interpretação sistemática do direito constitucional, demonstrando que a leitura do art. 68 do ADCT só poderia ser interpretada em conexão com o art. 216 da CF/88. A decisão permitiu a observação, em concreto, de aparente conflito de normas no tempo. Na decisão, o Decreto 3.912/2001 compreendia que a Fundação Palmares do Ministério da Cultura como entidade habilitada para fazer a titulação de terras quilombolas. Com a edição do Decreto 4.877/2003, esta atribuição foi passada para o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – Incra. As proximidades da questão cultural com a questão fundiária são percebidas na decisão:

> Quanto à contestação do Incra, é necessário que antes de abordar as questões preliminares ressuscitadas seja ressaltado que, conforme decisão de fl. 900, foi reconhecida a sucessão processual, excluindo da lide a Fundação Cultural Palmares e incluindo o Incra, decisão esta irrecorrida e, portanto, preclusa. E assim o foi porque se o Decreto nº 3.912/2001, em seu art. 1º, imputava a Fundação Cultural Palmares a competência para o reconhecimento, delimitação, titulação e registro das terras ocupadas por remanescentes de comunidades de quilombos, o art. 3º do Decreto nº 4.887/2003 transferiu esta competência administrativa ao Incra.

O juiz confirmou a legitimidade processual do Incra, bem como acentuou que a sua atribuição administrativa para atuar no caso era legítima e mais uma vez se valendo do Decreto 4.887/2003 disse:

> Ora, ao formular tal sentença restou evidenciada a legitimidade desta Autarquia Federal. Demais disso, o Decreto 4.887/03 é claro ao impor ao Incra responsabilidade pela realização do processo administrativo quilombola. Se à autarquia cabe a identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas pelos remanescentes das comunidades dos quilombos, conforme o art. 3º do Decreto nº 4.887/2003, a ação que tenha como um dos pedidos o término deste procedimento só pode ter o Incra como réu.

Houve uma decisão judicial anterior que desalojou alguns quilombolas de suas residências. A sentença, ora resenhada, confirma o *status* constitucional do direito dos remanescentes de quilombos, demonstrando a atuação da "força normativa da constituição". Em suas palavras, argumenta que:

> Assim, mesmo que exista decisão judicial anterior determinando a desocupação do bem da União por alguns dos remanescentes das comunidades dos quilombos, o reconhecimento judicial superveniente de que o local lhes pertence por disposição integrante da Carta de 1988, o art. 68 do ADCT, implica em alteração capaz de embasar seus retornos aos seus lares sem que haja ofensa ao instituto da coisa julgada.

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

Após estes debates processuais, que acabaram por ter o reconhecimento da legitimidade processual do Ministério Público Federal para atuar no caso, o juiz passou a julgar o mérito da causa. Demonstrou mais uma vez ter "inventariado" as normas, regras e interpretações que especificam o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988. Além da fundamentação normativa, o juiz levou em consideração os fatos elucidados pelos saberes especializados da história e da antropologia. Para o seu convencimento, considerou o "Relatório Técnico de Identificação e Delimitação". Obteve, assim, "informações cartográficas, fundiárias, agronômicas, ecológicas, geográficas, socioeconômicas, históricas e antropológicas". Tais saberes especializados colaboraram na produção da prova jurídica:

> O que se faz nesta sentença é reconhecer a existência de fortíssima prova documental neste sentido, possibilitando garantir o direito à proteção possessória, nos precisos termos em que foi proposta a lide. A identificação da comunidade como descendente de quilombos para fins de titulação da terra que ocupam é uma das providências que cabe ao Incra na conclusão do processo administrativo, objeto da segunda parte do pedido inicial.

E mais adiante no seu argumento demonstra a sua filiação a um estado de bem-estar social no qual a interpretação das normas constitucionais deve se balizar sistematicamente por valores dispostos nos princípios fundamentais da Carta Constitucional de 1988:

> Assim, o art. 68 do ADCT e seus termos não deve ser interpretado de forma restritiva. Pelo contrário, sendo a interpretação constitucional um processo que tem como objetivo revelar o alcance das normas que integram a constituição, aplicando-se o método valorativo, bem como o princípio da hermenêutica constitucional da unicidade da constituição, verifica-se que o comando constitucional acima citado deve ser cotejado sistematicamente com os princípios fundamentais do nosso Texto Constitucional, notadamente o princípio que garante a dignidade da pessoa humana.

Por outro lado, a decisão parecia estar bem situada no longo debate que se instalou sobre o conceito de quilombo:

> Por fim, a conceituação de quilombos unicamente como local de escravos fugidos remonta ao próprio período escravocrata de nossa sociedade, de forma a caracterizar o escravo em condição ilegal, fugido de seu proprietário. É um conceito que favorece unicamente ao senhor escravista. A CR/88, ao consagrar o direito à terra dos remanescentes de quilombos não o fez tomando como base os quilombos unicamente como locais de negros fugitivos, mas sim referindo-se ao uso das terras segundo os costumes e tradições das comunidades negras.

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

Dentre as diversas questões relativas ao debate processual que levou à declaração judicial de Marambaia como remanescente de quilombos, o juiz também justificou a posição institucional do poder judiciário diante do conflito como criador de políticas públicas:

> Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à reserva do possível.

Estamos diante de um precedente importante no julgamento da constitucionalidade do direito quilombola no Brasil. O juiz, assim como os Ministros do Supremo e demais juristas estudiosos do assunto, manteve-se no paradigma interpretativo do estado de bem-estar social e se dispôs, como um positivista que considera valores e princípios como normas, a "realizar" concretamente a constituição. Há, assim como no voto da Rosa Weber, uma forte carga da "teoria material" da constituição. Mas se pode dizer que nos efeitos de sua decisão ele aderiu, ainda que inconscientemente, a um "patriotismo constitucional". Considerou outros auditórios além daqueles que só abrigavam os discursos especializados ao direito. Essa compreensão, ainda que implícita, de uma constituição lida por uma "comunidade aberta" de intérpretes[473] tal qual a discussão de Peter Härbele sinaliza que por pouco o juiz não se autocompreendeu como um olhar digno do paradigma do estado democrático de direito na perspectiva procedimental.

Tomar o caso quilombola, diante Decreto 4.887/03, como um "hard case" no sentido dworkinano seria um exagero, talvez. Mesmo sem citar a "teoria da integridade jurídica" se porta ele como um "juiz Hércules" buscando a melhor resposta e narrativa que melhor continue o "romance" do constitucionalismo brasileiro e a encontra na aplicação direta do texto constitucional.

[473] Härbele, P. Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, Sergio Fabris Editora, Porto Alegre:1997, pág.13-15

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

Este Decreto não pode ser considerado autônomo se sua chave de leitura compreende a recepção das normas internacionais como lei ou direito fundamental. O respeito ao direito das minorias, dos povos autóctones e das populações tradicionais teria outra fonte além do próprio texto constitucional Não há lacuna do direito. Há normas que permitem a fundamentação da decisão e a constitucionalidade deste Decreto.

As pistas de investigação até aqui seguidas permitem entender que o problema quilombola no Brasil se articulou fortemente no cenário da questão agrária, afirmando a existência de grupos étnicos em contraposição ao discurso dos negros fugidos da escravidão como "persistência do passado". A questão caminhou do problema da liberdade dos escravizados cativos, do sistema escravagista como um todo para o tratamento da igualdade étnica dos quilombos contemporâneos.

Fizemos uma apreciação de textos de juristas e juízes enfrentando problemas de aplicação, adequação e recepção de regras jurídicas internacionais e infraconstitucionais pré-existentes e posteriores ao texto constitucional de 1988. Como se viu, partimos para a leitura e análise do trabalho daqueles autores, questionando qual "a natureza jurídica" da propriedade quilombola. Da leitura mesclada à inserção empírica em processos e decisões judiciais sobre o "caso quilombola", pudemos descobrir a diferença entre o direito de quilombos do direito dos povos indígenas; e a diferença entre essas duas realidades e a do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra – MST , por exemplo.

Descobrimos que a prova pericial da etnicidade, e com ela uma nova leitura do direito quilombola, se abriu para nós a partir da tensão com a norma constitucional. A temática indígena juridicamente já estava bem determinada pela Constituição Federal de 1988 quando se define normativamente que a propriedade das terras indígenas é da União e estes têm somente a posse. Os "sem-terra" apontavam para o problema fundiário mais específico decorrente da recepção que a Constituição Federal de 1988 fez do princípio da função social da propriedade já presente no Estatuto da Terra de 1964. Com isso, o problema de pesquisa da questão fundiária se deslocou para um relevo de fundo em relação ao da territorialidade étnica dos quilombos.

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

A perspectiva da função social da propriedade determinada pelo critério econômico de produtividade e eficiência da terra poderia se especificar ou se diferenciar em critério não econômico – o critério da etnicidade. A partir da segunda metade dos anos de 2000, a categoria da territorialidade associada às características étnicas de determinados grupamentos do campesinato negro rural[474] se tornou central para o estudo desse tema. O território étnico – e não simplesmente a terra – é o que deveria se articular com o sistema de direitos[475].

O laudo antropológico se constituiu em peça fundamental para o convencimento e decisão do poder judiciário com base em um argumento "técnico" com força probatória relevante. Vale frisar que o "caso de Rio das Rãs" revelou bem essa força probatória do saber antropológico atuando no convencimento do juiz de direito diante de um conflito entre particular com quilombolas sem, ao menos inicialmente, ter as especificações étnicas contidas em normas infraconstitucionais como o Decreto 4887/03.

Por outro lado, na decisão do caso "Marambaia", a perspectiva antropológica se juntou ao argumento da historiografia, permitindo que a robustez da "facticidade" se colocasse ao lado da demonstração da "validade" daquele que especifica o art. 68 do ADCT.

Marambaia, por sua vez, foi um "porto" – um entreposto do tráfico negreiro mais precisamente. Serviu ao tráfico de escravos e, mesmo depois da escravidão, continuou a abrigar comunidades negras que permaneceram ali reproduzindo comunitariamente as suas formas culturais de ser e viver, assim como muitos grupos quilombolas viveram ao seu modo "invisível" juridicamente [476] de 1888 até pelo menos 1988.

Aqui, a discussão dos especialistas sobre laudos periciais antropológicos em dois processos judiciais distintos, mais uma vez, serviu de base para a descrição etnográfica do que significava quilombo no caso concreto. Alguns antropólogos e historiadores que se debruçaram sobre este tema afirmavam um

[474] Gomes, F. S. Mocambos e Quilombos: uma história do campesinato negro no Brasil. Editora Claro Enigma, São Paulo, 2015
[475] Camerini, J. C. B., ibidem, pp. 10-13
[476] Carvalho, J.J, Op. cit 1996, pág. 47

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

consenso em tratar os quilombos contemporâneos na perspectiva de grupos étnicos desligados do passado de "negros fugidos". Outros entendiam que a historiografia contemporânea da escravidão, com sua "mistura étnica", não se contrapunha ao olhar de territorialidade étnica. No caso de Marambaia, os dois olhares se complementaram.

A articulação entre a questão agrária com a questão escravagista não precisa se opor aos problemas contemporâneos de direito à igualdade, à diferença e ao reconhecimento. São temas de necessária conciliação para se compreender quilombos hoje. É preciso atentar para discussão do direito à história da escravidão como bem descreve Sidney Chaloub. Para ele, as armadilhas das "ficções do direito e da história"[477] precisam ser desarmadas pelo pesquisador. O escravo era propriedade de uma ficção que o "coisificava" – transformava uma pessoa em objeto de direito – depreciando ao extremo sua condição de ser humano e o equiparando ao fator de produção como máquinas ou mesmo animais disponíveis para venda. Nos tempos de hoje, o quilombola contemporâneo tem a liberdade formal, mas não pode exercê-la com plena igualdade material por conta de uma reparação histórica que não foi feita.

A falta de certeza jurídica, com a ausência de titulação ou registro do imóvel dos quilombolas, provocou o medo de perder "a coisa" – o imóvel rural – que pensava ser dele e de seus antepassados a partir de uma "comunicação" deduzida do sistema de direitos. Foi-lhe transmitida uma propriedade diretamente pelo texto constitucional, sem o intermédio do direito civil ou administrativo. Foi-lhe transmitido por uma história constitucional e consiste em uma "ficção jurídica" com efeitos concretos e reais. Mas não é uma ficção em que os capítulos não se fecharam. A constituinte foi um capítulo fechado assim como será em um futuro breve a Adi 3.239/2004 disposta no Supremo Tribunal Federal.

O caso judicial de Marambaia demonstrou como a linguagem do direito pôde funcionar "estrategicamente", mas também como médium da democracia. Formou-se uma barreira à "colonização do mundo da vida" daquela comunidade quilombola, impedindo uma invasão do subsistema burocrático afirmando que se

[477] Chaloub, S. Visões da Liberdade: uma história das últimas décadas da escravidão na Corte. Companhia das Letras: São Paulo, 1990, pág. 11

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

tratavam aquelas terras de domínio público não estatal . Observa-se que o poder público, por meio da burocracia, ao seguir estritamente as regras de direito administrativo, por exemplo, através de uma lógica estratégica orientada pela finalidade do poder, desprezou as possibilidades de comunicação com outros atores do processo social. Desse modo, só por meio do argumento judicial outros partícipes do auditório envolvido com o tema quilombola puderam interferir com a força da facticidade dos seus discursos e demonstrarem que ali se tinha um interesse público, não estatal.

De maneira homóloga, no caso de Rio das Rãs na Bahia, cuja disposição bruta dos dados pôde ser conferida com mais detalhe nesta pesquisa, houve uma tentativa de "colonização do mundo da vida" pelo subsistema do mercado. Um grupo agroindustrial só não conseguiu expulsar a comunidade de sua territorialidade por causa da mediação da linguagem jurídica. Alguns dos mesmos atores que figuraram no "caso Marambaia" (Ministério Público, cientistas sociais e a comunidade) são também ouvintes e falantes no discurso judicial que obriga a empresa a se abster de suas ações. Todavia, é um ator do mercado que no polo passivo da Ação Civil Pública aparece. A estrutura narrativa dos dois casos é bem parecida. O argumento de ilegitimidade jurídico-processual do Ministério Público aparece no mesmo sentido.

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

Conclusão

A facticidade dos grupos étnicos atestada por prova pericial antropológica estabelece uma tensão na aplicação do direito das comunidades rurais remanescentes de quilombos do Brasil.

Verificamos que esta tensão é própria das sociedades que optam por uma democracia minimamente orientada pelo médium do direito como forma de resistência às invasões do mercado e do estado na vida cotidiana do quilombo. O direito na sua forma instrumental do mercado ou da burocracia tendeu a negar significação jurídica aos quilombos, reduzindo-o a uma dimensão agrária, civil e privatista.

Os conflitos ocorridos nas comunidades de Rio das Rãs e lacuna aparente do art. 68 da ADCT e a discussão da constitucionalidade dos Decretos 4.887/03 mostraram que, além dos próprios quilombolas, outros atores com suas respectivas práticas discursivas aparecem no cenário como interessados no tema.

O interesse do Ministério Público na questão é público, não estatal. A defesa do direito das minorias habilita esta instituição a atuar no processo como interessado judicialmente no conflito por obrigação funcional. As tentativas de afastar sua legitimidade foram desconstruídas ao longo da análise dos dois processos com duas ações civis públicas e uma ação direta de inconstitucionalidade, relacionados a estes direitos.

O discurso antagonista à existência de quilombos nos pareceu visível desde o processo constituinte. Os embates entre parlamentares do grupo ruralista e os parlamentares ligados ao movimento negro e aos movimentos sociais no campo mostraram que a produção do direito dos quilombolas foi imersa num rol de conflitos e embates discursivos no campo do direito. Assim, desconfiamos que, na verdade, o processo constituinte, o processo judicial e a ação de inconstitucionalidade sublimam uma discussão que se esconde na fusão da questão agrária com o escravagismo. Talvez aí se esconda o segredo da nossa ausência de ruptura social e insistência numa modernização conservadora. Saber sobre os negros rurais que já foram escravizados e os negros rurais que passaram a se colocar não mais como objeto de direito, e sim como sujeito deste, é um novo desafio dessa pesquisa que aqui foi apenas apontado.

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

Referências Bibliográficas

ANDRADE, L., TRECCANI, G. **"Terras de Quilombo".** In: Laranjeira, R. (coord.), Direito Agrário Brasileiro. São Paulo: Ltr, 1999.

ARRUTI, J. M. P. A e FIGUEIREDO, A. V. de. 2005. **Processos cruzados: configurações da questão quilombola e o campo jurídico no Rio de Janeiro**. Boletim Informativo NUER, Florianópolis, vº 2, nº 2, pp. 77-94.

_____. **A emergência dos "remanescentes de quilombos": notas para o diálogo entre indígenas e quilombolas**, MANA 3(2):7-38, 1997

BALDEZ, M. L. **"A terra no campo".** In: Introdução Crítica ao Direito Agrário. Molina, BANDEIRA DE MELLO, C. A. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2000.

BARTH. Fredrik; POUTINGHAT, P & STREIFF-FENART, Jocelyne. **Teorias da Etnicidade seguido de Grupos Étnicos e suas Fronteiras**. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1998.

BERNO DE ALMEIDA, A. W. **"O quilombo e as novas etnias".** In: O'Dwer, E. C. Quilombos: identidade étnica e territorrialidade. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2002.

_____. W. **Quilombos: sematologia redefinida em face de novas identidades.** In. Frechal Terra de Preto: Um quilombo transformado em reserva extrativista. São Luiz: Projeto Vida de Negro, SMDH/CCN-MA, 1996 (mimeo).

BOURDIEU, P. et al. **Ofício de sociólogo: Metodologia da pesquisa na sociologia.** Petropólis-RJ:Vozes,2015

_____. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Editora Bertrand Brasil, 1989

BRANDÃO, Gildo Marçal. **Linhagens do pensamento político brasileiro**, Hucitec Editora: São Paulo, 2010

CARDOSO DE OLIVEIRA, L.R. **"Comparação e interpretação na antropologia jurídica"**. In: Anuário Antropológico/89. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1992, pp. 23-45.

_____. **Direito Legal e insulto moral: dilemas da cidadania no Brasil, Quebec e EUA.** Rio de Janeiro: Relume Dumará/ Núcleo de Antropologia Política, 2002.

CARVALHO, J.J. (org). **O quilombo de Rios das Rãs: histórias, tradições, lutas**. Salvador: Edufba-Ceao, 1995.

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

CASTILHO, E.W. **"Mesa Jurídica".** In: I Encontro Nacional de Lideranças das Comunidades Remanescentes de quilombos Tituladas. Brasília: Fundação Cultural Palmares/Minc/Editorial Abaré, 2002, pp. 24-30.

DALLARI, D. **Reconhecimento das terras ocupadas por comunidades remanescentes de quilombos incidentes em domínios particulares**. In: Andrade, M. M. de. Comissão Pró-Índio de São Paulo. São Paulo, 1997.

DEMO, P. **Metodologia do Conhecimento Científico**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

DI PIETRO, M. Z. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 1997.

DÍAZ, R.L. S. **Los Derechos de las Mínorias, Diccionário Crítico de Los Derechos Humanos**. Universidad Internacional de Andalucía/ Sede Iberoamericana de la Rábida.

DUPRAT, D. **"Breves considerações sobre o Decreto nº 39.212/01"**. In: O'DWYER, E. C. (org.). Quilombos: identidade étnica e territorialidade. Rio de Janeiro: FGV, 2002

DWORKIN, R. **Los Derechos en serio. Barcelona**, Esp: Editorial Ariel, 2ª reipressión, 1995.

_____. **O império do Direito**. Trad. Jeferson Luiz Camarco. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, R. **Uma questão de princípios**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FAORO, Raymundo, **A República Inacabada**. Globo Ed.: São Paulo, 2007.

FAZZIO JÚNIOR, W. **Fundamentos de direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2002.

FIGUEIREDO, André Videira de. **O caminho quilombola: sociologia jurídica do reconhecimento étnico**. Apris: Curitiba, 2011.

FOUCAULT, M. **A arqueologia do saber**. Forense Universitária. Ed. Rio de Janeiro, 6ª.Edição, 2000

GEERTZ, C. **Nova luz sobre a antropologia**. Rio de Janeiro: Jorge Zarah Ed., 2001.

_____. **Saber Local: Novos ensaios em antropologia interpretativa**. Petrópolis: Editora Vozes, 1998.

GODOY, L. "**Os pressupostos jurídicos para a regularização fundiária das áreas remanescentes de quilombos**". In: TRINDADE, T. (org). Quilombos em São Paulo: Tradições, Direitos e Lutas. São Paulo: Imesp, 1996.

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

HABERMAS, J. **"Sobre a legitimação baseada nos Direitos Humanos**". In: Direito, Estado e Sociedade, nº 17, Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica - Departamento de Direito, agosto-setembro, 2000.

_____. **A inclusão do outro – estudos de teoria política**. São Paulo: Edições Loyola, 2. Dialética e Hermenêutica. Porto Alegre: L e PM Editores, 1987.

_____. **Acerca da autocompreensão da modernidade**. In: A constelação pós-nacional: ensaios políticos. Literra mundi: São Paulo, 2001.

_____. **Consciência moral e agir comunicativo**. Tempo Brasileiro: Rio de Janeiro, 1989.

_____. **Dialética e Hermenêutica,** L e PM Editores: Porto Alegre, 1987.

_____. **Direito e Democracia: entre a factidade e validade, v. I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997a.

_____. **Direito e Democracia: entre a factidade e validade, v. II**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997b.

_____. **O discurso filosófico da humanidade**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **Pensamento Pós-Metafísico: estudos filosóficos**. Rio de Janeiro: 1990.

_____. **Teoria do Agir Comunicativo.1**.: Racionalidade da ação e racionalização social. Ed. WMF Martins Fontes, São Paulo, 2012

HÄRBELE, P. **Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição,** Sergio Fabris Editora, Porto Alegre: 1997.

HESSE, K. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Farbis Editora, 1991.

HONNETH, **A. Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais.** Editora 34: São Paulo, 2003.

KELSEN, H. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KURZ, Robert. **Os Últimos Combates**. Editora Vozes, Petrópolis, 1997.

KYMLICKA, W. **Multicultural Citzenship**. New York: Oxford Univerity Press, 1995.

LEITE, I. **"Os quilombos no Brasil: questões conceituais e normativas".** Textos e debates, nº 7. Florianópolis: NUER, 2000.

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

LOPES, A.C. Dissertação (mestrado) – **Marambáia: processo social e direito**. Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Instituto de Ciências Humanas e Sociais. Rio de Janeiro, 2010.

LUHMANN, N. **Legitimação pelo procedimento**. Ed. Universidade de Brasília. Brasília, 1980.

_____. **O Enfoque sociológico da teoria e prática do Direito, Sequência nº28**, Santa Catarina, 1994, pp.15-29.

_____. **Sociologia do Direito, I.** Edições Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro:1983.

MARTINS, Ives Gandra e BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil, 3ª edição**. São Paulo, Saraiva, 2002, vol. 9.

_____. **A Política do Brasil: Lúmpen e místico**, São Paulo: Contexto, 2011.

MARTINS, Jose de Sousa. **A Política do Brasil: Lúmpen e místico**, São Paulo: Contexto, 2011.

MEILLASSOUX, C. **Antropologia da escravidão: o ventre de ferro e dinheiro**, Jorge Zahar Ed., Rio de Janeiro: 1995.

MOURA, C. **Os quilombos na dinâmica social do Brasil**. Maceió: Edufal, 2001.

NASCIMENTO, T.C. **Introdução ao direito fundiário**. Porto Alegre. Sérgio Antônio Fabris Editor.

NEVES, M. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

NUNES, J. C. R. **O direito Constitucional de Propriedade das comunidades remanescentes de quilombos.** Cadernos Textos e Debates. NUER/UFSC, 2000.

_____. **O direito Constitucional de Propriedade das comunidades remanescentes de quilombos**. Cadernos Textos e Debates. NUER/UFSC, 2000.

OLIVEIRA, Francisco et. al. (org). **Hegemonia às avessas: economia, política e cultura na era da servidão financeira**. São Paulo: Boitempo, 2010.

OLIVEIRA, L. R. Cardoso de. **Direito Legal e insulto moral: dilemas da cidadania no Brasil,** Quebec e EUA. Rio de Janeiro: Relume Dumará/ Núcleo de Antropologia Política, 2002.

PEDROSA, L. A. C. **"Direitos Humanos, Constituição e Etnia".** In: Debate, nº 6. Salvador: Publicação da Coordenadoria Ecumênica de Serviço-CESE, 2000.

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

PIVA, Luiz Guilherme. **Ladrilhadores e Semeadores – A modernização no pensamento político de Oliveira Vianna**, Sérgio Buarque de Holanda, Azevedo Amaral e Nestor Duarte 1920-1940)", São Paulo: Editora 34, 2000.

PRICE, R. **"Reinventando a história dos quilombos**". In.: Afro-Ásia Publicação do Centro de Estudos Afro-Orientais. Salvador: FFCH/UFBA, 2000.

REIS, J.J e GOMES, F.S. **Liberdade por um fio. História dos quilombos no Brasil**. São Paulo: Cia das Letras, 1996.

REIS, Maria Elisa Pereira. **Elites Agrárias, State-Bulding e Autoritarismo**, Dados- Revista de Ciências Sociais, Vol. 25, nº3, pp. 331-347, Rio de Janeiro: Editora Campus, 1982.

ROSENFELD, M. **A identidade do sujeito constitucional**. In: Cardozo Law Rewiew: Yeshiva University, 1995 (mimeo).

_____. **identidade do sujeito constitucional**. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte. Mandamentos, 2003.

_____. **"Identidade do Sujeito Constitucional".** In: Título Cardozo Law Rewiew: Yeshiva University, 1995 (mimeo).

_____. **A identidade do sujeito constitucional**. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

SALUSTIANO DA SILVA, D. **"Constituição Étnica: O problema jurídico das comunidades negras remanecentes de quilombos".** In: Revista da ABA, julho de 1995.

SANTANA, M. **Fundamentação de um estatuto próprio para o direito dos remanescentes de quilombos no Brasil**, Universidade nacional de Brasília – UnB. Dissertação de Mestrado: Brasília, 2004.

SILVA, D. S. **Constituição Étnica: O problema jurídico das comunidades negras remanecentes de quilombos.** In: Revista da ABA, julho de 1995.

SILVA, Felipe Maia Guimarães. **Questão agrária e modernização no Brasil** / Felipe Maia Guimarães Silva. 2014.

SILVA, V.S. **Rio das Rãs à luz da noção e quilombos**. In: Afro-Ásia. Salvador: CEAO, 2000.

SUNFELD, A. (org). **Comunidades quilombolas: direito à terra. Brasília**: Fundação Cultural Palmares/Minc/Editorial Abraré, 2002.

TRINDADE, A. A. Cançado. **Proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil (1948- 1997): as primeiras cinco décadas**. 2ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000.

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA

VÉRAN, J. F. **"Rio das Rãs – Memória de uma comunidade remanescente de quilombo".** In: Afro-Ásia. Salvador: CEAO, 1998-1999.

WEBER, M. **Capitalismo e Sociedade Rural na Alemanha**. In. Weber- Os Economistas [textos selecionados], Editora Nova Cultural, Círculo do Livro, 1997,pg.121-141

WERNECK VIANNA, L. *et al***. Corpo e Alma da Magistratura Brasileira**, Editora Revan,3ª Edição, Rio de Janeiro: 1997.

_____. **A revolução passiva: iberismo e americanismo no Brasil**., Editora Revan, 2ª edição, revista e ampliada, Rio de Janeiro: 1997b.

_____. **Esquerda brasileira e Tradição Républicana. Estudos de conjuntura sobre a era FHC-Lula,** Editora Revan, Rio de Janeiro: 2006.

_____. *et alii*, **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Editora Revan, Rio de Janeiro: 1999.

_____. **In: Entrevista Luiz Wernneck Vianna. Endurecimento de Dilma com as centrais promove "limpeza"**, Folha de São Paulo, 28 de fevereiro de 2011 disponível em: http://www1.folha.uol.com.br/fsp/poder/po2802201107.htm

_____. **Weber e a interpretação do Brasil**. In: Novos Estudos. Cebrap, Março, 1999, pp. 33-47.

_____. (org) **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil.** Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999.

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1211235/CA