

**18º Congresso Brasileiro de Sociologia**

26 a 29 de Julho de 2017, Brasília (DF)

Grupo de Trabalho: 34 Relações Raciais e Étnicas: Desigualdades e Políticas  
Públicas

### **O Quilombo e as Leis**

Amanda Lacerda Jorge  
Universidade Federal Fluminense

André Brandão  
Universidade Federal Fluminense

## **O Quilombo e as Leis**

### **1- O direito a terra e a construção social dos “quilombolas”**

A Constituição Federal de 1988 (CF), marcou uma nova configuração política e social no Brasil. A partir desta, o reconhecimento do país como um Estado Nacional pluriétnico e multicultural, passou a ser o argumento básico para a exigência de ampliação da proteção social de grupos discriminados. O processo de redemocratização do país, e o contexto político internacional que trazia um discurso voltado para o direito das minorias, colaboraram para que a relação do Estado com estes grupos fosse revista.

Este panorama, abriu espaço para a inserção da questão racial na agenda social brasileira. Nesta conjuntura política favorável ao debate acerca de direitos específicos, também ocorre a mobilização de trabalhadores rurais que lutavam pela reforma agrária. No IV Congresso Nacional dos Trabalhadores Rurais realizado em maio de 1985, muitas demandas menosprezadas ao longo da história do Brasil foram detalhadas e apresentadas aos órgãos fundiários oficiais, e nelas também estavam compreendidas as demandas por terra para grupos negros do meio rural (ALMEIDA, 1989).

Foi a partir daí que as modalidades de “uso comum da terra”, ignoradas na estrutura agrária brasileira, e nunca antes catalogadas, quantificadas ou cadastradas, começam a ser alvo de registro. Trata-se do “Laudo Fundiário (LF), elaborado pelo INCRA, que se destina a levantar informações sobre os imóveis rurais e seus detentores a qualquer título (...)” (ALMEIDA, 1989, p. 43), que começa a ser aplicado em 1986. Segundo Almeida (1989) os sistemas de “uso comum da terra” teriam sido constituídos das mais variadas formas, por diferentes segmentos camponeses e envolveram agentes distintos como indígenas, escravos e ex-escravos, agregados e etc.

Mas, como os “remanescentes de quilombos” foram incorporados à Constituição de 1988? Acreditamos que essas primeiras discussões levantadas por trabalhos acadêmicos e contabilizadas pelo poder público, sobre as terras de “uso comum” e, principalmente, o interesse pelo que seriam “terras de preto”, também colaboraram para a formação da categoria jurídica “quilombola”. Estes “tipos” de posse se originavam de terras doadas, entregues ou adquiridas com ou sem formalização legal por famílias de ex-escravos, alcançando também áreas de

antigos quilombos. A visibilidade destes formatos fundiários atraiu o olhar de vários agentes e agências, transformando-se em um objeto de carga simbólica importante, junto ao momento propício de nomeação da categoria “quilombola”.

Apesar das mobilizações e vocalizações oriundas do movimento negro terem inicialmente como cena o contexto urbano, militantes, cientistas sociais e intelectuais também acabaram entrando no campo dos conflitos fundiários ligados as inicialmente nomeadas “comunidades negras rurais”. Estas, que começaram a ser mapeadas já no início da década de 1980 nos estados do Maranhão e Pará por ativistas locais, tiveram as suas demandas vocalizadas no mês de agosto de 1986 através da 1ª Convenção Nacional do Negro pela Constituinte.

Em atendimento a uma convocatória nacional, para que vários segmentos da sociedade contribuíssem na construção da Constituição, representantes de 63 entidades ligados as questões raciais participaram dessa Convenção, que organizou em um documento, reivindicações que foram enviadas em 1987 para a Assembleia Nacional Constituinte. No documento, há uma parte denominada “*Sobre a questão da terra*”. Nesta, é possível encontrar a primeira demanda por titulação territorial para a população negra, tanto no contexto urbano quanto rural, e parece ser, no rol de nossas pesquisas, a primeira referência aos “quilombolas” neste contexto de debates pré-constituente. No texto, aparece grafado: “será garantido o título de propriedade da terra às comunidades negras remanescentes de quilombos, quer no meio urbano ou rural” (CONVENÇÃO NACIONAL DO NEGRO, 1986, p. 6).

Em fevereiro de 1987, instalou-se a Assembleia Nacional Constituinte e logo após, em abril, foram formadas Subcomissões Temáticas. É possível encontrar na Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias, os primeiros apontamentos responsáveis por construir, mais tarde, o dispositivo voltado para os “quilombolas”.

Nas audiências públicas as intervenções foram enfáticas quanto à desigualdade social vivida pelos grupos negros no Brasil. Na ata da 16ª reunião (realizada em 25 de maio de 1987) que tem como pauta a votação do anteprojeto da Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias, é possível localizar no título *Direitos e Garantias* a ementa que resultaria mais tarde no Artigo 68 do Ato de Disposições Constitucionais Transitórias. A minuta do artigo continha a seguinte redação: “O Estado garantirá o título de propriedade definitiva

das terras ocupadas pelas comunidades negras remanescentes dos Quilombos” (ATAS DE COMISSÕES, 1987, p. 179).

A presença deste artigo na votação do anteprojeto é marcada pela atuação de dois constituintes: Benedita da Silva (PT/RJ) e Carlos Alberto Caó (PDT/RJ). Ambos foram informados das demandas formuladas pelo movimento negro na Convenção Nacional do Negro em 1986 (FIABANI, 2008). Com a aprovação da Constituição Federal em 1988, as propostas destes parlamentares, resultaram no Artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), que ficou com a seguinte redação: “Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos”

Com o Artigo 68 o Estado chancelou direitos antes não existentes, mas, o caráter desta categoria nomeada ficou em disputa, uma vez que a mesma não possuía ainda existência empírica. Antes do dispositivo constitucional de 1988, grande parte dos grupos sociais que carregavam resquícios de ancestralidade negra, com historicidade e modo de vida próprios, não haviam organizado ainda as suas demandas<sup>1</sup>. Diante disto, várias indagações começaram a surgir: quem seriam estes “remanescentes”? O que são “quilombos” e “quilombolas”? Quais seriam os critérios para demarcação destas terras?

Quando o Estado inicia o processo de operacionalização do dispositivo constitucional, a imprecisão do artigo 68 e a enorme heterogeneidade das “comunidades negras rurais” mostra que os problemas a serem enfrentados são amplos e variados. Neste momento os cientistas sociais – em especial os antropólogos – situados nas universidades brasileiras, que tomaram estes grupos sociais como objeto de investigação, constroem um discurso especializado que buscava estabelecer uma interpretação capaz de alargar a compreensão do texto constitucional. Neste discurso os “quilombolas” eram nomeados a partir de um conjunto de significados que possibilitavam a fruição do direito territorial inscrito na Constituição.

Lançando mão do texto seminal de Frederick Barth (2000), a Associação Brasileira de Antropologia divulgou em outubro de 1994 o “Documento do Grupo de

---

<sup>1</sup> Com exceção de “comunidades negras rurais” localizadas no Maranhão e Pará que já articulavam demandas junto ao movimento negro da região desde a década de 1980.

Trabalho sobre Comunidades Negras Rurais”, no qual define um significado para o termo “quilombo”. Desde então, o “campo” das ciências sociais, começa a se referir a tais grupos a partir da noção de “etnicidade” (Barth, 2000). Nessa direção, os “quilombolas” emergiriam dos processos de diferenciação entre grupos que estão em interação. Em tal processo, são elaboradas classificações e autot classificações que definem fronteiras sociais e simbólicas. Os “quilombolas” deveriam ser tomados como entidades sociais que emergem da diferença subjetivamente produzida e sentida nas relações de contato com grupos externos.

Por isso, o Artigo 68 do ADCT deveria ser regulamentado levando em consideração a identificação de “comunidades negras rurais” como “quilombolas”, não como grupos relacionados a um passado histórico, mas sim, a partir de elementos ligados a identidade, pertencimento e diferença. Mais especificamente, por meio do conceito barthiano de etnicidade o discurso antropológico indica que a categoria “quilombola” não deveria ser referida a características objetivas, cronológicas ou documentais. Os “quilombolas”, como um grupo étnico, estão em constante mudança e se definem menos por uma cultura comum e mais por um formato de organização interna. O “quilombo” atual, na interpretação tecida através da teoria da etnicidade de matriz barthiana, foi nomeado como uma unidade social que cria fronteiras com o(s) “outro(s)” e que passa a perceber as diferenças a partir deste(s) “outro(s)”.

## 2 - A regulamentação do Artigo 68 do ADCT

Mas o primeiro esforço sistemático de regulamentação do artigo 68 do ADCT não caminhou nesta direção que apontava para o alargamento do conceito. O governo FHC, apoiado por forças políticas diretamente vinculadas ao capital agrário, vai limitar ao máximo a abrangência social da interpretação constitucional. Assim, o Decreto nº 3.912/2001, em seu artigo primeiro indica que somente seria reconhecida a propriedade quilombola sobre terras que “eram ocupadas por quilombos em 1888” e “estavam ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos em 05 de outubro de 1988”.

Essa interpretação, foi considerada um retrocesso por aqueles que vinham trabalhando com a interpretação oriunda da antropologia. Primeiro, por que muitas comunidades poderiam não estar ocupando suas terras, por terem sido expulsas no violento processo de monopólio fundiário vigente no Brasil. Em segundo lugar, o

Artigo 68 do ADCT expressamente não define como requisito qualquer marco temporal quanto à antiguidade da ocupação. O resultado foi que na vigência deste Decreto, as 38 titulações efetivadas foram realizadas por institutos de terra estaduais, a partir de legislações das unidades da federação. Ou seja, nenhuma destas titulações foi decorrente da ação do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA) neste período.

O ano de 2003 marca a chegada ao poder, de um partido que acumulava certo grau de aproximação com os movimentos sociais. Neste contexto é emitido o Decreto nº 4.887/2003 (revogando o de nº 3.912/2001) que traz mudanças importantes no que diz respeito ao processo de titulação das terras “quilombolas” ao regulamentar o que seriam os “remanescentes” e como seria atestada a sua existência:

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

§ 1º Para os fins deste Decreto, a caracterização dos remanescentes das comunidades dos quilombos será atestada mediante autodefinição da própria comunidade.

§ 2º São terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos as utilizadas para a garantia de sua reprodução física, social, econômica e cultural.

(Decreto 4.887/2003)

Também fica definida a possibilidade de indenização de particulares no processo de titulação dos territórios:

Art. 13. Incidindo nos territórios ocupados por remanescentes das comunidades dos quilombos título de domínio particular não invalidado por nulidade, prescrição ou comisso, e nem tornado ineficaz por outros fundamentos, será realizada vistoria e avaliação do imóvel, objetivando a adoção dos atos necessários à sua desapropriação, quando couber.

(Decreto 4.887/2003)

Este Decreto incorpora a definição proposta pelos antropólogos já em 1994, que apontava as comunidades “quilombolas” como grupos étnicos e promove, portanto, uma dupla ampliação – seja no rol de possíveis comunidades beneficiadas, seja no montante de terras a serem tituladas. Mas esse movimento vai gerar pronta resposta por parte daqueles que desde 1988, vinham buscando legitimar uma leitura mais restrita do dispositivo constitucional.

### 3 - A disputa no STF

Em junho de 2004 o Decreto nº 4.887/2003 foi alvo de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), movida junto ao Supremo Tribunal Federal (STF), pelo então Partido da Frente Liberal (PFL), que atualmente se denominada Democratas. Inicia-se a partir deste ponto, um embate fundamental entre duas interpretações do artigo 68 do ADCT no cerne do campo do direito. Os agentes que promovem cada uma destas se mobilizarão em torno da ação de inconstitucionalidade conhecida como ADI nº 3.239/2004.

A ADI se insere no panorama jurídico brasileiro no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade. Esse aparece no quadro legal do país através de uma emenda constitucional de 1946 (a emenda número 16), mas atualmente é regulado pela lei número 9.868/1999 e tem por finalidade declarar que uma lei ou parte dela é inconstitucional.

#### 3.1 - A Petição Inicial do então Partido da Frente Liberal

A Petição aponta de início, que a matéria regulada pelo Decreto, deveria ser alvo de lei votada na Câmara e no Senado. Este argumento se baseia nos limites impostos pelo artigo nº. 84 da CF de 1988, que define o que “compete privadamente ao Presidente da República”. O Decreto, portanto, carregaria um vício de origem, advindo do “uso indevido da via regulamentar” (PETIÇÃO INICIAL, p. 5).

Após estes argumentos formais, a Petição Inicial apoiada numa interpretação cronológica, intui que seria “raro” encontrar atualmente estes grupos. Portanto, garantir a possibilidade de que as comunidades se auto definissem como “quilombolas” equivaleria a substituir uma definição histórica, por uma “mera manifestação de vontade do interessado” (PETIÇÃO INICIAL, p. 8).

Se as comunidades quilombolas remetem ao período colonial e ao período imperial da história brasileira, deve ser necessário comprovar que um determinado grupo “remanesce” de eventos ocorridos neste passado. Isto porque, na perspectiva dos autores da Petição, as comunidades quilombolas seriam aquelas “formadas por escravos fugidos, ao tempo da escravidão no país” (PETIÇÃO INICIAL, p. 10).

Produzido por grupo partidário diretamente vinculado aos interesses dos grandes proprietários rurais, o texto da Petição Inicial lembra que, com a autoatribuição estaria se realizando “por vias oblíquas uma reforma agrária”, atribuindo títulos de terras a pessoas que “efetivamente não tem relação com os habitantes das comunidades formadas por escravos fugidos, ao tempo da escravidão do país” (PETIÇÃO INICIAL, p. 10).

A Petição segue arguindo ainda a inconstitucionalidade da forma como o Decreto nº 4.887/2003 prevê a delimitação das áreas que seriam tituladas, na medida em que este, determina que sejam levados em consideração “critérios de territorialidade indicados pelos remanescentes das comunidades dos quilombos”. Mais uma vez utilizando um formato normativo cronológico, a Petição Inicial deduz que o artigo 68 do ADCT estaria se referindo às áreas onde seria possível constatar a “localização efetiva de um quilombo” (PETIÇÃO INICIAL, 2004, p. 11), ou seja, onde as casas que o compunham estavam construídas. A perspectiva para delimitação do território prevista no Decreto nº 4.887/2003, ao rejeitar a comprovação histórica, daria aos “interessados” o poder de definir algo que poderia estar desvinculado da “localização efetiva de um quilombo”. (PETIÇÃO INICIAL, 2004, p. 11).

Por fim, a Petição se volta para a desapropriação. Trata-se de tema estratégico. O Decreto nº 4.887/2003 foi publicado cerca de 15 anos após a composição final da CF. Neste período, tanto o movimento “quilombola”, quanto as agências envolvidas nos processos de titulação ganharam um aprendizado prático relacionado com esta tarefa pública. Ficou evidente que os territórios que são reivindicados pelas comunidades, poderiam não mais estar sendo em sua totalidade ocupados por estas. Através dos mais variados processos fundiários (grilagem, pressão para venda, expulsão, etc.), tais territórios já poderiam estar sob posse de terceiros.

Impedir a desapropriação significa, na prática, acrescentar maiores dificuldades à titulação dos territórios, pois sujeitaria cada processo a disputas



jurídicas acerca da propriedade das áreas requeridas. Por outro lado, o cerne do argumento da Petição é que numa “verdadeira” comunidade quilombola, os seus moradores remanesceriam dos que lá já viviam a partir do momento em que empreenderam fugas dos espaços em que eram escravizados. Se tais remanescentes estavam de posse de suas terras e se “lá fixam residência” (PETIÇÃO INICIAL, p. 6) em 5 de outubro de 1988, o Estado deveria emitir o título definitivo de propriedade relativo à estas. Ou seja, o Decreto não criaria direito à propriedade ainda não ocupada, mas somente asseguraria o título definitivo da terra que já estivesse de posse dos “remanescentes”.

### 3.2 - O voto do Relator

Em abril de 2012, teve início no plenário do STF o julgamento da ADI nº 3.239/2004. O voto do relator – o Ministro Cezar Peluso, atualmente aposentado – já inicia afirmando a possibilidade de acolhida da ADI pelo fato do Decreto em tela ser “autônomo” e regulamentar diretamente a CF. Ou seja, o Decreto seria passível de sofrer uma ADI, posto que carrega uma “inconstitucionalidade formal” (VOTO RELATOR, p.7). Neste ponto, cita a manifestação da Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil (CNA), admitida como “*amicus curiae*”<sup>2</sup>, que apresentou parecer redigido por um ex-ministro do STF (Ilmar Galvão, que se aposentara em abril de 2003).

Segundo o ex-ministro, a prova cabal de que o artigo 68 do ADCT não pode ficar à mercê de interpretações do Executivo Federal, está no fato de que os dois últimos Decretos (nº 3.912/2001 e nº 4.887/2003) que efetivaram sua regulamentação, definiam tanto os “remanescentes”, quanto as “suas terras” de forma muito diferente (VOTO RELATOR, p. 7). Assim, o Decreto nº 4.887/2003 seria inconstitucional, assim como o que lhe antecederia (o Decreto nº 3.912/2001), por promover direta regulamentação do texto constitucional, o que não seria válido no ordenamento jurídico nacional.

Estabelecida a argumentação voltada para elementos procedimentais, o ministro parte para as questões materiais, onde também identifica inconstitucionalidade. Mais uma vez, Peluso cita uma manifestação de “*amicus*

---

<sup>2</sup> A figura do “*amicus curiae*” (ou “amigo da corte”, em tradução literal do latim para o português) foi incorporada ao ordenamento jurídico nacional, com a lei nº 9.868/1999. Esta prevê que o relator do processo pode admitir a manifestação de “órgãos ou entidades” para além daquelas que moveram a ação ou são alvo desta.

*curiae*” (desta vez da Confederação Nacional da Indústria – CNI), redigida por outro ex-ministro do STF (Carlos Velloso, aposentado em janeiro de 2006), para afirmar que o conteúdo do Decreto nº 4.887/2003, mesmo se estivesse grafado sob a forma de lei, seria ofensivo à Constituição Federal de 1988:

O Decreto 4.887, de 2003, além de inconstitucional, sob o ponto de vista formal, contém dispositivos ofensivos à Constituição. É dizer, contém normas materialmente inconstitucionais, normas que, mesmo se veiculadas mediante lei, apresentariam o mesmo vício. É que elas inovam e desvirtuam o disposto no art. 68 do ADCT (CARLOS VELLOSO *citado em* VOTO RELATOR, 2012).

Neste ponto o relator se refere, lançando mão das contribuições do ex-ministro, às interpretações do artigo 68 que estariam baseadas em conceitos que denomina como “metajurídicos”. Ou seja, a argumentação que se alicerça em categorias da antropologia e que justificaria a forma como o Decreto caracteriza os “remanescentes”, bem como “suas terras”, seria do campo da “*lege ferenda*”, isto é, de uma lei ainda a ser escrita. Este formato destoaria da “*lege lata*”, a lei que efetivamente existe – ou seja, o artigo 68 do ADCT. O voto do relator entende que a regulamentação possível do dispositivo constitucional, seria uma questão jurídica, que deveria ser resolvida no âmbito da legislação vigente.

Mas, de onde vem a convicção acerca da caracterização legalmente válida de que seriam os “remanescentes das comunidades dos quilombos”? Aqui, o relator mostra total concordância com a argumentação que alicerça a Petição Inicial do PFL. Os “destinatários” do direito conferido pelo artigo 68 do ADCT seriam:

... aqueles que subsistiam nos locais tradicionalmente conhecidos como quilombos, entendidos estes na acepção histórica, em 05 de outubro de 1988. Noutras palavras: os que, tendo buscado abrigo nesses locais (quilombos), antes ou logo após a abolição, lá permaneceram até a promulgação da Constituição de 1988 (VOTO RELATOR, p. 38).

Na convicção do ministro, a categoria “quilombo” adequada para a regulamentação do artigo 68 do ADCT seria de fundo cronológico e, portanto, os sujeitos do direito garantido pela CF de 1988 seriam “remanescentes” de eventos que deveriam ter efetivamente ocorrido até o período imperial.

Mas por que a concepção cronológica do “quilombo” seria a interpretação “jurídica” em oposição à interpretação “metajurídica”, presente no Decreto? A resposta seria simples. A definição de “quilombo” com a qual a legislação deve operar é aquela que tinha validade no momento da composição do texto constitucional. Deveria ser considerada a “acepção histórica, que é conhecida de toda a gente” (VOTO RELATOR, p. 39) e que se encontra no dicionário da língua portuguesa. O relator oferece uma referência disto:

1. Local escondido, geralmente no mato, onde se abrigavam escravos fugidos;
2. Povoação fortificada de negros fugidos do cativeiro, dotada de divisões e organização.

(DICIONÁRIO HOUAISS *citado em* VOTO RELATOR, p.39)

Peluso segue afirmando que os trabalhos de antropólogos que pretendem “ampliar e modernizar o conceito de quilombos” (VOTO RELATOR, p.39), não têm relação com o sentido do texto constitucional. Assim, a conclusão é que do ponto de vista jurídico e referido ao dispositivo constitucional em tela, somente “certa categoria de pessoas” seriam abarcadas pelos efeitos do artigo 68 do ADCT.

O voto qualifica como partes inconstitucionais do Decreto, em primeiro lugar, o artigo 2º quando este define: a) os critérios de autoatribuição e autodefinição, como elementos suficientes para caracterizar quem seriam os “remanescentes” e; b) que as terras “ocupadas” seriam aquelas utilizadas para a garantia da reprodução física, social e cultural das comunidades. Em segundo lugar, o artigo nº 13, quando este autoriza a desapropriação nos casos em que os territórios das comunidades estiverem sobrepostos a áreas com título de domínio particular válido.

Neste ponto Peluso afirma que o artigo 68 do ADCT se dirige não a “remanescentes das comunidades dos quilombos” em geral, mas somente àqueles que “estejam ocupando suas terras” – o que pressupõe a continuidade da posse desde, no mínimo, 1888 até 1988. A estes, a CF estaria reconhecendo “a propriedade definitiva” e caberia somente ao Estado “emitir-lhes os títulos”. A previsão de desapropriação, que aparece no artigo nº 13, não teria fundamento

legal. Isto porque, ao usar a categoria “quilombo” no sentido cronológico, como no voto do relator, é possível, interpretar o Artigo 68 do ADCT como uma garantia de titulação definitiva para áreas que já estariam há muito, sob posse dos “remanescentes”.

O voto detalha o argumento referente a inconstitucionalidade da desapropriação apontando duas possibilidades. A primeira é que os “remanescentes” estejam vivendo desde a formação do quilombo em terras públicas e/ou devolutas. A segunda é que estejam ocupando terras privadas, sobre as quais já teriam obtido direito através da usucapião (uma vez que esta ocupação teria pelo menos 100 anos na data da promulgação da Constituição). Nos dois casos, não seria necessário o recurso a desapropriação.

### 3.3 - O voto da Ministra Rosa Weber

Após a exposição do voto do relator, a ministra Rosa Weber solicitou vistas ao processo e o mesmo foi devolvido cinco dias depois, em 23 de abril de 2012. No entanto, o julgamento somente retornou a pauta do SFT em 25 de março de 2015, quando a ministra então fez a leitura de seu voto. De início, indica que o Decreto possui conteúdo normativo e retira diretamente da Constituição seu fundamento, o que torna a ADI admissível para julgamento. Mas afirma que a ação é improcedente na declaração de inconstitucionalidade do Decreto nº 4.887/2003. A partir deste ponto, Rosa Weber passa a construir suas argumentações com base em cada uma das alegações propostas pela Petição Inicial do PFL.

O primeiro ponto abordado diz respeito a validade do uso de Decreto para regulamentação daquela matéria constitucional específica. O entendimento da ministra é que haveria um objeto claro no artigo 68 do ADCT: o direito dos “quilombolas” ao reconhecimento, pelo Estado, das terras por eles ocupadas. Isto indica que se trata de:

Uma norma definidora de direito fundamental de grupo étnico-racial minoritário, dotada, portanto, de eficácia plena e aplicação imediata, e assim exercitável, o direito subjetivo nela assegurado, independentemente de integração legislativa” (VOTO ROSA WEBER, p. 14).

O fato do Decreto regulamentar diretamente o artigo 68 do ADCT, seria o procedimento juridicamente correto, uma vez que tal artigo se refere a direito fundamental, que exige regulamentação imediata, e carrega elementos de auto aplicação. O voto decompõe o artigo 68 em dois “enunciados constitucionais”: o primeiro, indica um “direito fundamental” baseado em um “direito de propriedade qualificado” (“aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva”). O segundo, constitui uma determinação para que o Estado realize uma ação imprescindível para que o direito fundamental, possa ser acessado (“deve o Estado emitir-lhes os títulos respectivos”).

O primeiro enunciado, não estaria prevendo a existência de um direito a ser exercido no futuro, após a regulamentação através de atividade legislativa. Sua interpretação é que o “direito fundamental subjetivo está consagrado no próprio preceito constitucional transitório” (VOTO ROSA WEBER, p. 15). É claro que esta argumentação pressupõe o entendimento de que o artigo 68 do ADCT consiste em uma norma constitucional de eficácia plena e não de eficácia limitada.

A ministra argumenta que a “norma constitucional definidora de direito fundamental, não assenta incumbência ao legislador” (VOTO ROSA WEBER, p. 15), ao contrário disto, limita a ação legislativa, pois tem como pressuposto o fato de que nenhuma lei criada no futuro pode vir a cercear os direitos nela previstos. O artigo 68 do ADCT seria definidor de um direito fundamental, na medida em que remete à direito de propriedade (em consonância com o artigo 5º da Constituição de 1988). Posto isto, seria consenso jurídico que não se pode reduzir o alcance possível dos direitos fundamentais. Quando se trata de regra constitucional que remete a este tipo de direito, é necessário compreendê-la no sentido da maior eficácia possível. Este cuidado seria justificado pelo fato de que não seria legítima uma interpretação de texto constitucional que engendra direito fundamental, que pudesse levar a inexistência do sujeito deste, tornando vazio de sentido o dispositivo.

Já o segundo enunciado que poderia ser decomposto do artigo 68, define que o Estado deve emitir os títulos de propriedade que devem derivar do direito fundamental assegurado. Para isto a gestão pública precisa estabelecer normatizações específicas. Assim, estaria justificada a emissão do Decreto nº 4.887/2003. Ao mesmo tempo, seria impossível à administração pública dar cumprimento à norma constitucional, sem algum grau de interpretação.

Nesta direção, o voto da ministra, não identifica no Decreto uma violação do artigo nº 84 da Constituição de 1988. Ao contrário disto, tratar-se-ia de uma regulação da forma de ação do Estado para dar cumprimento ao comando constitucional. Não haveria, portanto, inconstitucionalidade formal no Decreto.

Do ponto de vista material, segundo Rosa Weber o debate em curso corresponde a responder à pergunta: a “exegese do art. 68 do ADCT empreendida pela administração se adequada ou não ao real conteúdo do texto constitucional”? (VOTO ROSA WEBER, p. 21). O parâmetro adequado para a resposta seria a “realização do conteúdo do comando constitucional” (VOTO ROSA WEBER, p. 21). O que ainda se imporia como mais evidente, no caso de dispositivo que se refere a um direito fundamental.

Construído este pano de fundo, o voto argumenta que o formato interpretativo presente no Decreto não é inconstitucional. O primeiro ponto discutido é o critério de autoatribuição. Para este debate, a ministra produz uma descrição dos “chamados quilombolas”, que seriam “povos tradicionais” que apesar de não serem nativos, também carregam “traços étnico-culturais distintivos marcados por especial relacionamento sociocultural com a terra ocupada” (VOTO ROSA WEBER, p. 23). Reconhecemos no trecho acima o uso de três categorias produzidas no âmbito da antropologia no contexto da “questão quilombola”. Primeiro a categoria povos tradicionais, acompanhada da categoria etnicidade e em seguida de território. A partir deste ponto, em que são debatidos os elementos materiais do Decreto, o recurso à lógica discursiva externa ao campo do direito passa a ser mais presente.

Apoiando-se no livro “Liberdade por um fio: história dos quilombos no Brasil” de Reis e Gomes (1996), Rosa Weber afirma que o fenômeno quilombola não se resumiu à conhecida imagem de agrupamentos de escravos fugitivos, tendo assumido “múltiplos matizes a depender de para onde se volta o olhar, no amplo espectro temporal e espacial que conformou o modo de produção escravagista no Novo Mundo em geral e no território brasileiro em particular” (VOTO ROSA WEBER, p. 24). O que a ministra, com base na literatura citada, chama de grandes “quilombos”, como o de Palmares, não seria o parâmetro adequado para a compreensão dos milhares de pequenos “quilombos” espalhados pelo país, que em geral nem mesmo chegaram a ser nomeados.

Feita esta introdução, a ministra resolve dispor de uma definição antropológica de “quilombo”, encontrada em Andrade (1997): "Toda comunidade

negra rural que agrupe descendentes de escravos vivendo da cultura de subsistência e onde as manifestações culturais têm forte vínculo com o passado" (ANDRADE - 1997, citado em ADI Nº 3.239/2004, VOTO ROSA WEBER, 2015, p. 27).

O voto segue investindo na explicitação dos heterogêneos formatos que podem ser admitidos para as comunidades "quilombolas". Exatamente por isso seria "falacioso" pretender demarcar um sentido "puro" (VOTO ROSA WEBER, p. 31) para o conceito de "quilombo"; da mesma forma que não existiria um significado que poderíamos atribuir ao constituinte. Assim, a interpretação realizada pela administração pública com o intuito de operacionalizar o comando constitucional implica em definir um sentido para "quilombo" que será juridicamente válido se for adequado "às balizas linguísticas e hermenêuticas impostas pelo texto-norma do art. 68 do ADCT" (VOTO ROSA WEBER, p. 31). Exatamente por isso, segundo o voto da ministra, estaria justificado o uso do critério de autoatribuição, tal como aparece no Decreto. Trata-se de interromper um processo histórico em que a sociedade nega a identidade de "grupos marginalizados" (VOTO ROSA WEBER, p. 33).

Neste ponto a ministra nomeia a antropologia como uma "testemunha" fundamental, pois a autoatribuição, consiste em "método autorizado pela antropologia contemporânea" (VOTO ROSA WEBER, p. 33). A ausência do debate em torno desta última afirmação indica que para a ministra é evidente a legitimidade daquele campo de conhecimento para a definição do método a ser utilizado no tratamento deste objeto.

Ainda que a autoatribuição deva ser usada com cuidado, a sua negação poderia impedir a fruição do direito protegido pela Constituição de 1988. Isto porque o "sentido das normas protetivas de direitos fundamentais (...) deve sempre ser buscado na interpretação que lhes confere a máxima eficácia" (VOTO ROSA WEBER, p. 40).

O próximo ponto debatido no voto se refere a das "terras" que deveriam ser alvo de titulação definitiva. Mais uma vez, Rosa Weber se opõe à demanda da ADI e assevera que não tem fundamento a afirmação de que a demarcação destas áreas atenderia a critérios dos próprios interessados.

O argumento do voto, é que a forma de ocupação da terra que estes grupos quilombolas desenvolveram corresponde a uma matriz tradicional que se aproxima da existente entre os indígenas. Rosa Weber está lançando mão, da categoria

território que é largamente utilizada pelas práticas discursivas do campo da antropologia nacional que se voltam para a “questão quilombola”. A referência citada para definir o que seriam as áreas ocupadas é extraída de texto da antropóloga Lucia Andrade (1994). Tais áreas seriam correspondentes “às terras utilizadas por aquele grupo social para garantir sua sobrevivência, ou mais ainda, para assegurar a reprodução de seu modo de vida específico” (ANDRADE, 1994; citado em VOTO ROSA WEBER, p. 41).

A ministra afirma ainda que a Convenção 169 da OIT, dá sustentação ao formato proposto no Decreto, na medida em que indica a necessidade de consulta aos “povos interessados” quando forem realizadas ações que possam lhes atingir. Segundo o voto, o que estaria proposto seria a garantia da participação das comunidades “nos procedimentos necessários à determinação das terras por eles ocupadas” (VOTO ROSA WEBER, p. 43), e não a submissão da demarcação a determinações das comunidades.

Por fim, a ministra traz reflexões sobre o pedido de impugnação do Decreto pela previsão de desapropriação para a emissão de títulos de propriedade. Argumenta o voto, que não se pode perder de vista o fato do artigo 68 do ADCT definir e assegurar um direito fundamental e, portanto, autoaplicável. O que gera uma situação na qual é a não fruição do direito que pode ser arguida como agressora à Constituição. O artigo 68 do ADCT reconhece uma propriedade definitiva aos “remanescentes das comunidades dos quilombos”. Mas, a efetivação deste reconhecimento demanda a realização de atos administrativos: a identificação das comunidades, o reconhecimento destas e a delimitação e demarcação das terras.

Somente após isto, é possível emitir o título que formaliza o direito. Na medida em que o artigo 68 do ADCT reconhece o direito fundamental à propriedade das terras tradicionalmente ocupadas, deve-se buscar na própria Constituição, a resolução para as situações em que existem títulos de propriedade que incidem sobre estas áreas. Para isto é necessário lançar mão da desapropriação por interesse social, prevista no art. 5º, XXIV da CF. Mas, qual a “função social” destas “terras ocupadas” pelos “quilombolas”? Segundo a ministra seria aquela que, a partir de uma interpretação de “máxima efetividade”, deriva da própria Lei Maior: garantir a reprodução física e social deste grupo (VOTO ROSA WEBER, p. 50).



Mas há outra conexão que não pode ser esquecida, aquela existente entre o artigo 68 do ADCT e os artigos 215 e 216<sup>3</sup> da Constituição. Assim, não somente está autorizada a desapropriação dos títulos privados incidentes sobre territórios quilombolas, como esta é mesmo exigida pela Lei Maior, com vistas à garantia da fruição do direito fundamental por seus titulares. Enfim, o voto opta pela admissibilidade da ADI nº 3.239/2004 para julgamento, no entanto, assevera ser a mesma improcedente.

#### 4 – Conclusões

O material documental que analisamos, retirado dos autos da ADI nº 3.239/2004 mostra que no voto de Rosa Weber, o ponto fundamental da interpretação é mesmo o “direito fundamental”, que na perspectiva da ministra, emanaria do artigo 68 do ADCT. Mas, as discursividades produzidas no campo da antropologia (e em menor medida os estudos de base histórica) também são utilizadas com força e atravessam toda a peça.

Assim, as categorias inseridas na interpretação jurídica foram buscadas majoritariamente em ambiente externo. Estas categorias carregariam uma legitimidade advinda do campo científico e sua inclusão no julgamento da ADI operou alterações na lógica que informa a tomada de decisões no campo do direito.

Restou ao voto do relator manter uma separação radical entre a interpretação estritamente jurídica e os discursos externos, que este denominou como “metajurídicos”. Peluso reconheceu a contribuição das ciências sociais para a compreensão do fenômeno “quilombola”, mas foi taxativo em afirmar que tais estudos científicos não tinham qualquer relação com o julgamento em tela. O ministro exerceu, neste caso, o papel de arauto da “estratégia de conservação” (BOURDIEU, 2003) da lógica dominante de funcionamento do campo do direito, defendendo que neste tenha valor simbólico, somente o que lhe é próprio, ou seja, somente as categorias nativas da própria interpretação jurídica.

Há um elemento ainda referente à tramitação da ADI que devemos comentar. Nossa posição teórica está longe do que Weber chamava de “interpretação causal

---

<sup>3</sup> A referência é ao § 1º do artigo 215 da CF: “O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional” e ao § 5º do artigo 216: “Ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos.”

unilateralmente ‘materialista’ da cultura e da história” (WEBER, 2004, p. 167). No entanto, não podemos deixar de sinalizar que a forma como os diferentes agentes sociais gravitam em torno da ADI tem uma marca econômica plenamente identificável.

Quatro dos cinco *amici curiae* que se manifestaram nos autos da ação para justificar a inconstitucionalidade do Decreto nº 4.887/2003, eram representantes de associações patronais com peso elevado no PIB brasileiro<sup>4</sup>. O voto do relator, que referendou a inconstitucionalidade demandada na Petição Inicial utilizou argumentações contidas em duas manifestações, destas quatro apontadas acima. Em cada uma destas, o autor era um ex-ministro do próprio STF.

Quanto um ex-ministro da mais alta corte cobra para redigir um parecer? É quase uma ironia lembrar que Peluso cita um único *amicus curiae* que defende o Decreto nº 4.887/2003, mas o faz para apontar erro nos argumentos esgrimidos por este; o nome desta entidade: Instituto *Pro Bono*<sup>5</sup>.

Em 25 de março de 2015, logo após a leitura do voto da ministra Rosa Weber, que “empatou” a votação da ADI nº 3.239/2004 no plenário do Supremo Tribunal Federal, o ministro Dias Toffoli pediu vistas ao processo. Não há previsão, até o momento, de quando a ação voltará à pauta. De fato, o que persistiu aberta e incompleta, foi a disputa acerca da interpretação juridicamente legítima do artigo 68 do ADCT. É desta interpretação que depende a definição da constitucionalidade ou inconstitucionalidade do Decreto nº 4.887/2003.

Seja qual for o resultado deste julgamento, que apontará para um direito derivado de uma ordem interpretativa cronológica ou étnica; a certeza que podemos ter é que a decisão a ser tomada constitui o produto de uma disputa interpretativa. Esta, ampliará ou limitará as possibilidades de titulação territorial de milhares de comunidades que levantam a bandeira da identidade “quilombola”.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. Terras de preto, terras de santo, terras de índio: uso comum e conflito. Belém: NAEA/UFPA, 1989.

<sup>4</sup> Trata-se da Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil – CNA; da Confederação Nacional da Indústria – CNI, da Associação Brasileira de Celulose e Papel – BRACELPA e da Sociedade Rural Brasileira.

<sup>5</sup> *Pro bono* em tradução literal do latim significa “para o bem”, mas especificamente no campo do direito, se refere à prestação gratuita de serviços jurídicos por profissionais autorizados, que o fazem voluntariamente. O que não deve ser confundido com a assistência jurídica pública e gratuita que é prevista pela Constituição brasileira.

ANDRADE, Lucia. O Papel da Perícia Antropológica no Reconhecimento das Terras de Ocupação Tradicional – O Caso das Comunidades Remanescentes de Quilombos do Trombetas (Pará). In: A Perícia Antropológica em Processos Judiciais. Florianópolis: Editora da UFSC, 1994.

ANDRADE, Tânia. Quilombos em São Paulo: tradições, direitos e lutas. São Paulo: Imesp, 1997.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ANTROPOLOGIA. Documento do grupo de trabalho sobre comunidades negras rurais. Rio de Janeiro: 1994.

BARTH, Fredrik. Os grupos étnicos e suas fronteiras. In: BARTH, Fredrik. O guru, o iniciador e outras variações antropológicas. Rio de Janeiro: Contra Capa Livraria, 2000.

BOURDIEU, Pierre. O poder simbólico. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

BRANDÃO, André et al. Comunidades quilombolas no Brasil: características socioeconômicas, processos de etnogênese e políticas sociais. Rio de Janeiro: Eduff, 2010.

BRASIL. Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 3.239-9 de 2004 em face do Decreto nº 4887/2003. Brasília, DF, 2004. Disponível em: <<http://www.cpisp.org.br/acoes/upload/arquivos/Parecer%20-%20Procurador-Geral%20da%20Rep%C3%BAblica.pdf>> Acesso em: junho de 2014.

BRASIL. Decreto nº 3.912, de 10 de Setembro de 2001. Presidência da República-Casa Civil. Brasília, DF, 2001. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/2001/decreto-3912-10-setembro-2001-395404-publicacaooriginal-1-pe.html>> Acesso em: junho de 2011.

BRASIL. Decreto Nº 4887 de 20 de novembro de 2003. Presidência da República-Casa Civil. Brasília, DF, 2003. Disponível em: <

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2003/D4887.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/D4887.htm)> Acesso em: junho de 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto – Ministro Cezar Peluso (voto do relator). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.239 DF, 2012. Disponível em: <[http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/1459\\_ADI3239\\_Voto.pdf](http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/1459_ADI3239_Voto.pdf)>. Acesso em 07/12/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto – Ministra Rosa Weber (voto vista). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.239 DF, 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI3239RW.pdf>>. Acesso em 07/12/2015.

CONVENÇÃO Nacional do Negro pela Constituinte. Brasília: 26 e 27 de agosto de 1986. Disponível em: <<http://www.institutobuzios.org.br/documentos/CONVEN%C3%87%C3%83O%20NACIONAL%20DO%20NEGRO%20PELA%20CONSTITUTINTE%201986.pdf>> Acesso em maio de 2014.

CONVENÇÃO Nº 169. Sobre Povos Indígenas e Tribais e Resolução Referente à Ação da OIT/ Organização Internacional do Trabalho. – Brasília: OIT, 2011. V.1.

FIABANI, Aldemir. Os novos quilombos: luta pela terra e afirmação étnica no Brasil (1988-2008). São Leopoldo: Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2008. Dissertação de Mestrado.

HARBELE, Peter. Hermenêutica Constitucional: A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição – Contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição. Porto Alegre: SAF Editor, 1997.

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

WEBER, Max. A ética protestante e o espírito do capitalismo. São Paulo, Cia da

Letras, 2004.