



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

LUCAS DE OLIVEIRA CERQUEIRA

A Constituição do Direito Quilombola:
da resistência histórica à norma jurídica

BRASÍLIA
2025

LUCAS DE OLIVEIRA CERQUEIRA

A Constituição do Direito Quilombola:
da resistência histórica à norma jurídica

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, como requisito à obtenção do título de Mestre em Direito, Estado e Constituição.

Orientador: Prof. Dr. José Geraldo de Sousa Júnior.

BRASÍLIA
2025

LUCAS DE OLIVEIRA CERQUEIRA

A Constituição do Direito Quilombola:
da resistência histórica à norma jurídica

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, como requisito à obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovada em 16 dezembro de 2025

BANCA EXAMINADORA

Professor Doutor – Orientador UnB

José Geraldo de Sousa Junior

Professor Doutor UnB

Gladstone Leonel da Silva Junior

Professora Doutora Externa

Givânia Maria da Silva

Professor Doutor UnB - Suplente

Antônio Sérgio Escrivão Filho

*Dedico este trabalho aqueles e aquelas que
resistiram e resistem por dias melhores.*

AGRADECIMENTOS

Abrindo o coração, os agradecimentos sempre vêm por último. Vem por último porque no vai e vem da vida, nos deparamos por situações tão inesperadas, que tudo vira ao avesso.

Neste processo de defesa da dissertação aprendi a valorizar mais ainda o que representa este título de Mestre. Para pessoas negras, como eu, vai muito além de um título acadêmico.

Geralmente sendo um dos primeiros da família e sob forte resistência da academia, são muito poucos que conseguem entrar, menos ainda aqueles que conseguem concluir. Não por falta de capacidade, mas pelos abusos, violências, diversas tentativas de golpe, pra fazermos desistir. É um ataque no corpo e na alma, que faz desacreditar, achar que não é pra você, até o golpe perfeito gerar a reação que justifique o próprio fracasso.

Essa pesquisa trata da *resistência histórica* como categoria, que está presente na trajetória de todo negro brasileiro num país marcado pelo racismo e pelas memórias fúnebres da escravidão. Mas a *resistência* que se tornou categoria jurídica, também é uma estratégia de sobrevivência e desenvolvimento.

Dentro dessa realidade, não poderia deixar de agradecer principalmente a Deus que foi de onde tirei força perante todas as adversidades. Entidades, caboclos, orixás me defendiam quando eu achava que era o fim de tudo. Depois, a minha amada mãe Bárbara que sempre acreditou em mim e mesmo com dificuldades nunca me negou o apoio que precisei. Agradecer a minha família, pai Jutahir, irmã Fernanda, tia Graça e tios. Agradecer também a minhas amigas Lucyane e Vânia pelo apoio emocional e espiritual indispensáveis. Aos meus amigos Alexandre, Vitor, Paulo, Felipe e Arthur. Ao meu terapeuta Danilo que teve um papel essencial no meu autocuidado. Ao Clube Social Negro de Brasília, esta comunidade que me deu apoio emocional e institucional, destacando meu agradecimento à Giane, Caína, Heitor, Giselle e o Ronaldo, meus amigos e parceiros de luta.

Ao meu orientador professor José Geraldo pela grande inspiração, conhecimento, acolhimento e confiança, indispensáveis nesse processo. Às professoras Renísia Garcia e Givânia Silva, e aos professores Alexandre Bernardino e Tarcisio Carvalho pelo compromisso e trabalhos horam a academia. E por fim, agradeço também a todas as pessoas que contribuíram com referências, apoio de qualquer natureza ou pelo menos acompanharam essa trajetória pela Universidade de Brasília.

Angola Congo Benguela

Monjolo Cabinda Mina

Quiloa Rebolo

Aqui onde estão os homens

Há um grande leilão

Dizem que nele há um princesa à venda

Que veio junto com os seus súditos

Acorrentados, acorrentados em carros de boi

Eu quero ver quando Zumbi chegar

Eu quero ver o que vai, o que vai, o que vai acontecer

Zumbi é senhor das guerras

Zumbi é o senhor das demandas

Quando Zumbi chega, é Zumbi quem manda!

Pois aqui onde estão os homens

De um lado cana de açúcar

Do outro lado o imenso cafezal

Ao centro senhores sentados

Vendo a colheita do algodão branco

Sendo colhidos por mãos negras

Eu quero ver quando Zumbi chegar, eu quero ver!

Eu quero ver quando Zumbi chegar, eu quero ver!

Zumbi é senhor das guerras!!!

África Brasil, Jorge Ben Jor.

O dedo

Desde pequeno geral te aponta o dedo

No olhar da madame eu consigo sentir o medo

Cê cresce achando que cê é pior que eles

Irmão quem te roubou te chama de ladrão desde cedo

Ladrão

Então peguemos de volta o que nos foi tirado

Mano ou você faz isso ou seria em vão

O que os nossos ancestrais teriam sangrado

De onde eu vim quase todos depende de mim

Todos temendo meu não, todos esperam meu sim

Do alto do morro rezam pela minha vida

Do alto do prédio pelo meu fim

Ladrão

No olhar de uma mãe eu consigo entender

O que pega com o irmão

Tia, eu vou resolver o seu problema

Eu faço isso da forma mais honesta

E ainda assim vão me chamar de ladrão

Ladrão

Hat-trick. Djonga

RESUMO

Como se constituiu o Direito Quilombola? Reconhecendo a sua existência, se tornou necessário identificar seu regime jurídico e a natureza jurídica da propriedade quilombola. Avaliando a sua constituição, 4 fases foram essenciais: a resistência histórica contra o escravismo e o racismo; a luta do movimento negro na constituinte de 1988, a construção de novas categorias jurídicas do Direito Quilombola; e o julgamento da ADI 3239. Em termos metodológicos a avaliação documental histórico-jurídica do estatuto jurídico da escravidão e do racismo se tornaram necessárias. Adiante, a avaliação normativa do que se tornaria o regime jurídico do Direito Quilombola adicionada à análise da atuação institucional do movimento quilombola em ambas as fases, conseguiu oferecer respostas de como uma demanda social se transformou em norma jurídica. Ademais, compreender a divisão dos poderes, especialmente o *processo legislativo atípico* do Poder Executivo foi um dos elementos necessários para compreender a estratégia de concretização do art. 68 da ADCT pelo Decreto 4887/03. A sua revisão em sede de controle concentrado de constitucionalidade pela ADI 3239 também foi uma etapa no qual a resistência histórica construiu uma forma de interpretação histórico-antropológica sobre as causas envolvendo quilombos. A pesquisa também de cunho exploratório sobre fontes primárias como a tramitação do PLS 129/1995, o Decreto 3912/01, a Exposição de Motivos do Decreto 4887/03, o inteiro teor da ADI 3239, a entrevista com a professora Givânia Silva e a observação participante, conseguiram identificar a vivacidade do texto normativo, reflexo de dinâmicas sociais complexas. Por fim, a avaliação conceitual dos dispositivos normativos, compreendendo a função normativa como a instituição de conceitos jurídicos abstratos ajuda a compreender a dinâmica entre a construção material de direitos em elementos linguísticos através da elaboração e interpretação de normas jurídicas no caso, principalmente no que tange à propriedade quilombola e a territorialidade enquanto paradigmas constitucionais em disputa.

Palavras- Chave: art. 68, propriedade, processo legislativo atípico, ADI 3239, territorialidade

ABSTRACT

How was Quilombola Law constituted? Recognizing its existence, it became necessary to identify its legal regime and the legal nature of Quilombola property. Evaluating its constitution, four phases were essential: the historical resistance against slavery and racism; the struggle of the Black movement in the 1988 Constituent Assembly; the construction of new legal categories of Quilombola Law; and the judgment of DAU 3239. In methodological terms, a historical-legal documentary evaluation of the legal status of slavery and racism became necessary. Furthermore, the normative evaluation of what would become the legal regime of Quilombola Law, added to the analysis of the institutional action of the Quilombola movement in both phases, managed to offer answers as to how a social demand was transformed into a legal norm. Moreover, understanding the division of powers, especially the atypical legislative process of the Executive Branch, was one of the necessary elements to understand the strategy for implementing Article 68 of the ATCP by Decree 4887/03. Its review within the context of concentrated constitutional review by DAU 3239 was also a step in which historical resistance constructed a form of historical-anthropological interpretation of the causes involving quilombos (maroon communities). The research, also exploratory in nature, using primary sources such as the processing of SB 129/1995, Decree 3912/01, the Statement of Reasons for Decree 4887, the full text of DAU 3239, the interview with Professor Givânia Silva, and participant observation, managed to identify the vitality of the normative text, a reflection of complex social dynamics. Finally, the conceptual evaluation of the normative provisions, understanding the normative function as the institution of abstract legal concepts, helps to understand the dynamics between the material construction of rights in linguistic elements through the elaboration and interpretation of legal norms in this case, mainly regarding quilombola property and territoriality as constitutional paradigms in dispute.

Keywords: art. 68, property, atypical legislative process, DAU 3239, territoriality

LISTA DE QUADROS

Quadro 1 - Comparação por artigo	90
Quadro 2 - Comparação por tema, preservando a literalidade das disposições:	91

LISTA DE SIGLAS

ADCT	Atos das Disposições Constitucionais Transitórias
ADI	Ação Direita de Inconstitucionalidade
AGU	Advocacia-Geral da União
ANC	Assembleia Nacional Constituinte
BRACELPA	Confederação Nacional da Indústria, Associação Brasileira de Celulose e Papel
CCJ	Comissão de Constituição e Justiça
CNA	Confederação Nacional da Agricultura e Pecuária do Brasil
CNBB	Conferência Nacional dos Bispos do Brasil
COHERE	Centro pelo Direito à Moradia contra Despejos
CONAQ	Coordenação Nacional de Articulação das Comunidades Negras Rurais Quilombolas
CPVR	Clube Palmares de Volta Redonda
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
FCP	Fundação Cultural Palmares
FETAGRI-PARÁ	Terra de Direitos, Federação dos Trabalhadores na Agricultura do Estado do Pará
IARA	Instituto de Advocacia Racial e Ambiental
INCRA	Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária
ISA	Instituto Socioambiental
LTL	Lei de Técnica Legislativa
MP	Medidas Provisórias
OIT	Organização Internacional do Trabalho
PEC	Propostas de Emenda à Constituição
PFL	Partido da Frente Liberal
PL	Projeto de Lei
PLS	Projeto de Lei do Senado
POLIS	Instituto de Estudos, Formação e Assessoria em Políticas Sociais
RE	Recurso Extraordinário
SAJ	Secretaria Especial para Assuntos Jurídicos
SBDP	Sociedade Brasileira de Direito Público

SECADI	Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização de Jovens e Adultos, Diversidade e Inclusão
SEPPIR	Secretaria Especial de Promoção da Igualdade Racial
STF	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	14
CAPÍTULO I – A RESISTÊNCIA HISTÓRICA AO ESCRAVISMO E RACISMO	19
1.1 O ESTATUTO JURÍDICO DA ESCRAVIDÃO E O RACISMO	19
1.2 A RESISTÊNCIA HISTÓRICA DOS QUILOMBOS	30
1.3 O RACISMO NO CONTEXTO REPUBLICANO	34
CAPÍTULO II – MOVIMENTOS NEGROS, A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E O DIREITO INTERNACIONAL	37
2.1 MOVIMENTOS NEGROS E ANTIRRACISMO NA CONSTITUIÇÃO	37
2.2 O TEXTO CONSTITUCIONAL	44
2.3 O DIREITO CONSTITUCIONAL COMPARADO E A CONVENÇÃO 169 DA OIT	50
2.4 O REGIME DA PROPRIEDADE CIVIL	56
2.5 A PROPRIEDADE QUILOMBOLA É CONSTITUCIONAL	60
2.6 O PROBLEMA DOS TITULARES DE DIREITOS QUILOMBOLAS	63
CAPÍTULO III- NOVAS CATEGORIAS JURÍDICAS DO DIREITO QUILOMBOLA	66
3.1 COMPETÊNCIAS FUNCIONAIS E A PRODUÇÃO DE CONCEITOS JURÍDICOS	66
3.2 O <i>PROCESSO LEGISLATIVO ATÍPICO</i> DO PODER EXECUTIVO FEDERAL	77
3.3 O PLS 129/1995 E O DECRETO 3.912/2001	86
3.4 O DECRETO 4887/2003 E O NOVO REGIME JURÍDICO	92
3.5 COMPARAÇÃO ENTRE OS DECRETOS 3912/01 E 4887/03	107
CAPÍTULO IV - PARADIGMAS EM DISPUTA NA ADI 3239/03	117
4.1 DIREITO E POLÍTICA NA CORTE CONSTITUCIONAL	118
4.2 OS <i>AMICI CURIAE</i> E OUTROS SUJEITOS DO CASO	123
4.3 QUESTÕES INTERPRETATIVAS E PARADIGMÁTICAS	128
CONSIDERAÇÕES FINAIS	146
REFERÊNCIAS	150
ANEXOS I- ENTREVISTA: GIVÂNIA SILVA	160
ANEXO II – PLS 129, DE 1995: BENEDITA DA SILVA	176
ANEXO III – PL 3207, DE 1997 (SUBSTITUTIVO)	179
ANEXO IV - MENSAGEM DE VETO Nº 370, DE 2002	187
ANEXO V- EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DO DECRETO 4887, DE 2003	191
ANEXO VI- EMENTA E TESE FIXADA NA ADI 3239	208

INTRODUÇÃO

Para se pensar em Direito Quilombola, não tem como não resgatar o colonialismo e o escravismo enquanto elementos fundantes da sociedade brasileira, adicionado ao racismo que permanece mesmo depois da abolição. O fundamento do Direito Quilombola diz respeito à resistência histórica sobre tais processos. Ocorre que, falar em Direito Quilombola é falar também sobre Direito Civil, principalmente o direito de propriedade, patrimônio e seus titulares, pois além do elemento terra ser um elemento primordial, aquele ramo do direito também regulava as relações escravistas.

A resistência histórica estava longe de cessar após a abolição. As lutas dos movimentos sociais conquistaram o reconhecimento de direitos a partir da Constituição de 1988 que é um marco na história do constitucionalismo, por conferir direitos inéditos e produzir um novo paradigma democrático, ressignificando o Direito como um todo.

O processo constituinte de 1987-88 representou uma rara e significativa experiência democrática brasileira, que se consolidou num documento fundamental um pacto social que visava garantir um Estado forte e sistematizado, enquanto promovia direitos sociais e novos instrumentos de participação, além do multiculturalismo outrora subalternizado.

A atuação dos movimentos sociais com destaque ao movimento negro, foi essencial para conferir liberdade, igualdade, direitos sociais, culturais e a mínima reparação histórica frente ao racismo estrutural dominante na sociedade. Estas reivindicações populares construíram as bases para o desenvolvimento de novos direitos, principalmente quando novos atores assumiram funções públicas, com destaque ao Poder Executivo Federal.

Com o reconhecimento da propriedade quilombola a partir do art. 68 da ADCT, foi necessário construir novas categorias jurídicas para o Direito Quilombola, momento este marcado por intensas disputas de significados e conceitos envolvendo a atuação legislativa e do Executivo paralelamente.

Esta fase se consolidou através da construção de um novo regime jurídico para o Direito Quilombola a partir do Decreto nº 4887 de 20 de novembro de 2003, que conferiu a natureza coletiva da propriedade quilombola. O impacto foi tão grande que, em menos de um ano foi impetrada a Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3239 pedindo a sua anulação e declaração de inconstitucionalidade.

O debate que se estabeleceu na ADI 3239 não foi apenas sobre os aspectos formais do Decreto 4887/03, mas sobre quais perspectivas constitucionais de análise e interpretação do Direito e da propriedade quilombola, numa disputa conceitual sobre as categorias produzidas pelos movimentos sociais com os institutos hegemônicos do constitucionalismo e do Direito Civil.

Ademais, discussões sobre competências dos poderes, processo legislativo, direitos fundamentais e modelos interpretativo-hermêuticos foram temas levados à deliberação pela sua necessária apreciação, principalmente quando consideradas a história de formação dos quilombos no Brasil e a sua antropologia.

Quanto à metodologia adotada, utilizou-se um modelo qualitativo embasado em análise bibliográfica, normativa e documental. Foi feito um levantamento histórico-conceitual e normativo da história da formação dos quilombos, das relações étnico-raciais no Brasil e a interlocução com os institutos jurídicos da época, considerando desde o período colonial até a constituinte de 1988 para compreender a formação do racismo e o estatuto jurídico da escravidão. Com a mesma metodologia, buscou-se identificar a atuação do movimento negro na Constituinte de 1988, o direito comparado entre constituições que conferiram direitos à população negra e o direito internacional pela Convenção 169 da OIT.

Em seguida, a análise normativa e a pesquisa exploratória sobre documentos de fonte primária foram utilizadas para compreender o regime jurídico do Direito Quilombola, a natureza jurídica da propriedade quilombola, o processo de disputa legislativa, conceitual e interpretativa através da consulta à tramitação do Projeto de Lei do Senado nº 129 de 1995 (Anexo II), seu substitutivo que tramitou na Câmara dos Deputados como Projeto de Lei nº 3207/1997 (Anexo III), a Mensagem de Veto (Anexo IV) e a Exposição de Motivos do Decreto 4887/03 (Anexo V) e por fim, o inteiro teor da ADI 3239 cuja Ementa e Tese de julgamento foram inseridos no Anexo VI. Tais documentos foram essenciais para compreender os argumentos, as justificativas e os fundamentos do regime jurídico e as formas de interpretação do Direito Quilombola.

Ademais, a pesquisa participante foi uma metodologia utilizada para compreender as estratégias institucionais de atuação do movimento quilombola em prol do reconhecimento de direitos e para compreender o fenômeno do *processo legislativo atípico*.

Esta experiência foi desenvolvida enquanto exercia função no Ministério da Educação, no gabinete da Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização de Jovens e Adultos,

Diversidade e Inclusão (SECADI) quando fui incumbido de elaborar minutas de atos normativos, incluindo Decretos. Através dela, compreendi a complexidade desta atividade que não é apenas deliberativa, mas construtiva de conceitos jurídicos gerais e abstratos, realizada mediante um processo administrativo próprio e que serviram de fundamentos para a pesquisa desta dissertação.

Para tornar vívida e mais aprofundada a pesquisa, foi necessário também utilizar a metodologia de entrevista (Anexo I), sendo escolhida a Professora Doutora Givânia Maria da Silva, personagem essencial no movimento quilombola e uma atriz central na construção do Decreto 4887 e na luta em prol da constitucionalidade deste ato normativo no curso do julgamento da ADI 3239, dando robustez às evidências documentais e normativas.

Quanto à organização desta dissertação, foi dividida em quatro capítulos, cada um refletindo uma fase da construção do Direito Quilombola. O **Capítulo I** apresenta a "Resistência Histórica ao Escravismo e Racismo", abordando o regime jurídico da escravidão no Brasil e as formas de resistência dos quilombos. Também são discutidos o racismo no período republicano pós-abolição até a transição democrática de 1988.

O **Capítulo II** foca nos "Movimentos Negros, a Constituição de 1988 e o Direito Internacional", analisando como os direitos quilombolas foram incluídos na Constituição como uma forma de enfrentamento ao racismo estrutural e de forma articulada. Esse capítulo discute a importância do reconhecimento constitucional da diversidade e do multiculturalismo, além de realizar uma análise comparativa com o direito constitucional de outros países da América Latina e com a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que trata dos direitos dos povos tradicionais. Ademais, a análise do texto constitucional com referência tanto à realidade quilombola como da tradição do Direito Civil no tocante à propriedade, conseguem apresentar a problemática da propriedade quilombola e do conceito jurídico de remanescentes das comunidades dos quilombos.

O **Capítulo III** examina as "Novas Categorias Jurídicas do Direito Quilombola", discutindo sobre a necessidade de construir novos conceitos jurídicos sobre os direitos quilombolas complementares ao art. 68 da ADCT. Neste sentido, é apresentado o papel dos Titulares de Funções Públicas e o *processo legislativo atípico*¹ para compreender a estratégia utilizada pelo movimento quilombola para construir um novo regime jurídico para seus direitos

¹ Entende-se como *processo legislativo atípico* o procedimento administrativo de construção e institucionalização de novos conceitos jurídicos de forma excepcional sem o processamento nem deliberação do Poder Legislativo. Este conceito será desenvolvido ao longo do Capítulo III.

assim como uma nova natureza jurídica para a propriedade quilombola, o que demandou uma intensa disputa política e legislativa que envolveu tanto o Poder Legislativo como o Poder Executivo.

Por fim, o **Capítulo IV** trata dos "Paradigmas em Disputa na ADI 3239", analisando a tramitação da ADI no âmbito do Supremo Tribunal Federal, avaliando a relação entre Direito e Política, a atuação dos *amici curiae* e movimentos sociais no caso e os paradigmas e modos de interpretação em disputa no contexto do julgamento.

Como marco teórico, utilizou-se obras de História e da História do Direito e do Constitucionalismo, com autores como José Reinaldo de Lima Lopes, Mariana Dias Paes, Marcos Vinícius Lustosa Queiroz, Augusto Teixeira de Freitas, Antônio Bispo dos Santos, Luiz Gama, Adelmir Fiabani, Nathália Neris, Clóvis Moura e Abdias do Nascimento, Nilma Lino Gomes.

A Teoria do Direito Achado na Rua através de autores como José Geraldo de Sousa Junior, Alexandre Bernardino Costa e David Sánchez Rubio forneceram elementos necessários para compreender como a atuação dos movimentos sociais produzem direito e norma jurídica que não nascem nos palácios, mas é fruto principalmente da resistência e luta por reconhecimento.

Para compreender a relação entre o Direito Civil e o Direito Quilombola foi necessário recorrer à Pontes de Miranda, Clóvis Beviláqua, Orlando Gomes, Laura Beck Varela, Gilsely Barbara Barreto Santana, Mariana Balen Fernandes, Marcos Aurélio Saquet, João Carlos Camerini, Paulo Fernando Pereira e Rodrigo Portela Gomes, que numa análise comparativa foi possível identificar os limites do conceito civil de propriedade quando aplicado ao caso quilombola e sua necessária ressignificação a partir do conceito de territorialidade.

A Teoria das Funções do Estado e a Teoria da Argumentação Jurídica foram necessárias para compreender o regime jurídico do *processo legislativo atípico*, principalmente a luz do Decreto 4887/03 e dos elementos argumentativos e técnicas de decisão do STF na ADI 3239, considerando os autores Friedrich Müller, Jorge Miranda e Maren Guimarães Taborda. Neste sentido, foi possível identificar o comportamento institucional dos titulares de funções públicas em análise e o papel destes na construção, ressignificação e interpretação das categorias jurídicas.

Para compreender os aspectos interpretativos na jurisdição constitucional e as perspectivas constitucionais em disputa na ADI 3239, autores como Rodrigo Portela Gomes,

João Carlos Bemerguy Camerini, Adilson José Moreira, Marcos Queiroz, Paulo Fernando Pereira, Manuel Atienza, Marcelo Neves deram luz para a compreensão da hermenêutica constitucional aplicada aos direitos quilombolas.

O trabalho encontra-se inserido na Linha de Pesquisa nº 2, Constituição e Democracia, sublinha nº 3, "Narrativas, história constitucional e construção da estatalidade", por este motivo, a construção de uma narrativa constitucional a partir do processo de construção do direito quilombola e sua relação com a institucionalidade foram considerados neste trabalho. Ademais, as contribuições da Teoria do Direito Achado na Rua também foram essenciais por considerar a atuação dos movimentos sociais como etapa primordial e que sem ela, as categorias jurídicas não teriam sido instituídas e tampouco chegariam ao campo institucional.

Neste sentido, este trabalho propõe uma contribuição ao analisar um processo histórico relevante que articulou saberes atravessados pela resistência histórica até a necessidade de conquista do reconhecimento Estatal, principalmente ressignificando categorias jurídicas hegemônicas em direitos coletivos.

CAPÍTULO I – A RESISTÊNCIA HISTÓRICA AO ESCRAVISMO E RACISMO

Este capítulo explora como a resistência das comunidades quilombolas ao longo da história se converteu em um processo de reconhecimento jurídico pela Constituição de 1988. Esse processo está intimamente relacionado com a luta contra o sistema escravista, que negava direitos fundamentais, como o direito à terra, à liberdade e à identidade cultural. O conceito de quilombo, tradicionalmente criminalizado e visto como uma forma de resistência ilegal, foi ressignificado no processo constituinte de 1988, quando o movimento negro desempenhou um papel fundamental na articulação de demandas por direitos.

Assim, a luta pela inclusão de dispositivos específicos, como o artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), permitiu o reconhecimento da propriedade para comunidades quilombolas, transformando o legado de resistência em norma jurídica.

Entretanto, apesar do reconhecimento, surgiram novos desafios relacionados a formação jurídica do conceito civil de propriedade quando aplicado a terras quilombolas. A noção coletiva destas entra em contradição com a concepção individual daquelas, e a disputa de tais conceitos tornou-se um problema jurídico relevante.

Para compreender o processo de construção dos direitos quilombolas², é fundamental avaliar a sua evolução jurídica e constitucional na história brasileira. O território que se tornou o Brasil após a colonização europeia que se iniciou no século XVI, implementou um Direito de matriz europeia (Reis, 2009), embasando os meios de produção a partir da mão de obra escravizada, inicialmente indígena e posteriormente africana, algo justificado tanto pela Igreja Católica, como pelo direito romano e canônico (Lopes, 2012). Este processo criou uma relação entre direito e racismo, principalmente pela matriz civilista que regulou as relações entre sujeito de direito e propriedade, no qual pessoas escravizadas eram tratadas como objeto de direito.

1.1 O ESTATUTO JURÍDICO DA ESCRAVIDÃO E O RACISMO

² Entende-se enquanto direito quilombola a construção jurídico-normativa referente ao reconhecimento das demandas e necessidades específicas dos remanescentes das comunidades dos quilombos, positivado inicialmente pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e definido pelo Decreto 4887 de 2003 enquanto grupos étnico-raciais, segundo critérios de auto atribuição, com trajetória histórica própria, dotados de relações territoriais específicas, com presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida. A complexidade da construção do conceito de quilombo será, posteriormente, analisada neste trabalho.

O sistema jurídico do período colonial era regulado principalmente pelas Ordenações, com destaque especial para as *Ordenações Filipinas* (Brasil, 2004) de Portugal do século XVII, que estiveram vigentes mesmo depois da Independência (1822) e Proclamação da República (1889) (Lopes, 2012). Estes ordenamentos regulavam diversas matérias jurídicas, desde as normas penais, até as comerciais e civis. Muitos dos seus dispositivos foram revogados com o decorrer dos séculos, sendo substituídos por novos textos normativos, como o Primeiro Código Criminal no Império em 1830 e o Código Comercial de 1850. No entanto, apenas em 1916, com a criação do Primeiro Código Civil brasileiro, quando as Ordenações foram completamente revogadas (Gomes, 2003).

O sistema de produção econômica vigente do período colonial até a Proclamação da República foi baseado no escravismo³. De acordo com João José Reis e Flávio dos Santos Gomes (2012, p. 9), foram cerca de 15 milhões de africanos traficados que estruturaram o mundo moderno e o sistema econômico ocidental. Desse montante populacional, cerca de 40% foram direcionados ao Brasil e destinados ao escravismo, que durou mais de trezentos anos e marcou a formação da sociedade, economia, cultura e política brasileira.

O sistema escravista necessitou de um fundamento jurídico que foi encontrado no Direito Romano, acrescentado do racismo moderno⁴ como elemento diferenciador e estigmatizador. Esta concepção ultrapassou o estatuto jurídico, promovendo a inferiorização de indivíduos por gerações através do elemento racial. Ao analisar a singularidade da escravização colonial, Lopes (2012) afirma:

A escravidão moderna distingue-se da antiga por algumas marcas: quanto ao regime de produção, ela se insere no pacto colonial de produção das grandes fazendas de produtos de exportação. Quanto aos sujeitos da escravidão sua marca mais forte será a exclusividade étnica: negros africanos e indígenas. (Lopes, 2012, p. 331)

Para Kabengele Munanga (2003, p. 6), o conceito de “raça” como compreendemos hoje, apesar de ser apresentado sempre na categoria biológica, é carregado de ideologia que esconde relações de poder e dominação, que no sentido semântico é determinado pelas estruturas globais

³ Para (Campos, 2019), o escravismo é um sistema estruturado e dominante no qual a escravidão ocupa um lugar fundamental no âmbito produtivo, dando exemplos de sociedades como a do Brasil, Estados Unidos e até a Roma em seu apogeu no período Republicano e Imperial.

⁴ Entende-se o racismo como elemento estruturante de diferenciação social baseado no elemento “raça” como marcador de discriminação e privilégios. A discussão sobre este conceito será tratada no parágrafo seguinte.

da sociedade e da governança das relações, sendo etno-semântico, político-ideológico e não biológico.

Já Sueli Carneiro (2023) define a raça como um elemento que é intrinsicamente relacionado às classificações sociais, portanto, normaliza preconceitos, valores negativos e comportamentos discriminatórios dada a sua suposta naturalidade. De acordo com a autora, a concepção racial é atribuída por meio da cor dos indivíduos, sendo um componente estrutural das sociedades multirraciais de origem colonial. Desse modo, o racismo é utilizado como a pseudociência que legitima a produção de privilégios simbólicos e materiais para a supremacia branca que o criou. Esse sistema de privilégios tem, por consequência, a permanência e reprodução do racismo como um instrumento de dominação, exploração e exclusão que estrutura as hierarquias sociais (Carneiro, 2023, p. 19-21).

Já a concepção teórica de Silvio Almeida (2018), parte do pressuposto que o racismo é estrutural, e perpassa a dimensão histórica brasileira, sendo um fenômeno internacional e constitutivo da história do capitalismo. Para o autor, o racismo tem quatro dimensões: ideológica, política, econômica e jurídica. Nesse sentido, a construção de hierarquias baseadas na raça transborda os aspectos da consciência subjetiva dos indivíduos, pois se reflete de maneira objetiva na sociedade através das relações de poder, de produção e nas normas jurídicas.

Para Almeida (2018), a dimensão ideológica diz respeito às ideias, estereótipos negativos ou positivos referentes aos sujeitos das relações étnico-raciais. Ainda neste raciocínio, a dimensão ideológica reflete as dimensões políticas (relações de poder) e econômica (relações de produção) ao longo da história. Por fim, a dimensão jurídica representa também um aspecto relevante na estruturação do racismo, na medida em que tanto os órgãos institucionais como os conceitos jurídico-legais reproduzem discriminações e privilégios que tem consequências práticas nas relações étnico-raciais e de poder, tanto nos seus aspectos individuais quanto institucionais, enquanto elementos da estrutura da sociedade baseada no racismo.

Refletindo ainda sobre a construção jurídica que legitimou a escravidão, temos a doutrina jurídica civilista moderna que entende como fundamentais os conceitos de personalidade e capacidade jurídica. O primeiro como *status* para ser titular do segundo e este enquanto capacidade para adquirir direitos e obrigações. Para Alejandrino Barreiro e Javier Serrano (2018, p. 32-33) esses conceitos foram apresentados inicialmente no *Corpus Iuris*

Civilis no livro do Digesto, cuja concepção de capacidade de direito privado no contexto Romano era reconhecida aos cidadãos cabeça de família (*pater família*), atribuída a titularidade e independência total, enquanto que os filhos submetidos ao poder parental (*patria potestas*), a esposa ao poder conjugal (*manus*) e os escravos ao poder dominical (*dominica potestas*), carentes de capacidade jurídica-patrimonial e em condição de dependência, necessitando de expressa liberação (*manumissio*) para exercer os atos da vida civil.

Para Mariana Paes (2014, p. 188 a 199), considerando os intensos debates entre civilistas portugueses e brasileiros sobre a existência ou não da personalidade jurídica⁵ dos escravizados no contexto da escravidão moderna, a autora considera que os escravizados possuíam uma personalidade jurídica limitada, o que poderia reduzir ou ampliar de acordo com o contexto histórico, e estava dependente da vontade dos donos para a operação de atos jurídicos.

Ao lado das ponderações apresentadas pela historiografia, não há dúvidas sobre a conceituação do escravo como res. No entanto, tratava-se de res singular em razão da feição humana dos escravizados (Campos e Lima Neto, 2019, p. 21).

Ressalvadas as inúmeras variações daquele contexto histórico para o período moderno, entende-se que as controvérsias envolvendo a personalidade e capacidade jurídica dos escravizados quando adicionada ao racismo, no qual o estigma de subalternidade prevalece para além do status jurídicos quando associado a critérios étnicos e “raciais”⁶ de identificação, a complexidade é potencializada, principalmente quando os efeitos do status negativo sobrevive mesmo após o fim do regime escravista e a consequente permanência do racismo na sociedade.

Para Kátia Mattoso (2016, p. 128 e 129), o estigma do escravizado era uma condição de status de subalternidade, que pelo direito de propriedade, conferia uma relação de servidão no qual o senhor obtinha poderes sobre eles que estava inserido no leque das relações senhoriais. Nesta relação conflituosa, a violência era legitimada, sendo o status jurídico o sistema que o regulava.

Paes (2014, p. 20 a 24) entende que dentre as precariedades, estão a necessidade de autorização para ajuizar em processos e necessidade de curador. Dentre os direitos, estavam o reconhecimento da família escrava, o direito limitado de propriedade e capacidade contratual,

⁵ Para a autora, com base na doutrina portuguesa e brasileira do século XIX, “pessoa” e “personalidade” dizem respeito à aptidão para adquirir direitos e contrair obrigações (Paes, 2014, p. 20).

⁶ Apesar do conceito biológico de raça não ter fundamento científico, as características físicas de diferenciação social prevalecem enquanto elemento de hierarquização social em sociedades racistas dada a sua construção histórica e sociológica estrutural.

direito sucessório, porém com restrições, com o direito de propriedade dependente de autorização do dono e os contratos possuíam pouca exigibilidade judicial. No direito sucessório, não era reconhecida a capacidade de dispor seus bens da maneira que melhor lhes aproveitasse depois da morte.

Entende-se que, o instituto da liberdade também estava em disputa no direito. Um exemplo de como a escravidão e a liberdade eram mobilizadas a partir de conceitos jurídicos é demonstrada pela própria trajetória de Luiz Gama (1830 a 1882), abolicionista que nasceu livre, posteriormente foi escravizado, conquistando sua liberdade e tornando-se um dos mais importantes advogados da história brasileira que conseguiu libertar mais de 500 pessoas escravizadas pela via judicial (Jair Santos, 2016).

Luiz Gama utilizou textos jurídicos domésticos e internacionais, explorando variadas legislações, ordenamentos e princípios como do próprio direito natural⁷ enquanto medidas argumentativas, tanto em processos judiciais como também na imprensa para compartilhar e convencer a partir das suas argumentações jurídicas e sociológicas a ilegalidade da escravidão (Santos, 2016).

Mesmo com a independência, o escravismo continuou vigente. A Constituição Imperial de 1824, válida até a proclamação da República, não mencionava expressamente a escravidão. Adelino Brandão (2002) explica que a Constituição, mais preocupada com a organização política que social, só tratou dos direitos civis no último capítulo (Capítulo III, Título 8º), onde o art. 179, XIII, repetiu o preceito da Constituição portuguesa: "A lei será igual para todos". Esse "todo", na prática, não incluía os escravos (Brandão, 2002, p. 96). Porém, para o autor, o artigo 1º explica o conceito de cidadania adotado naquele dispositivo: "O IMPERIO do Brazil é a associação Política de todos os Cidadãos Brasileiros [...]". Os "Cidadãos Brasileiros" são definidos no Artigo 6º, inciso I como: "Os que no Brazil tiverem nascido, quer sejam ingênuos, ou libertos, ainda que o pai seja estrangeiro, uma vez que este não resida por serviço de sua Nação".

Estas contradições do texto constitucional, podem ser analisadas também no artigo 179 e os incisos XIII, XVI, XVIII e XIX⁸ que merecem análise detalhada. A ideia liberal

⁷ A discussão sobre direito natural foi vigente com o advento do iluminismo que colocou como um dos direitos inalienáveis do homem a liberdade e serviu como um dos argumentos fundamentais contra a ilegalidade da escravidão (Nabuco, 2003, p. 107).

⁸ Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte (...) XVI. Ficam abolidos todos os Privilegios, que não forem essencial, e inteiramente ligados aos Cargos, por utilidade

manifestada no dispositivo que garante uma "lei igual para todos" e "abolição de todos os privilégios" e a "abolição de açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as mais penas cruéis", apresenta contradições quando há um regime de escravidão que nega cidadania para escravos que nem são mencionados na Carta Magna, mas aparecem sutilmente como na menção aos libertos, tendo em vista que a ausência de regulamentação ou menção específica servia como estratégia de silenciamento dos direitos de certos sujeitos.

A regulamentação da escravidão como sua vigência normativa estavam nas Ordenações Filipinas (Brasil, 2004), demonstrando que a Constituição liberal de 1824 não se aplicava aos escravos, que eram disciplinados em um regime civil.

Marcos Queiroz (2017), em sua pesquisa sobre o processo constituinte de 1823, constatou que havia um projeto "antinegro", por conta da preocupação com a revolução haitiana de 1791, primeiro país independente da América Latina, protagonizado por negros, no qual houve a independência concomitante à abolição da escravidão.

A tese de Queiroz está conectada com as pesquisas de George Andrews (2007) que indicam que, com a exceção do Haiti, países de grande densidade populacional negra não passaram por um processo de independência concomitante com a abolição da escravatura, a exemplo do Brasil e Cuba, mas tendo o Haiti como exceção e precedente revolucionário. Neste mesmo sentido, outro autor também confirma que: "O grande temor era o de que um sistema instável fizesse o Brasil degenerar em uma guerra civil como a que se vira no Haiti" (Lopes, 2012, p. 297). Entende-se, portanto, que na primeira experiência constitucional brasileira, existiu um constitucionalismo liberal contrário a liberdade dos negros, desde a sua origem (Queiroz, 2017).

Nos Incisos XVIII e XIX do art. 179 da Constituição de 1824 pede-se a organização do Código Civil e Criminal com base na "Justiça e Equidade". O Código Civil demorou 92 anos para ser aprovado, enquanto as Ordenações Filipinas (Brasil, 2004), vigentes desde o período colonial, continuaram regulando as relações escravistas. Delsa Mariano (2015) explica que na ausência de um código civil, disposições legais oriundas do Direito Romano e das Ordenações Portuguesas regulavam as relações escravistas (Mariano, 2015, p. 49):

publica.; XVIII. Organizar-se-ha quanto antes um Código Civil, e Criminal, fundado nas solidas bases da Justiça, e Equidade; XIX. Desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as mais penas cruéis; XIII. A Lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, o recompensará em proporção dos merecimentos de cada um. (BRASIL, 1824).

[...] a princípio, no Brasil, na ausência de um código civil, a utilização de inúmeras disposições legais oriundas do Direito Romano e das Ordenações Portuguesas é que regulavam as relações escravistas até a existência das leis positivas. O Direito Romano subsidiou e fundamentou o Direito Português e, consequentemente, o Brasileiro, nas chamadas Ordenações. Estas consistiram na codificação geral das leis, que objetivava, por sua vez, unificar o direito do Reino, estabelecendo quais leis, dentre as romanas e as canônicas, estariam em vigor. A vigência das Ordenações Afonsinas foram as primeiras ordenações então instituídas e definiam as leis civis, administrativas, fiscais, penais e militares. O código legislativo português foi reestruturado duas vezes: em 1521, durante a vigência do reinado de D. Manuel, sob o nome de Ordenações Manuelinas e, em 1603, quando passam a vigorar as Ordenações Filipinas, vigentes em Portugal até 1867. Cabe salientar aqui que, as Ordenações Filipinas constituíram a base do Direito no Brasil tanto no período colonial como no império. Somente após a independência é que as normas previstas por essas ordenações foram aos poucos sendo revogadas. As Ordenações só deixaram de vigorar em 1916, quando foi promulgado o código civil (Mariano, 2015, p. 49).

A regulamentação das relações patrimoniais envolvidas na escravidão estava no Livro IV das Ordenações Filipinas (Brasil, 2004), que tratava das relações civis. O exemplo apresentado abaixo será importante para refletir primeiro sobre a existência de normas diferenciadas para cada sujeito/objeto de direito (a Constituição para os cidadãos brasileiros e as leis civis e penais para escravos), como também para compreender como o regime civil e patrimonial foram instrumentos necessários para limitação da cidadania da população negra, o que estruturaria a ordem econômica brasileira nos anos subsequentes:

Livro 4 Tit. 17: Quando os que comprem escravos, ou bestas, os poderão enjeitar, por doenças ou manqueiras

3. Se o scravo tiver commettido algum delicto, polo qual, sendo-lhe provado, mereça pena de morte, e ainda não for livre por sentença, e o vendedor ao tempo da venda o não declarar, poderá o comprador engeital-o dentro de seis mezes, contados da maneira, que acima dissemos. E o mesmo será, se scravo tivesse tentado matar-se por si mesmo com aborrecimento da vida, e sabendo-o o vendedor, o não declarasse. (Brasil, 2004).

As relações de direito privado foram construídas sobre égide predominantemente patrimonial, que tem como fundamento a titularidade privada sobre os bens e direitos com reflexos econômicos, que nos direitos reais, produzem relações jurídicas de poder e faculdades sobre a coisa (*res*) ou com referência a um outro sujeito na relação jurídica, que se torna pessoalmente obrigado a adotar um comportamento cujo direito reconhece o poder de exigir o cumprimento (Barreiro, 2018, p. 29).

Augusto Teixeira de Freitas (2003), antes de elaborar o Projeto de Código Civil do Império para o qual fora contratado, organiza a *Consolidação das Leis Civis*. O projeto foi examinado pela Comissão incumbida de rever a *Consolidação*, e o relatório final foi assinado

por José Thomaz Nabuco de Araújo (Freitas, 2003), que apontou a omissão do projeto sobre o tema da escravidão, refletindo sobre a “relevância” do assunto, ao mesmo tempo que suas regras eram válidas, vigentes e constantes nas ordenações e não nas legislações brasileiras, *verbis*:

É sensível a omissão, que houve na *Consolidação* á respeito das disposições concernentes á escravidão; porquanto, posto deva ella constituir, por motivos políticos e de ordem pública, uma lei especial, comtudo convinha saber-se o estado defectivo da legislação á este respeito (Freitas, 2003, p. XIX).

Na introdução da *Consolidação das Leis Civis*, Texeira de Freitas (2003, p. XXXII-XXXIII) confirma a inexistência de um Código Civil brasileiro e por isso a recorrência às Ordenações Filipinas (Brasil, 2004), testemunhando a dependência do Estado brasileiro às legislações portuguesas, romanas, canônicas e aos costumes: “Nunca tivemos Codigo Civil, e se por tal reputassemos o corpo das ordenações Filippinas, (...) leis extravagantes, que se tem accumulado no decurso de mais de dois seculos e meio.”, que para ele são consideradas “pobrissimas” no qual “Seus collaboradores, ou pela escassez de luzes de que têm sido accusados, ou por fugirem á maior trabalho, reportarão-se muitas vezes ao Direito Romano”.

Posteriormente, no mesmo documento, Texeira de Freitas explica porque não tratou sobre a escravidão no seu projeto de Código Civil, confirmando a sua existência jurídica e afirmando a necessidade de uma Lei Especial para tratar do assunto, o que ele chamou de “Código Negro”:

Cumpre advertir, que não ha um só lugar do nosso texto, onde se trate de *escravos*. Temos, é verdade, a escravidão entre nós; mas, se esse mal é uma excepção, que lamentamos; condemnado á extinguir-se em época mais, ou menos, remota; façamos tambem uma excepção, um capitulo avulso, na reforma das nossas Leis Civis; não as maculemos com disposições vergonhosas, que não podem servir para a posteridade: fique o *estado de liberdade* sem o seu correlativo odioso. As Leis concernentes á escravidão (que não são muitas) serão pois classificadas á parte, e formarão nosso *Código Negro* (Freitas, 2003, p. XXXVII).

Interessante que a afirmação “Código Negro” indica a correlação umbilical entre direito civil, escravismo e racismo em um só conceito, mesmo em um contexto de reforma para criação do primeiro código civil brasileiro na virada do século XIX para o XX e que dão fundamento para a estrutura jurídico-conceitual até os dias atuais.

Na ausência de um Código Civil, a *Consolidação das Leis Civis* foi continuamente utilizada pelos tribunais e juristas desde sua vigência, após a aprovação pelo governo imperial em 1858. Embora não fosse um código propriamente dito, a *Consolidação* desempenhou um

papel importante, organizando a complexidade legislativa do direito privado. Funcionou como um trabalho preparatório para um futuro código, permitindo que se soubesse, afinal, o que estava em vigor.

A organização proposta por Teixeira de Freitas, detalhada em sua Introdução, ia além da mera compilação, revelando uma teoria geral original do direito privado. O texto da Consolidação, assim como o de Cândido Mendes, servia como um guia oficial para a aplicação das Ordenações e, com a autorização do governo, acabou por desempenhar um papel quase legislativo (Lopes, 2012).

Mesmo com tais tentativas, o Brasil ainda não tinha um código civil e o sistema do escravismo continuou a ser regulado pelas ordenações. Outra complexidade, principalmente quando o estigma da escravidão estava atrelado ao racismo, era a cidadania dos libertos que revelava contradições na própria Constituição de 1824. O Art. 94. I, II e III da Constituição de 1824 (Brasil, 1824) proibia os que "não tiverem de renda líquida anual duzentos mil réis por bens de raiz, indústria, comércio ou emprego; os Libertos e os criminosos pronunciados em querêla, ou devassa" de serem eleitores ou votar nas eleições dos Deputados, Senadores e Membros dos Conselhos de Província. Esses libertos também não podiam votar na Assembleia Paroquial, mesmo possuindo renda. Manuela Cunha afirma que em um sistema eleitoral proporcional aos rendimentos, os libertos crioulos, independentemente de sua fortuna, tinham direitos políticos restritos (Cunha, 2012, p. 94):

Assim, em um sistema eleitoral em que o acesso ao voto e aos cargos era proporcional aos rendimentos, o liberto crioulo, ou seja brasileiro, qualquer que fosse sua fortuna, apenas podia votar nas eleições primárias. Não podia, em consequência, ser subdelegado ou delegado de polícia, escolhido para jurado, para juiz de paz, nem eleito deputado ou senador. Parece ter sido impedido também, como o era o escravo, de ingressar nas ordens religiosas, muito menos podia ser alto funcionário do Estado ou prelado da Igreja. Não lhe cabia, enfim, sequer eleger deputados, e muito menos senadores e regentes. (Cunha, 2012, p. 94).

Por fim, outra peculiaridade da escravidão no Império e da cidadania diferenciada dos libertos era o reconhecimento da escravidão no código criminal, que revelava a restrição de direitos civis mas responsabilidade subjetiva criminal, ou seja, uma personalidade jurídica restrita de direitos mas sujeito a penas, refletindo a desigualdade racial. Essa cidadania de segunda classe se desenvolveu, restringindo direitos civis e políticos baseados na origem escrava.

Já o Código Criminal, reivindicado pelo Art. 179, XVIII da Constituição de 1824, foi consagrado pela Lei de 16 de dezembro de 1830 e tratava explicitamente da escravidão, estabelecendo punições diferenciadas entre escravos e cidadãos brasileiros no art. 60.

O dispositivo contradiz a Constituição que proibia as penas de açoites, estabelecendo esta pena para escravizados, assim como o estabelecimento da pena de insurreição nos arts. 113 a 115 e a pena de morte em alguns casos. Estas penas específicas eram aplicadas principalmente nos casos envolvendo quilombos, revelando uma criminalização deles. Essas contradições do sistema escravista foram exploradas especialmente pelo movimento abolicionistas na medida em que os fundamentos legais e políticos da escravidão foram se esvaziando em paralelo à crise do Império.

A trajetória e atuação do advogado abolicionista Luiz Gama representa fielmente este contexto histórico na medida em que demonstra como a disputa entre escravidão e liberdade teve sólido fundamento jurídico para além das circunstâncias sociais, com destaque à discussão civilista na sua atuação como advogado.

Ao longo do século XIX, o movimento abolicionista foi ganhando repercussão, paralelamente à aprovação da Lei 581, de 4 de setembro de 1850 conhecida como Lei Eusébio de Queiróz que proibiu o tráfico de escravos e da resistência dos quilombos ao longo de todo período escravista.

Luiz Gama, já citado, foi uma das referências jurídicas e políticas neste contexto. Com base no argumento do direito natural, em sua reflexão "Porque sou abolicionista sem reservas" (Gama, 2021), ele aborda uma questão jurídica fundamental sobre a venda de escravizados fugidos cujos proprietários não foram identificados.

Durante uma audiência no Tribunal da Relação de São Paulo, Gama ao defender seis escravizados, teve seus argumentos desmerecidos pela parte adversária, que alegou falta de fundamento jurídico. Sem direito à resposta imediata, Gama redigiu uma defesa detalhada, em que argumentou que os escravizados capturados não poderiam ser leiloados como bens públicos, contrariamente ao que pretendia o procurador da Coroa.

Ele distinguiu entre escravizados fugidos e abandonados, defendendo que aqueles que de fato já viviam em liberdade, ainda que sem documentos, deveriam ser reconhecidos como livres. Gama denunciou a estratégia do Estado de lucrar com a venda desses indivíduos,

ressaltando que a liberdade não tem preço e deve ser garantida por fundamentos normativos sólidos (Gama, 2021, p. 206;230)⁹.

Em outra perspectiva, Joaquim Nabuco, abolicionista, também argumentava contra a escravidão, especialmente em relação à Lei 7 de novembro de 1831, que declarava que todos os escravos vindos de fora do Império eram livres. Também com fundamento nas argumentações em princípios jusnaturalistas, os quais fundamentava a ilegalidade e imoralidade da escravidão perante os princípios fundamentais do direito. Ele também destacava a falta de reparação histórica aos africanos escravizados e como a inaplicação da Lei 07 de 1831 tem relação direta com a penetração dos proprietários de escravo no Estado, com destaque no Poder Legislativo e Judiciário (Nabuco, 2003, p. 103-106).

O escândalo continua, mas pela indiferença dos poderes públicos e impotência da magistratura, composta, também, em parte de proprietários de africanos; e não porque se pretenda seriamente que a lei de 1831 fosse jamais revogada.

Grande número dos nossos homens públicos, compreendendo que essa era a chaga maior da nossa escravidão, pretenderam validar de alguma forma a posse de africanos ilegalmente escravizados, receando a bancarrota da lavoura pela verificação dos seus títulos de propriedade legítima (Nabuco, 2003, p. 103).

Para finalizar a reflexão a respeito das normas que estrigiam direitos para a população negra e escravizada, destaca-se também a Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850, conhecida como Lei de Terras, que dispunha sobre as terras devolutas do Império, que estabeleceu que não se poderia adquirir a propriedade das terras sem outra aquisição qual seja o título oneroso.

⁹“Aplicação feita dos princípios de direito, das disposições da lei e das regras de jurisprudência, que ficam expostos ao caso emergente; e considerada a espécie indivíduo preso como escravo fugido, que espontaneamente confessa a sua condição, cujo senhor não é conhecido, ou sendo não o reclama, em face da Ordenação do Livro 3º, Título 94, §§ 1º, 2º, 3º e 4º; Portaria de 24 de dezembro de 1824; instruções anexas à Portaria 2ª de 4 de novembro de 1825, §§ 11 e 12; Avisos de 28 de janeiro de 1828, 1º de 13 de abril, o 3º de 5 de março [maio] de 1831, e de 12 de agosto de 1834; Decretos de 9 de março [maio] de 1842, artigo 44; e nº 1.896 de 14 de fevereiro de 1857, artigos de 1 a 6; Leis da Assembleia Legislativa desta província sob nº 2 de 21 de março de 1860 e nº 33 de 7 de junho de 1869; Regulamento nº 2.433 de 15 de junho de 1859; Lei nº 2.040 de 20 de setembro de 1871, artigo 6º; Regulamento nº 5.135 de 13 de novembro de 1872, artigos 75, 76, 77 e 78; Avisos nº 318 de 10 de setembro do mesmo ano e nº 639 de 21 de setembro de 1878; opinião do respeitável sr. dr. Teixeira de Freitas⁶ na Consolidação das Leis Civis,⁷ nota 33, ao artigo 58, páginas 63 e seguintes da 3ª edição; parecer do exmo. conselheiro desembargador F. B. da Silveira,⁸ procurador da coroa e soberania nacional na Relação da Corte,⁹ publicado no Direito, ano 1º, 1873, página 249; resulta de modo evidente, racional, inconfutável:¹⁰ que o escravo preso como fugido, quer seja conhecido o senhor, quer não, só por inqualificável absurdo, com inversão flagrante dos bons princípios e violação manifesta, proposital, dos preceitos da lei, por guia inconsiderado ou inconsciente, poderá ser vendido em hasta pública¹¹ como cousa achada à guisa de besta ou gado, como propriedade do vento!” (Gama, 2021, 211-212).

Ela impactou especialmente os quilombos e coletividades negras que detinham a posse sobre terras sem vínculo oneroso, exercendo forte influência na dificuldade dessas coletividades adquirirem status de proprietário sobre tais terras, impactando na construção da patrimonialidade negra (Pereira, 2020).

A apresentação destas disposições legais do período colonial e imperial indicam a relação entre direito e racismo que foram fundamentais para a estruturação do sistema escravista. Porém, mesmo diante de tais adversidades, houve resistência, entre elas através dos quilombos. A seguir será revelado como foi construída a categoria quilombola ao longo da história, diretamente relacionada à resistência.

1.2 A RESISTÊNCIA HISTÓRICA DOS QUILOMBOS

Os quilombos, instituições de longa data, são encontrados no Brasil ao menos desde o século XVII e são espaços históricos da resistência negra. Para Beatriz Nascimento (1985, p. 119), o primeiro documento oficial português que referenciou o quilombo foi datado no ano de 1559 mas apenas em 1740 seu conceito foi definido como “toda a habitação de negros fugidos que passem de cinco, em parte desprovida, ainda que não tenham ranchos levantados nem se achem pilões neles”, utilizando como referência instituições guerreiras africanas principalmente de regiões de Angola.

O quilombo mais conhecido e temido encontrado no território nacional foi o Quilombo de Palmares, mas diversos outros territórios similares foram encontrados desde o século XVII. Beatriz Nascimento assinala que é a partir do século XIX que os quilombos “recebem o significado de instrumento ideológico contra as formas de opressão” (Nascimento, 1985, p. 46). Além de instituição, o quilombo tem um significado político e cultural muito importante para a população afro-diaspórica no Brasil.

Durante sua trajetória o quilombo serve de símbolo que abrange conotações de resistência étnica e política. Como instituição guarda características singulares do seu modelo africano. Como prática política apregoa ideais de emancipação de cunho liberal que a qualquer momento de crise da nacionalidade brasileira corrige distorções impostas pelos poderes dominantes. O fascínio de heroicidade de um povo regularmente apresentado como dócil e subserviente reforça o caráter hodierno da comunidade negra que se volta para uma atitude crítica frente às desigualdades sociais a que está submetida. (Nascimento, 1985, p. 124)

Clóvis Moura (1992) afirmou que o processo de resistência da *quilombagem* existe desde os primórdios do período colonial, e se estendia como movimento nacional que questionava a infraestrutura do sistema escravista como a forma mais radical de luta política.

Abdias do Nascimento (1980) cita diversos exemplos de insurreições negras e quilombolas, a exemplo do próprio Quilombo dos Palmares como também a Insurreição de Carrancas, a Revolta dos Malês, Balaiada, a Revolta dos Periquitos, a Sabinada, a Revolta dos Mercenários, e a Revolta de Manoel Congo, o Quilombo do Ambrósio e o Quilombo do Campo Grande que evidenciaram locais e símbolos de resistência radical da população negra que tinham o objetivo de conquistar liberdade, autonomia e preservação da cultura africana, mas foram violentamente reprimidos nos períodos colonial e imperial, mas simbolizam um processo de luta contínua. Para Nascimento (1980), o *movimento quilombista* como ressignificação dos movimentos quilombolas históricos servem de fundamento para um projeto político nacional de base panafricanista.

Antônio Bispo (2015), também explica como a construção de quilombos foi um reflexo de luta e resistência contra a ordem colonial e escravista, definindo como um movimento contracolonial, na medida em que não experimentaram o processo de escravização:

É sabido que o povo da África, ao chegar ao Brasil, imediatamente se rebelou contra matas virgens, reconstituindo os seus modos de vida em grupos comunitários contra colonizadores, formando comunidades em parceria com os povos nativos, em determinados casos organizados como nômades, outras vezes ocupando um território fixo.

Para essas comunidades contra colonizadoras, a terra era (e continua sendo) de uso comum e o que nela se produzia era utilizado em benefício de todas as pessoas, de acordo com as necessidades de cada um, só sendo permitida a acumulação em prol da coletividade para abastecer os períodos de escassez provocados por irregularidades climáticas, guerras ou os longos períodos de festividades (Santos, 2015, p. 48).

Estes exemplos revelam que o processo de resistência à escravidão de forma radical foi um traço muito relevante da história brasileira, comumente conhecidos e designados por refúgios ao sistema escravista vigente. Porém, para João José Reis (2009), este não foi o único, existindo diversas outras formas de resistência a partir da negociação e conflito.

Onde havia escravidão, também havia resistência que incluía a fuga (individual ou grupal), formação de refúgios, ataque aos meios de produção e até dispersão no anonimato da massa escrava e negros livres em locais de variada circulação. Ao longo do período de vigência da escravidão, diversas organizações formadas majoritariamente por refugiados aquilombados,

mas também por libertos, livres, negros, brancos e indígenas ao mesmo tempo que poderiam ser considerados como movimentos radicalmente contrários à ordem escravista, também se caracterizam pela adaptação ao próprio sistema, explorando suas fragilidades do ponto de vista político e sempre associados às questões geográficas, históricas e do modo de produção econômico que deram condições para existência destas comunidades alternativas remotas ou até próximas e vinculadas com os grandes centros escravagistas, demonstrando que não há uma uniformidade histórica na formação dos quilombos no Brasil e em outras partes da América, assim como não há homogeneidade nas suas características sociais (Reis, 2009).

Para Carlos Magno Guimarães (2016) ao analisar os quilombos de Minas Gerais do século XVIII e em comparação com o modelo de Palmares, considera que os quilombos expressam uma contradição estrutural da realidade escravista, na medida em que provocam profundos questionamentos no processo produtivo com efeito no lucro do proprietário escravista, na impossibilidade de reposição do capital investido na compra de escravos, na improdutividade e gastos com sistema repressivo especializado, nos prejuízos materiais causados por certas atividades quilombolas (roubos, assaltos, incêndios), perda de arrecadação do Estado colonial assim como danos imateriais pelo o questionamento direto ao sistema jurídico e ideológico que legitimava a escravidão e criação do medo constante tanto nas autoridades como na população.

Para o autor, não se tratavam de movimentos aleatórios, mas dotados de sofisticação, com estratégias de autonomia que exploravam diversas contradições do sistema de classes escravista, ao ponto de se caracterizarem como um verdadeiro projeto político (Guimarães, 2016, p. 161 a 177).

Importante destacar que a formação dos quilombos para além de ser uma forma de resistência à escravidão e construção da liberdade, também representava uma ameaça à expropriação e lucro do Estado que se formou e acumulou riqueza a partir do escravismo e racismo.

A diversidade de quilombos remanescentes que não obedecem necessariamente à lógica de “escravizados fugitivos”, mas de variadas e complexas formas de composição antropológica que até tempos recentes, não estavam tão acessíveis no imaginário comum sobre os quilombos. Destaca-se inclusive que grande parte dos registros sobre comunidades quilombolas, dado a perseguição Estatal, foram produzidos normalmente pelos agentes que os perseguiram:

(...) para a maioria dos quilombos nas Américas, e no Brasil em particular, dependemos exclusivamente de relatos escritos por pessoas de fora, amiúde pela pena de membros das forças repressoras” (Reis, 2009, p. 10).

Isso faz com que haja uma escassez de informações sobre a formação histórica destes quilombos contados pelos próprios quilombolas se compararmos com outros grupos sociais, o que poderia contrastar a narrativa oficial, ao mesmo tempo que dificulta o processo atual de reconhecimento de direitos, necessitando de outras metodologias históricas e antropológicas de identificação, considerando a importância da constatação do patrimônio imaterial e de fontes de história oral, já que a formação da patrimonialidade material negra restou prejudicada (Pereira, 2020).

A antropóloga Mariana Balen Fernandes (2016) investigou a formação das comunidades quilombolas de Acupe, São Braz e São João no Recôncavo Baiano que passaram por complexos processos de posse dos territórios, envolveram estratégias de sobrevivência em momentos de decadência e emergência de ciclos econômicos variados nos contextos colonial e imperial.

Neste contexto, cabe refletir sobre as inúmeras formas utilizadas pelos grupos negros de escravos e libertos para adquirirem direitos e certa autonomia perante a sociedade escravista. Pensar as fugas e revoltas e na formação dos quilombos tem sentido quando articulados com outras modalidades de organização, o que na verdade reflete em um sistema integrado, não homogêneo, mas interligado e constantemente regido por relações de poder e de conflito entre grupos negros e entre negros e brancos. (Fernandes, 2016, p. 59).

Para Givânia Maria da Silva (2022, p. 68-69) o Quilombo de Conceição das Crioulas, fundado no século XVIII no sertão pernambucano, possui uma história marcada pela liderança feminina desde a sua origem. A formação inicial do quilombo foi protagonizada por seis mulheres negras: Mendencha Ferreira, Francisca Macário, Romana, Francisca Presidente, Germana e Francisca Ferreira, que conforme a oralidade, lideraram a resistência e a ocupação da terra naquela época, com Francisca Ferreira sendo a principal liderança do grupo. Ao longo do tempo, essa liderança feminina foi passada de geração em geração.

Já os quilombos de Barra e Bananal em Rio de Contas (Bahia), conforme descrito na dissertação de Ubiraneila Caipinan (2009, p. 43-45), é narrada a partir de mitos, pela história oral e registros históricos que apontam a chegada de africanos na região da Chapada Diamantina. Um dos mitos fundadores é o do naufrágio de um navio negreiro em Itacaré, cujos sobreviventes teriam seguido o curso do rio e se estabelecido na região de Rio de Contas, formando, assim, a comunidade quilombola. Essa narrativa destaca a busca por liberdade e segurança longe da opressão colonial e o período de formação remonta ao século XIX, quando

houveram confrontos com bandeirantes, intencionados em escravizar, mas houve resistência, que permanece até os dias atuais.

Estes exemplos são importantes para demonstrar que a luta pela liberdade travada pelos quilombos ao longo da história foi complexa e diversificada, mas que se unem enquanto estratégias de sobrevivência baseada na resistência histórica contra um sistema que nega a liberdade, tanto em aspectos materiais quanto jurídicos.

1.3 O RACISMO NO CONTEXTO REPUBLICANO

Joaquim Nabuco, em contexto próximo do fim da escravidão escreveu que era preciso pensar que os africanos estavam trabalhando há muito tempo sem salário, “em virtude do ato de venda efetuado na África por menos de noventa mil-réis”. Prossegue, aduzindo:

(...) Pensem eles que até hoje esses infelizes estão esperando do arrependimento honesto do Brasil a reparação do crime praticado contra eles, sucessivamente pelos apresadores de escravos nos seus países, pelo exportador da costa, pelos piratas do Atlântico, pelos importadores e armadores, na maior parte estrangeiros, do Rio de Janeiro e da Bahia, pelos traficantes do nosso litoral a soldo daqueles, pelos comissários de escravos, e por fim pelos compradores, cujo dinheiro alimentava e enriquecia aquelas classes todas. (Nabuco, 2003, p.-106)

O escravismo deixou marcas profundas na sociedade, cujas consequências se estendem até os dias atuais, especialmente em função da ausência de reparações históricas adequadas. Essa lacuna na reparação perpetuou um estigma social, mantendo o racismo estrutural mesmo com o fim da escravidão.

A historiadora Wlamyra Albuquerque (2009) analisou os últimos anos da Monarquia e o início da República, destacando as mudanças nas concepções sociais na medida que a sociedade escravocrata se tornava insustentável. Ela aponta que antes mesmo da abolição, muitos escravizados já haviam conquistado sua liberdade, o que evidencia que a abolição não foi simplesmente uma simples concessão. Ela sublinha que com a abolição, houve uma reconfiguração das relações de poder, no qual ex-senhores experimentaram falências e desmoralização devido a perda de domínio sobre os ex-escravizados (Albuquerque, 2009, p. 34).

Paralelamente surgem no final do século XIX debates velados sobre a "raça", que influenciavam decisões jurídicas e políticas, marcando o início de um projeto de cidadania

racializado. A concepção de direito passa a se alinhar às ciências naturais e à antropologia física, distanciando-se das ciências humanas e associando-se à biologia evolutiva. Lilia Schwartz examina como essas teorias de racismo científico influenciaram instituições como museus e faculdades de direito, que, por sua vez, ajudaram a formar um modelo de nacionalidade baseado em uma hierarquia racial (Schwarcz, 2005, p. 149).

Célia Azevedo também analisa o período, destacando as estratégias das elites para evitar um “colapso civilizatório” após a abolição, como a política de branqueamento através da imigração europeia, discutida na Assembleia Legislativa de São Paulo (Azevedo, 1987, p. 222). O Código Penal de 1890, por exemplo, refletiu essas preocupações ao criminalizar práticas associadas à população negra, como a capoeira e o “curandeirismo”, visando suprimir a resistência cultural e reforçar o controle social (Schwarcz, 2005, p. 155-156). Essas estratégias jurídicas evidenciam como o racismo legal foi instrumentalizado para manter a exclusão e subordinação da população negra no Brasil pós-escravatura.

Para Vanderlei Sebastião de Souza (2022), no contexto da ascensão da eugenia no Brasil durante as décadas de 1920 e 1930, o movimento eugênico se consolidou como uma ideologia dominante, influenciando de modo significativo as políticas públicas, principalmente as relacionadas à imigração e à seletividade racial.

Para o autor, durante esse período, o Brasil se posicionou a favor do branqueamento da população, refletindo uma crença na superioridade racial dos europeus. A eugenia no Brasil foi um movimento que, ao mesmo tempo em que dialogava com o sanitarismo e a medicina social, também incorporava teorias racistas que viam a miscigenação como uma ameaça à pureza racial (Souza, 2022).

Essa concepção foi amplamente debatida no Primeiro Congresso Brasileiro de Eugenia, em 1929, onde se evidenciaram as divisões entre os defensores do racismo científico, como Renato Kehl e Azevedo Amaral, e os “antirracistas”, como Edgard Roquette-Pinto, que argumentavam que as questões sociais e políticas eram mais determinantes que as raciais para os problemas nacionais. Essa dicotomia refletia a tensão entre o desejo de branqueamento e a necessidade de lidar com a realidade da miscigenação (Souza, 2022, p. 95).

Outro exemplo é a própria Constituição de 1934 que embora tenha incluído alguns avanços em direitos sociais, também refletiu as influências do movimento eugênico na Constituinte de 1933, cujo reflexo pode ser observado no art. 138 b. da Constituição de 1934 que reafirmava a competência para “estimular a educação eugênica”.

Mais adiante, já no contexto da ditadura militar, constata-se a persistência do racismo estrutural em termos legais, revelando como as políticas e práticas jurídicas continuaram a reproduzir e reforçar a exclusão social e racial dos negros, em um regime que se apresentava como modernizador e nacionalista.

Para Thula Rafaela de Oliveira Pires (2018, p. 106-108), a Lei nº 5.941, de 22 de novembro de 1969 (Lei de Segurança Nacional) do período da ditadura militar, foi usada para reprimir movimentos sociais e organizações que lutavam contra e denunciavam o racismo.

A aplicação desta lei era seletiva contra líderes negros e organizações afro-brasileiras que supostamente promoviam um movimento de desagregação nacional, constantemente denominados como “comunistas” e de “desmoralização internacional”, principalmente no contexto em que o Brasil se apresentava como um país democrático racialmente em comparação com os sistemas de segregação racial dos Estados Unidos e da África do Sul (Neris, 2018, p. 57-59).

Tais perseguições aos movimentos negros não são comumente lembradas no imaginário das repressões no contexto da ditadura militar, porém uma das importantes conquistas do movimento deste período foi a denúncia da existência do racismo, constantemente invisibilizado pelo discurso da “democracia racial” e da “unidade nacional”.

Tais questionamentos, inclusive em articulação com outros movimentos sociais e partidos políticos, resultaram na construção de um movimento negro mais estruturado e influente, que teve significativa importância na construção dos ideais democráticos que serão inseridos no texto da Constituição de 1988, dando prosseguimento à resistência histórica.

CAPÍTULO II – MOVIMENTOS NEGROS, A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E O DIREITO INTERNACIONAL

O capítulo anterior apresentou o arcabouço histórico e jurídico da escravidão e do racismo do período colonial até a ditadura militar, considerando os processos de luta e resistência histórica, demonstrados principalmente pelos quilombos, pelo movimento abolicionista e o movimento negro no contexto da ditadura militar.

Já no contexto da democratização, dentre diversos movimentos sociais que surgiram na década de 1970, destaca-se o *Movimento Negro Unificado*, um dos primeiros que assumiu uma repercussão nacional e que conseguiu se articular com partidos políticos no contexto da abertura, tendo um papel relevante na construção das bases da democracia, reivindicando pautas nas áreas mais abrangentes como saúde, educação, cultura, segurança, trabalho, cidadania e economia, tendo como elemento fundamental a denúncia da existência do racismo, oculto sob uma ideia de democracia racial e unidade nacional (Almeida, 2018) e (Neris, 2018, p. 56-77).

Na medida em que esses processos de luta social entram em confronto com uma concepção jurídica construída em um projeto nacional que excluiu direitos para a população negra, surge a necessidade de confrontar categorias jurídicas hegemônicas, ressignificando-as e construindo novas, sendo a Assembleia Nacional Constituinte de 1987/88 uma oportunidade histórica e democrática para construir uma nova ordem social de direitos a partir das pautas historicamente construídas.

2.1 MOVIMENTOS NEGROS E ANTIRRACISMO NA CONSTITUIÇÃO

A Assembleia Constituinte, segundo Neris (2018), foi organizada primeiramente pelo seu Regimento Interno que estabeleceu as regras do processo legislativo originário, que foi organizada em duas grandes fases, a primeira popular ou descentralizada, na qual diferentes temáticas foram discutidas e deliberadas em Subcomissões e Comissões, com participação da sociedade civil em três modos principais, com o envio de sugestões, participação em audiências públicas, e encaminhamento da emenda popular. Já a segunda fase, classificada de parlamentar ou centralizada, foi destinada a promulgar o texto final a ser deliberado na Assembleia.

Houve uma mobilização social por parte dos variados movimentos sociais, através da convocação para a Assembleia Nacional Constituinte de 1987 para se manifestarem mediante

documentos entregue às autoridades, como ao próprio Presidente da República (José Sarney), em comissões temáticas, à deputados, incluídos aqueles eleitos como constituintes e representantes dos próprios movimentos sociais negros, a exemplo da Benedita da Silva (PT/RJ), Paulo Paim (PT/RS), Carlos Alberto Caó (PDT/RJ) e Edimilson Valentim (PT/RJ) (Neris, 2018, p. 74-77).

Dentre outros nomes relevantes, está o do Abdias do Nascimento¹⁰, que foi o primeiro parlamentar a pautar a questão racial de forma explícita entre 1983 e 1987 (Gomes; Rodrigues, 2018, p. 931 e 932).

O PT especificamente contou no contexto de sua formação com a presença das seguintes lideranças negras: Jurema Batista, Lélia Gonzalez, Benedita da Silva, Flávio Jorge Rodrigues da Silva e Milton Barbosa (os dois últimos responsáveis pela criação da Comissão do Negro do PT), Magno Cruz, Rafael Pinto, Gevanilda Silva, Matildes Ribeiro e Edson Cardoso.

O PDT contou com a participação de Abdias do Nascimento e Carlos Alberto Caó. No PMDB estavam Hélio Santos, Ivair Augusto Alves dos Santos e Antonio Carlos Arruda da Silva (Neris, 2018, p. 68-69).

Muitas das lideranças supracitadas ocuparam cargos eletivos e exerceram outras funções públicas naquele contexto e até atualmente, ocupam cargos de relevância ou exercem significativa influência política e social. Porém, também é importante lembrar da importância da construção dos movimentos de base para que tais demandas fossem construídas e enviadas aos setores institucionais, sendo evidente a compreensão da importância daquele momento histórico que construiu as bases democráticas para legislações e normas jurídicas que seriam complementadas e aprimoradas décadas depois, como a própria lei de cotas e a regulamentação do processo de titulação das terras quilombolas.

Na perspectiva do Direito Achado na Rua, o professor José Geraldo de Sousa Junior (2025) enfatiza que a atuação e construção teórico-prática dos movimentos sociais são importantes fontes do direito, sendo capazes de produzir novas concepções normativas mais atreladas à justiça, também como elementos referenciais da construção normativa positivada:

¹⁰ Abdias do Nascimento além de ter sido um importante teórico social que construiu o conceito de quilombismo e outras concepções que fundamentou a luta do movimento negro também pela via acadêmica, foi artista e político, tendo sido eleito Deputado Federal pelo Rio de Janeiro, do período entre 1983 e 1987. Também foi eleito suplente do Senador Darcy Ribeiro, tendo assumido provisoriamente em 1991 e definitivamente em 1997 com a morte do titular, pelo PDT, o partido que ajudou a fundar. Acesso em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/especiais/arquivo-s/senador-abdias-nascimento-uma-vida-dedicada-a-luta-contra-o-racismo>; e <https://www25.senado.leg.br/web/senadores/senador/-/perfil/168>.

A ponta de verdade que a ideia da auto-reflexividade tem hoje não é detectável ao nível da auto-reflexividade individual, mas antes ao nível da auto-reflexividade coletiva, dos movimentos sociais, das organizações não-governamentais, onde, ao contrário de outros tempos em que mobilização, nomeadamente aquela que caracterizou o movimento operário, tomou a certa altura uma precedência total sobre a lucidez – como se a mobilização tivesse razões que a razão teria mesmo que desconhecer – a reflexão sobre as razões da mobilização faz parte integrante da própria mobilização. (Sousa Junior, 2025, p. 13).

Entende-se que o processo luta por reconhecimento de direitos pelo movimento negro na Constituinte representou o sentido dado pelo professor José Geraldo de Sousa Junior (2008, p. 253) sobre o papel das lutas sociais na construção dos direitos humanos enquanto experiências concretas de humanização. Elas não se confundem necessariamente com declarações de liberdade, muitas vezes contraditórias à realidade fática, a exemplo da Constituição Liberal de 1824 que garantia direitos ao “homem livre e abstrato”, ao mesmo tempo em que a escravidão estava vigente.

Nestes termos, a atuação dos movimentos sociais demonstrou a construção de uma atuação democrática na constituinte de 1988, e não apenas em referência ao texto positivado.

A construção democrática é, pois, o imaginário social que se formulou como novidade e busca de autonomia na Constituição, que ao menos quanto à cidadania e à dignidade da pessoa humana, começa a consolidar-se no processo a dimensão coletiva e solidária para a determinação de seu espaço civil. Por isso se diz que a democracia designa o sentido de permanente ampliação dos espaços de emergência de novas liberdades e novos direitos, como obra inconclusa. Na alusão à fórmula de Estado democrático de direito, pois, o que se deve ter em mente é assinalar os estágios de superações necessárias para acentuar na etapa corrente a exigência de novas concepções de Justiça capazes de as segurar, através do exercício da democracia, a criação permanente de direitos novos no processo de reinstituição contínua da sociedade. (Sousa Junior, 2008, p. 256)

Ainda neste sentido, Gustavo Guerra e Alexandre Bernardino Costa (2013, p. 130 a 133) na reflexão sobre o direito à moradia na gramática constitucional dominante, entendem que a resistência social de movimentos organizados antecede o reconhecimento de direitos, o que demanda também articulação entre os movimentos democráticos e o uso do paradigma constitucional para construir uma cidadania social.

De mais a mais, importante frisar a importância de adequação do texto Constitucional à natureza das coisas, à ordem social, gênese de todo e qualquer direito fundamental, como bem salientado pro Vieira Andrade. Na esteira do pensamento português, não é a Constituição um elemento estanque, capaz de gerar, *per si*, os direitos nela regulados; não se deve concebê-los como “mero produtos” da vontade constituinte: ao contrário, um texto constitucional, no seu núcleo essencial, se limita a reconhecer

os direitos fundamentais, “que existem para além do catálogo que formulou e que não estão sujeitos aos seus poderes de livre disposição”. (Guerra e Costa, 2013, p. 113)

Nesta perspectiva, entende-se que a norma jurídica não surge apenas da “vontade do legislador”, mas é fruto de uma luta histórica, que a exemplo da Constituição de 1988, partiu da mobilização dos movimentos sociais.

Como exemplo temos um informativo da época produzido pelo Coletivo Nzinga (Neris, 2018, p. 74 a 75) que consegue traduzir a compreensão daquele momento histórico, que convocou a comunidade negra para participar da constituinte, devido a impossibilidade de toda a população participar diretamente na criação das leis, foi delegado esse poder aos deputados e senadores, que seriam os representantes institucionais.

Eles teriam o dever de consultar antes de elaborar ou votar as leis. Defendeu-se naquela época que os representantes fossem escolhidos entre grupos diversos, como mulheres, negros, indígenas e trabalhadores, para garantir que as leis refletissem verdadeiramente os interesses e necessidades da comunidade:

Constituinte é uma palavra que hoje está na propaganda da televisão, nos discursos das autoridades, nas conversas de botequim, ou seja, está nas ruas. Ainda assim é pouco entendida. E é por isso que vamos falar um pouquinho sobre o que ela significa. (...) A Constituição é a lei mais importante de um Estado (no sentido de País). É ela quem indica como serão feitas e cumpridas as outras leis. Ela é tão importante que estabelece os direitos e deveres de cada cidadão e até onde o Estado pode interferir nas liberdades de cada um. Isto significa que a Constituição reflete a vontade do cidadão. Daí que um governo que se diz representante do povo não pode governar sem um Constituição. Agora, o mais importante é saber quem elabora, isto é, quem faz a Constituição, para saber se os nossos desejos e nossas esperanças cabem dentro dela. É aí que entra a importância da CONSTITUINTE que é a reunião de pessoas escolhidas para fazer estas leis (Informativo Nzinga - ano 01, nº 03, 1986, *apud* Neris, 2018, p. 74-75).

Foram realizados também muitos outros encontros de base para pautar a questão racial na Assembleia Nacional Constituinte, com encontros municipais e estaduais, a exemplo do Primeiro Encontro Estadual “O negro e a constituinte”, em julho de 1985, na Assembleia Legislativa de Minas Gerais, que produziu um documento que seria entregue em audiência pública no dia 3 de dezembro de 1986, ao Presidente da República, José Sarney e ao presidente da Assembleia, o deputado Ulisses Guimarães. Estas movimentações se estenderam durante o ano de 1986, culminando na realização em Brasília, da Convenção Nacional “O Negro e a Constituinte”, produzindo um documento sintético dos Encontros Regionais em variadas Unidades da Federação (Gomes; Rodrigues, 2018, p. 931-932).

Para Gomes e Rodrigues (2018, p. 932-934) a ideia do “mito da democracia racial” era um grande limitador da discussão da questão racial, não apenas pelos setores conservadores, mas também da própria esquerda, que considerava de forma majoritária que bastava a integração do negro na sociedade de classes.

Esta dificuldade se manifestou de forma institucional quando na organização da ANC a temática racial se restringiu exclusivamente à “Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias”, que integrava a Comissão Temática “Da Ordem Social”, restringindo a discussão estrutural do racismo que ultrapassa a dimensão das minorias (colocadas enquanto sinônimos e esvaziando suas especificidades), mas que atravessavam a organização do estado, a economia e a construção de políticas públicas reparatórias, o que era pautado pelo movimento negro (Gomes; Rodrigues, 2018).

Tais levantamentos foram confirmados a partir da análise dos Anais da Constituinte de 1987/88, disponível na Biblioteca Digital do Senado Federal¹¹. A busca por esta fonte histórica primária foi importante para perceber a atuação dos constituintes mencionados. Quanto à questão quilombola, foi percebida principalmente enquanto símbolo de resistência histórica para diversas, tanto para as pautas quilombolas como para diversas outras reivindicadas pelo movimento negro.

A título de exemplo, resgata-se a fala da deputada Benedita da Silva, extraída da Ata da 248ª Sessão, em 14 de abril de 1988, inserida no Livro 17 dos Anais da Constituinte, na discussão sobre as disposições transitórias, conforme segue:

Para finalizar, trazemos, a título de informação para esta empresa, que o Quilombo da Comarca do Rio das Mortes, conhecido como Quilombo do Ambrósio, teve uma imensa participação, onde a grande parte do trabalho de garimpagem e extração do minério foi feita pelas mulheres. Por isto, profissionalmente nesta área, elas têm uma história de luta e não podemos, neste momento, concordar com isto e tomaremos as providências necessárias, juntamente com os demais constituintes. (Muito bem! Palmas.)¹²

É considerável a importância dos movimentos sociais na construção do texto constitucional na perspectiva democrática. A constituição de 1988 representou um momento

¹¹ Os anais da Constituinte de 1987/88 estão disponíveis tanto na Biblioteca Digital do Senado Federal como na Biblioteca física do Senado. A Biblioteca Digital pode ser acessada através deste link a seguir, podendo ser consultada também o processo legislativo originário de outras constituições brasileiras. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/anais/constituientes>.

¹² Anais da Constituinte. Ata da 248ª Sessão, em 14 de abril de 1988, inserida no Livro 17, p. 10. Disponível em: <https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituinte/N017.pdf>.

em que foram impressos valores, uma ética no qual formaram as bases não apenas institucionais, mas principiológicas de um Estado democrático de direito.

Considerando o contexto brasileiro, no qual o racismo foi um elemento fundante da ordem social, econômica e cultural, não seria possível pensar um Estado democrático sem o questionamento do racismo, assim como a sua condenação e a adoção de medidas compensatórias para a população negra que foi historicamente excluída do desenvolvimento nacional. Por isso que analisar a atuação dos movimentos negros na constituinte resgata a substância do texto vigente atualmente, refletindo a o pacto social construído naquele contexto e a expressão do povo brasileiro na construção de uma nova ordem democrática após um histórico de momentos autoritários.

Destaca-se também que os movimentos negros que lutavam principalmente a partir da promoção de direitos não eram homogêneos e nem todos tinham a questão quilombola como pauta principal. Dentre os elementos comuns desses movimentos estão principalmente a denúncia do racismo na ordem social, econômica, cultural e política, no Brasil e fora dele.

O elemento principal de denúncia do racismo é importante porque é a base legítima para a necessidade de políticas reparatórias, ações afirmativas e justiça social. Porém, dentro desta base, diferentes pautas foram levantadas como defesa da cultura, reparação histórica, direito à educação, à saúde, questão quilombola e fundiária, trabalho, emprego e renda, autonomia social, participação política e diversas outras que com o tempo foram sendo desenvolvidas.

Como elemento humano os movimentos sociais também apresentavam divergências, possuíam diferentes formas de organização e estavam articulados em variadas ações políticas e partidárias, podendo apresentar diferentes metodologias de atuação política e tática. Neste sentido, a diversidade pode ser compreendida como uma riqueza apesar da existência também de pontos de tensão, refletindo também relações de poder e diferente eleição de prioridades temáticas.

Este não é um elemento novo. George Andrews (2007) ao analisar a história da população negra na América afro-latina descreve bem tais divergências e diferentes articulações desde o período colonial, que eram refletidas nas diferentes estruturas político-sociais e demonstravam protagonismo da comunidade negra nos processos políticos e econômicos em variados contextos históricos.

Menelick Netto, Cristiano Paixão e Marcelo de Oliveira (2021) consideram que apesar da Constituição de 1988 enfrentar desafios na implementação daqueles direitos consagrados, os seus princípios foram baseados em um pacto democrático e inclusivo, frente a um histórico ditatorial:

A Constituição de 1988, promulgada 25 anos de ditadura civil-militar, pela assembleia constituinte mais participativa e democrática da história constitucional brasileira, assume o desafio de criar um Estado Democrático de Direito, fundado na soberania, na cidadania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, na garantia do exercício dos direitos fundamentais e no pluralismo político.

(...)

Hoje ela coloca, mais uma vez, após 30 anos de sua promulgação, em meio a uma disputa permanente entre narrativas sobre o seu sentido constituinte e constitucionalista, a pergunta acerca do que, de lá pra cá, se construiu social e politicamente com base nela. (Cavalho Netto, Paixão, Cattoni de Oliveira, 2021, p. 110 e 111)

Seguindo este exemplo, a luta do movimento negro na Constituinte de 1988 faz parte de mais um capítulo da história da construção do constitucionalismo, que se entrelaça nas relações étnico-raciais como demonstrado por Marcos Vinícius Lustosa Queiroz (2017) sobre o impacto da Revolução Haitiana na construção da primeira Constituição brasileira (1824), assim como as contribuições do professor Evandro Piza sobre o Atlântico Negro (2016).

Queiroz (2017) destaca que a Revolução Haitiana apresentou uma importante contribuição na história do constitucionalismo, apesar disto não ser referenciado de maneira proporcional, em comparação com as revoluções burguesas, mesmo diante das suas contradições, a exemplo da existência dos ideais liberais em paralelo à manutenção do escravismo (Queiroz, 2017, p. 179).

Evandro Piza Duarte (2016) também destaca como uma revolução impactante como a do Haiti ainda permanece em silêncio nas pesquisas do Direito Constitucional (Gomes, 2022)

Queiroz entende a importância do constitucionalismo negro enquanto prática e leitura do direito constitucional a partir da experiência diaspórica negra, perpassando pela colonialidade e o racismo, deslocando as categorias, narrativas constitucionais e jurídicas a partir de experiências não-hegemônicas (Queiroz, 2017, p. 106-107).

Convergindo com Rodrigo Portela Gomes (2022), os quilombos a partir da sua luta histórica baseada na ancestralidade, autonomia e territorialidade, conseguiram imprimir sua marca enquanto força constituinte, representando um marco relevante de formação de redes e

construção da cidadania e do direito constitucional, mesmo diante das adversidades, da violência e do racismo.

2.2 O TEXTO CONSTITUCIONAL

De acordo com Neris (2018) nem todas as propostas apresentadas pelos movimentos sociais foram incorporadas ao texto aprovado na constituinte, porém algumas destas proposições foram aprovadas posteriormente, como as políticas de ações afirmativas. Também mais adiante, as normas programáticas seriam reivindicadas enquanto políticas públicas efetivas, tendo como pilares as normas já aprovadas. Ademais, princípios constitucionais como a igualdade material, o reconhecimento do racismo e o caráter intercultural da Constituição serviram de base para futuras decisões favoráveis aos movimentos sociais por parte do STF.

A Constituição Federal brasileira estabeleceu princípios fundamentais e direitos que visam promover a igualdade e combater discriminações. No Art. 3º, inciso IV, da Constituição, está determinado que um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil é promover o *bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação*. Esse princípio reforça o compromisso com a *igualdade* e a *justiça social*.

No Título II, que trata dos direitos e garantias fundamentais, o Art. 5º inciso XLII, declara que *a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito a pena de reclusão*, reforçando a gravidade atribuída pela legislação brasileira ao racismo, quando este tema é diretamente abordado.

A construção do conceito jurídico de racismo passou por diversas fases e momentos e continua ainda em desenvolvimento, tanto do ponto de vista legal como doutrinário e jurisprudencial, tudo isso em paralelo à denúncia de casos individuais e o reconhecimento de fatores sistêmicos, institucionais e estruturais, o que demanda uma atualização constante daquele conceito (Cerqueira, 2021).

A título de exemplo temos a equiparação do crime de injúria racial e o de racismo, tendo como ponto relevante o julgamento do HC 154.248 e aprovação Lei 14.532/2023. Nada disto seria possível sem a primeira consideração constitucional, que deu respaldo e supremacia para que fosse delineada em outras esferas de poder estatal.

Destaca-se também o papel do direito internacional e sua contribuição para o entendimento e aprofundamento do conceito de racismo, principalmente em sua concepção sistêmica, institucional e estrutural. A Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, promulgada pelo Decreto nº 10.932, de 10 de janeiro de 2022, aprovada pelo Congresso Nacional pelo quórum do § 3º do art. 5º da CRFB, tendo portanto, *status* de emenda constitucional, estabeleceu uma série de compromissos, obrigações e conceitos relevantes, até então não positivados no ordenamento jurídico pátrio, como a necessidade de combater o racismo estrutural e institucional.

Neste sentido, é considerada também a limitação da ideia de combate ao racismo de forma exclusivamente individual, expresso no conceito constitucional restrito à esfera penal, restando uma dimensão institucional, com destaque na atuação da mídia, no sistema educacional e nos privilégios concedidos à outros grupos raciais no pós-abolição (Gomes; Guimarães, 2018, p. 937), e até na dimensão estrutural (Almeida, 2018), sendo também necessário uma atualização constante do conceito jurídico de racismo, que pode ser construído, seja de forma doutrinária, jurisprudencial, acadêmica ou legislativa (Cerqueira, 2021), mas também respeitando o ineditismo e sofisticação do movimento negro que conseguiu questionar o mito da democracia racial no âmbito estatal no contexto da constituinte.

Reconhecida pela primeira vez na história do Brasil no texto constitucional, o racismo e a necessidade de ações para combatê-lo estabeleceram-se os princípios reparatórios básicos, como o direito à igualdade material e do reconhecimento da história e cultura afrobrasileira. Essa seria a mais importante marca do movimento negro nessa nova era, como expresso nas palavras do deputado constituinte Carlos Alberto Caó (Gomes; Guimarães, 2018, p. 937).

O desenvolvimento e aprofundamento destas categorias impressas inicialmente no texto constitucional a partir da atuação do movimento negro tem se desenvolvido, ampliando a concepção do conceito de racismo. Recentemente o STF formou maioria para reconhecer a existência do racismo estrutural e a necessidade de medidas efetivas para enfrenta-lo no julgamento da ADPF nº 973, apesar do julgamento ainda não ter transitado em julgado¹³. Isso não seria possível sem o estabelecimento basilar no texto constitucional durante a constituinte.

¹³ No momento em que escrevo todos os ministros do STF já haviam apresentado o seu voto, reconhecendo o racismo estrutural, mas afastando o estado de coisas inconstitucional. Ocorre que a decisão também acabou não reconhecendo o racismo institucional, uma contradição no meu ponto de vista. O processo ainda não transitou em julgado porque ainda está no prazo para o ingresso de embargos de declaração, considerando o prazo do recesso judiciário ainda em vigência.

Outro ponto relevante diz respeito ao direito a cultura. O Art. 215 assegura o pleno exercício dos direitos culturais e o acesso às fontes da cultura nacional, com o Estado promovendo a valorização e difusão das manifestações culturais. O § 1º desse artigo enfatiza *a proteção das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras*, e o § 2º trata da legislação que deve estabelecer *datas comemorativas de alta significação para os diferentes grupos étnicos nacionais*, reivindicações expressas do movimento negro na constituinte (Neris, 2018)

O Art. 216 define o patrimônio cultural brasileiro como os bens de natureza material e imaterial, que remetem à identidade e memória dos grupos que formam a sociedade brasileira, destacando, no § 5º, que *estão tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos*, protegendo assim a herança cultural quilombola.

No Título IX, o Art. 242, § 1º exige que o ensino da História do Brasil leve em conta as *contribuições de diferentes culturas e etnias para a formação do povo brasileiro*, a base do que seriam as Leis 10.639/2003 e 11.645/2008 que modificaram a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional para incluir a obrigatoriedade do ensino de história e cultura afrobrasileira e indígena nos currículos das escolas do ensino básico, com preferência nas disciplinas de história, artes e literatura.

Por fim, nas Disposições Transitórias, o art. 68 reconhece a *propriedade definitiva aos remanescentes das comunidades quilombolas* que ocupam suas terras, obrigando o Estado a *emitir os títulos de propriedade respectivos*.

De fundamental importância foi a articulação do movimento quilombola que conseguiu imprimir o dispositivo do Art. 68 da ADCT. Rodrigo Portela (2022, p. 108-109), diz que houve uma ampla articulação, a exemplo do VII Encontro de Negros do Norte e Nordeste de 1987, cujo tema foi “Terra de Quilombo”.

Em entrevista feita com a Professora Doutora Givânia Maria da Silva¹⁴ (importante liderança quilombola, já citada) no dia 20 de fevereiro de 2025 em Brasília (entrevista completa no Anexo I), foi questionado sobre a atuação do movimento quilombola na constituinte e em contextos posteriores.

¹⁴ Givânia Maria da Silva é uma importante liderança do movimento negro quilombola. Foi uma das fundadoras da Coordenação Nacional de Articulação das Comunidades Negras Rurais Quilombolas – CONAQ, foi Secretária de Políticas para Comunidades Tradicionais no Governo Federal, assumiu posição relevante no governo no contexto da aprovação do Decreto 4887/03, é doutora em Sociologia pela Universidade de Brasília e atualmente ocupa o cargo de Conselheira Nacional de Educação, órgão consultivo do Ministério da Educação.

Se a gente for fazer uma linha do tempo a gente vai encontrar vários momentos que houveram movimentações dos quilombolas nessa luta por reconhecimento do Estado.

Agora, em 1988, há aí uma conjugação, o (Nego) Bispo¹⁵ se estivesse falando aqui ele falaria que houve uma confluência. Existiam parlamentares negros, constituintes como Abdias e a Benedita da Silva, de haver movimento negro fortalecido e já pautando a questão do direito e o reconhecimento no Estado, e aí é que entra esse artigo na constituição (art. 68 da ADCT), mas não foi uma coisa assim que caiu na hora que os constituintes estavam ali, lembraram que tinha algum quilombo. É fruto de vários movimentos, congressos, encontros puxado pela comunidade negra brasileira, pelos movimentos negros brasileiros, e que os quilombolas também participavam mas não tinham o seu movimento específico, um movimento seu, mas sempre participaram junto com as organizações, por exemplo eu podia citar aqui duas organizações ou três que já participavam desse movimento, o próprio movimento meio unificado, o CEDENPA do Pará, o Centro de Estudos e Defesa do Negro no Pará, o CCN que é o Centro de Cultura Negra do Maranhão, então todos esses movimentos, que não eram movimento quilombola, sempre estiveram dentro da sua estrutura a luta dos quilombos.

Então quando chega em 1988, que consegue aí ter a o reconhecimento no artigo 68, depois a gente vai lá no 215 e 216 e encontra também sustentação, que formam essa base, que não é só para pensar só o território, mas é também para pensar e respeitar os modos de vida, os seus saberes, as suas as suas linguagens, os seus repertórios, então assim tem mais do que reconhecer o território, é reconhecer esses coletivos, os seus saberes e seus modos de vida. (Entrevista com Givânia Maria da Silva, 20.02.2025, íntegra no Anexo I).

Adelmir Fiabane (2008, p. 130-140) relembra também do “I Encontro da Comunidade Negra Maranhense”, realizado em 18 e 19 de outubro de 1986, assim como do Centro de Estudos e Defesa do Negro do Pará, que participaram da 1ª Convenção Nacional do Negro pela Constituinte, realizado em Brasília, convocada pelo Movimento Negro Unificado, que encaminhou para a deputada Benedita da Silva uma proposta sobre comunidades negras rurais a ser apresentada no Congresso Nacional Constituinte. O autor afirma que não há precisão de qual entidade elaborou o texto do art. 68 da ADCT, mas também considera que foi fruto de discussões, inclusive em audiências públicas.

O texto foi apresentado por uma emenda popular pelo deputado Carlos Alberto Caó, nos atos das disposições constitucionais transitórias, sofrendo poucas alterações desde sua proposição original até o texto final (Neris, 2018) pois haveria um expresse desconhecimento, principalmente por parte dos congressistas sobre a realidade dos quilombos no Brasil, havendo uma visão estereotipada de quilombos históricos formado por escravizados fugidos e que teriam pouca repercussão política ou territorial e por isso, não haveria necessidade deste dispositivo

¹⁵ Nego Bispo é como é conhecido o Antônio Bispo dos Santos, já mencionado.

constitucional estar no corpo da constituição ao invés das disposições transitórias (Fiabane, p. 130-140).

Em entrevista, Givânia Silva confirma este dado e explica com duas possíveis hipóteses:

Não foi aleatório (a pouca alteração do texto do art. 68 da ADCT). Como é que isso se deu, anterior à constituição, na pré-constituição, o movimento negro, eu não estava ainda, mas muitos (estavam), tenho lido também bastante sobre isso, ouvido dos mais velhos sobre isso, o movimento negro fez bastante movimento em prol da Constituição.

Aqui teve um congresso aqui em Brasília, o congresso do negro, onde os movimentos tentavam produzir essas informações, a partir da escuta aos quilombolas, então se não era o quilombola que estava escrevendo, mas era o quilombola que estava falando. E aí, o movimento negro urbano que já tinha contato maior contato maior com a leitura e a escrita, meio que ia escrevendo aquilo ali.

Em relação ao artigo 68 ter sido o que menos sofreu ataque, eu atribuo a esse poder de mobilização do movimento negro e ao próprio desconhecimento do constituinte em relação ao que significaria isso.

A impressão que eu tenho Lucas é que eles pensam assim: “vamos botar isso aqui, esse povo do movimento negro pare de encher a paciência da gente, o Estado deve ter aí uns 5 ou 6 quilombos, resolve isso, aí a gente apaga essa história que a gente deve, que o Estado deve pra esse povo”. Mal sabiam eles que hoje a gente passa de oito mil comunidades né, em todo o Brasil.

Então por quê? Porque aí as comunidades, que é uma coisa que não dá pra descrever, é uma coisa que é sentir mesmo, tem a ver com a forma como é esse conhecimento ancestral africano, de um saber, de uma ciência, a fuga como elemento positivo, a gente nunca pode pensar que a fuga é uma coisa ruim. A gente tem é muita tristeza quando dizem “ah, você é descendente de negro fugido”. Hoje eu sou muito orgulhosa de ser descendente de quem fugiu, o que significa dizer que foi mais sábio do que o colonizador, e do que o escravocrata, e conseguiu fugir e formar quilombo e resistir pra que a gente chegasse até hoje.

Agora, tudo isso Lucas, foi fortalecido porque aí também já havia um outro movimento, havia o movimento da chegada de alguns intelectuais negros nesse mundo da academia, então meio que dava uma sofisticação naquilo que a história, que as pessoas falavam, naquilo que se tinha como repertório oral, e transformar isso e hoje a gente vê que continua sendo assim, mas a quantidade de estudos quilombolas, dos próprios quilombolas, sobre si também tem crescido. (Entrevista com Givânia Maria da Silva, íntegra no Anexo I).

Assim, na Constituição da República de 1988, além dos dispositivos que tratam especificamente dos direitos quilombolas, há também aqueles que os fundamentam a partir de uma análise sistemática e teleológica do texto e formam a base fundamental para a proteção e promoção dos direitos das comunidades quilombolas (Brasil, 1988).

O art. 5º, *caput*, da Constituição da República que consagra a igualdade formal, em análise sistemática com o Art. 3º, inciso III, possibilitou interpretar a existência da igualdade

material, refletindo a base das políticas públicas reparatórias, sendo a discriminação positiva necessária para a correção de desigualdades históricas. Esta é a base da legitimidade da Lei de Cotas, assim como as medidas reparatórias para as comunidades quilombolas consagrados no Estatuto da Igualdade Racial, todas estas legislações embasadas nos princípios democráticos da Constituição da República.

A função social da propriedade, consagrada no Art. 5º, XXIII, 186 e 170 III, complementa aqueles direitos específicos das comunidades quilombolas, na medida em que eles refletem de forma mais radical tanto a função social da propriedade, como também da proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado do art. 225.

A valorização da diversidade cultural reforçada no art. 215 garante a todos o pleno exercício dos direitos culturais, como no acesso às fontes da cultura nacional, com apoio, valorização, incentivo e a difusão das manifestações culturais que são vitais para assegurar as culturas tradicionais, como a dos quilombolas.

De maneira semelhante, o Art. 231 reconhece aos povos indígenas a sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, seus direitos originários sobre as terras tradicionalmente ocupadas, sendo da competência da União a demarcação e proteção. Este dispositivo demonstra um aspecto de multiculturalismo adotada pela constituição de 1988, que assim como ocorreu na luta do movimento negro, só existiu a partir da luta do movimento indígena.

Existem especificidades fundamentais entre os direitos indígenas e quilombolas, ressalvadas as suas características comuns enquanto comunidades tradicionais. A Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho se aplica a ambos, porém o regime jurídico é diferenciado, sendo o dos povos indígenas o Estatuto do Índio que possui diversos problemas conceituais inadequados à realidade indígena, considerando também o fato desta normativa ter sido construída no contexto da ditadura militar.

O Artigo 216 § 5º, confere aos sítios que preservam reminiscências históricas dos antigos quilombos o tombamento deste patrimônio cultural brasileiro. Com relação ao primeiro dispositivo citado, Paulo Fernando Soares Pereira (2020) discute o patrimônio cultural das comunidades quilombolas, que perpassam por uma crise na medida em que é necessário um outro olhar a respeito do patrimônio para além daquele inserido e pensado no contexto na modernidade quando foram estruturados os Estados Nacionais que no contexto da América

Latina, essas estruturas basearam-se a na colonização, escravidão e o racismo estrutural (Pereira, 2020).

Realizadas as análises gerais do texto constitucional, resta a análise de direito comparado com outros países da América Latina que conferiram direitos para a população negra e comunidades tradicionais e a própria legislação internacional sobre Povos Indígenas e Tribais da Convenção 169 da OIT que teve reflexos relevantes no caso brasileiro.

2.3 O DIREITO CONSTITUCIONAL COMPARADO E A CONVENÇÃO 169 DA OIT

A articulação do movimento negro não se deu de forma isolada no contexto internacional. O processo de colonização se deu de forma articulada na América Latina. Pelo mesmo motivo, diferentes povos mantiveram vínculos culturais e de solidariedade. A redemocratização na América Latina após a queda das ditaduras também demonstra um contexto comum e familiar de forma regional. Embora existam diferenças significativas, tanto no estilo de colonização adotado pelas diferentes metrópoles, como da própria formação social do povo em cada região, assim como nos modos de produção empregados, essas variações que refletem diferenças fundamentais, não descartam as muitas semelhanças, que demonstram também unidades, com reflexos econômicos, sociais, culturais e até mesmo em um pensamento latino-americano de libertação (Sánchez Rubio, 2025).

George Andrews (2007) em sua extensa pesquisa sobre a *América Afrolatina* na História, destacou a relevância da população negra em todos os movimentos políticos que ocorreram ao longo das décadas, envolvendo complexidades na própria classe de escravizados brasileiros e estrangeiros, indígenas, elites, libertos e classes médias nos períodos de independência como nas fases subsequentes, onde ocorreram influências de grandes ciclos econômicos.

Esses fatores sociais fizeram com que os variados setores das comunidades negras se articulassem de formas diferentes, com partidos políticos, movimentos sociais e até em grupos conservadores.

David Sánchez Rubio (2025, p. 15) explica que a realidade colonial fez surgir enquanto resistência um pensamento latino-americano de Libertação em variadas correntes que tinham como características comuns a necessidade de oferecer soluções frente à marginalização e

desigualdades sistêmicas, a partir de uma articulação através de uma crítica frontal, dialética, interdisciplinar às condições que produzem as opressões.

No sorprende que, desde casi todos los puntos geográficos de Latinoamérica, se proclamara y se pusiera de relieve que la cultura europea y usamericana, con la colaboración de determinados colectivos oligárquicos y minorías plutocráticas nacionales, habían ocasionado diversas formas de alienación, extendiendo y consolidando sobre la región un sistema estructuralmente opresivo en todos los terrenos económicos, políticos, ideológicos, filosóficos, jurídicos y culturales. Ante la dependencia frente a las grandes potencias de los países del Norte, aquilatada por el capital y la división internacional del trabajo, se precisaba reaccionar y confrontar mediante la liberación como proceso no solo teórico, sino fundamentalmente práctico, necesario para conseguir una plena y auténtica libertad de los pueblos latinoamericanos en lo institucional, lo existencial y lo socio-material. (Sánchez Rubio, 2025, p. 15)

Neste contexto de resistência, ao longo da pesquisa foram indicados 4 países em que foram positivados direitos específicos para a população negra, em uma ordem cronológica, sendo eles: Brasil, Colômbia, Equador e Bolívia. O contexto constituinte brasileiro já foi analisado e será aprofundado ao longo deste trabalho. A seguir, será analisado o caso colombiano.

Libia Rosario Grueso Castelblanco analisa os direitos dos povos afrodescendentes na Colômbia, especialmente na região do Pacífico e destaca a importância da *Constituição de 1991*. Este marco constitucional reconheceu pela primeira vez a diversidade cultural da Colômbia e a existência dos negros como componentes fundamentais da nacionalidade. No Artigo Transitorio 55, conferiu-se direitos às comunidades negras situadas em zonas rurais específicas da *Cuenca del Pacífico*, assegurando-lhes o direito à propriedade coletiva sobre suas terras ancestrais (Grueso Castelblanco, 2000, p. 53).¹⁶

Aspectos semelhantes existem ao art. 68 da ADCT da Constituição brasileira, no que tange ao reconhecimento das comunidades negras que estejam ocupando as terras, assim como o direito de propriedade. A diferença ocorre no fato que o próprio texto constitucional colombiano indica que a propriedade é coletiva, sendo a competência do Poder Legislativo definir o procedimento de sua demarcação em um prazo definido, o que não ocorreu no caso

¹⁶ARTÍCULO TRANSITORIO 55. Dentro de los dos años siguientes a la entrada en vigencia de la presente Constitución, el Congreso expedirá, previo estudio por parte de una comisión especial que el Gobierno creará para tal efecto, una ley que les reconozca a las comunidades negras que han venido ocupando tierras baldías en las zonas rurales ribereñas de los ríos de la Cuenca del Pacífico, de acuerdo con sus prácticas tradicionales de producción, el derecho a la propiedad colectiva sobre las áreas que habrá de demarcar la misma ley (Constitución, 2008).

brasileiro que é indicado ao “Estado” (não se restringindo ao Poder Legislativo) e tampouco estabelece um prazo para tal.

O art. 171 indica que a partir das *circunscrições especiais* terá a eleição adicional de um representante indígena, enquanto no art. 176 indica mais um na Câmara de Representantes. Nesta casa, também haverá o direito de mais dois representantes das comunidades afrodescendentes a partir também da sua *circunscrição especial*.

Em 1993, com o desdobramento da Constituição, foi promulgada a Lei 70, que regulamentou esses direitos constitucionais do art. transitório 55, que consolidou os direitos territoriais e culturais das comunidades afrocolombianas, reconhecendo oficialmente a propriedade coletiva das terras e fortalecendo as organizações sociais dessas comunidades (Grueso Castelblanco, 2000, p. 65-68).

Dentre os fatores relevantes desta Lei foi a criação de circunscrições especiais para minorias étnicas, incluindo afrodescendentes nas instituições legislativas da Colômbia. Embora a Constituição de 1991 tenha assegurado a criação dessas circunscrições, foi a Lei 649 de 2001 que regulamentou o art. 176 da Constituição para assegurar a participação na Câmara de Representantes dos grupos étnicos, minorias políticas e residentes no exterior.

Recentemente foi incluído o artigo 238A na Constituição para a criação da jurisdição agrária e rural para a garantia do acesso efetivo à justiça e à proteção dos camponeses e aos Grupos étnicos das comunidades negras ou afrocolombianas, *palenqueras*, *raizales*, povos e comunidades indígenas, comunidades vítimas dos conflitos armados, adicionado pelo Art. 2 *del Acto Legislativo 03 de 2023*, demonstrando como os direitos do povo negro estão em constante desenvolvimento na América Latina, mesmo considerando os grandes desafios históricos.

Já a *Constituição do Equador de 2008* representa um marco histórico significativo no reconhecimento dos direitos territoriais e culturais dos afroequatorianos, estabelecendo o *Estado plurinacional e intercultural*. Em seu art. 56, a Constituição reconhece as comunidades afroecuatorianas como parte integrante e indivisível do Estado. Já no art. 58 são assegurados os direitos coletivos para fortalecer a identidade, cultura e tradições desse povo, amparados não apenas pela Constituição, mas também por pactos, convenções e outros instrumentos internacionais de direitos humanos.

Ademais, o art. 60 prevê a criação de circunscrições territoriais para preservar a cultura dos povos ancestrais, indígenas, *afroecuatorianos* e *montubios*, reguladas por leis específicas. O art. 257 complementa ao permitir a formação de circunscrições territoriais autônomas que

mediante consulta popular, podem ser estabelecidas para promover a governança intercultural e plurinacional.¹⁷

Registre-se que novamente, aparece uma disposição que reconhece aspectos territoriais específicos, demonstrando autonomia das comunidades como ocorreu no caso colombiano, assim como o reconhecimento da *propriedade coletiva da terra* (art. 60). Assim como no caso colombiano, o delineamento destes direitos seria feito por Lei. Em comparação com o caso brasileiro, aqui não foi definido qual seria a natureza da propriedade quilombola, aspecto que só foi corrigido mais tarde com o Decreto 4887/2003 (quinze anos depois da Constituinte de 1988).

Entende-se, portanto, que esta omissão criou um problema jurídico relevante, como veremos adiante. O reconhecimento legal no caso equatoriano foi um avanço significativo, mas como apontado por estudiosos como John Anton Sánchez (2022), há desafios na efetivação prática dessas garantias, devido às resistências burocráticas e culturais, que limitam a eficácia das reformas constitucionais.

Por fim, houve a criação do *Estado Plurinacional da Bolívia*, consolidado com a promulgação da *Constituição de 2009* e representou um novo paradigma jurídico que amplia e fortalece os instrumentos de efetivação dos direitos fundamentais, especialmente para as populações historicamente marginalizadas.

Embora os afrobolivianos, representarem uma pequena minoria da sociedade e não terem sido amplamente mencionados na nova Constituição em comparação com os povos indígenas, o reconhecimento de seus direitos foi um marco histórico importante. Este processo de inclusão foi precedido por anos de luta e mobilização, com participação nos debates da Assembleia Nacional Constituinte (Martínez Mita, 2012).

¹⁷ Art. 60 - Los pueblos ancestrales, indígenas, afroecuatorianos y montubios podrán constituir circunscripciones territoriales para la preservación de su cultura. La ley regulará su conformación.

Se reconoce a las comunas que tienen *propiedad colectiva* de la tierra, como una forma ancestral de organización territorial.

Art. 257 - En el marco de la organización político administrativa podrán conformarse circunscripciones territoriales indígenas o afroecuatorianas, que ejercerán las competencias del gobierno territorial autónomo correspondiente, y se regirán por principios de interculturalidad, plurinacionalidad y de acuerdo con los derechos colectivos.

Las parroquias, cantones o provincias conformados mayoritariamente por comunidades, pueblos o nacionalidades indígenas, afroecuatorianos, montubios o ancestrales podrán adoptar este régimen de administración especial, luego de una consulta aprobada por al menos las dos terceras partes de los votos válidos. Dos o más circunscripciones administradas por gobiernos territoriales indígenas o pluriculturales podrán integrarse y conformar una nueva circunscripción. La ley establecerá las normas de conformación, funcionamiento y competencias de estas circunscripciones.

Durante a Assembleia Constituinte, algumas das demandas apresentadas pelos afrobolivianos principalmente na Comissão de Direitos, Deveres e Garantias do Povo Afroboliviano eram a inclusão desta população e seu reconhecimento jurídico, econômico, social, cultural e político, buscando combater a invisibilidade, lutando contra o racismo a partir da educação e em todo aspecto humano (Martínez Mita, 2012, p. 59).

A inclusão do Artigo 32¹⁸ da nova Constituição que reconhece os afrobolivianos com direitos correspondentes aos povos indígenas originários campesinos, com direitos coletivos sobre suas terras e cultura.

A região de Los Yungas, onde a maioria dos afrobolivianos reside, beneficiou-se de tais políticas. Destaca-se também o artigo 395¹⁹ que garante a terra aos afrobolivianos e o artigo 398²⁰ que proíbe o latifúndio e o Artigo 14 II que proíbe qualquer forma de discriminação, incluindo a racial.

A Constituição de 2009 da Bolívia representou um avanço significativo na proteção dos direitos dos povos indígenas e afrobolivianos, mas também apresentou uma importante contribuição ao constitucionalismo. A organização estatal, jurídica e social do Estado Plurinacional foi uma inovação jurídica adaptada às questões locais, reflexo do contexto histórico próprio da América Latina e do colonialismo (Wolkmer, 2015).

Destaca-se também que esta construção de direitos ainda apresenta desafios significativos como o combate à pobreza, às desigualdades socioeconômicas e a invisibilização das comunidades afrobolivianas que continuam enfrentando discriminações sistemáticas, principalmente se for considerado o histórico relacionado ao colonialismo e desafios recentes que envolvem a defesa da soberania e exploração de recursos naturais.

¹⁸ Artículo 32. El pueblo afroboliviano goza, en todo lo que corresponda, de los derechos económicos, sociales, políticos y culturales reconocidos en la Constitución para las naciones y pueblos indígena originario campesinos.

¹⁹ Artículo 395. I. Las tierras fiscales serán dotadas a indígena originario campesinos, comunidades interculturales originarias, afrobolivianos y comunidades campesinas que no las posean o las posean insuficientemente, de acuerdo con una política estatal que atienda a las realidades ecológicas y geográficas, así como a las necesidades poblacionales, sociales, culturales y económicas. La dotación se realizará de acuerdo con las políticas de desarrollo rural sustentable y la titularidad de las mujeres al acceso, distribución y redistribución de la tierra, sin discriminación por estado civil o unión conyugal. II. Se prohíben las dobles dotaciones y la compraventa, permuta y donación de tierras entregadas en dotación. III. Por ser contraria al interés colectivo, está prohibida la obtención de renta fundiaria generada por el uso especulativo de la tierra.

²⁰ Artículo 398. Se prohíbe el latifundio y la doble titulación por ser contrarios al interés colectivo y al desarrollo del país. Se entiende por latifundio la tenencia improductiva de la tierra; la tierra que no cumpla la función económica social; la explotación de la tierra que aplica un sistema de servidumbre, semiesclavitud o esclavitud en la relación laboral o la propiedad que sobrepasa la superficie máxima zonificada establecida en la ley. La superficie máxima en ningún caso podrá exceder de cinco mil hectáreas.

El proceso de lucha y visibilización del pueblo afroboliviano no concluye con la aprobación del nuevo texto constitucional de Bolivia, por el contrario es el inicio de profundos cambios estructurales del que participarán de manera activa para el ejercicio de sus derechos humanos y su reconocimiento pleno por el Estado y los bolivianos en general como sujetos de derecho y no como beneficiarios de políticas públicas (Martínez Mita, 2012, p. 102).

Além da influência exercida entre cada Estado, significativa também é a influência exercida pelos organismos internacionais, com destaque para a OIT. Com efeito, a *Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho*, vinculada à Organização das Nações Unidas foi Convocada em Genebra pelo Conselho Administrativo da Repartição Internacional do Trabalho e tendo ali se reunido em 7 de junho de 1989 para elaboração deste ato normativo internacional referente aos direitos dos povos indígenas e tribais, podendo ser considerado atualmente enquanto povos tradicionais.

Sua publicação em 1989 é contemporânea ao contexto de redemocratização da América Latina. Essa legislação internacional influenciou as constituições aprovadas durante e após aquele ano, como no caso já narrados, que incluíram a propriedade coletiva em seu texto constitucional, mas também as legislações subsequentes como no caso brasileiro com o Decreto 4887/2003.

Ela estabelece princípios importantes, sendo norteadas à autoidentidade ou auto atribuição indígena e dos povos tribais, sendo um aspecto de diferenciação frente à “sociedade nacional”, porém sem perder a igualdade formal. Esta diferenciação diz respeito a uma igualdade material, na medida em que devem ser utilizados critérios de respeito e reparação frente às desigualdades históricas, produtos do colonialismo (OIT, 2011).

A Convenção 169 veio substituir a Convenção 107, dadas as críticas ao seu caráter integracionista e paternalista (OIT, 2011), assumindo, então, entre os seus objetivos a garantia, preservação e sobrevivência dos modos de vida dos povos indígenas e tribais, sendo um dos elementos fundamentais o reconhecimento dos direitos de posse e propriedade destas terras tradicionalmente ocupadas, associada à uma proteção cultural e social para o respeito dos valores e práticas sociais, culturais, religiosas e espirituais assim como a igualdade de oportunidades, educação e saúde. Ademais houve a preocupação para que os entes nacionais construíssem instituições adequadas para administração de programas para estes povos, assim como flexibilizam as disposições desta Convenção para atender às características específicas de cada país (OIT, 2011).

Entende-se, então, que a Convenção 169 construiu um paradigma próprio para com os povos indígenas e tribais, hoje compreendidos enquanto comunidades tradicionais que inclui quilombolas. A relevância deste ato convencional é significativa na medida em que é considerada a formação própria destes povos e a necessidade de os Estados Nacionais respeitarem suas organizações próprias, consultem e garantam participação efetiva na construção de políticas, garantindo equidade e ao mesmo tempo condições específicas dado o processo histórico de exclusão.

Outro elemento essencial diz respeito à consulta prévia e participação destes povos em todos os processos que envolvam e impactam direta ou indiretamente sua cultura e territórios, substituindo o conceito de população para povos, e em consideração aos seus territórios, uma noção diferenciada ao conceito de propriedade individual, assim como o direito destes povos em definir a prioridade do tipo de desenvolvimento adotado em seus territórios (OIT, 2011).

A norma internacional possui também limitações. Foi criado um arcabouço normativo, principiológico e de concepção comuns para comunidades tradicionais. Porém, ainda restava uma normativa específica para as comunidades quilombolas. A adaptação dos conceitos da OIT que tratavam de povos indígenas e tribais não foi automática, necessitou também de uma movimentação política para reconhecer o arcabouço protetivo para comunidades quilombolas.

Aí o Presidente (Lula) fez um outro movimento, que é importante a gente registrar. Na definição, no movimento da Convenção 169 quando ela chega aqui no Brasil ela chega só como povos indígenas e tribais.

E aí o Presidente Lula diz: “tribais no Brasil é quilombola”. É por isso que a Convenção 169 é (importante) pra nós, se você for ler a Convenção 169, tá, Povos Indígenas e Tribais, aí a gente se apropria da Convenção 169, e aí estamos na luta sempre, pra que o Estado obedeça, sobretudo pelo respeito e a necessidade do direito à consulta (prévia). (Entrevista com Givânia Maria da Silva, íntegra no Anexo I).

Delineado o arcabouço normativo do texto da constituinte e a relação com outros diplomas constitucionais da América do Sul e da Convenção 169, será analisado adiante as características da propriedade civil e o problema fundamental da adaptação deste conceito para a propriedade quilombola.

2.4 O REGIME DA PROPRIEDADE CIVIL

Como visto no capítulo I, o conceito de propriedade desde a sua aplicação no contexto colonial e imperial representou uma adversidade às comunidades quilombolas que resistiram a esta concepção econômica que os consideravam objeto. Por isso que o aplicar no contexto da propriedade quilombola geraria problemas, já que historicamente os povos negros foram excluídos dos benefícios econômicos deste regime justamente por não serem titulares. Por este motivo que ressignificar o conceito de propriedade se tornou uma necessidade para a própria manutenção dos quilombos.

A conjuntura político-social da constituinte de 1988 imprimiu aos remanescentes das comunidades dos quilombos o direito de propriedade. Esta opção foi semelhante à de outros países da América do Sul, porém eles estabeleceram a ideia de propriedade coletiva desde a sua gênese, o que não ocorreu no caso brasileiro que apenas definiu o conceito de propriedade de forma genérica, colocando dúvida sobre quais seriam as características da propriedade quilombola e o procedimento de titulação.

Duas hipóteses podem explicar isto ter ocorrido nos outros países latinos: a primeira é que o caso brasileiro foi o primeiro a titular os direitos de propriedade das comunidades quilombolas, instrumento jurídico que foi desenvolvido nas Constituições posteriores dos outros países como vimos na cronologia do último subcapítulo sobre Direito Internacional.

A segunda hipótese é que, a promulgação da constituição deu-se antes da publicação da Convenção 169 da OIT, que apesar de não disciplinar diretamente a propriedade quilombola, elenca em seus princípios as noções de coletividade da terra e territorialidade²¹. Essas duas hipóteses explicam o porquê do conceito de propriedade quilombola já abarcar a noção de coletividade em outros países latinos.

Como isto não ocorreu no Brasil, gerou-se um problema jurídico significativo, dada a dificuldade de reformar a constituição e aprovar um conceito de propriedade diferenciado para as comunidades quilombolas, considerando um Poder Legislativo historicamente influenciado pelas pautas ruralistas e latifundiárias.

Considerada a dúvida sobre como seria o conceito de propriedade quilombola que não está definido na Constituição brasileira, não seria estranho aplicar o conceito civil de propriedade privada individual, construído historicamente pela tradição do direito civil.

²¹ O conceito de territorialidade será explicado com profundidade adiante, sendo um conceito construído pelos movimentos sociais e pela academia. Em resumo, indica que as terras quilombolas tem características que as diferem da propriedade civil, sendo de natureza coletiva, holística e indivisível, tendo relação entre a subsistência da vida e da cultura das comunidades.

Nesta tradição, uma das características do direito de propriedade é a possibilidade de exercício do sujeito de direitos sobre as coisas, como poder do homem sobre os bens e seus modos de utilização econômica, que numa perspectiva individualista, diz respeito a um desenvolvimento civilizacional europeu, que entende a terra enquanto coisa explorável, cujas características de disposição e alienabilidade refletem uma forma específica de relação com o mundo, adotando uma perspectiva antropológica localizada (Santana, 2008).

Retomando os clássicos, Clóvis Beviláqua (2003), define a propriedade do ponto de vista econômico através do usufruto de forças para satisfazer as necessidades humanas, atribuindo ao sujeito proprietário o poder sobre a coisa, o que do ponto de vista jurídico oferece segurança para a sua utilização.

Sem duvida a continuidade histórica assegura a conservação e crescimento da riqueza, olhada do ponto de vista social. A apropriação, porem, das coisas do mundo exterior começou por ser individual, quanto ás coisas moveis e a sociedade assegurou-a, mantendo sob o seu poder o solo, enquanto o indivíduo não aprendeu a cultivar-o convenientemente. Não me parece, pois, exacto dizer que a propriedade, tendo tido origem social ha de ter destino social. E' do interesse da sociedade assegurar a propriedade individual, e regulamentar-a conforme as exigências do bem geral; mas não, tornar o indivíduo mero administrador temporário da riqueza commum. (Beviláqua, 2003, p. 133)

Já Pontes de Miranda (2012, p. 71 a 74) entende como propriedade o domínio ou qualquer direito patrimonial, incluindo coisas corpóreas ou incorpóreas conferidas ao titular, que pode utilizar, destruir, alienar, gravar ou praticar atos da sua disposição, enquanto que pode também excluir outras pessoas da sua intromissão. O exercício destes direitos é regular, o que quando limitado seu conteúdo, são cabíveis indenizações, por entender a coisa, o objeto da propriedade enquanto a sua noção econômico-social.

Orlando Gomes (2012, p. 103) classifica o direito de propriedade em três critérios: o sintético enquanto a submissão de uma coisa a uma pessoa; analítico como o direito de usar, fruir, dispor e reaver um bem; e descritivo enquanto direito complexo, absoluto, perpétuo e exclusivo à vontade de uma pessoa titular deste direito.

Considerada na perspectiva dos poderes do titular, a propriedade é o mais amplo direito de utilização econômica das coisas, direta ou indiretamente. O proprietário tem a faculdade de servir-se da coisa, de lhe perceber os frutose produtos, e lhe dar a destinação que lhe aprouver. Exerce poderes jurídicos tão extensos que a sua enumeração seria impossível. (GOMES, 2012, p. 105)

Esse caráter absoluto, contudo, é atenuado por restrições legais e pela necessidade de atender à função social, impondo ao proprietário obrigações para com a comunidade e o uso adequado do bem. Além disso, a propriedade é descrita como um direito exclusivo, permitindo ao titular um controle total sobre o bem, com a capacidade de excluir outros de qualquer interferência, a menos que essa interferência seja expressamente permitida pelo proprietário (Gomes, 2012, p. 105-110). Esta exclusividade é uma característica essencial para o exercício da autonomia privada dentro do regime jurídico de propriedade privada individual.

Na análise da evolução histórica do direito de propriedade, Gomes (2012 p. 111) indica que a característica predominando desde Roma foi o seu caráter individualista, o qual perdeu importância na Idade Média, mas que foi retomado com a ascensão do capitalismo, estendendo ainda mais os poderes do proprietário, enquanto direito fundamental equiparável à liberdade. Contudo, ressalta-se a tendência de estatização da propriedade.

No regime capitalista, o conceito unitário da propriedade é restaurado e os poderes que ela confere são exagerados, a princípio, exaltando-se a concepção individualista. Ao seu exercício não se antepõe restrições, senão raras, e o direito do proprietário é elevado à condição de direito natural, em pé de igualdade com as liberdades fundamentais. (Gomes, 2012, p. 111)

Já Barreiro e Serrano (2018, p. 195 e 196) quando avaliam os fundamentos do direito privado romano com base na jurisprudência republicana, indicam que a titularidade do direito de propriedade é conferida aos cidadãos e tem como pressuposto a configuração de uma relação jurídica entre o sujeito e a coisa, sendo o direito de propriedade o conteúdo abstrato desta relação que pode variar de acordo com o contexto histórico. O regime jurídico aplicado identifica o sentido técnico como o direito civil sobre coisas materiais (*res corporales*) e os direitos sobre as coisas (*iura*) cuja titularidade dominical pertence a outra pessoa e *dominium* enquanto condição jurídica do titular na relação com a coisa.

Orlando Gomes (2003) também aborda a propriedade como um direito perpétuo, que permanece com o proprietário até que ele decida transferir ou cessar esse direito, seja por venda ou transmissão hereditária. A perpetuidade sublinha a estabilidade e a segurança jurídica que o direito de propriedade visa proporcionar aos titulares de bens.

Já a função social da propriedade é um princípio constitucional moderno que reflete a ideia de que a propriedade deve ir além do interesse meramente privado e contribuir para o bem-estar geral, garantindo que seu uso beneficie não apenas o proprietário, mas também a sociedade como um todo (Gomes, 2012, p. 119-125).

Os regimes de propriedade foram discutidos predominantemente na Constituição Federal do Brasil de 1988 por meio de determinados artigos que estabeleceram o direito à propriedade e os pré-requisitos de sua função social. O Direito a Propriedade é introduzido pela primeira vez no Art. 5, XXII e XXIII, garantindo o direito à propriedade e limitando à função social. Nos artigos 184 são apresentadas hipóteses de desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária, e no art. 186 indica como a função social é cumprida.

Laura Varela (2002) destaca que a noção clássica da propriedade esbarra sobre dinâmicas contemporâneas que requer uma adaptação à realidade coletiva, como a questão do meio ambiente. Isso se enquadra a noção de propriedade quilombola, que inclusive considera a questão ambiental como elemento estruturante da vida quilombola, e a noção de propriedade requer esta consideração, já que para que a realidade de vida quilombola seja sustentável, torna-se indispensável o cuidado e manutenção do ecossistema ambiental.

Ocorre que, evoluções significativas ocorreram na classificação e conceituação do direito de propriedade no Brasil, conferindo a função social e relativizando os aspectos individuais, na medida em que instrumentos como a desapropriação exerce função corretiva.

Porém os aspectos econômicos ligados à propriedade não cessaram, na medida em que vantagens hereditárias decorrentes do processo de patrimonialização no qual a escravidão teve papel essencial na acumulação, somada a dificuldade das comunidades quilombolas tornarem-se proprietárias diante deste contexto histórico, fez com que o processo de desterritorialização continuasse sobre eles.

2.5 A PROPRIEDADE QUILOMBOLA É CONSTITUCIONAL

A contradição entre a formação do direito civil no Brasil e a resistência histórica dos quilombos a este modelo, torna evidente, então, o conflito que existe entre a formação das comunidades remanescentes dos quilombos no que concerne ao direito de propriedade. A resistência histórica dos quilombos não se deu apenas na luta contra a escravidão naquele período histórico, mas, também, foi uma resistência ao modelo civilizacional no qual o direito civil assumiu um papel central na regulamentação do escravismo a partir do seu estatuto jurídico, conforme mencionado no primeiro capítulo.

Pelas características de aquisição da propriedade, seja originária ou derivada, os quilombos na gênese do direito de propriedade no Brasil já estiveram em uma condição de

clandestinidade ou em desproteção jurídica. Por conta disto, a assunção de elementos de prova de titularidade, mesmo com a posse, poderia se mostrar inviáveis ou até impossíveis de serem classificadas. A garantia do direito de propriedade quilombola conferida pela Constituição criou a necessidade e a demanda de se repensar um novo modelo de propriedade para os quilombos.

Os novos significados referem-se à compreensão da propriedade baseada nos direitos étnico-culturais, ou seja, a condição de proprietária conferida às comunidades quilombolas vem possibilitar o pleno exercício de direitos culturais explicitados nos modos de ser, fazer e viver, politicamente mobilizados nos territórios. Nesse sentido, acrescentam-se sentidos ao significante propriedade, concebido tradicional e hegemonicamente como individual e patrimonial.

A resignificação traz à baila as inovações quanto à titularidade e características da propriedade atribuída às comunidades quilombolas, refletindo consequentemente, na conceituação. O titular não se refere a um indivíduo, mas a uma coletividade simbolizada pela comunidade quilombola que afirma modos de vida a partir de processos de construção e afirmação identitária.

Quanto às características, inexistem uma coisa certa e determinada a ser protegida ou objetivada. Tem-se uma imaterialidade, que são as formas de viver que mudam e se reconstróem, pois, embora a territorialidade se concretize no espaço físico (terra) a ser titulado, a garantia dar-se-á aos referidos modos de ser, fazer e viver e a consequente imaterialidade.

O usar, o gozar, o fruir e o dispor, como prerrogativas do proprietário, são deslocados e inseridos numa teia de relações que fazem da territorialidade um conformador da identidade. Consequentemente, a propriedade conferida às comunidades quilombolas se desfaz da disponibilidade – elemento que consubstancia o caráter patrimonial do direito de propriedade.

A propriedade, nos termos do art. 68, rompe com a ideia de exclusividade, já que, simultaneamente, mais de um indivíduo se apropriará e exercerá direitos sobre a “coisa”, ou seja, o titular do direito é a comunidade quilombola composta por vários indivíduos. Reitera-se também que a exclusividade se desfaz com a ideia do uso comum encontrado nas comunidades quilombolas, sendo uma forma de apropriação dos recursos naturais que resguarda as individualidades, mas não exclui os demais de se relacionarem também com a “coisa”. (Santana, 2008, p. 99 e 100).

A condição de proprietária atribuída às comunidades quilombolas vem exigindo esforços interpretativos em face da experiência social quilombola e das atribuições e características dos proprietários. Nesse sentido, as etnografias realizadas em momentos distintos tiveram particular importância ao trazer certos elementos para compreensão de tais processos, especialmente com as formulações em torno do território e da territorialidade, apontando algumas recorrências como os laços de parentesco e solidariedade como a base da organização social e o uso comum como forma de se relacionar com os recursos naturais (Santana, 2008, p. 69 e 70).

João Carlos Bemerguy Camerini (2012), indica que mesmo com o marco histórico da Constituição, ainda eram limitadas as categorias jurídicas e conceitos específicos para as comunidades quilombolas em comparação com as categorias hegemônicas. O interesse social, nesse contexto, é visto como uma limitação externa, de natureza pública, sem se configurar como um fator modelador de uma nova concepção do direito de propriedade privada (Varela; Ludwig, 2002).

Para Gilsely Santana (2008), há a necessidade de diferenciar a propriedade civilmente concebida e repensar limites às concepções individualistas da base deste conceito e as atribuições de novos significados a partir do reconhecimento das identidades coletivas.

Embora se saiba do significado hegemônico e imperante da propriedade e toda a sua nocividade social, o problema não está no significante em si, mas nos significados majoritariamente atribuídos, em que pese a dificuldade de desvincular o significante do significado. Pode parecer lugar comum, mas urge diuturnamente afirmar que a propriedade absoluta e sagrada não existe e que o direito subjetivo de propriedade ou a condição de direito fundamental da propriedade não comporta uma hierarquia de direitos e, consequentemente, exercício do poder e arbítrio (Santana, 2008 p. 112).

Considerando que existia um debate sobre a eficácia do art. 68 da ADCT referir-se a norma de Direito Fundamental (Camerini, 2012, p. 5), que como consequência teria eficácia plena e imediata (Art. 5º §1º CF) dispensaria regulamentação, em concordância com Pamplona (2020). Robert Alexy (2015) ao disciplinar sobre a eficácia das normas de direito fundamental, entende que a proteção jurídica constitucional é importante para que os valores fundamentais da Constituição sejam preservados para além da própria alteração legislativa.

Paulo Pereira (2020) analisa que a lógica jurídica e constitucional dos direitos quilombolas na constituição reconhece a patrimonialidade dentro do mito fundador do Estado-Nação no art. 216 e, posteriormente, sua contemporaneidade afirmada no art. 68, o que difere significativamente no regime geral de propriedade privada.

Neste sentido, argumentos de que o art. 68 da ADCT é compreendida enquanto norma de direito fundamental é identificada inicialmente na redação. Quando o Estado reconhece a propriedade dos quilombos e incumbe ao Estado emitir os títulos, é evidente que se trata de norma de eficácia plena e imediata nos termos da doutrina de José Afonso da Silva (2005) e neste sentido não teria reserva de Lei em sentido formal para a sua eficácia.

Além disto, entende-se que a propriedade quilombola tem relação com normas de direitos humanos já que diz respeito a própria subsistência e condição de manter sua identidade

cultural, reconhecida como patrimônio nacional pela própria constituição, faz-se entender que tal dispositivo é condição para a aplicabilidade dos elementos mais básicos do texto constitucional, entre eles o meio ambiente natural, cultural e a própria dignidade da pessoa humana.

Também numa interpretação sistemática, os direitos quilombolas tem relação com o compromisso do Estado brasileiro em combater o racismo e adotar medidas reparatórias para a manutenção da igualdade material aos quilombolas.

Apesar destas considerações sobre a propriedade quilombola como instituto de direito fundamental, esta compreensão não foi automática, principalmente na consideração dos titulares destes direitos.

2.6 O PROBLEMA DOS TITULARES DOS DIREITOS QUILOMBOLAS

Ao analisar os conceitos jurídicos do direito quilombola a partir do texto constitucional, entende-se que há a necessidade de interpretar a subsunção destas categorias, principalmente se considerar as limitações históricas.

Primeiramente, questiona-se o conceito de “remanescentes das comunidades dos quilombos”. Por que não utilizar o conceito “quilombolas”, “povos quilombolas”, “comunidades quilombolas”, “remanescentes dos quilombos” ou qualquer outra variação?

Considera-se que o termo remanescente é capaz de imprimir um sentido de sobra, restante, uma porcentagem menor de algo que já foi muito maior. Além disso, a expressão “comunidades” imprime o sentido de coletividade, mas uma coletividade menor que uma sociedade, povo ou nação.

Outro conceito relevante no texto constitucional é a “propriedade definitiva” no qual o Estado deve “emitir-lhes os títulos”. Esta redação criou um problema complexo, e não no sentido negativo, ou uma “negligência” do legislador constitucional, e tampouco uma crítica, mas criou um paradigma no qual seria necessário a doutrina, jurisprudência ou algum ato normativo construir um novo aspecto conceitual que conecte duas ideias contraditórias, quais sejam, a formação da propriedade em um contexto colonial e a resistência quilombola de outro lado.

A obrigação do Estado em emitir os títulos é um dos aspectos relevantes que atribui a característica de direito fundamental ao art. 68. Diferente de outras constituições da América

do Sul que delegaram ao Poder Legislativo, em dadas situações com um prazo específico para edição das normas gerais a respeito do procedimento de titulação das terras destas comunidades, o caso brasileiro quando se refere ao Estado em sentido amplo, não restringe a nenhum dos poderes, podendo ser este procedimento administrativo, legislativo ou até judicial. Neste sentido, Camerini (2012) também explica como o art. 68 deve ser classificado enquanto norma de direito fundamental.

Existe uma complexidade intrínseca no reconhecimento desses direitos no Brasil. Historicamente, a conceituação de quilombo estava associada a um conceito criado pelo Estado a fim de persegui-los e paradoxalmente, o mesmo Estado atribui este conceito para a conferência de direitos como bem explicado por Antônio Bispo dos Santos:

Então nós, pretos, tínhamos um poder enorme, um saber extraordinário. E não tínhamos memória de escravidão - porque éramos quilombolas. Agora, quem ia dizer que era quilombola? Quilombo era considerado organização criminosa desde o início da colonização. Também foram criminalizadas as expressões culturais quilombolas: capoeira, samba, religiões de matriz africana. Quando a Lei Áurea veio (1888), não revogou a criminalização. Entre 1888 e a Constituição de 1988, são 100 anos de silenciamento jurídico sobre o povo quilombola. Só quando o quilombo passa a ser organização de direitos o nosso povo se diz quilombola. É uma questão de inteligência. O engraçado é que antes o Estado dizia que éramos quilombolas e nós dizíamos que não; a partir de 1988 a gente diz que é quilombola, e o Estado diz que não somos.²² Antônio Bispo dos Santos, 2021. (apud, Gomes, 2022, p. 269).

As comunidades quilombolas passaram a conquistar direitos, mas isso envolveu adotar um rótulo utilizado pelo colonizador, mas passou por um processo de ressignificação identitária (Santana, 2008) e (Fiabani, 2008). Demonstrou-se, portanto, que a própria ideia adotada durante a constituinte não refletia a real constituição do que são os quilombos na contemporaneidade. Mas para todo direito subjetivo é necessário ter um titular e adotar um conceito jurídico e as características para aquisição desta titularidade.

O conceito histórico²³ de quilombos estava ceivado de vícios, dada a colonialidade. Ao longo do tempo, houve uma ressignificação do conceito de quilombo, principalmente pelos

²² Entrevista concedida à revista *Revestres*, nº 50, novembro-dezembro de 2021. Participaram da entrevista André Gonçalves, Maurício Polemon, Samária Andrade, Wellington Soares e Maria Sueli Rodrigues de Sousa. (apud, Gomes, 2022, p. 269).

²³ Entende-se o conceito histórico de quilombos enquanto categoria jurídica e não histórica. Conceito histórico diz respeito à concepção de que quilombos se restringia a escravizados fugidos ou refugiados nos quilombos, desconsiderando outros tipos de formação dos quilombos e principalmente a sua ressignificação na sociedade. Juridicamente, o conceito de quilombos históricos se contrapõe ao conceito antropológico de quilombos, tendo como referência os Decretos 3912/2001 em contraste com o Decreto 4887/03 respectivamente. Esses detalhes serão disciplinados no próximo capítulo.

movimentos sociais a fim de atribuir valor à resistência histórica, ligados a uma concepção antropológica de quilombos.

Essas concepções sobre os titulares de direitos quilombolas não são apenas uma disputa de significados e identidade, mas exercem influência direta sobre quais comunidades terão direito à proteção constitucional, refletindo no número de comunidades beneficiadas.

Conforme demonstrado por Rodrigo Portela (2022), a construção da identidade quilombola sofreu processos difíceis, no qual sofria perseguições. A ressignificação desta identidade além de ser um instrumento de resistência histórica, se tornou um elemento para o reconhecimento de direitos. Porém, mesmo com o reconhecimento constitucional, a disputa pelo significado de quilombos estava longe de se encerrar, e demandou também a própria escolha do Estado sobre as concepções jurídicas de quem seriam os titulares destes direitos.

CAPÍTULO III – NOVAS CATEGORIAS JURÍDICAS DO DIREITO QUILOMBOLA

No Capítulo II observamos o processo de construção do Direito Quilombola a partir da Constituição de 1988, porém também foi identificado o problema da adaptação do conceito de propriedade à realidade quilombola. Neste sentido seria necessária a construção de novas categorias jurídicas para o direito quilombola, principalmente no tocante à propriedade, se considerado o seu caráter coletivo e a territorialidade. Ocorre que para isso, necessário se deu a atuação dos titulares de funções públicas, com destaque ao Poder Executivo.

O contraste entre a concepção civilista com a realidade fática da resistência histórica quilombola decorreu a necessidade de construir não só o que seria a propriedade quilombola, como também as características jurídicas básicas referente a titularidade deste direito, o procedimento de titulação, assim como os eventuais conflitos materiais que poderiam envolver disputas fundiárias entre as comunidades quilombolas no exercício da posse de suas terras em oposição à proprietários, incluindo o próprio Estado.

Para resolver este problema, seria necessário reconstruir os conceitos jurídicos complementares ao art. 68 da ADCT, mas recorrer ao Poder Legislativo para esta tarefa se tornou insuficiente, restando uma outra estratégia para o movimento quilombola.

3.1 COMPETÊNCIAS FUNCIONAIS E A PRODUÇÃO DE CONCEITOS JURÍDICOS

A atuação do Estado pode ser dividida de forma orgânica e funcional. O primeiro refere-se aos aspectos organizacionais e administrativos, enquanto o segundo refere-se às atividades preponderantes (típicas). O Poder Legislativo como criador das principais normas jurídicas, o Poder Executivo em exercer a administração pública e o Judiciário enquanto aplicador das normas jurídicas em casos concretos. (Miranda, 2019).

Nos capítulos anteriores foram analisadas principalmente a atuação do movimento quilombola pela resistência histórica como na luta pelo reconhecimento de direitos na constituinte. Porém, foram observadas lacunas jurídico-conceituais referentes ao direito de propriedade aplicado às terras quilombolas.

Para o efetivo gozo deste direito no caso concreto, demandaria a criação de novos conceitos jurídicos, além de um paradigma próprio de interpretação em prováveis casos concretos. Neste sentido, entendemos que paralelo à omissão legislativa em criar esses novos

conceitos jurídicos, havia também a necessidade da concretização destes direitos, a partir da atuação de outros poderes como o Executivo e Judiciário. A compreensão destes fenômenos é importante para explicar a estratégia utilizada pelo movimento quilombola na construção destas novas concepções jurídicas.

Friedrich Müller (1999) considera a Metodica enquanto a atuação dos titulares de funções na concretização do direito constitucional, nestes termos:

Uma metódica do direito constitucional diz respeito à concretização da constituição pelo governo, administração pública e legislação em medida não inferior da concretização operada pela jurisprudência e pela ciência do direito.

(...)

uma metódica do direito constitucional diz portanto respeito a toda a ação constitucionalmente orientada de titulares de funções estatais.” (Müller, p. 18, 1999).

Esta perspectiva metodológica é importante para compreender como deu-se a concretização do direito constitucional quilombola, que no caso concreto perpassou-se pela atuação dos titulares de funções públicas. Müller (1999) considera que eles possuem a legitimidade e competência de decisão, outorgadas pela constituição e o ordenamento jurídico, para concretizar a “vontade da constituição”.

A metódica, portanto, é a tarefa de decompor os processos de elaboração e fundamentação das decisões exercidas pelos titulares de funções públicas em aspetos elementares, para identificar os seus efeitos sobre os destinatários da norma.

Segundo Müller (1999, p. 93 a 96), os elementos de concretização da norma incluem: a) elementos metodológicos *strictiore sensu* (interpretações gramaticais, histórica, genética, sistemática e teleológica); b) elementos do âmbito da norma; c) elementos dogmáticos; d) elementos de teoria; e) elementos de técnica de solução; e f) elementos de política do direito e política constitucional, na medida em que:

Os elementos listados em (a) e (b) bem como uma parte dos listados em (c) são diretamente referidos a normas. O restante dos elementos listados em (c), os elementos listados em (d), (e) e (f) não são diretamente referidos a normas e nessa medida estão restritos a funções auxiliares na concretização. Uma análise mais precisa dos aspectos individuais, especialmente das interpretações gramatical, histórica, genética, sistemática e “teleológica”, bem como dos elementos do âmbito da norma, resulta em numerosas compreensões [Einsichten] da estrutura do processo da implementação prática da norma, que vão além do positivismo legalista (Müller, 1999, p. 95).

Tal concepção da concretização da norma assumida por Müller (1999), revela que o aspecto gramatical do texto normativo demanda um significado que é construído historicamente

e perpassa pela atuação dos titulares de funções públicas como da história dos conceitos e da teoria do direito.

A partir desta metodologia de análise, é possível compreender a construção do direito quilombola no qual disputou concepções a respeito do conceito de quilombo e da propriedade, que deu-se a partir da ideia fundamental de resistência histórica necessitava também do reconhecimento estatal. A forma como foram construídos os conceitos elementares do Direito Quilombola como propriedade e remanescentes das comunidades dos quilombos devem ser analisadas dentro de um contexto histórico para perpassar a (re)construção dos seus sentidos (Marquardt Neto, 2015).

Na interpretação a práxis e a ciência são frequentemente forçadas pelos direitos fundamentais, mas também por outras prescrições constitucionais a recorrer a percursos de história da idéias, de história evolutiva e de história do direito e da constituição no sentido mais estrito, para obter deles por meio da comprovação da continuidade ou descontinuidade material e normativa pontos de vista para a concretização. Quando se pode comprovar um nexo de tradição histórica bem como normativamente ininterrupto, esse procedimento poderá fornecer retroinferências valiosas aos teores conceituais do texto da norma sobretudo no quadro da interpretação linguística e sistemática (Müller, 1999, p. 71).

Koselleck (apud, Marquardt Neto, 2015) considera que na construção histórica dos conceitos existe uma relação sincrônica e diacrônica que ao mesmo tempo em que permite uma comunicação entre ideias construídas ao longo de muito tempo, pela repetição e podem ser compreensíveis pela linguagem, há forças diacrônicas que promovem ressignificação desses conceitos.

No caso quilombola, foi observada uma disputa histórica sobre o conceito de quilombo e da propriedade, e por este entendimento é possível observar como a produção da norma jurídica perpassa pela utilização, apropriação e ressignificação de conceitos jurídicos pelos titulares de funções públicas.

Por isso, entende-se que a resistência histórica foi capaz não apenas de concretizar os direitos quilombolas como também ressignificar conceitos elementares do sistema jurídico como o direito de propriedade, o processo legislativo e a própria atribuição das competências funcionais. Considerando a perspectiva de Koselleck, compreender este caso pode ser também utilizado enquanto contribuição à história dos conceitos aplicada à ciência jurídica.

Veja que, na área de concentração dogmática, não é somente primordial solucionar problemas jurídicos, mas também eliminar a plurissignificação de conceitos, ordenar pensamentos, classificá-los e concatená-los, de modo que se imprima “certa conotação de durabilidade”. E é nesse norte que a metodologia koselleckiana se

demonstra uma ferramenta útil nesses modelos de pesquisa, principalmente através da sua História Conceitual, já que permite desempenhar o alvitre dogmático de rotulação de conceitos e, por conseguinte, de seus objetos jurídicos investigados. (Marquardt Neto, 2015, p. 146)

Koselleck (1992, p. 140) destaca a importância de certos termos que carregam conteúdos sociais e históricos complexos e refletem mudanças culturais ao longo do tempo. A abordagem denominada "história dos conceitos" (*Begriffsgeschichte*), busca compreender como determinados termos evoluem para expressar esses significados profundos e mudanças de mentalidade social. Segundo ele, é essencial distinguir entre palavras comuns e conceitos, pois apenas os conceitos, por serem dotados de complexidade e profundidade, podem ter uma história própria e significativa no contexto cultural e social. O historiador considera que nem todas as palavras possuem o potencial de se transformar em conceitos históricos. Termos como "Estado", "Revolução" e "Sociedade" são exemplos de conceitos com um conteúdo reflexivo e teórico complexo e significativo que permite uma análise detalhada das mudanças sociais e políticas que marcaram cada época.

A abordagem de Koselleck (1992) também sugere uma análise do processo de teorização dos conceitos, entendendo o processo de transformação de um termo carregado de significados e abstrações até a sua utilização em debates teóricos, revelando como o contexto linguístico e cultural de cada sociedade influencia a formação e o significado de seus conceitos.

Ainda compreendendo o contexto histórico para a compreensão da evolução dos conceitos, Koselleck (1992) entende os aspectos sociais, econômicos e políticos como determinantes para o desenvolvimento deles, que por sua vez refletem as mudanças coletivas de mentalidade em diferentes períodos. Essa perspectiva enfatiza que os conceitos são construções ao longo do tempo, moldados pelas condições históricas e pelos valores predominantes. As diferenças linguísticas e culturais são relevantes em construir seus próprios paradigmas, influenciando diretamente o desenvolvimento e a abstração destes conceitos, que possibilita o entendimento dos valores, estruturas sociais e mentalidades coletivas de uma sociedade.

Considerando a produção normativa enquanto um dos elementos mais significativos do Direito e pensando a norma jurídica enquanto uma manifestação de vontade política a partir da articulação de conceitos jurídicos, o processo legislativo assume um papel relevante na escolha decisória dos conceitos que irão integrar a norma e até propor um direcionamento interpretativo,

enquanto o processo judicial terá um foco maior na interpretação destes conceitos jurídicos, principalmente relacionando o texto ao contexto.

Ainda pensando sobre os atributos da norma jurídica, retoma-se a Kelsen (2000, p.62) que considera o aspecto linguístico do procedimento, levando ao dever ser com elementos de coercibilidade e generalidade.

Jorge Miranda (2019, p. 482), considera que outro atributo da norma jurídica é a generalidade, cuja vigência sucessiva corresponde a um número indefinido de vezes e à uma pluralidade de pessoas, enquanto destinatários indefinidos em sua individualidade e a abstratividade que ocorre não em todas, mas na maioria das vezes.

Elanita Corrêa (2023) em um contexto de produção legislativa indica que são atributos de uma norma jurídica a novidade, abstratividade, generalidade, imperatividade e coercibilidade²⁴. Esses 5 elementos da norma jurídica podem também aparecer em atos normativos alheios ao Poder Legislativo, de forma excepcional ou atípica.

Para José Afonso da Silva (2005, p.524), o conceito e objeto do processo legislativo:

entende-se o conjunto de atos (iniciativa, emenda, votação, sanção, veto) realizados pelos órgãos legislativos visando a formação das leis constitucionais, complementares e ordinárias, resoluções e decretos legislativos. Tem, pois, por objeto, nos termos do art. 59, a elaboração de emendas à Constituição, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções”. Porém, como não foram tratado sobre o processo legislativo atípico, sendo desconsiderado por parte da doutrina tradicional.

Entendendo também o processo de interpretação de conceitos (Deleuze, 1992), o Poder Legislativo aparece entre o principal órgão produtor não apenas de regras e princípios, mas especialmente na construção de conceitos jurídicos que a partir deles, os outros Poderes estariam vinculados.

Para Gilles Deleuze (1992, p. 24 a 36) um conceito possui um *dever* que concerne a relação com conceitos situados no mesmo plano e se combinam em diferentes órbitas com outros conceitos, o que quando criados, não nascem do acaso, existindo zonas e pontes entre eles e cada um sendo o ponto de coincidência, condensação ou acumulação de seus próprios componentes, representando ordenações cujos componentes são variações ordenadas segundo

²⁴ O Manual reflete uma operacionalidade prática para a produção de Leis em sentido formal (aquelas produzidas pelo Poder Legislativo), mas entende-se que quando produzidos por outros poderes, os atos normativos na maioria das vezes não obedecem a estes 5 elementos, sendo esta uma produção normativa excepcional, que perpassa pelo controle de constitucionalidade como veremos adiante.

sua vizinhança. A criação de um conceito diz respeito a um problema que o dá sentido, sendo aquele um pensamento como criação singular (p. 13).

Mas, por outro lado, um conceito possui um devir que concerne, desta vez, a sua relação com conceitos situados no mesmo plano. Aqui, os conceitos se acomodam uns aos outros, superpõem-se uns aos outros, coordenam seus contornos, compõem seus respectivos problemas, pertencem à mesma filosofia, mesmo se têm histórias diferentes. Com efeito, todo conceito, tendo um número finito de componentes, bifurcará sobre outros conceitos, compostos de outra maneira, mas que constituem outras regiões do mesmo plano, que respondem a problemas conectáveis, participam de uma cocriação. Um conceito não exige somente um problema sob o qual remaneja ou substitui conceitos precedentes, mas uma encruzilhada de problemas em que se alia a outros conceitos coexistentes (Deleuze, 1997, p. 30)

Considerando a perspectiva Deuleziana, no qual considera os conceitos como atividades filosóficas situadas, ao mesmo tempo históricas e que podem ser ressignificadas (1992), os conceitos jurídicos, obedecendo este princípio, enquanto criações filosófico-políticas, referem-se tipicamente à atividade legislativa, que do ponto de vista funcional, uma atividade política (Miranda, 2019), realizada principalmente pelo Poder Legislativo, mas também, *atipicamente*, por outros poderes dotados de função normativa, na medida em que se reconhece conceitos jurídicos relevantes ao mundo do Direito, principalmente quando dotados de generalidade, abstração e inovação.

Um dos pontos de conexão entre a criação de conceitos na perspectiva filosófica com a jurídica está na constituição conceitual como método de resolução de problemas jurídicos na medida em que eles traduzem uma relação dialética entre o mundo material e o jurídico, traduzidos numa linguagem oficial instituída mediante relações de poder.

Em diálogo com esta perspectiva, Alexandre Bernardino Costa e Eduardo Gonçalves Rocha (2017) com base em Thomas Kuhn²⁵ ressaltam o papel da linguagem enquanto paradigma do contexto normativo, que “como estrutura formal, intersubjetiva, impõe-se como norma peremptória ao indivíduo, cabendo-lhe aceita-la como tal” (Costa, 2017, p. 106), além de compreender que: “As regras linguísticas produzem o jogo, contudo, geram igualmente o jogador ao estruturar seu pensamento e percepção, criando precondições das experiências possíveis”, nos fazendo compreender, em articulação com o exposto, que o processo de produção de conceitos jurídicos produz um efeito real enquanto produção linguística e legítima.

²⁵ KUHN, Thomas. A estrutura das revoluções científicas. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 9ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2006.

Como a Constituição não criou reserva de Lei para a disciplina deste direito, e considerando o direito ao território como elemento essencial de toda a existência dos quilombos, fazem do art. 68 uma norma de direito fundamental que pode ser disciplinada por qualquer dos poderes.

Considerar o art. 68 enquanto norma de direito fundamental de aplicabilidade imediata não significa apenas a desnecessidade de legislação privativa do Poder Legislativo ou dispensa outra norma jurídica para a sua eficácia jurídica, mas significa uma não restrição à disciplina legal ou reserva de Lei em sentido formal, como no caso da propriedade quilombola, principalmente quando os elementos fáticos demandam tratamentos especiais no que tange a este novo direito.

Porém, esta consideração demandou a construção de novas categorias jurídicas para compor novos elementos que configurem efetividade ao direito quilombola, dialogando com a proposta apresentada por Müller (1999) quando a concretização deste direito perpassa pela atuação dos titulares de funções públicas no reconhecimento, inclusive quando tratar-se de direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais estão especialmente reforçados nos seus âmbitos de normas. Em virtude da sua aplicabilidade imediata eles carecem de critérios materiais de aferição que podem ser tornados plausíveis a partir do seu próprio teor normativo, sem viver à mercê das leis ordinárias (Müller, 1999, p. 67).

Em virtude da questão básica a respeito da propriedade quilombola, deve-se reconhecer as funções do Estado, tanto típicas como atípicas para compreender a constituição do direito quilombola no Brasil dentre as opções político-jurídicas disponíveis como das decisões históricas tomadas pelos titulares de funções públicas no exercício da concretização do direito quilombola.

No caso em questão, há o mandamento constitucional do art. 68 da ADCT que obriga o Estado emitir os títulos de propriedade dos remanescentes das comunidades dos quilombos, mas haveria uma lacuna sobre como essa emissão se daria, desde o procedimento administrativo até o conceito de quilombos e as peculiaridades deste tipo de propriedade.

A teoria das funções do Estado adotada também por Jorge Miranda (2019) oferece uma visão abrangente e detalhada das atividades que compõem a atuação estatal. Esta teoria é estruturada em torno da distinção entre funções jurídicas e não jurídicas, categorizando-as em legislativas, administrativas e jurisdicionais, além de funções políticas.

Para Jorge Miranda (2019, 479 a 481), a função administrativa tem relação com o Estado buscando satisfazer as necessidades coletivas através dos serviços e bens públicos. Já a função jurisdicional declara o Direito através de decisões sobre questões jurídicas perante situações da vida (casos concretos) ou abstratamente (controle de constitucionalidade). Por fim, a função legislativa enquanto uma função política diz respeito à definição primária e global do interesse público, interpretação dos fins do Estado e escolha dos meios para que ele atinja os seus fins

Miranda ainda destaca que as funções do Estado não são estanques, mas interagem em zonas de fronteira, onde funções complementares, acessórias e atípicas são importantes. Por exemplo, a "justiça administrativa" e a fiscalização financeira dos tribunais de contas exemplificam como as funções jurisdicional e administrativa podem se sobrepor. Essa interseção também se manifesta na competência dos tribunais para regulamentar e executar suas próprias decisões, além de suas competências administrativas internas.

Do que se trata é ou de aproveitar características, requisitos ou garantias formais de certa atividade em nome de outros princípios político-constitucionais, ou de proporcionar condições para o cabal exercício de certa função, ou de praticar atos complementares de atos próprios de certa função e a ela indispensáveis. E, evidentemente, uma coisa é a função; outra coisa a competência de um órgão, na qual podem entrar faculdades decorrentes de funções diversas. (Miranda, 2019, p. 492 e 493)

A teoria integral das funções do Estado proposta por Miranda (2019), abrange todas as categorias de funções e atos, diferenciando claramente entre funções jurídicas (como a criação e execução do direito) e funções não jurídicas (de natureza essencialmente política). Este enquadramento visa oferecer uma visão holística do funcionamento do Estado, reconhecendo a importância tanto dos atos normativos quanto dos administrativos na manutenção da ordem jurídica e na promoção do interesse público.

Miranda (2019) ainda discute a evolução histórica da teoria das funções do Estado, mencionando influências desde Aristóteles até pensadores modernos como Kelsen, que veem o Estado como uma ordem jurídica unificada, em que todas as funções são essencialmente jurídicas. Essa perspectiva é importante para entender a dinâmica da separação de poderes e a interdependência das funções estatais, garantindo um equilíbrio entre a criação de normas, sua aplicação e a resolução de conflitos. Dentro desta concepção, o Estado seria compreendido de forma orgânica, pensando a administração pública como um todo, mas também funcional, compreendendo as atribuições típicas e atípicas para o exercício dos atos de poder.

Maren Taborda ao analisar a jurisdição constitucional, reflete as funções estatais com a abordagem de conceitos fundamentais como jurisdição, funções estatais, e controle jurisdicional da administração. Destaca-se que a jurisdição constitucional no Brasil é vista tanto como uma garantia da Constituição quanto um meio de garantir a conformidade com a legalidade. A teoria das funções estatais, baseada na Escola Normativista de Kelsen, é discutida para explicar a tripartição dos poderes e a dinâmica entre criação e execução de normas (Taborda, 2014, p. 66-67).

Se a tripartição das funções do Estado exprime o princípio político de que a organização da sociedade se articula em vários momentos – manifestação em termos gerais (lei), concreta ação em que aquela vontade geralmente expressa constitui a razão e a legitimidade (administração) e a afirmação da vontade geral nos casos concretos (sentença) – a estes correspondem, respectivamente, a legislação, a administração e a jurisdição. Por outro lado, aproximados os conceitos de função, processo e ato, o processo passa a ser “uma via jurídica pela qual se procura garantir uma correta formação e expressão de uma vontade funcional”, de forma que a função – processo legislativo – teria por finalidade a prática de atos de criação do Direito; a funções e processos jurisdicionais e administrativos, a aplicação do Direito, através de atos jurisdicionais e administrativos (Taborda, 2014, p. 67).

Nesta perspectiva pode-se afirmar que a jurisdição constitucional é um componente fundamental no sistema de medidas técnicas destinadas a garantir e regular o exercício das funções estatais. Há importância, portanto, na estrutura hierarquizada da ordem jurídica, e cada uma das funções estatais atua simultaneamente como ato de criação e aplicação do direito, além de representar etapas da formação da vontade coletiva. Essas etapas incluem a ordem internacional, constituição, lei, regulamento, sentença, ato administrativo e execução material. Dentro dessa estrutura, a constituição, as leis e os decretos podem ser considerados normas gerais, enquanto os atos administrativos e as sentenças são vistos como normas individuais (Taborda, 2014, p. 67-68).

O exercício das funções públicas é feito pelos seus titulares, que agem em nome da pessoa jurídica de direito público no qual pelo processo de *imputação*²⁶ assumem uma só pessoa (Miranda, 2019, p. 503 a 505). No caso dos direitos quilombolas, para concretização dos seus direitos, inclusive das suas características elementares como a definição do conceito de remanescente das comunidades dos quilombos, assim como os elementos concretos deste

²⁶ Para Jorge Miranda (2019, p. 503 a 505), o conceito de imputação ocorre quando é atribuída à uma pessoa física (o titular de função pública) a competência de exercer uma função pública que confunde com a pessoa jurídica de direito público nas suas competências, sendo seus atos considerados atos de Estado e não atos pessoais, atuando não como uma pessoa, mas como a administração pública.

direito como as a natureza dos títulos de propriedade, para serem considerados norma jurídica em um sentido normativo kelseniano, necessitava de atos de poder exercido pelos titulares de funções públicas.

No caso quilombola adota-se tal compreensão com ressalvas, entendendo que o direito quilombola foi construído pela base e resistência histórica, e não pelo Estado. Na verdade, esse direito se constituiu inicialmente contra a própria atuação estatal e jurídica vigente à época, sendo reconhecido o direito a partir da atuação dos movimentos sociais.

Porém, o reconhecimento estatal de um direito já existente no mundo material demandou a atuação dos titulares de funções públicas e o movimento quilombola utilizou este instrumento para consolidar estes direitos pela via institucional. Por isso a necessidade de compreender esta função pública antes de compreender o conteúdo dos Decretos que disciplinaram os direitos quilombolas.

Como será analisado mais adiante, as características da propriedade quilombola não foram disciplinadas por Lei, mas por Decretos Normativos. Os Decretos têm forma de processo administrativo, pois sua edição é de competência exclusiva dos chefes do Poder Executivo que é o chefe da administração pública e por isso, o rito procedimental é administrativo e político (Muller, 1999).

Ocorre que, apesar dos Decretos obedecerem a um rito formal de processo administrativo, eles podem produzir normas jurídicas, com conteúdo idêntico aos das leis produzidas pelo processo legislativo regular, possuindo as mesmas características das Leis como a abstratividade, generalidade, imperatividade, coercibilidade e podem inovar o sistema jurídico (Corrêa, 2023).

Por esta razão que a edição de atos normativos mediante Decreto significa o exercício de uma função atípica e excepcional, dada a competência privativa do Poder Legislativo em produzir as espécies de normativas típicas do Poder Legislativo (art. 59 da Constituição). Mas, a Constituição (e não apenas a de 1988) autoriza o Poder Executivo a elaborar outros atos normativos de conteúdo legislativo, existindo inclusive uma estrutura na administração pública construída constitucionalmente para isto²⁷.

²⁷ Na maioria das espécies de proposições legislativas o Poder Executivo participa do processo legislativo, inclusive na iniciativa, sanção ou veto e promulgação. Apenas as resoluções e decretos legislativos não tem nenhuma participação do Poder Executivo no processo legislativo e as emendas constitucionais quando de iniciativa de alguma das Casas Legislativas.

Entende-se, então que Decretos, a exemplo do Decreto 4887/03, assumem um papel importante na consolidação dos direitos fundamentais, enquanto podem assumir funções normativas de caráter atípico, desse modo, são passíveis de controle concentrado de constitucionalidade, ou em controle difuso (Taborda, 2014).

Taborda (2014) também explica como as atribuições das funções públicas, como no caso da edição dos Decretos e das sentenças, sofrem controle de constitucionalidade, já que é a Constituição enquanto norma fundamental que disciplina as próprias atribuições estatais:

Retornando o País à ordem democrática, a Constituição de 1988 veio a consagrar um amplo regime de proteção (garantia) dos direitos fundamentais, um severo controle jurisdicional da Administração e um sistema “misto” de verificação de constitucionalidade, uma vez que todos os órgãos do Poder Judiciário podem declarar a inconstitucionalidade de ato normativo e, paralelamente, o STF, como guardião da Constituição, conhece, originariamente, ações diretas, na maioria dos casos de natureza declaratória, fazendo controle concentrado ou abstrato de constitucionalidade (Taborda, 2014, p. 67).

Jorge Miranda (2019) também aponta para uma característica ao mesmo tempo vinculada e constitucional, já que o fundamento dos atos públicos não são apenas vontade dos indivíduos, mas também características políticas na medida em que a discricionariedade é exercida dentro das limitações institucionais e constitucionais atribuídas àquela função pública.

Considerando que os Decretos Normativos podem ter características idênticas às Leis e existe uma estrutura administrativa no Poder Executivo para responder ao Processo Legislativo Regular, entendemos que existe um *processo legislativo atípico*, considerando que esta função seria excepcional.

Ocorre que esta estrutura foi utilizada pelo movimento quilombola para a concretização dos seus direitos, no sentido de construir novas categorias jurídicas ao direito quilombola, através de normas jurídicas, de caráter geral e abstrato, pela via do Decreto e que não responde apenas à demanda quilombola, mas é uma estrutura prevista no ordenamento constitucional, principalmente no tratamento de normas de direitos fundamentais. Por este motivo, o *processo legislativo atípico* é compreendido como um conceito, na medida em que ele pode explicar não apenas o caso quilombola. Neste sentido, entende-se este conceito enquanto um procedimento administrativo de construção de normas jurídicas, mediante a criação, disciplina, desenvolvimento, delineamento de novos conceitos jurídicos no ordenamento.

3.2 O PROCESSO LEGISLATIVO ATÍPICO DO PODER EXECUTIVO FEDERAL

Utilizando a Constituição da República de 1988 como parâmetro, percebe-se que não foi atribuída expressamente que a competência para legislar é exclusiva do Poder Legislativo. Há a indicação apenas que a competência para legislar é do Estado (gênero), podendo ser exercida pela União, Estados, Distrito Federal ou Municípios.

O art. 22. indica as competências legislativas privativas da União, como matéria de direito civil (inciso I). No parágrafo único do mesmo artigo, indica a possibilidade de delegação aos Estados mediante Lei Complementar, para legislar sobre aquelas matérias. Também foram indicadas as competências legislativas concorrentes da União, Estado e Distrito Federal no art. 24; a dos municípios sobre assuntos de interesse local no art. 30.

O art. 59, trata do processo legislativo. Lá estão indicadas as espécies formais das proposições que tramitam no Congresso Nacional que tem a competência para processar e deliberar. Dentre as espécies, estão indicadas 7, as emendas à Constituição, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções.

Já no art. 84, inciso IV, informa que é competência privativa do Presidente da República sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução, tratando-se de Decretos Normativos. No mesmo dispositivo informa-se que compete também ao chefe do Executivo dispor, mediante decreto, sobre organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa, incluindo a extinção de funções ou cargos públicos quando vagos.

O art. 102 I indica a competência originária do STF em julgar e processar ações diretas de constitucionalidade contra de lei ou *ato normativo federal ou estadual* e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal. Destaca-se que a própria Constituição reconhece a possibilidade dos atos normativos serem alvos de controle concentrado de constitucionalidade, justamente pela possibilidade de serem gerais e abstratos.

O art. 49. V atribui ao Congresso Nacional a competência exclusiva para sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa.

Analisando todas estas disposições, entende-se que a própria Constituição proíbe que o Poder Executivo ou Judiciário institua as espécies dos atos normativos produzidos pelo

processo legislativo formal (do Congresso Nacional), atribuindo ao Poder Legislativo, a titularidade para processar as espécies do Processo Legislativo Típico ou Ordinário²⁸. Apesar do Poder Executivo não produzir ato normativo pelo processo Legislativo Ordinário (apesar de participar em várias etapas do processo), em sentido material, ele é capaz de produzir ato normativo pelo *processo legislativo atípico*, que está autorizado pela Constituição se observados determinados limites, como a própria atribuição de competências e a jurisprudência do STF.

O fundamento jurídico do processo legislativo atípico está na Constituição da República, no mesmo dispositivo que trata do Processo Legislativo, no parágrafo único do art. 59. Este dispositivo indica que a Lei Complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis, que se tornou a Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998, conhecida como a Lei de Técnica Legislativa (LTL), que dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação dos *atos normativos*. A referida Lei Complementar, menciona o termo *ato normativo*, significando que não se restringe às espécies do processo legislativo ordinário.

A Lei de Técnica Legislativa tem dispositivos muito interessantes para este trabalho. Nas disposições finais no art. 18, indica-se que “eventual inexistência formal de norma elaborada mediante *processo legislativo regular* não constitui escusa válida para o seu descumprimento”. Pela primeira vez, aparece a ideia de “*processo legislativo regular*”, aparece na parte final da Lei, fazendo entender logicamente que existe um processo legislativo “não regular”, diferente ou atípico, mas, ao mesmo tempo, legítimo.

No parágrafo único do art. 1º, a Lei de Técnica Legislativa (LTL), indica a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis dispostas nesta Lei, aplicam-se, ainda, às medidas provisórias e demais atos normativos referidos no art. 59 da Constituição Federal, bem como, no que couber, aos decretos e aos demais atos de regulamentação expedidos por órgãos do Poder Executivo.

Observa-se que as Medidas Provisórias (MP) e as Propostas de Emenda à Constituição (PEC), dispostas nos incisos do *caput* do art. 59 da Constituição (espécies de atos normativos do Processo Legislativo), são de iniciativa privativa (MP) e concorrente (PEC) do Presidente

²⁸ Processo Legislativo Ordinário não se confunde com Lei Ordinária. Processo Legislativo Típico ou Ordinário significa o Processo Legislativo de competência do Poder Legislativo em qualquer das suas espécies (com exceção das Resoluções de cada casa legislativa, que obedece à um processo legislativo especial).

da República, sem falar em diversos temas em Leis Ordinárias no qual o executivo também tem a iniciativa obrigatória, como nas propostas orçamentárias e na disciplina do serviço público. Porém, a promulgação da MP retorna ao Presidente, enquanto o mesmo não ocorre com a PEC que é promulgada pelas mesas da Câmara e do Senado.

Por esse motivo, até no processo legislativo regular, o Poder Executivo participa do processo, o que demanda uma estrutura administrativa para a produção e revisão de atos normativos, que é justamente a mesma estrutura do *processo legislativo atípico* e não por um acaso, ambos estão fundamentados tanto no art. 59. da CRFB, como na Lei de Técnica Legislativa.

O próprio artigo 84, inciso III da Constituição estabelece como competência privativa do Presidente da República, iniciar o processo legislativo na forma e situações previstas na CRFB. Interessante também observar no parágrafo único do art. 1º da LTL que, as disposições se aplicam *no que couber aos atos normativos expedidos pelo Poder Executivo*, exemplificando as características comuns e peculiaridades dos dois tipos de “processos legislativos”.

O dispositivo citado, vincula a produção normativa do Poder Executivo, que também o autoriza a criar, a partir da sua própria organização interna, o seu processo legislativo atípico “no que não couber”, a LTL demonstrando mais uma vez a sua legitimidade jurídica.

O Decreto nº 12.002 de 22 de abril de 2024, é a norma vigente que disciplina o Processo Legislativo Atípico no âmbito do Poder Executivo Federal, exatamente como é dito na ementa: “estabelece normas para elaboração, redação, alteração e consolidação de atos normativos”. Portanto, para produzir normas jurídicas, é necessário existir um procedimento, com a elaboração de atos e documentos e tomada de decisões.

Ocorre que, a estrutura e a tomada de decisões no Poder Executivo não obedecem à proporcionalidade político-partidária que ocorre no Poder Legislativo²⁹, mas uma estrutura

²⁹ O processo eleitoral da Câmara dos Deputados obedece ao sistema proporcional (art. 45 A. da CRFB), enquanto o do Senado e dos chefes do Poder Executivo obedecem ao sistema majoritário (art. 46 e art. 77. § 2º). Porém, internamente nas Casas legislativas, rege-se na sua organização política interna, tanto quanto possível a proporcionalidade dos Partidos ou dos Blocos Parlamentares (Art. 58. §1º da CRFB, Art. 59. §1º e Art. 78. do Regimento Interno do Senado; e art. 8º e Art. 23. do Regimento Interno da Câmara dos Deputados), refletindo uma organização política e administrativa do Poder Legislativo mais adaptável às representações partidárias, diferente do Poder Executivo no qual há uma composição predominantemente administrativa, cujos cargos de poder são titulados principalmente pela nomeação do poder político vencedor das eleições majoritárias do chefe do Poder Executivo ou por provimento mediante concurso público. Porém, isso não desconsidera a influência significativa dos partidos políticos e do próprio Poder Legislativo na designação dos cargos, principalmente em um contexto de “presidencialismo de coalisão” e do crescimento do uso e importância das emendas parlamentares.

burocrática, administrativa, mediante decisões resultantes do processo eleitoral majoritário, não proporcional.

Ao longo do ano de 1988, foram 6 Decretos emitidos sobre a mesma temática, revelando um processo de consolidação e aperfeiçoamento do *processo legislativo atípico*, com relativa estabilidade se considerar as mudanças de projetos políticos ao longo do período e a possibilidade formal de revogação a qualquer tempo. Isso indica que, o procedimento se tornou mais importante do que aspectos político-ideológicos dos governos em questão, que privilegia o procedimento e a técnica.

A vigência está no Decreto nº 12.002, de 22 de abril de 2024, recém publicado diante do processo de amadurecimento prático dos *processos legislativos atípicos*. Ele revogou o Decreto nº 9.191, de 1º de novembro de 2017 que tratava do tema, que por sua vez substituiu o Decreto nº 4.176, de 28 de março de 2002, vigente no contexto da elaboração do Decreto 4887/03. Por fim, também trataram do tema os Decreto nº 2.954, de 29 de janeiro de 1999, Decreto nº 1.937, de 21 de junho de 1996 e Decreto nº 468, de 6 de março de 1992, o primeiro a tratar do *processo legislativo atípico* do Poder Executivo após a promulgação da Constituição de 1988. Refletir sobre o procedimento de produção dos Decretos é importante para entender a estratégia utilizada pelo movimento quilombola para concretizar o disposto no art. 68 da ADCT.

No Manual da Câmara dos Deputados (Corrêa, 2023), os Decretos Autônomos são reconhecidos como normas jurídicas com status legal, possuindo os atributos característicos de uma norma jurídica. O Decreto 12.002/2024 indica que o ato normativo (Decreto), deve estar acompanhado de documentos que justifiquem a sua edição (artigos 51 a 56).

A *Exposição de Motivos*³⁰ é o principal deles, pois apresenta uma análise política e de mérito sobre o problema no qual a norma busca resolver (Brasil, 2018), analisa e justifica a decisão política tomada que foi traduzida em norma jurídica, realiza análise jurídica e de constitucionalidade daquele ato normativo e fundamenta a consistência e fundamentação, prevendo possíveis contestações políticas do Poder Legislativo ou do Judiciário em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

³⁰ Decreto 12.002 de 2024. **Exposição de motivos** Art. 52. A exposição de motivos: I - justificará e fundamentará, de forma clara e objetiva, a edição do ato normativo; II - na hipótese de a proposta de ato normativo criar, expandir ou aperfeiçoar ação governamental que acarrete aumento de despesas ou implique redução ou renúncia de receitas, demonstrará o atendimento ao disposto na legislação fiscal; e III - na hipótese de proposta de medida provisória, demonstrará, de modo expresso e objetivo, a relevância e a urgência.

Entender a importância da Exposição de Motivos é fundamental identificar os fundamentos jurídicos do ato normativo, que dá significado e até pode direcionar a interpretação daquele ato normativo de caráter geral e abstrato, que quando for lançado no âmbito material, será fruto de uma disputa interpretativa, exatamente como aconteceu no caso quilombola.

Tais questões foram referenciadas na elaboração do Decreto 4887/03 e foram centrais na discussão sobre o controle de constitucionalidade e na própria discussão sobre a propriedade quilombola.

Além da *Exposição de Motivos*, documentos como o *Parecer de Mérito* e *Parecer Jurídico* (art. 56) são documentos que dão substância, fundamento social e jurídico para a sua edição³¹.

Pelo Decreto 12.002/2024, o Parecer de Mérito deve indicar a análise do problema, os objetivos a serem alcançados, a identificação dos atingidos pela norma, as estratégias e prazos de implementação e informações financeiras-orçamentárias.

O Parecer Jurídico elaborado pela Advocacia Geral da União deve indicar o fundamento e validade do ato, as consequências jurídicas da proposta normativa e exame de constitucionalidade, legalidade e atendimento à técnica legislativa.

Existe, portanto, antes do documento ser publicado como ato normativo, um controle interno e uma discussão conceitual sobre o seu conteúdo, refletindo semelhanças com os documentos que acompanham as Leis, como as Justificações, Pareceres de Constitucionalidade, Juridicidade e Técnica Legislativa da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania.

Para melhor compreender o *processo legislativo atípico*, é necessário comparar com o processo legislativo regular, atribuição típica do Poder Legislativo. Estas características, tanto comuns como diferentes são relevantes para entender a regulamentação do direito quilombola se deu por Decreto e não por Lei, assim como as discussões travadas adiante sobre a sua constitucionalidade e legitimidade

O processo legislativo regular é disciplinado pela Constituição e nos regimentos das casas legislativas. Dentre as espécies disciplinadas no Art. 59. da CRFB. Consideraremos como exemplo a elaboração de Leis Ordinárias, que é a espécie normativa mais comum do processo

³¹ **Documentos que acompanham a exposição de motivos** Art. 56. Serão encaminhados com a exposição de motivos, além de outros documentos necessários à sua análise ou exigidos pelo Congresso Nacional: I - a proposta de ato normativo; II - o parecer de mérito; III - o parecer jurídico; e IV - as manifestações e os pareceres aos quais os documentos de que tratam os incisos II e III façam remissão

legislativo, sabendo que as outras espécies obedecem a características especiais que não serão o foco de análise deste trabalho.

Os projetos de Lei são compostos pelo texto normativo e Justificação³². Neste, é possível é justificada a necessidade de elaboração da norma, apresentando fundamentos de ordem social, econômica, ideológica e jurídica (Corrêa, 2024, p. 18). A justificação possui um caráter político-ideológico sensível, demonstrando o caráter político-partidário como principal fundamento, não necessariamente correspondendo às expectativas científicas, apesar da importância dos argumentos de ordem lógica.

No processo legislativo regular, a Justificação é parte integrante de um projeto de lei, em que são apresentadas as razões, o impacto social e a importância da medida proposta. A Justificação explica os objetivos do projeto, os problemas que se pretende resolver e os benefícios esperados. Ela deve ser clara e objetiva para facilitar a compreensão e o debate pelos parlamentares (Corrêa, 2023).

No Anexo II deste trabalho é possível observar o Projeto de Lei do Senado nº 129/1995 da ex-Senadora Benedita da Silva. Lá está inserida a Justificação do Projeto de Lei e pode servir de exemplo para avaliar o papel da Justificação³³.

Em contrapartida, no *processo legislativo atípico*, a Exposição de Motivos é um documento dirigido ao Presidente da República, justificando a necessidade e adequação da proposta. A Exposição de Motivos detalha as razões que fundamentam a medida e propõe a ação específica a ser tomada. Ambas justificam a elaboração do ato normativo, mas no processo legislativo típico, há prevalência da justificativa política, enquanto no processo atípico, as razões técnicas são predominantes.

Importante destacar que a Justificação é de acesso público, responde a uma demanda eleitoral e social, enquanto que a Exposição de Motivos é dirigida ao Presidente e raramente estes documentos são de alcance público e podem até revelar estratégias políticas e decisões que refletem a conveniência e oportunidade da autoridade pública.

³² Na Justificação contém uma série de argumentos que visam demonstrar a necessidade ou oportunidade da proposição. De acordo com o art. 103 do Regimento Interno, a proposição poderá ser fundamentada por escrito ou verbalmente (Corrêa, 2024, p. 18).

³³ O Projeto de Lei (PL) nº 522, de 2023, de autoria do Senador Paulo Paim referente a propriedade quilombola, que busca através do ato normativo maior força jurídica à propriedade quilombola, fazendo referência ao Decreto 4887/03 como norma infralegal também pode ser um exemplo para analisar tanto a Justificação como o próprio texto do Projeto de Lei, comparando-o com os Anexos II, III e V deste trabalho. O PL 522/2023 está disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/155888>.

O Parecer de Comissão no processo legislativo regular é a manifestação escrita das comissões permanentes ou temporárias sobre matérias submetidas ao seu exame, que contém um relatório, o voto do relator e a decisão da comissão, abordando aspectos técnicos, políticos, sociais e econômicos (Corrêa, 2023).

Já no processo legislativo atípico corresponde àquele documento o Parecer de Mérito (art. 58) que é uma análise técnica que avalia a conveniência, a oportunidade e a relevância da proposição, considerando aspectos técnicos, políticos, sociais e orçamentários da matéria para garantir que a medida proposta seja bem fundamentada e adequada às necessidades identificadas.

Ambos realizam uma análise aprofundada da justificativa, mas no processo legislativo típico, há maior transparência e participação na discussão, havendo relatoria, votação e possibilidade de proposição de emendas, audiências públicas, destaques, enquanto no processo atípico, com participação de especialistas, prevalece e a tomada de decisão de autoridade, por tratar-se da formalidade do processo administrativo, sendo possível também criar um processo de consulta pública para organizações da sociedade civil, como aconteceu no caso quilombola.

Observa-se inclusive, que o próprio Decreto 12.002/2024 nos artigos 33 ao 44 disciplinam regras para criação e regulamentação de órgãos colegiados, o que na prática convencional dos ministérios, são importantes instrumentos de consulta para a edição dos atos normativos em prol da sua legitimidade social.

Esses órgãos colegiados geralmente são chamados de “Grupos de Trabalho” (GTs) ou “Grupos de Trabalho Interministeriais” (GTIs) no caso de temas que envolvam mais de um ministério, o que é bastante comum na elaboração de Decretos que muitas vezes, demandam exposições de motivos interministeriais (art. 54).

Via de regra, a análise de constitucionalidade da Comissão de Constituição e Justiça é feita sobre todos os projetos de Lei das casas legislativas, o que corresponde ao Parecer Jurídico no âmbito do *processo legislativo atípico*.

O Parecer da CCJC no processo legislativo típico avalia a constitucionalidade, a juridicidade e a técnica legislativa das proposições, assegurando a conformidade da proposta com a Constituição e outras normas jurídicas, sendo essencial para evitar vícios de legalidade (Corrêa, 2023). No processo legislativo atípico, o Parecer Jurídico verifica a conformidade legal e constitucional de uma medida ou ato normativo proposto, assegurando que a proposta esteja

em consonância com o ordenamento jurídico vigente, sendo fundamental para evitar possíveis contestações judiciais, principalmente em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

Ambos exercem controle de constitucionalidade, legalidade e técnica legislativa, mas no processo legislativo típico prevalece o controle político de constitucionalidade, enquanto no processo atípico, predominam decisões burocráticas e de autoridade, considerando os pareceres jurídicos e atuação relevante da Advocacia Geral da União e da Secretaria Especial para Assuntos Jurídicos – SAJ (antiga Subchefia para Assuntos Jurídicos) da Casa Civil.

Destaca-se que a SAJ exerce um papel tanto jurídico como de controle de conveniência e oportunidade política (art. 49). Ela faz a análise jurídica, revisão de do conteúdo e de técnica legislativa do ato normativo, coordena as atividades normativas, despacha com o Presidente da República, elabora Parecer de constitucionalidade e técnica legislativa em consonância com a Advocacia Geral da União para não haver conflito entre as atribuições.

No artigo 50 informa-se apenas que compete à AGU emitir parecer sobre a constitucionalidade e a legalidade de propostas de atos normativos a ele submetidas pelo Presidente da República. Apesar de reduzido o papel da AGU neste dispositivo muitos outros instrumentos normativos disciplinam sua atuação, principalmente no controle de legalidade e constitucionalidade direta ou indireta de todo ato do Poder Público no âmbito da administração, com destaque à Consultoria Jurídica que tem uma estrutura robusta de assessoramento, consulta, elaboração de pareceres e muitas vezes com atuação direta na elaboração de políticas públicas e avaliação dos atos normativos. Porém, a atuação da advocacia pública busca não adentrar aos aspectos políticos de conveniência e oportunidade das decisões.

Por fim, no que tange ao controle interno do processo legislativo, destaca-se que no regular há um controle descentralizado, exercido pelo Presidente órgão legislativo (Câmara, Senado ou Congresso Nacional), suas respectivas Mesas e Presidência de Comissão. Já no atípico, o controle é centralizado, exercido principalmente pela Presidência da República, Casa Civil, Secretaria Especial para Assuntos Jurídicos, Ministro de Estado e Advocacia Geral da União.

É possível, então, fazer uma análise sobre a legitimidade desses processos legislativos. No processo legislativo regular, pela organização política das casas legislativas representar de forma mais fiel a composição proporcional partidária, prevalece o aspecto representativo, cujas decisões em grande parte colegiadas, dependem de aspectos consensuais de seus membros para sua aprovação, especialmente na Câmara dos Deputados.

Já no *processo legislativo atípico* os canais de controle e participação são reduzidos, por tratar-se estrutura burocrática e majoritária. Por conta deste aspecto referente à participação social, um dos elementos da democracia, que o processo legislativo do Poder Executivo é atípico, mas refletindo também características e documentos muito semelhantes ao processo legislativo regular, fundamentando a sua legitimidade nos termos excepcionais definidos pela Constituição.

Um questionamento que pode ser feito sobre o processo legislativo atípico é a transparência. Nas casas legislativas existe maior transparência sobre o conteúdo e tramitação das proposições, enquanto a elaboração de Decretos ocorre de forma interna, restando pouco espaço para visibilidade da população em geral antes da deliberação.

Apesar disso, este menor controle social é importante na implementação de políticas públicas necessárias e urgentes, especialmente em situações em que o consenso político é difícil de ser alcançado. No caso específico das comunidades quilombolas, esse processo foi fundamental para garantir seus direitos à terra e promover a igualdade racial e a reparação histórica, em consideração à influência histórica de grupos latifundiários na política, no Poder Legislativo e Judiciário como reflexo da formação socioeconômica do Brasil.

Outro aspecto importante é o ponto de vista estratégico que as comunidades adotaram ao utilizar o processo legislativo atípico. Apesar dos questionamentos a respeito da sua legitimidade democrática, nesse caso específico, trata-se de uma norma de direito fundamental no qual a Constituição expressamente indica a necessidade de elaboração dos títulos respectivos para as comunidades quilombolas, não restringindo o procedimento de elaboração. Por isso, a legitimidade democrática do processo legislativo atípico, neste contexto, é reforçada pela referência constitucional.

Ademais, refletindo sobre o controle externo do *processo legislativo atípico*, diversas são as ações que podem anular atos públicos ou administrativos, como ação civil pública, ação popular, entre outros remédios constitucionais ou ações de controle concentrado.

A comunidade quilombola conseguiu a partir do *processo legislativo atípico* o reconhecimento estatal das categorias jurídicas e acadêmico³⁴ que a concepção civil tradicional

³⁴ Muitos dos conceitos referentes às características jurídicas do direito quilombola foram desenvolvidas na academia. Apesar das comunidades construir suas próprias concepções de cosmovisões a partir da resistência histórica, a academia teve um papel importante na sistematização destes conceitos, em grande parte pelos próprios quilombolas ou pelo movimento negro que aumentaram sua participação nas universidades ao longo das décadas. Uma prova disto são as referências teóricas citadas na Exposição de Motivos do Decreto 4887/03 que demonstram

não era suficiente para os direitos quilombolas. Além disso, o *processo legislativo atípico* foi necessário para disciplinar esse direito devido à característica de profissionalidade dos atores envolvidos na construção do decreto.

No processo legislativo atípico, há uma prevalência de profissionais especializados, tornando-o mais direcionado e específico para atender às demandas da comunidade que apesar de minoritária, por estar no governo, exerceu o poder de forma majoritária e com menor influência de setores hegemônicos na condução dos trabalhos em comparação com a tramitação legislativa do Congresso.

A forma como o decreto foi aprovado assim como o conteúdo disciplinado não teria sido possível naquele contexto por meio de outra medida legislativa como veremos adiante. As características específicas do *processo legislativo atípico* institucionalizar um conhecimento prático e de base sobre as demandas da comunidade, especialmente em relação ao regime jurídico e à natureza jurídica das propriedades dos quilombos.

Introduzidas as características jurídicas do *processo legislativo atípico* assim como a sua legitimidade constitucional, voltaremos à história da construção das categorias jurídicas do direito quilombola após a promulgação da Constituição de 1988 que como vimos, demandou a construção de novos conceitos jurídicos para a garantia dos direitos consagrados pelo art. 68.

3.3 O PLS 129/1995 E O DECRETO 3.912/2001

Houve uma tentativa de disciplinar o art. 68 da ADCT por meio do Projeto de Lei do Senado - PLS nº 129 de 1995 de autoria da Senadora Benedita da Silva que está na íntegra no Anexo II³⁵. Este ato legislativo dá um significado que difere dos quilombos históricos, instituindo a autodefinição e instituindo o que seria um embrião do conceito antropológico, este último que posteriormente seria disciplinado pelo Decreto 4887/03.

Art, 2º São considerados remanescentes dos quilombos pessoas, grupos ou populações que, por sua identidade histórica e cultural, expressem aspectos humanos, materiais e sociais os antigos refúgios de escravos assim denominados e que

como as referências acadêmicas sobre direitos quilombola e suas epistemologias exerceram influência no conteúdo da norma jurídica.

³⁵ O conteúdo deste projeto de Lei que está inserido na íntegra no Anexo II foi acessado no site do Instituto Socioambiental, disponível no link: <https://acervo.socioambiental.org/acervo/documentos/projeto-de-lei-do-senado-n-129-de-1995-regulamenta-o-procedimento-de-titulacao-de> . Já a tramitação completa pode ser acessada no site do Senado Federal, disponível no link: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/materias-bicameras/-/ver/pls-129-1995> .

mantenham morada habitual nos sítios onde se originaram as Comunidades. (PLS nº 129, na íntegra no Anexo II)

Além disto disciplina um prazo de 90 dias para a Fundação Cultural Palmares promover a discriminação e delimitação administrativa das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos, outorgando os títulos definitivos de propriedade independente de transcrição em Registro Imobiliário urbano ou rural, estabelecendo como patrimônio cultural brasileiro com escritura definitiva com cláusula “pró indiviso”.

O projeto foi aprovado no Senado e encaminhado à Câmara dos Deputados em 04/06/1997 e lá esteve identificado como PL 3207/1997 (Substitutivo está no Anexo III). Após discussões em comissões e plenário, o Parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania aprovou o Parecer por unanimidade com complementação de voto em 31/10/2001 e em 27/11/2001, cujo substitutivo (Anexo III) foi devolvido ao Senado em 13/12/2001.

O substitutivo (Anexo III) era ainda mais desenvolvido que o PLS 129/1995, e já refletia o conceito antropológico de quilombos. Ademais, indicava para o Ministério Público um papel importante no processo de titulação das terras quilombolas, apresentava o caráter inalienável da propriedade quilombola, reconhece o pluralismo e diversidade das comunidades e prevê a necessidade de políticas públicas.

Art. 2º Consideram-se comunidades remanescentes de quilombos, para fins desta Lei, os grupos étnicos de preponderância negra, encontráveis em todo o território nacional, identificáveis segundo categorias de auto-definição habitualmente designados por "Terras de Preto", "Comunidades Negras Rurais", "Mocambos" ou "Quilombos". (PL 3207/97, Substitutivo, na íntegra no Anexo III).

Paralelamente à aprovação da referida proposição legislativa e praticamente no mesmo momento já que o projeto já estava tramitando e próximo de ser aprovado, o Governo Federal editou no dia 10 de setembro de 2001 o Decreto Normativo nº 3912/2001 para dispor sobre o processo de titulação das terras quilombolas, sendo o primeiro da história do Brasil a tratar do tema, mas este fato está longe de ser considerado uma concessão do governo e tampouco foi reconhecido como benéfico, conforme indicado neste trecho da entrevista com a Givânia Silva:

Eu queria falar duas coisas antes de chegar no Decreto (4887/03) porque ela é muito importante. Primeiro o (Decreto) 3912, foi uma forma que o governo Fernando Henrique Cardoso encontrou para vetar um projeto de lei que foi aprovado no Congresso Nacional (Projeto de Lei do Senado nº 129, de 1995, Anexo II)³⁶. Quando

36

Mais

informações

em:

<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc1905200221.htm#:~:text=FABIANO%20MAISONNAVE%20DA%20AG%C3%84NCIA%20FOLHA%2C%20EM%20CAMPO,FHC%20lan%C3%A7ou%20a%20segunda%20vers%C3%A3o%20do%20Programa> e <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/1401>.

em 1995 o movimento quilombola entregou a carta ao Presidente da República (FHC), a Benedita da Silva era Senadora da República, e o Deputado do Partido dos Trabalhadores da Bahia, também era Deputado federal, Alcides Modesto se não me falha a memória e os dois apresentaram o projeto de regulamentação do art. 68, um no Senado, e outro no Congresso (Câmara dos Deputados).

O que diz a liturgia, o do Senado tem prioridade, o da Benedita. No ano seguinte, assumiu como Deputado Federal um dos militantes mais atuantes do movimento negro, ligado ao MNU, que foi o Luís Alberto, Deputado baiano também. Luiz Alberto pegou esses dois projetos, o da Senadora Benedita e o do Alcides, e fez um substitutivo (PL 3207/97, Anexo III), e nós já existindo enquanto CONAQ, nós rodamos vários Estados do Brasil com o Luiz Alberto, ouvindo as comunidades e construindo com ele esse projeto que regulamentava o artigo 68 (da ADCT). Então aquele conceito que hoje está no Decreto (4887/03), ele não foi do Decreto, ele é elaboração que vem sendo feita no seio do movimento, há mais tempos do que o Decreto.

Quando foi em 2001, esse substitutivo (Anexo III) foi aprovado na Câmara e no Senado, e foi sanção do Presidente (FHC). Fernando Henrique então vetou integralmente o projeto e publicou o Decreto (3912/01). (Entrevista com Givânia Maria da Silva, 20.02.2025, íntegra no Anexo I).

Esta afirmação é confirmada de forma clara quando observada a tramitação o projeto de Lei e a edição do Decreto 3912. No dia 18/04/2002 foi aprovado o Substitutivo da Câmara dos Deputados no Senado Federal e os autógrafos foram encaminhados à Casa Civil da Presidência da República no dia 23/04/02. Ocorre que em data simbólica, no dia 13 de maio de 2002 o projeto foi vetado integralmente pelo Presidente da República, representando um retrocesso aos direitos quilombolas.

Através da Mensagem nº 370 de 13 de maio de 2002 foi encaminhada a mensagem do Veto nº 12/2002 ao Presidente do Senado Federal. Este documento está inserido na íntegra no Anexo IV, onde estão presentes as razões do veto.

Dentre as razões, explicitam principalmente as manifestações do Ministério da Cultura e do Ministério da Justiça. O primeiro argumenta que a existência do Decreto 3912/01 respondia as demandas as comunidades quilombolas e por isso não justificaria a necessidade de sancionar a Lei. Informa que o projeto representa um “retrocesso legislativo”, trazendo institutos ineficazes o que prejudicaria os direitos das comunidades quilombolas e o interesse público.

Já o segundo argumenta que o projeto de Lei seria inconstitucional porque a propriedade quilombola pela literatura do art. 68 da ADCT seria privada e não coletiva. Informa também que o conceito de quilombos estava restrito aos quilombos históricos e que o projeto de Lei fazia um alargamento conceitual de forma inconstitucional. Além disso, reforça o argumento do marco temporal de 1888 e de 1988, informando que deveria estar comprovada a posse dos quilombos antes da abolição e que esta seria a finalidade do texto constitucional, rejeitando

também o critério de autoatribuição. Ademais, rejeita a possibilidade de desapropriação ao considerar a propriedade privada, e, portanto, a desapropriação não seria de ordem pública.

Este ato normativo elaborado pelo Poder Executivo demonstra que, naquele contexto histórico e político, já existia uma relevante influência do movimento quilombola, apesar daquele texto não representar os interesses da comunidade. Revela-se também a estratégia normativa utilizada para aprovar um instrumento normativo alheio ao interesse dos quilombos para frear outro dispositivo favorável.

Na análise do texto do Decreto 3912/2001, compreendemos que é conferida à Fundação Cultural Palmares (FCP), vinculada ao Ministério da Cultura, a competência para a identificação e emissão dos títulos de propriedade às terras ocupadas pelos remanescentes quilombolas em 5 de outubro de 1888, aplicando a tese do marco temporal³⁷ no caso quilombola. Fiabani (2008) explica os aspectos políticos que influenciaram a edição do texto deste Decreto:

A atitude do presidente Fernando Henrique descontentou o movimento das comunidades negras. A retirada do INCRA representou a supressão de um órgão competente e conhecedor da causa agrária. A concentração de poderes nas mãos da presidência da Fundação Cultural Palmares teve conotação política; ou seja, isolou a questão numa entidade onde ele, o Presidente da República, tinha o controle. Temos a impressão de que, o Presidente não querendo atender a todas as comunidades negras rurais que estavam reivindicando terra, manteve a acepção inicial da determinação constitucional, restringindo assim drasticamente o número de comunidades aptas a terem terras regularizadas segundo o artigo 68 do ADCT.

Através da Portaria nº. 447/99, Fernando Henrique centralizou as ações decisórias num Ministério controlado pelo dirigente máximo do Brasil. O cargo de presidente da Fundação Cultural Palmares era de sua confiança, podendo ser substituído a qualquer momento. No caso do INCRA, os funcionários que atuam nos escritórios regionais são, em sua maioria, admitidos através de concurso público, relativamente independentes em suas ações.

O presidente Fernando Henrique sabia que a Fundação Cultural Palmares não estava estruturada, na época, para reconhecer e titular as terras das comunidades negras. O

³⁷ A tese do marco temporal reflete a um conceito que limita temporalmente o direito de pleitear a titularidade de terras das comunidades tradicionais. O caso quilombola foi o primeiro a ser inserido em norma jurídica, obrigando as comunidades a comprovarem a posse em período anterior à abolição em 1888. Esta tese foi referendada pelo STF aos direitos dos povos indígenas, limitando a demarcação para aqueles que demonstrassem a posse antes de 1988 (promulgação da constituição). Esta tese depois superada pelo STF ao reconhecer a tese do indigenato, que considera o reconhecimento direitos dos povos indígenas como declaratórios e não constitutivos. No ano de 2023, o Congresso Nacional aplicou a tese do marco temporal no Estatuto do Índio, desafiando os povos indígenas e o próprio STF que já havia decidido sobre a sua inconstitucionalidade da tese. A discussão sobre o marco temporal é interessante para refletir que uma norma criada no âmbito do processo legislativo regular pelo Poder Legislativo não confere necessariamente legitimidade social no qual os povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais rejeitam veementemente.

ato político/administrativo do presidente deixou transparecer que havia intenção de frear o processo que vinha sendo conduzido pelo INCRA (Fiabani, 2008, p. 161).

Ademais, foi adotado uma concepção de “*quilombos históricos*” de forma implícita, que de forma omissa acabou limitando o conceito de quilombos pelo senso comum, no sentido de “escravos fugidos”, não adotando uma concepção antropológica mais abrangente, o que teria impacto na redução do número de comunidades potencialmente tituláveis, além da tese do marco temporal.

Fernando Henrique Cardoso e sua equipe trabalharam o Decreto com o conceito de quilombo histórico, ou seja, aquele que existiu até a data da Abolição. Assim, manteve-se o caráter restritivo original do dispositivo constitucional ao exigir que as pessoas comprovassem parentesco com os indivíduos daquela época, sem ter saído do local (Fiabani, 2008, p. 162).

A exigência da comprovação de que os quilombos existiam em período pré-constituição ou pior, pré-abolição, é uma forma expressa de limitar os direitos quilombolas, principalmente porque a forma civil de constituição de patrimonialidade, foi negada às comunidades por conta do processo de escravização e perseguição estatal (Pereira, 2020). Por este motivo que o §5º do art. 216 da CRFB tombam todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos, considerando a precariedade da estrutura material e memória escrita das comunidades negras.

O Decreto 3912 é omissivo sobre a possibilidade de existirem conflitos de interesse no processo de titulação ou quando houver posse de comunidades quilombolas em propriedades privadas ou públicas, estabelecendo apenas que as terras demarcadas sob terra registrada em nome da União, serão disciplinadas mediante “legislação pertinente”, reforçando a limitação de direitos.

Pelo Decreto, o processo para a identificação e reconhecimento das terras quilombolas devem ser iniciado mediante requerimento da parte interessada. A FCP, após receber o requerimento, deve iniciar o processo administrativo, que inclui a elaboração de um relatório técnico contendo identificação dos aspectos étnicos, históricos, culturais e socioeconômicos do grupo, além de estudos cartográficos e ambientais, o levantamento dos títulos e registros incidentes sobre as terras e suas cadeias dominiais, a delimitação das terras consideradas suscetíveis de reconhecimento e demarcação.

O Decreto indica a participação da comunidade em todas as etapas do processo. Após a elaboração do relatório técnico pela FCP, o documento é enviado a outros órgãos governamentais relevantes (como o IPHAN, IBAMA, SPU, FUNAI e INCRA) para manifestação. Após as manifestações, a FCP elabora um parecer conclusivo, que é publicado para possíveis impugnações por terceiros interessados. Uma influência da Convenção 169 da OIT está no art. 3º § 9º, que indica a garantia da participação dos interessados em todas as etapas do processo administrativo.

Havendo ou não impugnações, o Ministro de Estado da Cultura toma a decisão final sobre a demarcação das terras, que é formalizada por meio de uma portaria. Posteriormente, a demarcação das terras é homologada por um Decreto e a FCP confere a titulação, promovendo o registro imobiliário das terras.

Por fim, não há nenhum aspecto especial no que tange à propriedade quilombola, cuja omissão reflete a concepção tradicional da propriedade privada individual, não modificando o regime jurídico da propriedade quilombola, cujo único aspecto antropológico específico se manifestaria no Relatório Técnico que seria apreciado conclusivamente pelo Presidente da Fundação Cultural Palmares.

O Decreto 3912/01 foi publicada anteriormente à vigência da Convenção 169 da OIT no direito brasileiro, que só veio a ocorrer no ano de 2004 com a promulgação do Decreto 5.051 de 2004. Como uma norma de direito internacional, para ter vigência interna há a necessidade de aprovação por um Decreto Legislativo (Decreto Legislativo nº 143/2002) e só foi entrar em vigor no ano seguinte em 2003. Porém, a vigência só se dá a partir da promulgação pelo Presidente da República, o que só aconteceu em 2004, quando já havia ocorrido troca de presidente e, conseqüentemente, troca de programa de governo após as eleições de 2002. Sobre a vigência de normas de direito internacional:

No Brasil, publica-se tanto o decreto legislativo, em que o Congresso aprova o tratado, quanto o decreto do Poder Executivo, no qual, efetivamente, ele é promulgado. O texto do tratado acompanha o decreto de promulgação. A publicação é feita no Diário Oficial da União e incluída na “Coleção de Leis do Brasil”. O Supremo Tribunal Federal considera obrigatória a promulgação para o tratado vigorar internamente (Ribeiro, 2006, p. 284).

Por fim, importante ressaltar que o STF no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) nº 466.343/SP que foi interposto em 2002, e seu acórdão foi publicado em 2008, a corte

constitucional definiu que tratados e convenções internacionais de direitos humanos detêm status supralegal (Silva, 2016).

Porém, como veremos adiante, o Decreto 3912/2001 difere muito do Decreto 4887/2003, assim como da Convenção 169 da OIT, que não respondeu ao principal problema jurídico que as comunidades enfrentavam, que era o regime jurídico da propriedade privada individual. Ademais, acabou criando um outro problema com a definição do marco temporal. Por estas razões, este Decreto foi fruto de críticas e de revisão posterior por não atender integralmente ao principal problema que a comunidade enfrentava para a conservação dos seus territórios. A indefinição do conceito de quilombos também foi um problema, assim como a centralização do procedimento de titulação na FCP.

No ano seguinte, após as eleições em 2003, foi criado o Decreto 4887, de 20 de novembro de 2003 (data simbólica que representa imortalidade do Quilombo dos Palmares), que revogou o Decreto 3912/2001 por não atender as demandas das comunidades quilombolas. Esta indicação temporal é importante para perceber que, apesar da existência e influência da Convenção 169, os seus princípios não foram obrigatoriamente incorporados ao Decreto 3912 de 2001, que foi promulgado um ano antes da própria ratificação pelo Estado brasileiro. Apesar disso, a Convenção 169 exerceu relevante influência tanto nos movimentos sociais como no texto do Decreto 4887/2003, sendo expressamente mencionada na sua Exposição de Motivos, mesmo com o fato dos efeitos jurídicos internos da Convenção estarem vigentes um ano depois.

O Decreto 3912/01 não sofreu qualquer questionamento sobre sua constitucionalidade no STF, justamente por refletir o tradicional regime jurídico civil do direito de propriedade privada individual, sem considerar a realidade quilombola e as dificuldades históricas de acesso à terra.

Após as eleições de 2002, o movimento negro e quilombola aumentaram sua influência no executivo federal, o que colocou em debate as limitações do Decreto 3912/01 e a necessidade de criar um novo diploma normativo para tratar do assunto.

3.4 O DECRETO 4887/2003 E O NOVO REGIME JURÍDICO

No ano de 2002, com as eleições, troca de presidente e do respectivo programa de governo, o movimento negro assumiu um papel importante tanto na eleição como na assunção de cargos relevantes.

A CONAQ veio para aqui (Brasília) para transição (de governo), e ficamos batendo na porta do povo. E aí nós fomos na transição, o coordenador era o Zé Dirceu (ex-Ministro da Casa Civil), chegamos em Zé Dirceu e dizemos: “Lula precisa revogar esse Decreto (3912)”. O Zé ouviu a gente, com toda calma do mundo, e nos passou pra Matilde (Ribeiro- ex- Ministra-chefe da Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial- SEPPIR), que depois veio a ser Ministra, mas não era SEPPIR, não existia SEPPIR, era na transição, passou a gente pra Matilde, pra relatar o que a gente estava dizendo. A SEPPIR não foi criada dia 1º de janeiro (de 2003), mas foi criada no dia 21 de março de 2003.

Quando a SEPPIR foi constituída, um dos primeiros atos foi criar o Grupo (de Trabalho) Interministerial, para produzir essa etapa, que era construção do Decreto 4887. A CONAQ indicou seis pessoas para compor o GTI (Grupo de Trabalho Interministerial) que fez o Decreto.

Então você está falando com uma testemunha viva, ocular da escrita do Decreto 4887. (Entrevista com Givânia Maria da Silva, em 20.02.2025, íntegra no Anexo I).

A CONAQ³⁸ é um dos mais importantes movimentos sociais quilombola do Brasil, com alcance nacional³⁹ e esteve presente nas principais demandas relacionadas aos quilombolas desde 1996, ano da sua fundação oficial, apesar dos grupos formadores da CONAQ já estarem atuando desde antes.

Pela primeira vez, o Estado brasileiro criou uma Secretaria Especial de Promoção da Igualdade Racial (SEPPIR) com *status* de Ministério e vinculado à Presidência da República para tratar da promoção da igualdade racial, entre outras políticas específicas para a população negra e quilombola. Atualmente, já existe um Ministério da Igualdade Racial, fruto de muitas reivindicações, mas naquela época a SEPPIR foi uma novidade.

Em consonância ao depoimento de Givânia Silva (Anexo I), Fiabani (2008, p. 166 e 167) afirma que, em 2003, o Presidente da República criou a (SEPPIR) com participação direta de representantes quilombolas no Conselho Nacional de Promoção da Igualdade Racial (CNPIR). Apesar dos esforços em prol das comunidades quilombolas, o Decreto nº 3.912/2001,

³⁸ Em 1995, durante a Marcha Zumbi dos Palmares, foi realizado o I Encontro Nacional das Comunidades Negras Rurais Quilombolas, que resultou na criação da Comissão Nacional Provisória das Comunidades Negras Rurais Quilombolas. Na época, já se reconhecia a existência de 412 comunidades quilombolas e a estrutura da Comissão foi organizada com base nesse cenário, destacando-se os estados do Maranhão, Pará e Bahia por sua trajetória de mobilização. O principal objetivo da Comissão era articular essas comunidades em âmbito nacional. No ano seguinte, essa instância provisória evoluiu para a Coordenação Nacional de Articulação das Comunidades Negras Rurais Quilombolas (Conaq), consolidando-se como movimento social. A organização teve fundamental importância na construção do Decreto 4887/03 e a luta por sua legitimação jurídica enquanto tramitava a ADI 3239. Mais informações em: <https://conaq.org.br/quem-somos/>

³⁹ A CONAQ continua exercendo importância tanto na jurisdição constitucional como no governo, a exemplo do papel relevante no contexto da pandemia com a ADPF 742 sobre proteção dos quilombos no âmbito do plano de combate à COVID em decorrência da omissão pelo Estado à época.

que vinculava as comunidades a quilombos históricos, ainda vigorava. Sob pressão de entidades negras, o Chefe do Executivo instituiu um Grupo de Trabalho que envolveu representantes de ministérios e quilombolas, resultando na elaboração dos estudos para criação do Decreto 4887/03.

Apesar do esforço demonstrado pelo então Presidente (Luiz Inácio Lula da Silva) em prol das comunidades quilombolas, ainda vigorava o Decreto nº. 3.912, de 10 de setembro de 2001, que exigia a conexão das comunidades com os quilombos que existiram até 1888. As entidades negras pressionaram o governo para que se posicionasse a respeito, superando esse entrave. Em maio de 2003, a Comissão Pró-Índio, de São Paulo, sugeriu ao Presidente da República que anulasse o decreto em vigor (3.912) e que fosse transferida a competência de todo o processo de titulação para o INCRA. Em resposta ao pedido da Comissão Pró-Índio, a Presidência da República instituiu um Grupo de Trabalho com a finalidade de “propor nova regulamentação ao reconhecimento, delimitação, demarcação, titulação, registro imobiliário das terras remanescentes de quilombos [...]”. Participaram do Grupo de Trabalho representantes de quatorze ministérios e a participação efetiva de três representantes das comunidades de quilombos, escolhidos pela SEPPIR. O Grupo de Trabalho refletiu sobre a caminhada, até então, e elaborou projetos que resultaram nos Decretos nº. 4.883, 4.885 e 4887. (Fiabani, 2008, p. 166 e 167).

O processo de elaboração de Decretos apresenta uma complexidade, no como observado nas principais etapas da criação do Decreto 4887/03. Os grupos de trabalho interministeriais, conforme mencionado, resultaram na criação do Decreto 4887/03.

Refletindo sobre o conteúdo do Decreto 4887/03, observa-se que há uma nítida influência da Convenção 169 da OIT quando considera a autoatribuição das comunidades como elemento de identificação, assim como o reconhecimento da territorialidade da trajetória histórica própria. Desse modo, anula o conceito do marco temporal e constrói um conceito de remanescente de quilombos mais abrangente e adequada a antropologia ao considerar os diversos tipos variados de formação destas comunidades que ultrapassam conceitos fixos.

Outra importante inovação é a adoção de um regime jurídico próprio para as comunidades e a propriedade quilombola, de natureza jurídica diferenciada em comparação com a propriedade privada individual, resolvendo aquele problema inicial, utilizando o conceito de propriedade constitucional, mas adaptado à sua função social para além do caráter produtivo, também relacionado à coletividade e à formação histórica própria a partir da resistência, inaugurando uma nova forma de aquisição originária e estabelecendo critérios de desapropriação em contextos de conflitos de fundiários, muito comum em terras rurais e urbanas, muitas vezes envolvendo o próprio Estado.

Um novo e atualizado conceito de remanescentes das comunidades dos quilombos é adotado, considerando suas características antropológicas e entendendo os quilombos enquanto entidade complexa e fluida, que não dizem respeito apenas àquele conceito limitado de remanescentes de “escravos fugidos”, compreendido no senso comum, mas em descompasso com a História e às comunidades modernas e contemporâneas.

A análise da Exposição de Motivos do Decreto 4887/03 (Anexo V)⁴⁰ é capaz de revelar tais concepções, demonstrando o quanto parcelas das epistemologias desenvolvidas pelas comunidades e seus intelectuais influenciaram a produção normativa na medida em que no processo legislativo atípico necessitou de fundamentação jurídica sólida para justificar a construção do novo regime jurídico, via de Decreto. A sofisticação jurídica se apresenta notável.

Desses documentos, é possível retirar importantes conclusões, como o papel do movimento negro, ao expressar explicitamente a luta contra o racismo e a necessidade de políticas públicas de igualdade racial, a exemplo da *Marcha do Zumbi dos Palmares*, contra o Racismo, pela Cidadania e a Vida, no ano de 1995 em Brasília. Há a reconstrução semântica do conceito de “*comunidades remanescentes dos quilombos*” como a positivação do conceito de territorialidade negra sob a ótica antropológica com a finalidade de atendendo aos objetivos da Constituição.

Interessante este ponto porque identifica que para que as terras quilombolas sejam reconhecidas e seus títulos emitidos, a ressignificação do conceito de quilombo como definição de territorialidade negra são essenciais para este objetivo. Dando a entender que o conceito de propriedade privada oriunda da tradição civilista é incompatível para aqueles fins que a constituição definiu

As contribuições acadêmicas, que citam diversos autores que construíram ou contribuíram com tais conceitos que se tornaram norma jurídica, demonstram a universidade como uma importante fonte de direito, principalmente quando apropriada pelos atores sociais envolvidos como uma importante fonte do direito.

⁴⁰ Como visto anteriormente, a Exposição de Motivos é um dos documentos que acompanham o Decreto, e no caso do Decreto 4887/03, são apresentadas justificativas, sociais, acadêmicas e jurídicas para atribuir nova natureza jurídica à propriedade quilombola. Este documento, de suma importância, indica tanto a movimentação política que envolveu a construção do ato normativo como as demandas da comunidade. O texto também indica uma orientação sobre a aplicação destas disposições, prevendo possíveis controvérsias quando aplicadas ao caso concreto. Ademais, este documento também constrói argumentos jurídicos sólidos que fundamentam a necessidade de um novo regime jurídico para a propriedade e os direitos quilombolas, em contraposição com a tradição do direito civil.

O documento indica também que a letra constitucional “frustrou a legítima interpretação da sua palavra”, dada a necessidade de “redefinição contemporânea do significado de quilombos”. Compreendo que, por razões políticas, não foi possível construir um conceito mais abrangente da realidade antropológica dos quilombos no contexto constituinte. Porém, o conceito de “remanescente das comunidades dos quilombos” também não é restritivo, dando possibilidade de reconstrução subsequente, principalmente quando no processo de reconhecimento dado pela própria constituição em aspectos multiculturais, permite sem reserva de Lei (do processo legislativo regular) reconstruir este conceito, como ocorreu com o Decreto 4887/03

A EM nº 58 faz uma inversão conceitual, de “remanescente das comunidades dos quilombos” para “comunidades remanescentes dos quilombos”, com o objetivo de fazer uma inversão simbólica, a fim de liberar dos marcos conceituais filipinos e manuelinos e reparar os danos causados. Nota-se a referência às normas de direito civil que disciplinavam a ordem escravista no período colonial e imperial, cujos conceitos ultrapassaram o ano da abolição, o que seria revogado formalmente com a aprovação do primeiro código civil em 1916, mas pela EM nº 50, só ocorreu semanticamente com o Decreto 4887/03.

Esta inversão conceitual não ocorreu no texto, o que não foi possível, mas nem por isso impediu construir uma direção interpretativa, demonstrando a importância da análise das Exposições de Motivos enquanto fundamentos que direcionam um olhar interpretativo. Curioso que, no processo legislativo regular, é comum buscar na Justificação o sentido da norma ou a “vontade do legislador”. Porém, o mesmo não é feito na análise dos Decretos, que muitas vezes suas Exposições de Motivos não são publicadas, são pouco acessíveis e poucas pessoas tem conhecimento da sua existência. Ocorre que, esses documentos podem ser enviados ao Legislativo ou ao Judiciário no controle de constitucionalidade justamente porque o seu julgamento representa uma decisão sobre uma perspectiva interpretativa do ato normativo, podendo produzir modulação dos seus efeitos ou buscar sentido ao texto da norma.

A EM 58 cita expressamente que a terra quilombola se deu histórica e socialmente, através de uma apropriação coletiva, contrapondo a esfera do direito privado, sendo aquela um bem público das comunidades negras, não sendo, portanto, um bem ou propriedade privada dos seus membros. Isto demonstra uma ramificação na tradição do direito civil e da propriedade privada individual, porque não apenas obedece a uma função social, mas ela em si, em sua integridade já é plenamente coletiva. E para que isto ocorra, deve haver um rompimento com a

ideia construída historicamente pelo direito civil de que a propriedade é um bem individual com fins de uso ou exploração econômica, demonstrando que o Decreto 4887/03 construiu um novo regime jurídico do direito quilombola, cuja propriedade possui uma natureza própria.

Desse modo, os direitos quilombolas não se enquadrariam nas concepções jurídicas liberais, já que os quilombos possuem regras específicas de convivência no qual o direito civil/privado seria estranho e impróprio.

O Direito Étnico seria capaz de desintegrar os conceitos jurídicos estigmatizados pela escravidão em uma concepção positivista pela via do art. 68 quando elevam a distintividade das práticas socioculturais negras pelos quilombos. É atribuído ademais, a consideração da prevalência da vontade do legislador perante a análise literal do conceito jurídico de remanescentes das comunidades dos quilombos, que aparece induzindo uma interpretação de caráter histórico, já visualizando questionamentos no âmbito da hermenêutica constitucional, tanto do Decreto 4887 quanto do próprio conceito do art. 68 da ADCT.

A propriedade quilombola caracterizada pelo Decreto 4887 visa ramificar a tradição do direito civil, quando aquela é considerada indivisa, sem caráter condominial, nos termos do art. 1.314 do Código Civil, sendo inserida as cláusulas ônus reais de inalienabilidade e impenhorabilidade a fim de assegurar perpetuidade da propriedade e patrimônio cultural quilombola às gerações futuras por configurar elemento histórico-cultural brasileiro, clara referência não só à interpretação do art. 68 mas também do §5º do art. 216.

Estas características da propriedade quilombola, que diferem substancialmente da propriedade privada individual, são elementos estruturais para a manutenção da integralidade do patrimônio das terras quilombolas e da própria existência da comunidade, em consideração aos ritos, cultura, história, economia, política que funcionam em um ecossistema unificado que reúne natureza, patrimônio, vida e humanidade, conceito adverso à ideia de propriedade enquanto bem de exploração econômica desenvolvido pelo Direito Civil.

Está destacado na EM que o conceito histórico jurídico dos quilombos, desenvolvido pelo Estado que os perseguia, considerava a ocupação das comunidades negras na ilegalidade, exemplificando os conceitos do Conselho Ultramarino de 1740 e da Lei nº 236 de 1847, associando a resistência histórica à ordem jurídica Estatal que legitimou o colonialismo e a escravidão na clandestinidade.

Mais uma vez, é referenciada a Convenção 169 da OIT, especialmente sobre a prevalência da consciência da identidade e autoatribuição da própria comunidade enquanto

elemento de autodeterminação dos povos. Porém, isso não desconsidera a necessidade dos estudos técnicos, especialmente antropológicos para subsídio do Estado e das comunidades

Cabe destacar a importância dos aspectos antropológicos. O Estado historicamente, não construiu subsídios para compreender a comunidade a partir das suas perspectivas, assim como os instrumentos probatórios tenderam a ser esvaziados dada a clandestinidade e ilegalidade atribuída aos quilombos, restando dificuldades de associar as comunidades negras àquelas reminiscências das comunidades dos antigos quilombos.

Ademais, pela tradição do direito civil, os títulos oficiais e documentos prevalecem sobre os aspectos materiais e fáticos para a legitimação do direito de propriedade. Os estudos antropológicos são fundamentais, pois além de traduzir a perspectiva holística e cultural das comunidades, são essenciais para a utilização de outros elementos probatórios, para além daqueles documentais, devendo a imaterialidade e a oralidade também serem considerados, enquanto elementos que associados à pesquisa aprofundada, constatarem a relação própria daquelas comunidades com uma ancestralidade negra.

Sobre a territorialidade negra, a posse da terra não guarda relação estritamente temporal, sendo imemorial no tocante ao território tradicionalmente ocupado, rompendo mais uma vez com o conceito civil de propriedade e da posse, demonstrando uma forma de aquisição da propriedade diversa à da usucapião. A terra guardaria a um uso tradicional, considerado costumes e tradições da comunidade e por isso, inalienável.

O "valor" da terra não seria de caráter econômico, sendo infungível e que não pode ser mensurada a partir de um critério utilizado pela propriedade privada, cujo proprietário não necessariamente tem relação com o território, sendo necessária a superação civilista do conceito de posse agrária, indicando uma interpretação semelhante (no tocante à interculturalidade) ao do art. 231 e parágrafos da CRFB que tratam dos direitos dos povos indígenas, que está melhor conceituado na CRFB.

Apesar destas semelhanças, as terras indígenas tem um regime jurídico diferente da propriedade quilombola. Os artigos 231 e 232 da Constituição Federal de 1988 garantem aos povos indígenas brasileiros o reconhecimento de sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, bem como os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, mas apenas a União é a proprietária e responsável pela demarcação e proteção dessas terras, que são inalienáveis, indisponíveis e imprescritíveis.

O Decreto 4887/03 também insere a cláusula de desapropriação por interesse social, como medida conciliatória perante prováveis conflitos de interesses e garantindo o contraditório. Este dispositivo é importante porque garante a unidade do território e prevalece a posse material sobre o título de propriedade de terceiros.

Fala-se também da atribuição ao INCRA, da competência para realizar o procedimento de identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas, pois no Decreto anterior estava atribuída à Fundação Palmares. O motivo da mudança seria da consideração da experiência do INCRA no tratamento das questões fundiárias como medida eficaz para operar o disposto na constituição, assim como a participação da SEPPIR e da Fundação Palmares na certificação da identificação das comunidades quilombolas.

Por fim, a EM afirma a consagração do Direito Étnico, onde "Direito" (com letra maiúscula) se refere ao Direito Positivo. Isso indica que o Direito Quilombola não diz respeito apenas à normas aplicadas às comunidades quilombolas, mas uma ressignificação do próprio Direito como um todo, na medida em que as controvérsias normativas e fáticas demandam a ressignificação, conflito com normas e princípios gerais do direito para além daqueles específicos às demandas quilombolas.

Quanto a natureza da propriedade quilombola, o Decreto 4887/03 e a EM indicam que o seu título é de natureza *coletiva, pró indivisa, inalienável, imprescritível e impenhorável*, como medida de garantir da sustentabilidade, segurança jurídica e manutenção daquele território holístico, como a preservação da cultura fundante da ordem constitucional nacional brasileira

Sobre o conceito de quilombos, o art. 2º do Decreto indica que, os remanescentes das comunidades quilombolas são definidos como grupos étnico-raciais que, com base no critério de autoatribuição, possuem uma trajetória histórica singular, relações territoriais específicas e uma presumida ancestralidade negra, vinculada à resistência contra a opressão histórica⁴¹.

⁴¹Decreto 4887/03. Art. 2º Consideram-se remanescentes das comunidades dos quilombos, para os fins deste Decreto, os grupos étnico-raciais, segundo critérios de auto-atribuição, com trajetória histórica própria, dotados de relações territoriais específicas, com presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida. Vide ADIN nº 3.239

§ 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 4887/03. Art. 2º § 3º Para a medição e demarcação das terras, serão levados em consideração critérios de territorialidade indicados pelos remanescentes das comunidades dos quilombos, sendo facultado à comunidade interessada apresentar as peças técnicas para a instrução procedimental.

É ressignificado o conceito histórico de quilombos para o conceito antropológico. Também, repete-se a ideia de propriedade definitiva, extraída do texto constitucional, entendendo a propriedade quilombola como algo a ser considerado atemporalmente, podendo ser entendida como uma cláusula implícita de inalienabilidade.

Da mesma forma que o racismo remanesce do escravismo, pode-se entender o sentido dos remanescentes das comunidades dos quilombos compreendendo que não houveram medidas eficazes para a superação do escravismo e devem ser realizadas medidas de compensação das consequências do racismo estrutural. Assim, entende-se o conceito de *resistência histórica*, que significa a tradução da luta política e social contra o escravismo, o colonialismo e o racismo enquanto elemento jurídico capaz de identificar as comunidades quilombolas e que por isso, também são representados como elementos fundadores na nacionalidade e da cultura brasileira, nos termos do §5º do art. 216 da CRFB, com trajetória histórica própria e com relações territoriais específicas.

A *resistência histórica* é um elemento essencial, pois foi justamente ela que tornou possível a existência dos quilombos e por isso dá nome a esta Dissertação. Aquele conceito fático torna-se um conceito jurídico, que pode ser mobilizado enquanto categoria, relacionada com o diploma normativo geral. Isso tem efeitos práticos relevantes. Por exemplo, em um processo administrativo ou judicial de reconhecimento da posse de comunidades quilombolas, a demonstração da resistência histórica pode ser um elemento que substitui a titulação documental de propriedade. Isto rompe com a tradição do direito civil, que privilegia os aspectos documentais sob os elementos fáticos. Interessante perceber também que a resistência histórica apesar de aparecer como categoria jurídica apenas pelo Decreto 4887/03, é um elemento fático elementar da luta dos movimentos sociais negros, que existe desde os primórdios da formação nacional.

Complementar à *resistência histórica*, a *presunção de ancestralidade negra*, que articulado com a *auto-atribuição e autodefinição da própria comunidade*, estão adequadas à realidade fática dos quilombos, no qual existem diversos elementos para além dos títulos de propriedade, que indicam a existência dos quilombos, enquanto categoria de resistência e demandante de direitos. Estes elementos próprios justificam a aquisição originária da propriedade que são diferentes daquelas disciplinadas no Código Civil, conferindo uma ramificação desta área jurídica, dotando também de elementos de ordem pública, essenciais para a efetividade do Direito Quilombola, disposto e autorizado pela Constituição.

Desse modo, não há no Decreto 4887/03 o conceito do marco temporal, que justamente é contraditório com a presunção da ancestralidade negra e ao mesmo tempo contraditório com o próprio texto constitucional. Porém, a presunção de ancestralidade negra é um conceito que tem maior aplicabilidade no âmbito civil, principalmente em conflitos de interesses no processo de titulação assim como nos próprios registros em cartório.

O Decreto ainda insere o conceito de *territorialidade*, cujos critérios devem ser considerados na mediação e demarcação das terras, e devem ser apresentados pela própria comunidade (§§2º e 3º do art. 2º). O significado de territorialidade indicado no próprio texto do Decreto, cuja interpretação foi apresentada pela Exposição de Motivos, refere-se às terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos, as utilizadas para a garantia de sua reprodução física, social, econômica e cultural.

Repete-se que o conceito de territorialidade foi construído pelos movimentos e pela academia e finalmente foi reconhecido enquanto conceito jurídico, demonstrando a contribuição dos movimentos sociais na construção do Direito.

Santana (2008, p. 112) reflete sobre como o conceito de territorialidade coloca em questão a tradicional civilista da propriedade, que deve ser ressignificada. Apesar das particularidades da experiência quilombola, não haveria um verdadeiro "conflito de direitos" entre propriedade e território. Isso se deve ao fato de que o reconhecimento das comunidades quilombolas como proprietárias redefine o conceito de propriedade. Além disso, a ideia de propriedade como algo absoluto e inviolável seria insustentável em um contexto social democrático.

Para ela, embora a propriedade seja historicamente tratada de forma dominante e com efeitos sociais negativos, o problema não reside no termo "propriedade", mas nos significados que lhe são atribuídos. Apesar da dificuldade em dissociar o conceito de seus significados tradicionais, seria essencial reafirmar que a ideia de propriedade absoluta e sagrada não existe. O direito de propriedade, embora fundamental, não estabelece uma hierarquia de direitos que permita o uso arbitrário do poder.

Nesse sentido, a questão quilombola não só requer, mas também afirma outras propriedades, ou seja, traz novos elementos – direitos culturais – para repensar a categoria jurídica “propriedade” na contemporaneidade, mas também, e, sobretudo, clama por uma rediscussão do conceito e função da propriedade constitucionalmente consubstanciada, em face de uma sociedade plural e complexa (Santana, 2008, p 112).

Milton Santos (1999) reconhece que território não é apenas a base dos Estados-nação, mas como território usado designa um conjunto de objetos e ações sinônimos de seres humanos e espaço habitado, além de acolher novos recortes que podem ser definidos na contemporaneidade por Lugares adjacentes e lugares de rede que são formados:

(...) o território não é apenas o conjunto dos sistemas naturais e de sistemas de coisas superpostas. O território tem que ser entendido como o território usado, não o território em si. O território usado é o chão mais a identidade. A identidade é o sentimento de pertencer àquilo que nos pertence. O território é o fundamento do trabalho, o lugar da residência, das trocas materiais e espirituais e do exercício da vida (Santos, 1999, p. 8).

O território atravessa os sujeitos na mesma medida que os sujeitos atravessam esse território. Para as comunidades quilombolas, não haveria uma diferenciação, mas uma intrínseca relação e se for parar para pensar, a abstração da propriedade cria uma diferença que não corresponde à uma independência total do homem com o espaço.

Saquet (2010), mostra como é possível compreender que a territorialidade designa a qualidade que o território ganha de acordo com sua utilização ou apreensão pelo ser humano. Para Haesbaert (2007), a territorialidade pode ser compreendida em diversos sentidos, podendo ter uma concepção epistemológica correspondente ao conceito de território, como pode haver um sentido ontológico como materialidade no sentido físico, imaterial na concepção simbólica e identidade, como espaço de vivência. Pode haver também concepções diferenciadoras de território, expandindo a ideia da necessidade da posse física de um ambiente material, ou também enquanto condição de existência do próprio território. Pode ser entendida também enquanto domínio vivido, assim como também uma identidade territorial.

A territorialidade, além de incorporar uma dimensão mais estritamente política, diz respeito também às relações econômicas e culturais, pois está intimamente ligada ao modo como as pessoas utilizam a terra, como elas próprias se organizam no espaço e como elas dão significado ao lugar. (Haesbaert, 2007, p. 22)

Neste sentido, os territórios quilombolas se apresentam enquanto espaços de difusão e fomento da política, é com vias na afirmação da identidade quilombola que estes espaços ganham corporeidade. Dentro da premissa da legitimidade, a autoidentificação tem um caráter fundamental para constituição deste espaço, enquanto território de existência e resistência. De modo a compreender as subjetividades de cada pessoa e quilombo, assim como Marcos Aurelio Saquet (2010) aponta:

A territorialização constitui e é substantivada, nesse sentido, por diferentes temporalidades e territorialidades multidimensionais, plurais e estão em unidade. A territorialização é resultado e condição dos processos sociais e espaciais, significa movimento histórico e relacional. Sendo multidimensional, pode ser detalhada através das desigualdades e das diferenças e, sendo unitária, através das identidades (Saquet, 2010, p. 315 a 340)

Neste sentido, Luciano Candiotto e Roseli Santos (2009), apresentam o seguinte conceito de territorialidade:

O conceito de territorialidade representa os vínculos que determinado indivíduo e/ou grupo social possuem com um ou mais territórios materiais (físicos) ou imateriais (virtuais), como algo subjetivo, ligado à percepção. A identidade individual ou coletiva é decorrente do reconhecimento e da valorização das territorialidades, haja vista que estas são fundamentais para a construção de identidades. (Candiotto e Santos p. 321)

Aplicar o conceito de territorialidade em consonância à propriedade quilombola indica que os atributos da terra têm características não apenas econômicas, mas relacionadas com as dinâmicas culturais, ambientais e sociais daquele território que não pode ser reduzido à um mero valor de uso ou troca.

Assim, o território é parte fundante da identidade quilombola. Atuando com base na mutualidade, um está relacionado com o outro. Pensar territorialidade quilombola é a princípio, pensar o direito à terra, cultura e organização política.

O Relatório Antropológico coordenado pela antropóloga Mariana Balen Fernandes no processo de titulação do Quilombo Quingoma na Bahia⁴², explica a relevância do território para as famílias do Quilombo Quingoma, especialmente em relação às práticas que garantem sua subsistência, como a agricultura, com o cultivo e a coleta:

A habitação, que era construída com os recursos oferecidos pela natureza, casas de taipa com cobertura de palha e até mesmo os móveis que construíam para o interior de suas residências eram fornecidos pela terra/território. Entre outras, como o uso desse território e sua relação com as práticas religiosas e culturais.

A terra e suas riquezas naturais foram, e continuam sendo, para o Quilombo Quingoma um refúgio contra as condições precárias de subsistência a que foram acometidos não somente os quilombolas de Quingoma, mas toda a comunidade negra pós-abolição. Os quilombolas consideram o Quingoma um espaço de acolhimento e partilha. Neste sentido foi o território que primeiro lhes acolheu, fornecendo-lhes acesso à tudo aquilo que a abolição não lhes garantiu: o trabalho, o alimento, a habitação, a sociabilidade, o livre desenvolvimento de sua religiosidade e a

⁴² Trata-se de uma ação civil pública de nº 0015115-31.2016.4.01.3300, Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Seção Judiciária da Bahia, de autoria do Ministério Público Federal contra o Estado da Bahia e o INCRA no intuito de acelerar o processo de titulação do Quilombo Quingoma. Consta nos autos o processo administrativo de titulação, no qual um dos documentos obrigatórios nos termos do Decreto 4887/03 é o Relatório Antropológico de Identificação e Delimitação.

valorização das suas raízes culturais, das quais o samba e o feijão permanecem vivos, marcando-os momentos importantes das práticas comunitárias até os dias atuais. (Relatório Antropológico coordenado pela antropóloga Mariana Balen Fernandes no processo de titulação do Quilombo Quingoma na Bahia, 2016, p. 381 da Ação Civil Pública nº 0015115-31.2016.4.01.3300, Tribunal Regional Federal da 1ª Região).

Portanto, no que tange à territorialidade quilombola, cabe destacar a diferença da relação com a terra, com o território, à natureza e aos recursos que se diferencia perante outros setores da sociedade como aquele convencional em um sistema capitalista. A antropóloga Mariana Balen Fernandes (2016) também explica como este processo se entrelaça ao analisar o pertencimento e a territorialidade das comunidades quilombolas de Acupe, São Braz e Dom João do Recôncavo baiano.

As chamadas “terras tradicionalmente ocupadas” são entendidas enquanto formas de evidenciar diferentes dinâmicas de vida no interior de um espaço coletivo, bem como a relação que certos grupos mantêm entre si a partir de práticas associadas ao uso tradicional dos recursos naturais. (Fernandes, 2016, p 30).

Para Gilsely Barreto Santana (2008), a territorialidade de comunidades quilombolas tem o conceito que vai além de uma mera localização geográfica e está intimamente ligado à identidade, cultura e organização social desses grupos. A autora argumenta que a territorialidade é um processo dinâmico, que envolve mobilização política e práticas tradicionais que resistem ao modelo de propriedade privada individualista, com o uso comum da terra e por uma relação solidária entre os membros da comunidade.

Na relação com a identidade Quilombola, a territorialidade é vista como um processo social e político, que integra as dimensões econômicas, culturais e históricas. A terra, para as comunidades, não é apenas um recurso natural, mas um espaço vital de reprodução social, cultural e simbólica. Além disso, a noção de propriedade coletiva, contrasta com a visão capitalista e individualista de propriedade privada.

Existe, então, um processo de Apropriação e Mobilização, relacionada à luta por reconhecimento e pela titulação fundiária. Envolve a autoidentificação, mas também a reinterpretação histórica e jurídica dos direitos territoriais. Por estas razões, entende-se que o tema da territorialidade deve ser considerado em sua complexidade perante as comunidades quilombolas e inova o sistema jurídico quando aplicado numa concepção consagradora de direitos.

Agora, um dos aspectos mais emblemáticos do Decreto 4887/03, que é a definição da natureza da propriedade quilombola, no art. 17, o dispositivo indica que a titulação prevista neste Decreto será reconhecida e registrada mediante outorga de *título coletivo e pró-indiviso, com obrigatória inserção de cláusula de inalienabilidade, imprescritibilidade e de impenhorabilidade* aos remanescentes das comunidades dos quilombos, conceituados no caput do art. 2º.

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

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

Primeiramente a natureza do título, enquanto coletivo e pró-indiviso, refletindo uma característica civil da territorialidade que reflete a forma de relação diferenciada e coletiva que os povos quilombolas tem com a terra, para além da exploração econômica no sistema capitalista. Esta característica busca garantir a perpetuidade tanto do território, da cultura como da existência da comunidade, prevenindo disputas de terra e fazendo com que o poder econômico seja menos determinante sobre a destinação do território, no qual as comunidades quilombolas possuem evidente desvantagem econômica e política.

O título quando considerado coletivo, significa que o território pertence à comunidade como um todo e não a um indivíduo ou grupo de indivíduos, mas significa uma indissociabilidade entre todos aqueles que são donos, apesar de considerar a organização política da comunidade em construir suas representações como é disciplinado no próprio art. 17., em seu parágrafo único, no qual considera que as comunidades serão representadas por suas *associações legalmente constituídas*.

Quando o Decreto 4887/03 fala das associações legalmente constituídas está indicando as associações do inciso I do art. 44. do Código Civil de 2002. Apesar do Código Civil nada mencionar sobre os remanescentes das comunidades dos quilombos.

Sobre os atributos da propriedade, este trecho da entrevista (Anexo I), explica como a territorialidade aplicada à natureza da propriedade coletiva quilombola é importante enquanto proteção jurídica de toda a comunidade:

Por isso que, quando saem as normas para dizer como é que o Decreto vai ser, aí a gente define propriedade quilombola como inalienável, impenhorável. Ali o que a gente estava pensando é o seguinte: se nós estávamos dizendo que a tradição da formação dos quilombos era a partir de uma coletividade, se a gente não fizesse isso, a gente não durava muito tempo.

Tanto é que, tem uma questão que eu falo e não tenho prova sobre isso, mas eu tenho a impressão que grande parte da raiva da galera com essa política, tem a ver que a terra que é destinada a quilombola não volta mais para o mercado, ela sai em definitivo. (Entrevista com Givânia Maria da Silva, em 20.02.2025, íntegra no Anexo I).

A *cláusula de inalienabilidade*, rompe com uma das principais características da propriedade, pois o seu caráter econômico insere a alienabilidade como um dos mais importantes elementos da troca e venda e geração de valor no mercado imobiliário. A *imprescritibilidade e impenhorabilidade* que se referem a cláusulas que dotam à propriedade quilombola elementos de ordem pública, assemelhando à propriedade estatal que possuem as mesmas cláusulas. A imprescritibilidade refere-se à impossibilidade de usucapião sobre esta propriedade. A usucapião é um instituto que existe desde o Direito Romano e é uma forma de aquisição originária da propriedade a partir da posse ao longo do tempo. A cláusula de imprescritibilidade revela que não só o instituto da usucapião é insuficiente para garantir a propriedade quilombola como pode até ser prejudicial para a propriedade quilombola em determinadas situações.

A impenhorabilidade significa a impossibilidade de uso da propriedade para o penhor, que visa garantir segurança jurídica coletiva, independente de aquisições individuais ou outros negócios jurídicos que comprometam a integralidade do território.

Estes institutos específicos da propriedade quilombola, resolveram o problema jurídico da indefinição legislativa da propriedade quilombola. Pela via do *processo legislativo atípico*, novos conceitos jurídicos foram criados com o intuito de concretizar a norma de direito fundamental do art. 68 da ADCT.

Ocorre que, tais mudanças normativas teriam reflexos práticos, na medida em que se ampliou os potenciais titulares de direitos quilombolas e construíram categoriais normativas capazes de conferir maior segurança jurídica aos seus territórios. Diante deste avanço, setores da sociedade se mostraram irredutíveis, e impetraram uma Ação Direta de Inconstitucionalidade sob o Decreto 4887/03 no STF.

3.5 COMPARAÇÃO ENTRE OS DECRETOS 3912/01 E 4887/03

Para facilitar a compreensão da técnica legislativa (Brasil, 2018) empenhada nos dois atos normativos, serão indicadas duas tabelas para análise. A primeira, exemplificando uma comparação entre os artigos de ambos os Decretos, a fim de perceber literalmente seus conceitos, e a segunda, classifica a comparação por tema em cada Decreto.

A primeira tabela será importante para perceber a abrangência de temas dedicados à cada Decreto, classificados a partir de cada artigo. A segunda tabela será importante para comparar o conteúdo de cada Decreto, divididos em temáticas.

Quadro 1- Comparação por artigo

Decreto nº 3.912 (2001)	Decreto nº 4.887 (2003)
Art. 1: Fundação Cultural Palmares é responsável pelo processo administrativo de identificação e titulação das terras dos quilombos.	Art. 1: Estabelece procedimentos administrativos para a identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras dos quilombos, de acordo com o art. 68 do ADCT.
Art. 2: Início do processo por requerimento da parte interessada, com a possibilidade de início de ofício pela Fundação Cultural Palmares.	Art. 2: Define os remanescentes das comunidades dos quilombos com base em auto-atribuição e trajetória histórica, e considera as terras ocupadas aquelas utilizadas para sua reprodução física, social, econômica e cultural.
Art. 3: Inclui a elaboração de relatório técnico e parecer conclusivo pela Fundação Cultural Palmares.	Art. 3: Atribui ao INCRA a responsabilidade pela identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras, permitindo estabelecer convênios para tais fins.
Art. 4-7: Detalha o processo administrativo incluindo publicações, impugnações e decisões finais.	Art. 4-7: Amplia o envolvimento de outras secretarias e ministérios, detalhando a participação comunitária no processo administrativo e especificando procedimentos de notificação e consulta pública mais detalhados.

Não especificado	Art. 8-22: Inclui novos procedimentos para a participação de outros órgãos federais, estabelece prazos para contestações e respostas, e detalha o tratamento de terras sobrepostas a áreas protegidas ou de interesse da União.
Não especificado	Art. 16-18: Reforça o papel da Fundação Cultural Palmares na assistência jurídica e na preservação do patrimônio cultural.

Fonte: Elaborado pelo autor.

Repare que o Decreto 3912/01 tem menos artigos e tratam de situações mais simplificadas que o Decreto 4887/03. A próxima tabela, dividida em temas, preserva a literalidade das disposições, com foco na técnica legislativa e o conteúdo dos dispositivos. Serão destacados em negrito os conceitos que se diferem em cada Decreto.

Quadro 2 - Comparação por tema, preservando a literalidade das disposições:

Conteúdo dos dispositivos	Decreto nº 3.912 (2001)	Decreto nº 4.887 (2003)
Ementa	Regulamenta as disposições relativas ao processo administrativo para identificação dos remanescentes das comunidades dos quilombos e para o reconhecimento, a delimitação, a demarcação, a titulação e o registro imobiliário das terras por eles ocupadas.	Regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que trata o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.
Preâmbulo	O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso das atribuições que lhe confere o art. 84, inciso IV, da Constituição, e tendo em vista o disposto no art. 14, inciso IV, alínea "c", da Lei no 9.649, de 27 de maio de 1998, e no art. 2o, inciso III e parágrafo único, da Lei no 7.668, de 22 de agosto de 1988,	O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, incisos IV e VI, alínea "a", da Constituição e de acordo com o disposto no art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias,

Conteúdo dos dispositivos	Decreto nº 3.912 (2001)	Decreto nº 4.887 (2003)
Competência e iniciativa do processo administrativo	Art. 1º Compete à Fundação Cultural Palmares - FCP iniciar, dar seguimento e concluir o processo administrativo de identificação dos remanescentes das comunidades dos quilombos, bem como de reconhecimento, delimitação, demarcação, titulação e registro imobiliário das terras por eles ocupadas. Art. 2º O processo administrativo para a identificação dos remanescentes das comunidades dos quilombos e para o reconhecimento, a delimitação, a demarcação, a titulação e o registro imobiliário de suas terras será iniciado por requerimento da parte interessada. § 1º O requerimento deverá ser dirigido ao Presidente da Fundação Cultural Palmares - FCP, que determinará a abertura do processo administrativo respectivo. § 2º Com prévia autorização do Ministro de Estado da Cultura, a Fundação Cultural Palmares - FCP poderá de ofício iniciar o processo administrativo.	Art. 3º Compete ao Ministério do Desenvolvimento Agrário, por meio do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA, a identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas pelos remanescentes das comunidades dos quilombos, sem prejuízo da competência concorrente dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. § 1º O INCRA deverá regulamentar os procedimentos administrativos para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas pelos remanescentes das comunidades dos quilombos, dentro de sessenta dias da publicação deste Decreto. § 3º O procedimento administrativo será iniciado de ofício pelo INCRA ou por requerimento de qualquer interessado.
Definição conceitual de remanescentes das comunidades dos quilombos	Implícito: quilombo histórico do senso comum (escravos fugidos). Tese do Marco Temporal de 1988 e 1888 Art. 1º Parágrafo único. Para efeito do disposto no caput, somente pode ser reconhecida a propriedade sobre terras que: I - eram ocupadas por quilombos em 1888; e II- estavam ocupadas por remanescentes das comunidades	Definição: conceito contemporâneo e antropológico de quilombos Art. 2º Consideram-se remanescentes das comunidades dos quilombos, para os fins deste Decreto, os grupos étnico-raciais, segundo critérios de auto-atribuição, com trajetória histórica própria, dotados de relações territoriais específicas, com presunção de ancestralidade negra relacionada com a

Conteúdo dos dispositivos	Decreto nº 3.912 (2001)	Decreto nº 4.887 (2003)
	dos quilombos em 5 de outubro de 1988.	resistência à opressão histórica sofrida. Vide ADIN nº 3.239
Conceito de territorialidade	Inexistente: concepção tradicional de propriedade civil	Art. 2º § 2º São terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos as utilizadas para a garantia de sua reprodução física, social, econômica e cultural. § 3º Para a medição e demarcação das terras, serão levados em consideração critérios de territorialidade indicados pelos remanescentes das comunidades dos quilombos, sendo facultado à comunidade interessada apresentar as peças técnicas para a instrução procedimental.
Processo Administrativo	Art. 3º Do processo administrativo constará relatório técnico e parecer conclusivo elaborados pela Fundação Cultural Palmares - FCP. § 1º O relatório técnico conterá: I - identificação dos aspectos étnicos, histórico, cultural e sócio-econômico do grupo; II - estudos complementares de natureza cartográfica e ambiental; III - levantamento dos títulos e registros incidentes sobre as terras ocupadas e a respectiva cadeia dominial, perante o cartório de registro de imóveis competente;	Art. 5º Compete ao Ministério da Cultura, por meio da Fundação Cultural Palmares, assistir e acompanhar o Ministério do Desenvolvimento Agrário e o INCRA nas ações de regularização fundiária, para garantir a preservação da identidade cultural dos remanescentes das comunidades dos quilombos, bem como para subsidiar os trabalhos técnicos quando houver contestação ao procedimento de identificação e reconhecimento previsto neste Decreto. Art. 7º O INCRA, após concluir os trabalhos de campo de identificação, delimitação e levantamento ocupacional e

Conteúdo dos dispositivos	Decreto nº 3.912 (2001)	Decreto nº 4.887 (2003)
	IV- delimitação das terras consideradas suscetíveis de reconhecimento e demarcação; V - parecer jurídico. § 4º Após a manifestação dos órgãos relacionados no parágrafo anterior, a Fundação Cultural Palmares - FCP elaborará parecer conclusivo no prazo de noventa dias e o fará publicar, em três dias consecutivos, no Diário Oficial da União e no Diário Oficial da unidade federada onde se localizar a área a ser demarcada, em forma de extrato e com o respectivo memorial descritivo de delimitação das terras.	cartorial, publicará edital por duas vezes consecutivas no Diário Oficial da União e no Diário Oficial da unidade federada onde se localiza a área sob estudo, contendo as seguintes informações: I - denominação do imóvel ocupado pelos remanescentes das comunidades dos quilombos; II - circunscrição judiciária ou administrativa em que está situado o imóvel; III - limites, confrontações e dimensão constantes do memorial descritivo das terras a serem tituladas; e IV - títulos, registros e matrículas eventualmente incidentes sobre as terras consideradas suscetíveis de reconhecimento e demarcação. § 1º A publicação do edital será afixada na sede da prefeitura municipal onde está situado o imóvel. § 2º O INCRA notificará os ocupantes e os confinantes da área delimitada.
Participação das comunidades quilombolas	Inexistente	Art. 6º Fica assegurada aos remanescentes das comunidades dos quilombos a participação em todas as fases do procedimento administrativo, diretamente ou por meio de representantes por eles indicados.
Participação e acompanhamento de outros órgãos e entidades	Art. 3º § 2º As ações mencionadas nos incisos II, III e IV do parágrafo anterior, poderão ser executadas mediante convênio firmado com o Ministério da Defesa, a Secretaria de Patrimônio da União - SPU, o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária	Art. 3º § 2º Para os fins deste Decreto, o INCRA poderá estabelecer convênios, contratos, acordos e instrumentos similares com órgãos da administração pública federal, estadual, municipal, do Distrito Federal, organizações não-governamentais

Conteúdo dos dispositivos	Decreto nº 3.912 (2001)	Decreto nº 4.887 (2003)
	- INCRA e outros órgãos e entidades da Administração Pública Federal ou empresas privadas , de acordo com a natureza das atividades.	e entidades privadas , observada a legislação pertinente.
Tratamento de terras sobrepostas	Não regulamentado	Art. 11. Quando as terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos estiverem sobrepostas às unidades de conservação constituídas , às áreas de segurança nacional , à faixa de fronteira e às terras indígenas , o INCRA, o IBAMA, a Secretaria-Executiva do Conselho de Defesa Nacional, a FUNAI e a Fundação Cultural Palmares tomarão as medidas cabíveis visando garantir a sustentabilidade destas comunidades, conciliando o interesse do Estado.
Cláusula de Desapropriação	Não regulamentado	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. § 1º Para os fins deste Decreto, o INCRA estará autorizado a ingressar no imóvel de propriedade particular, operando as publicações editais do art. 7º efeitos de comunicação prévia. § 2º O INCRA regulamentará as hipóteses suscetíveis de

Conteúdo dos dispositivos	Decreto nº 3.912 (2001)	Decreto nº 4.887 (2003)
		desapropriação, com obrigatória disposição de prévio estudo sobre a autenticidade e legitimidade do título de propriedade, mediante levantamento da cadeia dominial do imóvel até a sua origem. Art. 14. Verificada a presença de ocupantes nas terras dos remanescentes das comunidades dos quilombos, o INCRA acionará os dispositivos administrativos e legais para o reassentamento das famílias de agricultores pertencentes à clientela da reforma agrária ou a indenização das benfeitorias de boa-fé, quando couber.
Natureza Jurídica dos títulos de Propriedade Quilombola	Implicito: título de propriedade privada individual	Nova natureza jurídica do título de propriedade com nova modalidade de aquisição originária: Art. 17. A titulação prevista neste Decreto será reconhecida e registrada mediante outorga de título coletivo e pró-indiviso às comunidades a que se refere o art. 2º, caput, com obrigatória inserção de cláusula de inalienabilidade, imprescritibilidade e de impenhorabilidade. Art. 22. A expedição do título e o registro cadastral a ser procedido pelo INCRA far-se-ão sem ônus de qualquer espécie, independentemente do tamanho da área. Parágrafo único. O INCRA realizará o registro cadastral dos imóveis titulados em favor dos remanescentes das comunidades dos quilombos em formulários específicos que respeitem suas características econômicas e culturais.

Conteúdo dos dispositivos	Decreto nº 3.912 (2001)	Decreto nº 4.887 (2003)
Cláusula de Governança (Política Pública)	Nenhuma	Art. 19. Fica instituído o Comitê Gestor para elaborar, no prazo de noventa dias, plano de etnodesenvolvimento, destinado aos remanescentes das comunidades dos quilombos , integrado por um representante de cada órgão a seguir indicado: I - Casa Civil da Presidência da República; II - Ministérios: a) da Justiça; b) da Educação; c) do Trabalho e Emprego; d) da Saúde; e) do Planejamento, Orçamento e Gestão; f) das Comunicações; g) da Defesa; h) da Integração Nacional; i) da Cultura; j) do Meio Ambiente; k) do Desenvolvimento Agrário; l) da Assistência Social; m) do Esporte; n) da Previdência Social; o) do Turismo; p) das Cidades; III - do Gabinete do Ministro de Estado Extraordinário de Segurança Alimentar e Combate à Fome; IV - Secretarias Especiais da Presidência da República: a) de Políticas de Promoção da Igualdade Racial; b) de Aquicultura e Pesca; e c) dos Direitos Humanos.
Cláusula de revogação	1ª Decreto Normativo a tratar do tema Brasília, 10 de setembro de 2001; 180º da Independência e 113º da República.	Art. 25. Revoga-se o Decreto nº 3.912, de 10 de setembro de 2001. Brasília, 20 de novembro de 2003 ; 182º da Independência e 115º da República.

Fonte: Elaborado pelo autor.

Vejamos alguns detalhes que definem ambos os atos normativos que são possíveis de visualização na comparação literal dos conceitos do texto. Primeiramente, existe uma diferença na ementa. O Decreto 3912/01 regulamenta as disposições relativas ao processo administrativo de titulação, referindo-se à um conceito menos abrangente que o do 4887/03 que trata de todo

procedimento (e não apenas do processo administrativo) de identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação, referindo-se diretamente ao art. 68 da ADCT.

No preâmbulo, o Decreto 3912/01 dispõe sobre a Lei que disciplina as atribuições da FCP, enquanto o Decreto 4887/03 as disposições do preâmbulo referem-se além das competências do Presidente da República dada pela Constituição, quando mencionados outros dispositivos além do art. 84 inciso IV e VI (incluído por Emenda Constitucional), refere-se à regulamentação de dispositivo legal (art. 68 da ADCT).

Quanto à competência, no Decreto 3912/01 está centralizada na FCP. Cujo requerimento e abertura do processo administrativo depende de autorização do Ministro de Estado da Cultura, subordinado ao Presidente. No Decreto 4887/03, o requerimento feito pelo interessado será feito mediante ato normativo a ser disciplinado pelo INCRA, não dependendo da autorização do Presidente, podendo as comunidades participarem de todas as fases, o que não ocorre na norma antecedente.

Quanto à definição dos remanescentes das comunidades dos quilombos, resta um conceito implícito do senso comum, criando um marco temporal de 1988 e desde a abolição de 1888, restando em um processo quase impossível de ser realizado, e limitado para um número restrito de comunidades por razões que já trabalhamos. O Decreto 4887/03 cria um conceito abrangente e adequado à realidade as comunidades quilombolas, cuja presunção de ancestralidade negra e responsabilidade do INCRA em elaborar documentos técnicos e antropológicos trazem o papel do Estado em reparar a perseguição histórica sofrida pelas comunidades. A apresentação de documentos técnicos probatórios é uma faculdade da comunidade, prevalecendo a autoatribuição.

Com relação à participação de outros órgãos, o Decreto 4887/03 é muito mais abrangente, inclusive interfederativo, enquanto o 3912/01 indica o Ministério da Defesa que guarda pouca compatibilidade com a causa quilombola e indica a participação de empresas privadas, não mencionando associações. O Decreto 3912/01 também não fala sobre terras sobrepostas nem cláusulas de desapropriação, prejudicando o conflito de interesses sobre as comunidades, diferente do que fez o Decreto 4887/03.

Assim, não é definida a natureza jurídica do título de propriedade quilombola, diferente do Decreto 4887/03 que considera a territorialidade. Além disso, este estabeleceu um grupo de trabalho e governança, a fim de produzir política pública.

Por fim, sobre as razões do veto do PLS 129/1995 é interessante observar que um dos argumentos foi a existência do Decreto 3912/01 pois ele seria autoaplicável à regulamentação do art. 68 da ADCT. Porém, com a edição do Decreto 44887/03 um dos argumentos pela a sua inconstitucionalidade seria justamente o seu caráter não autoaplicável, necessitando de reserva legal. Na entrevista do Anexo I este aspecto é discutido enquanto estratégia de restrições de direitos através da mesma argumentação revertida para restringir o alcance das comunidades quilombolas à preservação de suas terras.

Estes foram os principais aspectos comparativos entre ambos os Decretos que serão importantes para refletir sobre a jurisdição constitucional decorrente. Diferente do Decreto 3912/01, o Decreto 4887/03 sofreu uma ação direta de inconstitucionalidade, de nº 3239 justamente por institucionalizar conceitos jurídicos de interesse do movimento quilombola.

CAPÍTULO IV – PARADIGMAS EM DISPUTA NA ADI 3239/03

O Decreto 4887 foi assinado e publicado pelo Presidente da República no dia 20 de novembro de 2003, mas no dia 24 de junho de 2004 (7 meses depois) foi impetrada pelo Partido da Frente Liberal - PFL (antigo Democratas e atual União Brasil) uma Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 3239 no Supremo Tribunal Federal pedindo a nulidade do ato normativo com pedido cautelar, argumentando inconstitucionalidade formal e material, sendo a ação distribuída no dia 25/06/2004 à relatoria do Ministro Cezar Peluso.

O processo foi julgado no dia 08/02/2018 e publicado no dia 01/02/2019, ou seja, foram quase 14 anos de intenso debate em uma verdadeira guerra jurídica⁴³. A análise do caso é representativa para compreender como um caso julgado no STF exerce tamanha repercussão social, assim como a corte é influenciada por diversos atores interessados que podem peticionar e apresentar sustentação oral como *amicus curiae*, revelando-se diretamente a relação entre direito e política.

O STF quando julga a ADI 3239 precisa interpretar os problemas jurídicos fundamentais que envolvem o conflito de concepções referente à propriedade quilombola. A corte precisa decidir se é constitucional o novo regime jurídico da propriedade quilombola e principalmente se o *processo legislativo atípico* foi o instrumento legítimo para tal. Ademais, a natureza jurídica da propriedade quilombola requer uma interpretação diferenciada que precisa compreender a realidade quilombola baseada na resistência histórica. Por fim, o conceito de remanescente das comunidades dos quilombos foi questionado, inclusive em consideração à tese do marco temporal.

Compreendendo a atuação do STF na interpretação dos conceitos produzidos no *processo legislativo atípico* do Decreto 4887/03 e sua conformidade com o disposto na Constituição da República, demonstra a atuação destes titulares de funções públicas na concretização do direito constitucional (Müller, 1999). Tais conceitos e interpretações

⁴³ Entende-se como guerra jurídica a transformação de uma luta política para o campo do Direito em uma ou várias litigâncias. No caso quilombola, a resistência histórica foi transferida também para o Direito, na medida em que a luta por reconhecimento das suas pautas e consequente busca por legitimidade, necessitou de uma atuação também no sistema de justiça e nos tribunais. No caso em tela, não bastava uma movimentação social (apesar de extremamente necessária), era necessário também o convencimento dos titulares de funções públicas do STF, e para isso, eram necessários mobilizar argumentos de ordem não apenas política, mas também jurídica. O grande entreve era justamente a tradição do direito civil, que estava por trás da discussão sobre a constitucionalidade do Decreto 4887/03. Por isso que a Exposição de Motivos do Decreto 4887/03 foi um documento extremamente importante, porque antes da ação, já havia sido construída uma sólida argumentação jurídica para a sustentação constitucional do Decreto.

desenvolvidas na jurisdição constitucional fazem parte do processo de construção do direito quilombola considerando os sentidos construídos sobre estes conceitos (Koselleck, 1992), no qual a extração destes significados contribuem tanto para a história do constitucionalismo como nos significados referente aos direitos quilombolas e ao próprio sistema jurídico constitucional como um todo, na medida que a demanda quilombola se relaciona com concepções e teorias desenvolvidas pela ciência e prática jurídica ao longo da História.

4.1 DIREITO E POLÍTICA NA CORTE CONSTITUCIONAL

O controle de constitucionalidade é de extrema importância, pois preserva a supremacia constitucional ao garantir que os decretos estejam em conformidade com as normas fundamentais. O STF reforça o princípio da separação dos poderes, evitando que o Executivo atue de forma arbitrária em extrapolar os limites legislativos excepcionais. Além disso, ao julgar a inconstitucionalidade de decretos, o STF exerce o papel de legislador negativo, ou seja, anula decretos que violam a Constituição sem, contudo, criar leis. Esse papel é fundamental para assegurar que o poder executivo não abuse de seu poder regulamentar ou legislativo atípico, mantendo a harmonia entre as leis infraconstitucionais e a Constituição. O controle concentrado desses atos normativos garante que os decretos não ultrapassem seus limites constitucionais, preservando a ordem jurídica e a segurança constitucional (Taborda, 2014, p. 70-72).

O controle abstrato de constitucionalidade também reconstrói uma forma de interpretação relacionado àquele direito, servindo de cláusula geral para outros casos relacionados nos tribunais de diferentes graus de jurisdição. Essa atividade acaba possuindo relação direta com a política, na medida em que versa sobre regime jurídico, valores constitucionais, perspectivas sociais e históricas, ultrapassando uma dimensão lógica binária do direito, mas interpretando sobre aspectos sensíveis que precisam de um olhar conectado socialmente, na medida em que tal decisão possui repercussão geral e interpretação abstrata dos dispositivos normativos, impacta a sociedade, se aproximando da política.

Por esta razão que este caso necessitou da atuação de atores sociais, que pela utilização dos mecanismos judiciais conseguiram diversificar o olhar jurídico dos julgadores, normalmente alheios à realidade das comunidades quilombolas, por isso que a atuação dos *amici curiae* foram fundamentais ao caso. A análise da ADI 3239 e a observação da influência dos *amici curiae* na decisão dos ministros é estratégica para analisar a relação entre direito e

política, já que aqueles acabam sendo atores processuais e passam por uma avaliação discricionária do relator do caso, não sendo ato vinculado.

Marcelo Neves (2007) ao fazer uma complexa descrição da autonomia do direito frente a autonomia da política no Estado de Direito, considera que o sistema jurídico obedece a uma lógica binária entre o “controle do código-diferença”, lícito x ilícito, enquanto a política obedece a lógica do poder e o não poder. Porém, para a autonomia do direito é necessária a lógica do poder, enquanto que para que o poder se fundamente no Estado de Direito frente à caótica influência de interesses, é necessário também o estabelecimento de procedimentos lícitos e ilícitos para garantir validade ao sistema político (Neves, 2007).

O autor também classifica o direito como sistema “normativamente fechado, mas cognitivamente aberto” (Neves, 2007, p. 81), sendo aberto a partir de seus próprios critérios para fatores ambientais externos, como é possível observar a inclusão de *amici curiae* que apesar de haver uma fundamentação legal, é limitada à vontade do relator, sendo uma influência controlável.

A partir destas considerações, observa-se que a adoção de argumentos apresentados pelos *amici curiae* servem de fundamento para a legitimidade da decisão judicial, revelando um aspecto semelhante do sistema político, mas que ao mesmo tempo valide a decisão jurídica, tratando-se de um relacionamento específico entre ambos os sistemas:

A circularidade resulta em prestações recíprocas entre os dois sistemas: assim como o direito normatiza procedimentos eleitorais e parlamentares, regula organizações partidárias e estabelece competências e responsabilidades jurídicas dos agentes políticos, a política decide legislativamente sobre a entrada de novas estruturas normativas no sistema jurídico. Mas a circularidade típica do Estado de Direito significa sobretudo uma acentuada interpenetração entre os sistemas jurídico e político: o direito põe a sua própria complexidade à disposição da autoconstrução do sistema político e vice-versa (NEVES, 2007, p 92).

A partir desta introdução sobre a autonomia do direito perante a política e a relação entre ambos proposta por Marcelo Neves (2007), torna-se necessário pensar sobre o papel da Suprema Corte em decidir sobre controvérsias de ordem política em uma democracia, principalmente em um contexto de pluralismo ideológico no qual os próprios atores políticos convidam a corte constitucional para decidir sobre questões de relevância tanto no campo institucional como no efeito sobre as políticas públicas.

Robert Dahl (2009) analisa a corte suprema dos Estados Unidos, que ressalvadas as diferenças à corte brasileira podem ser comparadas com referência à sua função em uma

democracia. Primeiramente, Dahl considera a suprema corte enquanto instituição política já que os problemas que são levados para a corte constitucional referem-se a controvérsias não resolvidas no poder legislativo ou no executivo, envolvendo não raramente políticas públicas, restando por vezes à cúpula do judiciário conferir legitimidade às ações deliberadas pelos órgãos típicos do sistema político a partir de uma linguagem jurídica⁴⁴ (Dahl, 2009).

Se a Suprema Corte fosse assumidamente considerada uma instituição “política”, determinados problemas não surgiriam porque entenderíamos que os membros dela resolveriam questões de fato e de valor por meio da introdução de hipóteses originadas a partir de suas próprias predisposições ou das predisposições de clientes e eleitores. Porém, tendo em vista que boa parte da legitimidade das decisões tomadas pela Suprema Corte reside na ficção de que ela não é uma instituição política, mas sim exclusivamente jurídica, a aceitação da Suprema Corte como uma instituição política resolveria uma série de problemas à custa do surgimento de outros. No entanto, se for verdade que a natureza dos casos trazidos à Suprema Corte é a mesma descrita, a Suprema Corte não poderá atuar estritamente como uma instituição jurídica. Ela deverá escolher entre as alternativas controversas da política pública recorrendo a pelo menos alguns critérios de aceitabilidade sobre as questões de fato e de valor que não se encontram ou não podem ser deduzidas a partir da jurisprudência, das leis e da Constituição. Nesse sentido, a Suprema Corte é uma instituição formuladora de políticas nacionais e é essa função que dá ensejo ao problema da existência da Suprema Corte em um sistema político comumente considerado democrático (Dahl, 2009, p. 27).

A partir da consideração que a corte constitucional tem um papel político e utiliza a linguagem jurídica a fim de conferir legitimidade à suas decisões (Dahl, 2009) frente a um sistema político dotado de autonomia frente à ambos os sistemas (Neves, 2007), é importante pensar também como tem se dado os julgamentos das ações de constitucionalidade para refletir o papel da ADI 3239 frente a um contexto maior de intervenção do Supremo Tribunal Federal na análise de julgamento das leis.

Fabiana Oliveira (2016) faz uma avaliação da agenda decisória do STF perante as decisões no controle concentrado de constitucionalidade entre os anos de 1988 e 2014, e constatou que das 2.712 ações julgadas em definitivo, há um predomínio do julgamento de questões relacionadas ao funcionalismo público (40% das ações), 15% relacionadas à administração pública e apenas 14% relacionadas à temas da sociedade civil que envolve direitos de minorias que é o que nos interessa neste artigo. Ou seja, mais da metade das ações (55%) dizem respeito a questões relacionadas à burocracia estatal e pouco resta daquilo

⁴⁴ “Ao determinar e avaliar a função da Suprema Corte, dois critérios diferentes e conflitantes são empregados. Esses critérios são: o da maioria e o do direito ou justiça” (Dahl, 2009, p. 28).

referente à direitos fundamentais como uma corte constitucional geralmente é imaginada para resolver.

O stf tem, sim, permitido em alguma medida a incorporação de vozes minoritárias no processo político, mas seu papel predominante foi o de propiciar aos governos, às associações de classe e às próprias instituições de justiça (sobretudo via Procuradoria-Geral da República) um espaço privilegiado de interferência na implementação de políticas públicas ligadas à regulação das burocracias do Estado e suas prerrogativas (Oliveira, 2016, p. 129).

Deste valor mínimo relacionados à sociedade civil, em sua maioria, trata-se de questões trabalhistas que considerada sua importância, supera significativamente questões relacionadas aos povos e comunidades tradicionais, sendo a ADI 3239 um julgamento inédito no que se refere aos direitos de comunidades quilombolas, também se considerar a novidade do tema em matéria constitucional pois até a Constituição de 1988, as comunidades quilombolas eram perseguidas pelo Estado do ponto de vista legal (Gomes, 2021). Porém, mesmo se tratando de valor minoritário em termos de ações de constitucionalidade, representa um valor qualitativo imensurável, já que até o julgamento da ADI 3239, pouco havia de jurisprudência referente à direitos étnicos no Brasil (Camerini, 2012) especialmente em conflito com o consagrado direito de propriedade.

Além dos *amici curiae*, destaca-se novamente o papel dos movimentos sociais, na medida em que a compressão do fenômeno a ser julgado pela corte constitucional também depende da compreensão da sociedade sobre a matéria, principalmente parcela dela que está inserida em um contexto político. Desta maneira, os movimentos sociais assumem um papel de convencimento social, exercendo também uma influência centrípeta, especialmente quando são articulados em âmbito nacional.

Neste modo é importante destacar o papel da CONAQ que exerceu importante contribuição na elaboração do Decreto 4887/03 e na mobilização de outros movimentos quilombolas de âmbito local em correlação ao acompanhamento da tramitação do processo em Brasília.

A Carta Aberta da CONAQ (2015), assinada por 64 entidades, incluindo desde comunidades quilombolas, sindicatos e até universidades, foi dirigida aos Ministros do STF revela este espírito, demonstrando uma retroalimentação entre as demandas das comunidades com as movimentações institucionais, e vice-versa, exercendo papel relevante no processo de disputa política e legitimação de direitos no âmbito nacional:

A CONAQ esteve presente em praticamente todos os momentos em que se discutiu a vida dos quilombos nas últimas décadas, seja junto a outros movimentos sociais ou órgãos governamentais, inclusive na construção do decreto 4887/03, já em sua adolescência, é pra nós um filho que marca a nossa história, pois define com clareza os procedimentos para a regularização dos territórios em questão e institui pela primeira vez no país, uma política de Estado voltada especificamente para as comunidades quilombolas, que nada mais é do que a previsão de um conjunto de medidas “coordenadas” para promover dignidade e qualidade de vida para o povo quilombola.

Todavia, na medida em que o país avança com ele grupos excluídos asseguram direitos, concomitantemente, grupos reacionários emergem da obscuridade. O modelo de desenvolvimento econômico do país pautado na produção de commodities para exportação força a expansão da fronteira agrícola, consequentemente amplia a grilagem no campo, tornando a vida nesse espaço muito mais tensa e insegura e colocando as comunidades tradicionais muito mais expostas às várias formas de violência impostas por um conjunto de forças conservadoras articuladas entre si, representadas majoritariamente pelo agronegócio e seus interesses.

Essa violência vai desde o enfrentamento às armas dos jagunços e milícias ao conservadorismo dos tribunais Brasil afora, onde a todo instante nossos direitos estão sendo violados e nossos parentes violentados.

Nesse histórico dia 19 de março de 2015 a suprema corte do nosso judiciário tem a oportunidade de avançar na luta por reparação ao julgar constitucional em sua integralidade o decreto 4887/03, portanto, improcedente a ADI 3239/04, ação direta de inconstitucionalidade impetrada pelo DEM (Partido Democratas, ex-PFL – Partido da Frente Liberal, representação clássica da direita brasileira) e é isso que em nossa defesa incondicional ao decreto, esperamos das Senhoras Ministras e dos Senhores Ministros do STF – Supremo Tribunal Federal.

“Terra titulada liberdade conquistada e nenhum direito a menos”. (CONAQ, 2015, p. 1 e 2)

Ademais, a entrevista do Anexo I revela outros aspectos da participação da CONAQ na tramitação da ADI 3239, revelando as dificuldades nesta articulação nacional assim como as barreiras de acesso à suprema corte, assim como outras frentes contra os quilombos que tramitavam paralelamente no Congresso Nacional, demonstrando mais uma vez o papel da resistência histórica neste processo.

Por fim, tal contextualização foi necessária para pensar no impacto e importância qualitativa do julgamento ADI 3239 no campo constitucional brasileiro e entender a importância da participação dos movimentos sociais e *amici curiae*, pois tratou-se de tema inédito na agência do STF e, portanto, o julgamento demandou uma legitimidade adicional.

Dentro da relação entre direito e política, é importante considerar a existência de interesses políticos econômicos complexos na decisão, com o regime jurídico das terras e propriedade quilombolas, interesses de latifundiários detentores de importante influência no

Congresso Nacional, mas também o papel do STF, assim como a atuação dos movimentos sociais também foram importantes para observar a autonomia do Direito frente à complexidades de interesses envolvidos, enquanto que a atuação dos *amici curiae* pode revelá-los.

4.2 OS *AMICI CURIAE* E OUTROS SUJEITOS DO CASO

Os *amici curiae*, conhecidos como amigos da corte, são aqueles sujeitos que não estão inseridos na relação processual, mas apresentam argumentos capazes de influenciar a decisão dos juízes como forma de qualificar o debate processual quando autorizados pelo relator do processo.

Com o advento da Lei n. 9.868/99 que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, no artigo 7º § 2º, o relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir a manifestação de outros órgãos ou entidades.

A partir da análise do processo, foram 24 *amicus curiae* indicados na ementa. Porém não foram apenas estes os interessados e tampouco todos foram elencados na decisão final.

Ao analisar o inteiro teor do acórdão, foi possível observar que houveram dezenas de pedidos, por diversas organizações do país, muitas delas pedindo a elaboração de uma audiência pública. Foi possível observar o ineditismo do caso, evidenciando a demanda quilombola como uma demanda reprimida que pela primeira vez acessou o Supremo Tribunal Federal. Nesta discussão, foi possível perceber o número de associações legalizadas e com atuação jurídica, fazendo crer que a demanda de legalização na medida em que foram conferidos direitos, construiu um processo de desenvolvimento institucional das comunidades para acessar a comunicação estatal.

No processo foi perceptível a análise de que a partir daquele momento, revelou-se uma “guerra jurídica”, no qual as demandas políticas foram transformadas em argumentações jurídicas e pressão sobre os magistrados afim de fazê-los conhecer a realidade e as demandas quilombolas.

O STF também exerce uma função política legítima, que impacta na disciplina organizacional dos poderes nos termos da Constituição. Da rigidez dos direitos fundamentais e

proteção das minorias também revela a relação entre direito e política nos julgados do Supremo, o que é visível também no neste caso.

De fato, o Supremo Tribunal Federal encontra seu fundamento maior na Constituição Federal, cuja legitimidade se presume. É a própria Constituição que estabelece o Supremo Tribunal Federal como um dos órgãos do Poder Judiciário, nos termos do que dispõe seu art. 92, inciso I. Trata-se, portanto, de uma legitimidade decorrente do fato do Tribunal ter sido criado pelo Poder Constituinte originário.

Além disso, o exercício de função política pelo Supremo Tribunal Federal é cumprimento ao princípio da separação de poderes, pois a Corte, ao determinar o alcance de regras constitucionais a respeito da organização dos poderes e das competências de cada um, contribui para que o arranjo institucional seja aquele buscado pelo constituinte.

O Supremo Tribunal Federal também adquire legitimidade pelo fato de ser vocacionado à defesa das minorias, que é tão importante para a democracia quanto o respeito ao princípio majoritário. (Paixão, 2007, p. 229).

A ADI 3239, em especial, trata de um tema inédito na história do Supremo que é sobre direitos de povos remanescentes de quilombos. Uma vez que os amigos da corte foram admitidos, tiveram suas teses apropriadas pelos julgadores, aparecem como atores políticos e processuais.

A ementa do processo inclui a participação de diversos *amicus curiae*, que foram o Instituto Pro Bono, Conectas Direitos Humanos, Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP), Centro pelo Direito à Moradia contra Despejos (COHERE), Centro de Justiça Global, Instituto Socioambiental (ISA), Instituto de Estudos, Formação e Assessoria em Políticas Sociais (POLIS), Terra de Direitos, Federação dos Trabalhadores na Agricultura do Estado do Pará (FETAGRI-PARÁ), Estado do Pará, Estado de Santa Catarina, Confederação Nacional da Agricultura e Pecuária do Brasil (CNA), Confederação Nacional da Indústria, Associação Brasileira de Celulose e Papel (BRACELPA), Sociedade Rural Brasileira, Centro de Assessoria Jurídica Popular Mariana Criola, Koinonia Presença Ecumênica e Serviço, Associação dos Quilombos Unidos do Barro Preto e Indaiá, Associação de Moradores Quilombolas de Santana (Quilombo de Santana), Coordenação das Comunidades Negras Rurais Quilombolas de Mato Grosso do Sul, Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA), Estado do Paraná, Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), Instituto de Advocacia Racial e Ambiental (IARA), e Clube Palmares de Volta Redonda (CPVR). Além desses, diversos outros pedidos foram impetrados no curso do processo.

Esses diversos atores, instituições e órgãos ofereceram contribuições importantes no julgamento, cada um trazendo suas perspectivas jurídicas e constitucionais para o debate que exerceram evidente influência no julgamento. A audiência pública não foi autorizada pelo relator, mas os argumentos se deram principalmente na necessidade de o STF compreender a realidade antropológica das comunidades quilombolas como condição essencial para o julgamento. O que é interessante é que as audiências públicas são instrumentos normalmente utilizados pelas casas legislativas no processo legislativo regular, sendo regimental a sua regulamentação, refletindo como a participação democrática não está restrita apenas no âmbito do Congresso Nacional e como a jurisdição constitucional opera na interseção entre o Direito e a Política, incorporando instrumentos de ambos os sistemas.

Foram mencionados expressamente pelos ministros no acórdão o Instituto Pro Bono, Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP), Instituto Socioambiental, a Confederação Nacional da Agricultura e Pecuária do Brasil (CNA), Confederação Nacional da Indústria, o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária- INCRA (Brasil, 2018).

O primeiro ministro a mencionar os *amicus curiae* foi o relator do caso, o Ministro Cesar Peluso. O ministro menciona os amigos da corte primeiramente ao informar aqueles que foram admitidos (Brasil, 2019, p. 13) e, posteriormente, para justificar a não adoção de audiência pública ao caso, apesar das dezenas de pedidos (Brasil, 2018, p. 20).

O relator Cesar Peluso que proferiu seu voto no ano de 2012 fundamentando seu argumento no manifesto da Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil - CNA que é uma entidade sindical patronal que representa os interesses dos produtores rurais comerciais no Brasil ⁴⁵. Outro amigo da corte mencionado pelo relator em sua argumentação favorável à procedência da ADI 3239 foi a Confederação Nacional da Indústria que representa o interesse do setor industrial no Brasil⁴⁶. O ministro aproveitou o argumento das duas confederações para justificar a procedência da ação devido a suposta usurpação de competência do Executivo federal em regulamentar matéria constitucional (art. 68) por via de Decreto, pois segundo ele, não se tratava de norma de eficácia plena e imediata e que os conceitos da antropologia trazidos na corte eram conceitos “meta jurídicos”:

Quero inicialmente colocar-me ao lado da ponderação sempre lúcida do ex-Ministro CARLOS VELLOSO, que emitiu parecer acostado à manifestação do *amicus curiae*

⁴⁵ Mais informações em: <https://www.cnabrazil.org.br/cna/institucional-cna> .

⁴⁶ Mais informações em: <https://www.portaldaindustria.com.br/cni/institucional/> .

Confederação Nacional da Indústria – CNI e que está vazado nestes termos: (Brasil, 2019, p. 32) - Voto Cesar Peluso.

O relator menciona outro amigo da corte, mas para criticá-lo, no caso o Instituto Pro Bono, que é uma instituição que busca promover a ampliação do acesso à justiça por meio da advocacia pro bono⁴⁷. A divergência diz respeito à modalidade de desapropriação que o Decreto 4887/03 estabelece, que diverge do entendimento do ministro.

Não colhe, portanto, o argumento do INSTITUTO PRO BONO (fls.17 do Anexo juntado por linha), de que a desapropriação prevista no Decreto 4.887/03 é de interesse social e tem suporte constitucional no art. 216, § 1º, do texto maior, que prescreve: (Brasil, 2018, p. 61).

Os amigos da corte aparecem novamente no voto do ministro Edson Fachin que votou contra a ADI 3239, porém é uma menção mais geral sobre a atuação, principalmente se considerar que houve sustentação oral em plenário e atuação de movimentos sociais entre estes atores.

Deduzo, ademais, também inexistir autorização constitucional à desconsideração da corência de situações de esbulho, violências, desocupações forçadas, que, notoriamente, como se depreende do conjunto de relatos juntados pelo amici curiae no feito, acometeram as comunidades quilombolas ao longo de todos esses anos, uma vez que nem a posse e nem o domínio das terras estava albergada pelo ordenamento jurídico” (Brasil, 2018, p.-29).

O ministro coloca como fundamento do seu voto fatores sociais e históricos relacionados com a matéria quilombola, principalmente se considerar os aspectos de vulnerabilidade social e econômica que envolve a matéria. Considerando a classe de juízes como uma classe de elite na sociedade, o contraste apresentado pelos amigos da corte parece ser importante no livre convencimento à matéria.

O terceiro ministro a mencionar os amigos da corte foi o ministro Dias Toffoli, ao mencionar memorial do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA) em matéria relevante ao caso, pois um dos argumentos contrários ao Decreto 4887 diz respeito a autoidentificação das comunidades quilombolas, porém no Decreto há menção ao procedimento de heteroidentificação pelo Instituto competente para elaboração dos títulos: “No sentido de afastar a alegada inconstitucionalidade, utilizo-me dos esclarecimentos trazidos em memorial pela AGU e pelo INCRA” (Brasil, 2018, p. 27). Importante refletir que, o INCRA é a entidade

⁴⁷ Mais informações em: <https://probono.org.br/sobre-nos/> .

responsável pelo processo de titulação das terras quilombolas e mesmo enquanto órgão estatal, ingressou enquanto *amicus curiae*.

Em seguida, o ministro Luiz Fux evoca o argumento do Instituto Pro Bono, entidade sem fins lucrativos voltadas para o ensino científico para inovação do direito público⁴⁸ na discussão do conceito de territorialidade que diverge do sentido civil do direito de propriedade privada, sendo uma questão relevante na discussão sobre a inconstitucionalidade material do Decreto: “Calha mencionar estudo coordenado por Carlos Ari Sundfeld, patrocinado pela Sociedade Brasileira de Direito Público, em que se destacou a importância da territorialidade quilombola para fins de interpretação do art. 68 do ADCT” (Brasil, 2018, p. 318).

Por fim, há um ator que não é um *amicus curiae*, mas que exerce importante influência na decisão que é a Procuradoria Geral da República, que opinou pela improcedência da ação e foi mencionada pelo menos 18 vezes por vários ministros. Na leitura de Guilherme Arantes (2002), o Ministério Público tem se apresentado como importante ator político e tem crescido suas atribuições desde o período ditatorial até a abertura democrática, sendo um ator de relevância principalmente no que tange a ações constitucionais.

O parecer da PGR aparece em quase todos os votos e este ator se manifestou contrário a ADI 3239 a respeito da improcedência da ação:

A Procuradoria-Geral da República acompanha a manifestação da Advocacia-Geral da União, como se depreende da ementa do parecer:

“Ação Direta de Inconstitucionalidade em face do Decreto nº. 4.887/2003, que regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que trata o art. 68 do ADCT.

Decreto que regulamenta o art. 14, IV, “c”, da Lei nº. 9.649/98 e o art. 2º, III e § único da Lei nº. 7.668/88. Inexistência de inconstitucionalidade formal. Necessidade de realização de desapropriação. Critério da auto-atribuição para identificação das comunidades quilombolas e das terras a eles pertencentes.

Estudos antropológicos atestam a adequação desse critério.
Parecer pela improcedência da ação” (Brasil, 2018, p. 3454).

Constata-se que atores públicos exerceram influência significativa, incluindo não apenas a PGR, mas também o INCRA, a Fundação Cultural Palmares e também órgãos estaduais que ingressaram na condição de *amici curiae*, correspondendo com a tese colocada

⁴⁸ Mais informações em <https://sbdp.org.br/>.

por Fabiana Oliveira (2016) sobre a influência de atores políticos nos processos judiciais, especialmente na corte constitucional.

Ademais, é possível constatar principalmente a influência dos amigos da corte, alguns dos quais representavam os movimentos sociais, outros enquanto órgãos públicos e também associações de classe, que assumiram papel fundamental na pressão social e política sobre a decisão, especialmente na discussão sobre as características sociais e antropológicas enquanto elementos importantes no julgamento do Direito Quilombola. Isto teve como resultado, uma redefinição da própria forma de interpretação hermenêutica do STF, inaugurando uma interpretação antropológica construída pela resistência histórica e manifestada a partir da atuação dos titulares de funções públicas, manifestadas na decisão da ADI 3239.

4.3 QUESTÕES INTERPRETATIVAS E PARADIGMÁTICAS

Questões relevantes foram apresentadas na discussão sobre a constitucionalidade do Decreto, como o regime jurídico da propriedade quilombola, assim como qual tipo de interpretação deveria ser adotado ao caso, assim como as atribuições e relações entre os poderes. Foram decididas questões referentes à interpretação do conceito de propriedade, o marco temporal, o direito subjetivo dos quilombolas interessados na titulação de suas terras, assim como qual supostamente deveria ser a extensão do território quilombola nos próximos anos. À vista disso, a decisão considerou nos seus próprios fundamentos questões políticas sensíveis que não poderiam ser ignoradas.

Na concepção de Manuel Atienza (2018, p. 431 a 439) com base em MacCormick⁴⁹ ao analisar a tipologia de casos difíceis, existem duas premissas de problemas jurídicos, uma normativa e outra fática. Cada qual, decorrem dois problemas. Na normativa os problemas de interpretação e de relevância, enquanto que na fática os problemas de prova e qualificação.

Os problemas de interpretação ocorrem quando não há dúvida sobre qual norma deve ser aplicada, mas como deve ser entendida. Já os problemas de relevância ocorrem quando existe dúvida se há ou qual norma deve ser aplicada. Os problemas de prova dizem respeito à autoria ou materialidade do fato. E por fim, os problemas de qualificação indicam dúvidas sobre fatos secundários, relacionados à subsunção da norma ao caso (Atienza, 2018, p. 432).

⁴⁹ MacCormick, Neil (1978), *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford.

Relacionando tal doutrina com o caso quilombola diz respeito à problemas relacionados a premissas interpretativas, principalmente problemas de interpretação e relevância quando avaliados em um olhar estritamente gramatical. Neste sentido, os argumentos podem ser extraídos para compreender os diferentes posicionamentos.

Ocorre que em um plano mais profundo, existe também um problema referente à perspectivas constitucionais em disputa, que diz respeito não apenas sobre a escolha das normas a serem aplicadas ao caso, mas na própria ressignificação de conceitos jurídicos consolidados quando contrapostos a perspectivas sociais que atravessaram processos históricos de disputa política e jurídica.

Entende-se também, que estava em discussão modelos de constitucionalismos, debatidos e construídos por diversos atores inter ou intra processuais, incluindo entes públicos, movimentos sociais, partidos políticos, empresas, organizações da sociedade civil, acadêmicos, juristas e advogados.

O julgamento foi concluído a partir de 3 posicionamentos: 1 voto do Ministro Relator Cezar Peluso pela procedência da ADI, 2 votos procedentes com ressalvas, dos ministros Dias Toffoli e Gilmar Mendes rejeitando as inconstitucionalidades formais e materiais do decreto e destacando a tese do marco temporal e por fim, os votos dos ministros Luiz Fux, Rosa Weber, Luís Roberto Barroso, Celso de Mello, Carmen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio e Edson Fachin votaram pela improcedência da ação.

Pela primeira vez, os povos quilombolas consagraram perante a corte constitucional brasileira um modo de interpretação próprio que ultrapassou o debate entre legalidade/ilegalidade, mas deu luz à própria forma de constituição semântica, contrastando também um modelo hegemônico e outro contra hegemônico ou insurgente (Queiroz, 2021) e (Camerini, 2012).

O julgamento da ADI 3239 representou o resultado de um processo secular de luta por direitos e construção de um direito constitucional condizente com a realidade social e simbólica da relação entre direito, território, propriedade e a cosmovisão específica das comunidades quilombolas que demanda um modo de interpretação adequado à tais realidades, com o intuito de evitar o risco de reproduzir paradigmas de exclusão historicamente construídos.

A decisão da ADI 3239 é importante e significativa porque é capaz de revelar a partir da justificação dos votos dos ministros a evocação de uma série de dispositivos jurídicos que demonstram não apenas a elaboração de conceitos constitucionais, mas adaptada ao contexto e

cosmovisão na perspectiva quilombola acerca da matéria jurídica, que demonstram modelos de constitucionalismo em debate.

O voto pela procedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3.239, proferido pelo Ministro Cezar Peluso tem como principal argumento a alegação de que o Decreto 4.887/2003 ao regulamentar aspectos relativos à propriedade e ao processo de desapropriação, invade uma área que é exclusiva de regulação por lei. Segundo o Relator, o decreto estabeleceu novos direitos e obrigações, como o reconhecimento de terras às comunidades quilombolas e os procedimentos para sua desapropriação, sem que houvesse prévia e específica autorização legal, contrariando o princípio da legalidade por existir reserva legal sobre a matéria.

Esse princípio da reserva legal assegura que atos normativos que afetam direitos fundamentais, como o direito à propriedade, sejam tratados exclusivamente por leis formais, aprovadas pelo Congresso Nacional e não por atos normativos do Poder Executivo. Assim, Peluso argumenta que ao tratar de desapropriação e definição de titularidade de terras, o Decreto teria extrapolado sua função regulamentar, que deveria apenas detalhar normas já previstas em lei, sem criar direitos ou modificar relações jurídicas.

Outro argumento importante do voto pela procedência total da ADI é a crítica ao conceito de quilombo e ao critério de autoatribuição adotado pelo Decreto 4.887/03. Esse critério prevê que a própria comunidade se declare quilombola, o que é aceito como base para o reconhecimento de direitos sobre determinadas terras. O Ministro Peluso vê esse mecanismo como problemático, pois na sua visão, a autodeclaração não oferece critérios objetivos suficientes para assegurar que os indivíduos ou grupos efetivamente tenham os vínculos históricos e culturais necessários para serem considerados remanescentes de quilombos. Ademais, o conceito antropológico de quilombos não teria fundamento no conceito histórico, portanto, seria subjetivo.

Para ele, a autodefinição, supostamente sem critérios objetivos ou comprovações mais robustas, abririam a possibilidade de abusos e distorções no processo de reconhecimento de terras quilombolas. Além disso, o Decreto poderia gerar insegurança jurídica ao permitir que grupos interessados, sem vínculos legítimos com a história quilombola se apropriassem desse direito. O relator defendia a necessidade de um processo mais rigoroso de comprovação da identidade quilombola, o que, em sua visão, exigiria regulamentação legislativa específica, que o Decreto não seria capaz de suprir.

A fuga à reserva de lei estaria também demonstrada na modalidade específica de desapropriação para as terras ocupadas pelos quilombolas, legislando de maneira autônoma, algo que, segundo o relator, é inconstitucional, uma vez que o processo de desapropriação é regido por normas específicas de direito público e depende de lei em sentido formal para ser implementado.

É destacado que o Decreto estabelece critérios para a demarcação e titulação das terras quilombolas, algo que, segundo sua visão, vai além de meras disposições administrativas. Ele argumenta que, ao atuar dessa forma, o Poder Executivo invade uma função típica do Legislativo, pois a definição de quem tem direito à propriedade e os procedimentos de desapropriação envolvem criação de normas jurídicas formais e não apenas a regulamentação de leis preexistentes.

Diante desses argumentos, o Ministro Cezar Peluso conclui que o Decreto 4.887/2003 apresenta inconstitucionalidade formal e material. Formalmente, o decreto extrapolaria a função regulamentar do Executivo ao criar direitos e obrigações novos, o que caracterizaria violação ao princípio da reserva legal. Materialmente, o critério de autoatribuição e a regulação autônoma sobre desapropriação e titulação de terras violariam preceitos constitucionais, especialmente os que dizem respeito à segurança jurídica e à divisão de competências entre os poderes da República.

Para o relator, o conceito de quilombos era o “conceito histórico”, de escravos fugidos, e, portanto, limitado ao marco temporal, então por isso a autoatribuição significaria uma inconstitucionalidade quando realizado pelo Poder Executivo.

Para ele, o reconhecimento dos direitos das comunidades quilombolas, previsto no art. 68 do ADCT, deveria seguir um processo legislativo apropriado, não podendo ser implementada por meio de decreto presidencial. Nesse sentido, Peluso propôs a procedência total da ADI, com a anulação do decreto impugnado e a necessidade de edição de leis formais que disciplinem adequadamente a questão.

A respeito do voto de procedência parcial, tanto Dias Toffoli quanto Gilmar Mendes reconheceram a relevância do Decreto 4.887/2003 enquanto norma de direito fundamental para a concretização do art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), porém estabelecem a tese do marco temporal, argumentando a necessidade de comprovação da ocupação das terras em 05 de outubro de 1988.

Um dos pontos mais discutidos pelos ministros que votaram pela procedência parcial foi o critério de autoatribuição adotado pelo Decreto 4.887/2003 para a identificação das comunidades quilombolas. Embora reconhecessem que a autodeclaração poderia ser um ponto de partida legítimo para o reconhecimento da identidade quilombola, ambos expressaram reservas quanto à ausência de critérios objetivos para a comprovação dessa identidade. Gilmar Mendes, em especial, destacou que o sistema constitucional não permitiria o poder executivo regulamentar dispositivo direto da Constituição, o que afetaria o princípio da reserva legal neste aspecto.

No voto do Ministro Marco Aurélio ele destaca em seu voto que o Decreto 4887/03 não seria um Decreto Normativo Autônomo pois daria concretude ao art. 68 da ADCT que é autoaplicável. Ademais, ressalta que este dispositivo constitucional não trata de direitos individuais, mas direitos coletivos. Nesse sentido, não deveria ser objeto de controle direto de constitucionalidade e a ação nem deveria ser conhecida. Ademais, indica que a regulamentação pelo Decreto seria necessária para garantir efetividade aos direitos quilombolas.

Por outro lado, a corrente majoritária do STF votou pela improcedência da ação, ou seja, pela declaração da constitucionalidade do Decreto 4.887/2003. O primeiro argumento é a consideração de que o art. 68 da ADCT é norma de direito fundamental de aplicabilidade plena e imediata, portanto, não demanda a necessidade da reserva legal para consagração deste direito.

Os ministros argumentaram que a Constituição reconhece esse direito fundamental, por isso não exige uma regulamentação legal adicional para que ele seja implementado. O Decreto 4.887/2003, então, não criaria direitos, mas se limita a organizar procedimentos administrativos necessários para a execução do direito já assegurado pelo art. 68 do ADCT. Isso inclui a definição de mecanismos para identificar e reconhecer as terras quilombolas, demarcá-las e outorgar títulos de propriedade às comunidades.

Nesse sentido, o decreto é visto como uma forma de dar efetividade a um comando constitucional claro e específico, sem violar o princípio da legalidade ou a reserva de lei, uma vez que não inova em matéria legislativa, mas apenas operacionaliza o cumprimento de uma disposição constitucional que é autoaplicável.

Outra questão argumentativa foi a defesa da autoatribuição como critério legítimo para a identificação das comunidades quilombolas. O Decreto 4.887/2003 adota a autoatribuição como uma forma de permitir que as próprias comunidades se reconheçam como remanescentes de quilombos. A corrente majoritária sustentou que esse critério está em conformidade com

normas internacionais de direitos humanos, particularmente a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que foi ratificada pelo Brasil.

A convenção estabelece que os povos tradicionais, como indígenas e quilombolas, têm o direito de determinar a própria identidade, sendo a “consciência da própria identidade” o fator principal para o reconhecimento de grupos étnicos. Para a maioria dos ministros, a autoatribuição é um critério legítimo, já que está alinhado com a visão contemporânea da antropologia e das ciências sociais, que reconhecem o direito dos grupos tradicionais de se autodefinirem. Além disso, a Convenção 168 da OIT, ratificada pelo Estado brasileiro e chancelada pelo Congresso Nacional, teria eficácia legal, fator que dispensaria qualquer necessidade de reserva legal.

Além disso, o STF reconheceu que a autoatribuição, prevista no Decreto, não implica em arbitrariedade, pois há controles adicionais. O Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA) e a Fundação Cultural Palmares são responsáveis pela verificação documental e técnica, garantindo que o reconhecimento não seja feito de maneira isolada ou sem critérios, mas sim com base em estudos antropológicos e históricos que comprovem a legitimidade da autodeclaração.

Um argumento robusto trazido pelos ministros que votaram pela improcedência é o de que o Decreto atende ao compromisso constitucional de promoção da justiça social e de redução das desigualdades. A Constituição de 1988 reconhece o direito das comunidades quilombolas à propriedade de suas terras, e expressa um compromisso com a construção de uma sociedade justa e solidária (art. 3º, I e III, da CF), sendo essa a base para que o Estado intervenha em favor de grupos historicamente marginalizados.

Os ministros sustentaram que o Decreto 4.887/2003 está em plena consonância com esse mandato constitucional, pois visa reparar as injustiças históricas cometidas contra as comunidades quilombolas que, ao longo dos séculos, tiveram suas terras usurpadas e sofreram com a exclusão socioeconômica. Nesse sentido, o Decreto regulamenta a titulação de terras e se torna um instrumento de justiça, que busca corrigir as desigualdades social e territorial que afetam esses grupos.

Quanto à questão da desapropriação, os ministros que votaram pela improcedência da ADI defenderam que o Decreto segue estritamente os princípios constitucionais aplicáveis à regularização fundiária e ao direito de propriedade. O Decreto 4.887/2003 prevê a possibilidade de desapropriação de terras ocupadas por terceiros, desde que essas áreas sejam

tradicionalmente pertencentes às comunidades quilombolas. Isso, segundo a corrente majoritária, está de acordo com o art. 5º, XXIV da Constituição, que permite desapropriações por interesse social ou necessidade pública, mediante indenização justa.

Os ministros também destacaram que o Decreto não declara a nulidade de títulos de propriedade de terceiros, como ocorre no caso de terras indígenas. Assim, o decreto apenas regulamenta o procedimento de desapropriação para garantir que as terras quilombolas sejam tituladas de forma adequada, respeitando os direitos constitucionais à propriedade e o devido processo legal.

Outro aspecto abordado para a constitucionalidade do Decreto foi a questão da participação das comunidades quilombolas no processo de demarcação e titulação de terras. O Decreto 4.887/2003 prevê que as próprias comunidades podem apresentar documentos técnicos e informações sobre os limites territoriais das terras que ocupam. A corrente majoritária argumentou que esse procedimento não viola a imparcialidade ou a legalidade, pelo contrário, fortalece o devido processo legal ao garantir que as comunidades quilombolas tenham voz no processo que envolve a regularização de suas terras. Ao assegurar essa participação, o Decreto respeita o direito das comunidades de serem ouvidas, conforme princípios constitucionais e convenções internacionais ratificadas pelo Brasil como a Convenção 168 da OIT.

Para Rosa Weber, o art. 68 abrange os elementos delineadores do direito que consagra, definindo os titulares (remanescentes das comunidades dos quilombos), o objeto (terras por eles ocupadas), o conteúdo (direito de propriedade), a condição (ocupação tradicional), o sujeito passivo (Estado) e a obrigação específica (emissão de títulos), não necessitando, portanto, de nenhuma reserva legal para o delineamento dos condicionantes normativos, sendo de eficácia plena e imediata.

Sobre o conceito de quilombos, é interpretado enquanto *grupos com traços étnico-culturais distintos marcados por especial relacionamento sociocultural com a terra ocupada: nativizaram-se incorporando-se ao ambiente territorial ocupado*, questionando o conceito de senso comum histórico de simples escravos fugidos, destacando, portanto, a heterogeneidade, característica do conceito contemporâneo, atualizado e antropológico de quilombos refletido pelo Decreto 4887/03.

É considerada também a resistência histórica enquanto condição quilombola, refletida pela luta pelo reconhecimento de seus direitos no último país a abolir a escravidão nas américas, refletindo um vínculo de identidade com o passado, com identidade e memória, mas não

enquanto comunidade estática, mas dinâmica às mudanças e contextos sociais. A consideração da autoatribuição e o respeito aos critérios de identidade quilombola que sobressaem a uma interpretação baseada no senso comum do que seriam as comunidades quilombolas, significa a inauguração de uma interpretação antropológica pelo STF neste caso.

O Ministro Fachin estabelece que o elemento definidor do conceito de quilombo é a *relação tradicional da comunidade negra com a terra, nesse intercâmbio entre terra, identidade e preservação da cultura*, demonstrando a ideia de territorialidade, que contrapõe a tradição civil do direito de propriedade, considerando também a resistência histórica da comunidade frente à invisibilidade para manter suas tradições como uma condição quilombola, sendo problemática uma identificação alheia à vontade e identificação da comunidade e também se posicionando contra a tese do marco temporal.

O Ministro se posicionou contra o argumento da inconstitucionalidade da desapropriação, fundamentando que a invisibilidade histórica dos quilombos faz com que houvesse um processo de perda de territórios por terceiros ao longo do tempo e que apesar da hipótese específica de desapropriação em terras quilombolas não estarem dispostas expressamente no texto constitucional, a situação fática indica clara associação com a modalidade de desapropriação por interesse social, totalmente aplicável ao caso quilombola, que atende claramente à função social da propriedade.

Ademais, afirma que as regras do Direito Civil não seriam suficientes para a aquisição da propriedade ao longo do tempo no caso quilombola, que por ser dispositivo constitucional, atrelado a proteção de muitos outros direitos como o próprio direito à proteção aos modos de vida, demandaria uma compreensão maximizada para dar efetividade máxima ao art. 68 da ADCT (Brasil, 2018, p. 3646).

Sobre a autoatribuição e ao conceito de quilombo, destaca-se esta passagem importante do seu voto:

O elemento definidor, portanto, é a relação tradicional da comunidade negra com a terra, nesse intercâmbio entre terra, identidade e preservação da cultura. A ideia de resistência, de uma comunidade que, ao longo dos anos, apesar da invisibilidade e das dificuldades em relação ao meio, sobrevive e mantém suas tradições, é inseparável da atribuição da condição de quilombola e, nesse sentido, a atribuição externa de requisitos para a configuração da proteção constitucional mostra-se nefasta e em desacordo com os propósitos da norma protetiva.

Ademais, trata-se de ponto de partida ao processo administrativo de reconhecimento da condição de comunidade tradicional, bem como da extensão de suas terras, a ser aferida tanto pela Fundação Cultural Palmares, que emitira o certificado de registro

no Cadastro Geral de Remanescentes das Comunidades dos Quilombos, como pelo INCRA, no bojo do processo de titulação das terras, além de se assegurar a qualquer particular que se sinta prejudicado a oportunidade de impugnação, seja pela via administrativa, seja pela via judicial. (Brasil, 2018, p. 3652)

Este trecho é muito interessante porque evoca a territorialidade, a resistência histórica e a autoatribuição como elementos fundamentais para a compreensão do direito quilombola no caso concreto, sendo uma cosmovisão atrelada a uma perspectiva constitucional necessária para tratar das questões quilombolas.

O Ministro Barroso considera que o Decreto 4887/03 não é um Decreto autônomo, pois ele concretiza a Constituição. Ademais, pode ser considerado um decreto regulamentar por ter ampla validade na Convenção 169 das OIT, na Lei 7668 que institui a FCP e a Lei 9649 que incumbiu as atribuições do Ministério da Cultura, além da Lei de Processo Administrativo no âmbito Federal. (Brasil, 2018, p. 3661).

Entende-se que foi reconhecida outra perspectiva constitucional quando considerada a cosmovisão própria da questão quilombola em contraposição à uma concepção hegemônica do direito constitucional restrito à uma formalidade interpretativa que desconsidera aspectos fáticos e sociais relevantes no julgamento deste caso.

Isto pode ser compreendido como modelos de constitucionalismo em disputa, por um lado, um constitucionalismo hegemônico apresentado principalmente no voto pela procedência da ação; enquanto há um constitucionalismo contra hegemônico ou insurgente principalmente no voto pela improcedência. Importante ressaltar que esses modelos ou perspectivas não são puros, mas apresentam-se em passagens, dispositivos e doutrinas evocadas no acórdão, e foi uma construção política e acadêmica, tendo como base a atuação dos movimentos sociais e intelectuais.

Marcos Queiroz (2021) traz uma discussão sobre como o constitucionalismo moderno e o colonialismo seriam “faces de uma mesma moeda”, que balizaram categorias jurídicas de liberdade, igualdade, estado-nação, cidadania e território. Tais categorias foram pensadas apenas a partir de uma cosmovisão europeia, ignorando, por exemplo, a produção constitucional haitiana que reivindicava os mesmos direitos que foram negados por essas próprias potências europeias revolucionárias. Portanto, as concepções hegemônicas do constitucionalismo estariam viciadas por fundamentos coloniais e escravistas, o que demandaria uma releitura da semântica constitucional, especialmente quando tratar-se de direitos da população (Queiroz, 2021).

A teoria crítica e do direito passa por uma série de descrenças nos direitos humanos e no constitucionalismo. A partir de enfoques diversos, paira sobre a tradição constitucional a desconfiança de que ela estaria inerentemente marcada pela experiência colonial, pelo racismo e pelo genocídio. Com isso, aposta-se na necessidade de criação de uma nova linguagem e de uma nova semântica, a qual não esteja eivada dos vícios e das chagas do constitucionalismo, o qual seria ontologicamente europeu, branco, patriarcal, heteronormativo, colonial e burguês. (Queiroz, 2021, p 105-106)

Na mesma perspectiva crítica, Rodrigo Portela (2021) apresenta como o constitucionalismo deve considerar também a experiência quilombola como produção de conteúdo constitucional, como ocorre no processo de disputa sobre o julgamento da ADI 3239. Além disso, o autor traz um entendimento de que desconsiderar esta participação é ignorar a história colonial do constitucionalismo hegemônico e reproduzir desigualdades históricas consagradas (Gomes, 2021).

Ocultar do enredo constitucional o empreendimento colonial-escravista é falsear a história constitucional com exclusão dos processos de violência racial, é apagar as disputas e negociações dos sujeitos negros e é neutralizar os sentidos constitucionais contidas nas experiências de lutas por direitos que tem produzido pela população negra. Portanto, é constituir um constitucionalismo do apagamento, da ausência e do silêncio - que conforma a historicidade constitucional racista. (Gomes, 2021, p 141).

Segundo Camerini (2012), restava (antes do julgamento da ADI 3239) um questionamento sobre qual seria a natureza jurídica dos direitos quilombolas consagrados na Constituição Federal para compreender a sua eficácia jurídica. A tutela dos direitos étnicos, gera em si um problema hermenêutico à medida que demanda métodos próprios de interpretação dos dispositivos jurídicos destinados a estes povos.

O julgamento da ADI 3239, que discutiu exaustivamente qual interpretação iria prevalecer sobre a eficácia do art 68. da ADCT, traria consequências significativas na integridade das terras quilombolas porque a principal problemática da ação foi sobre a natureza jurídica da propriedade coletiva quilombola, cujo efeito seria a inalienabilidade, imprescritibilidade e impenhorabilidade enquanto que o titular destas terras seria a associação quilombola, um ente coletivo.

Para além das formações dos Estados Nacionais que se originou na Europa no contexto da modernidade (Pereira, 2020), a América Latina segue um processo histórico próprio que resultou também em novos paradigmas na criação de Novos Direitos aos povos historicamente

excluídos e em determinadas ocasiões na própria reformulação do Estado, como é o caso do fenômeno chamado de “Novo Constitucionalismo Latino-Americano” (Wolkmer, 2015).

Neste contexto, o Poder Judiciário assume uma função essencial na interpretação do Direito Constitucional que está em constante construção e é atravessada por fatores políticos e valores sociais. Torna-se importante, então, a análise do discurso dos intérpretes, principalmente se for considerada a recente tutela dos direitos étnicos dos povos quilombolas em um sistema que reconhece o pluralismo cultural.

Considera-se que o julgamento foi capaz de reconstruir a semântica dos direitos fundamentais a partir de uma revisão crítica sobre a população quilombola na história, no intuito de reconstruir a teoria constitucional baseada na experiência brasileira e latino-americana que apresenta valores e princípios sintetizados nos conceitos de territorialidade e autonomia. (Gomes, 2021, p 18).

Na história do constitucionalismo, os marcos fundamentais estavam localizados na Europa e nos Estados Unidos e preteriu a contribuição da população negra. Foram considerados os paradigmas de contestação política como nas revoluções americana e francesa enquanto referenciais que produziram conteúdo do que chamamos hoje de Direito Constitucional, porém é pouco destacada a relevância da contribuição da população negra na formação do Estado brasileiro, como na produção de saber a partir da resistência e das lutas políticas (Gomes, 2021, p. 8), por isso este julgamento pode ser considerado como paradigmático.

A análise da ADI 3239 a partir da observação da atuação dos *amici curiae* também foi importante para constatar a relação entre direito e política na medida em que a corte busca legitimidade social para suas decisões. Porém, é possível observar um caráter contramajoritário na decisão, já que em matéria de propriedade de terras, haveria uma maior influência de setores latifundiários no Poder Legislativo.

Observou-se que houve uma legitimidade social na decisão do STF, e que a suprema corte também se apropriou de conceitos jurídicos e acadêmicos proferidos pelos amigos da corte e movimentos sociais, dando vazão à ideia de legitimidade do direito a partir da linguagem jurídica, conferindo à jurisdição constitucional um papel de legitimidade social, já que teve que decidir um tema relevante de interesse de diversos atores sociais, inclusive entes estatais.

Da mesma forma, observa-se que esta decisão é inédita, uma vez que além da legitimação de *amici curie* em ambos os polos ideológicos em disputa, também houve votação de matéria referente à direitos de comunidades quilombolas e por isso o STF necessitou de

contribuições sociais, políticas e acadêmicas de diversos atores sociais dado a complexidade e sensibilidade da matéria.

A partir da análise, foi possível identificar que a atuação da suprema corte brasileira no caso não é simples e tampouco previsível, assumindo papel autônomo frente à uma diversidade de interesses em disputa, sendo os *amici curiae* atores relevantes dentro deste jogo.

O voto do Ministro Cezar é significativo porque coloca em evidência o modelo constitucional hegemônico, principalmente na interpretação do conceito de quilombo, no qual para ele, o legislador constituinte teria optado pela “concepção histórica” (Brasil, 2018, p. 5) e, por isso, haveria uma noção mais restrita sobre quem seriam os titulares do art. 68 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) no que se refere ao direito aos títulos de propriedade aos remanescentes quilombolas.

Já no que tange ao conceito de quilombos, é de se ter presente que as muitas acepções que o termo admite são condicionadas por alguns fatores, tais quais, época, ponto de vista sociopolítico e a área do conhecimento daqueles que lidam com o tema. Ora, identificados os requisitos temporais acima vistos, é seguro afirmar que, para os propósitos do art. 68 do ADCT, o constituinte optou pela acepção histórica, que é conhecida de toda a gente (Brasil, 2018, p. 52).

O trabalho de Natália Neris (2018) sobre a atuação do movimento negro na constituinte demonstra que o art. 68 da ADCT foi fruto de disputa, proposto por parlamentares negros na representação dos movimentos sociais como forma de consagrar direitos às comunidades quilombolas, e não a sua restrição. A disputa sobre a significação dos conceitos é histórica (Koselleck, 1992), e não seria diferente no caso quilombola. A concepção da comunidade, atrelada às necessidades fáticas, devem ser atributos relevantes para construção e interpretação das normas jurídicas.

Principalmente neste caso, os conceitos antropológicos e históricos aplicados às questões quilombolas são bastante relevantes e necessárias para entender o contexto e os elementos histórico e fáticos. Nesse sentido, a concepção hegemônica do direito, que se compreende como instrumento ceifado de concepções ideológicas ou sócio-políticas, pautado principalmente no princípio da universalidade, acaba considerando a antropologia como ciência em que coloca o universal em categoria especial, sendo o direito também uma forma específica de tratamento social e político (Nascimento, 2021).

A passagem da decisão abaixo, demonstra como a concepção hegemônica pode ter reflexos concretos na definição dos titulares de direitos:

Reafirmo que os respeitáveis trabalhos desenvolvidos por juristas e antropólogos, que pretendem ampliar e modernizar o conceito de quilombos, guardam natureza metajurídica e por isso não têm, nem deveriam ter, compromisso com o sentido que apreendo ao texto constitucional (Brasil, 2018, p. 52).

Wanderson do Nascimento (2021), em referência ao pensamento oxunista de Oyèrónkẹ Oyěwùnmí como instrumento de descolonização, aponta que existem lógicas de conhecimento colonial de poder que subjagam não apenas econômico e politicamente, mas construindo hierarquias de conteúdos epistemológicos. Um meio de efetivação dessa lógica, é a construção de categorias universais, estando a experiência ocidental privilegiada. Uma forma de descolonizar seria “provinciar” o pensamento universal dando categoria específica

Na medida em que é hierarquizado o “conhecimento jurídico” em detrimento de outras áreas do conhecimento, ao colocar um modelo de constitucionalismo como universal em detrimento de outros, haveria a lógica de conhecimento colonial, o que repercute da consagração dos direitos de povos quilombolas.

Outra passagem importante que revela um constitucionalismo hegemônico diz respeito ao sentido de individualidade versus coletividade sobre a titularidade das terras quilombolas, no qual o sentido do texto constitucional seria sobre propriedade individual, que seria a concepção hegemônica do direito civil. No entanto, a concepção quilombola não pode ser dispensada a concepção coletiva.

Dúvida não resta, pois, de que a preterição de um texto e eleição de outro lhe firmaram o sentido de individualidade, não de coletividade. E, se é assim, não se descobrem razões que justifiquem gravar a propriedade individual com os atributos da impenhorabilidade, imprescritibilidade e inalienabilidade” (Brasil, 2018, p. 53).

A partir das reflexões de Rodrigo Portela (Gomes, 2021) a ideia de propriedade para quilombos obedece a uma cosmovisão de territorialidade, a partir de um contato diferenciado com a natureza, da relação com a terra, visão de uma propriedade holística e integrada, do cuidado e acolhimento de outros povos vulneráveis. Essa perspectiva é capaz de reconstruir conceitos básicos do constitucionalismo como a dignidade da pessoa humana, igualdade e liberdade sobre outras bases, para além daquelas que ignoraram os povos negros que estavam sendo continuamente explorados, mesmo em um contexto de revolução francesa e americana e que, juntamente, foram considerados como marcos temporais do constitucionalismo, ainda que ignorassem os aspectos do conceito de liberdade pensados e reconstruídos pelos quilombos em diferentes países da América Latina.

Um constitucionalismo que esteve em contraposição ao modelo hegemônico pode ser demonstrado no voto do Ministro Edson Fachin que considerou os aspectos históricos de desvantagens e perseguições sofridas pelas comunidades quilombolas e percebeu a importância da autonomia, ressaltando também a participação do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA) no processo administrativo de titulação:

Efetivamente, a utilização do critério da auto identificação como ponto de partida ao reconhecimento da condição quilombola é consentânea com as definições conferidas pela antropologia ao conceito de remanescentes de comunidades de quilombos, ciência esta que se dedica justamente a estudar as características dessas organizações humanas em particular, cujas conclusões não podem ser ignoradas pela ciência jurídica, apenas uma dentre as diversas ciências humanas e que se enriquece por meio do diálogo com os demais ramos do conhecimento humano (Brasil, 2018, p.205- 206).

A fundamentação do seu voto dialoga com o proposto por Adilson Moreira (2019), ao conceituar os critérios de proteção especial no controle de constitucionalidade em uma democracia como instrumento antidiscriminatório, consagrador do direito fundamental à igualdade.

Adilson explica que, em um contexto de desigualdade como no caso brasileiro, quando as normas jurídicas são aplicadas sem uma “discriminação positiva”, reproduzindo uma formalidade sem o reconhecimento das desvantagens, é capaz de reproduzir discriminações cotidianas, que reforçam as desigualdades sociais de diversas naturezas, constantes e reproduzidas na nossa sociedade (Moreira, 2019).

Quanto aos critérios de proteção especial, o autor define como uma “característica utilizada para classificação de pessoas em grupos”, permitindo identificar coletividades específicas que estão em desvantagem em relação à outras coletividades, o que demanda uma maior proteção jurídica em uma relação material assimétrica devido à barreiras históricas que dificultam o acesso a oportunidades e recursos fundamentais para a integração social (Moreira, 2019, p. 273-275).

Considera-se os povos quilombolas demandantes de proteção especial, por isso a necessidade de um regime diferenciado para a propriedade, já que os aspectos de aquisição propriedade na tradição histórica do direito civil, foram importantes para a consolidação das desigualdades conforme visto em capítulos anteriores deste trabalho.

O voto do ministro Fachin retoma este debate, imprescindível ao julgar ações referentes à direitos quilombolas, inclusive a partir da consideração de uma concepção antropológica:

Retomo o ponto: essas comunidades eram invisíveis ao ordenamento jurídico até a Assembleia Constituinte que originou o texto constitucional vigente, quando o movimento negro obteve, na redação do artigo 68 do ADCT, uma vitória contra um

evidente racismo incrustado em nossa sociedade e a recomposição histórica da dignidade dessas comunidades.

É inegável a relação entre a aquisição da propriedade das terras e a inclusão desses grupos nas políticas públicas de saúde, educação, incentivo à produção agrícola, pois antes, aos olhos do Direito então vigente, os remanescentes das comunidades quilombolas nada mais eram que invasores de terras, sem nenhuma garantia jurídica. (Brasil, 2018, p. 216)

[...]

Se, dentro de uma visão antropológica, essas comunidades já se constituíam em grupos identificáveis e com características a demonstrar um modo de vida tradicional e distinto da sociedade envolvente, por outro lado, só se mostra possível falar-se juridicamente em uma identidade quilombola quando da promulgação da Constituição de 1988, momento no qual essas comunidades começaram a se organizar por meio de associações, fóruns e coordenações para lutar por melhoria de vida e por seus direitos (Brasil, 2019, p. 216).

O presente voto demonstra uma mudança de perspectiva do olhar do poder judiciário frente aos direitos quilombolas, ao considerar uma perspectiva constitucionalista inclusiva.

Por fim, resta uma breve análise da Tese fixada pelo STF em sede de julgamento da ADI 3239 que consta na íntegra no Anexo VI deste trabalho.

Os pontos mais relevantes são os do item 1. que reconhece o Decreto 4887/03 como Decreto Autônomo podendo ser credenciado em sede de controle abstrato de constitucionalidade. Neste sentido, o Supremo reconhece que o Decreto 4887/03 é autônomo por tratar de disciplina diretamente da Constituição sem intermédio de Lei, o que enseja o controle concentrado de constitucionalidade. Apesar de não ter sido mencionado, o ponto que chama atenção a partir das pesquisas deste trabalho é que a ausência de intermédio Legal (processo legislativo regular) não é apenas por uma questão formal, mas diz respeito a própria materialidade do processo legislativo. Ausência de intermédio legal significa que a norma instituída pelo Poder Executivo possui menos restrições em disciplinar novos conceitos jurídicos, adotando as 5 características de uma norma jurídica, cujo procedimento obedeceu ao que chamamos aqui de *processo legislativo atípico*.

O item 4. assegura o direito fundamental de eficácia plena e imediata aos remanescentes das comunidades dos quilombos o reconhecimento pelo Estado da propriedade sobre suas terras histórico e tradicionalmente ocupadas como direito fundamental de grupo étnico-racial minoritário: “*Nele definidos o titular (remanescentes das comunidades dos quilombos), o objeto (terras por eles ocupadas), o conteúdo (direito de propriedade), a condição (ocupação tradicional), o sujeito passivo (Estado) e a obrigação específica (emissão de títulos), mostra-*

se apto o art. 68 do ADCT a produzir todos os seus efeitos, independentemente de integração legislativa”.

Este item é relevante no sentido de concluir em sede de jurisprudência constitucional os elementos objetivos para considerar uma norma constitucional de eficácia plena e imediata e, portanto, com os efeitos independentes de reserva legal, no caso, a expressa indicação do titular, do objeto, do conteúdo, da condição, do sujeito passivo e da obrigação específica do direito subjetivo conferido aos remanescentes das comunidades dos quilombos.

Neste sentido, além de servir de parâmetro objetivo e formal para compreender o sentido da aplicabilidade dos direitos fundamentais, indica um parâmetro de limite às atribuições legislativas atípicas do Poder Executivo e ao argumento de reserva legal do Poder Legislativo. Em outras palavras, nem todas as normas podem ser disciplinadas pela via do processo legislativo atípico, ao mesmo tempo que nem todas as disposições constitucionais quando não disciplinadas em Lei possuem reserva legal e não poderiam ser disciplinadas diretamente por Decreto através de incidência constitucional.

Já o item 5. indica que estão disponíveis apenas à atuação integradora os aspectos do art. 68 referentes a regulamentação do comportamento do Estado na implementação do comando constitucional, não constando no Decreto 4887 matérias referentes à reserva legal.

Este item é interessante porque reconhece que para a aplicabilidade do art. 68, medidas administrativas precisam ser tomadas em termos de regulamentação para que ocorra o reconhecimento e a emissão dos títulos de propriedade aos quilombolas. Porém, ressalva-se que para isso, não basta apenas a edição de procedimentos administrativos, mas tratar de aspectos conceituais no que tange à natureza da propriedade quilombola como fez o Decreto 4887.

Nesse sentido, tanto a emissão dos títulos de propriedade como o reconhecimento da sua natureza coletiva foram necessários construir conceitos jurídicos abstratos, primeiro pelos movimentos sociais e a academia, até quando foram disciplinados no Decreto 4887 e sua Exposição de Motivos (Anexo V) para enfim, o Supremo reconhecer uma hermenêutica histórico-antropológica para temas relacionados a quilombos.

O item 6. informa que o compromisso do constituinte com a garantia de uma sociedade livre, justa, solidária e com redução das desigualdades está relacionado com o reconhecimento da propriedade quilombola e sua titulação considerando a identidade distintiva de grupo étnico-cultural. Este tema diz respeito à eficácia material dos direitos fundamentais a partir de uma interpretação sistêmica do texto constitucional, demandando justiça socioeconômica e de

caráter redistributivo, ou seja, considerando a expropriação histórica das terras quilombolas e o processo persecutório do Estado pelas motivações econômico-raciais ao longo do tempo.

Já o item 7. compara o caso com as disposições da Convenção 169 da OIT, principalmente no tocante à “consciência da própria identidade” como critério para determinar grupos tradicionais. Esta disposição convencional reconhecida pelo STF é importante na consideração do conceito antropológico de quilombos que atinge diretamente os potenciais titulares do direito enquanto requisito formal. A discussão conceitual a respeito do conceito de quilombo deve ter como ponto de partida a própria comunidade que se identifica, justamente porque o Estado é o sujeito passivo do direito e nem sempre é do seu interesse concedê-lo, pelo contrário, como vimos ao longo da História.

O item 8. trata da autoatribuição como critério de determinação de identidade quilombola, ou seja, ainda sobre o conceito de remanescente das comunidades dos quilombos, se seria o conceito de “quilombos históricos” ou o “conceito antropológico de quilombos”, o STF entende que é constitucionalmente mais adequado reconhecer o conceito antropológico que está adequado ao sentido da Constituição, não devendo os outros poderes reduzirem seu conceito para limitar os destinatários conforme solicitado pelo impetrante da ADI 3239: “*O conceito vertido no art. 68 do ADCT não se aparta do fenômeno objetivo nele referido, a alcançar todas as comunidades historicamente vinculadas ao uso linguístico do vocábulo quilombo. Adequação do emprego do termo “quilombo” realizado pela Administração Pública às balizas linguísticas e hermenêuticas impostas pelo texto-norma do art. 68 do ADCT*”.

Já o item 9. cita a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos nos casos *Moiwana v. Suriname (2005)* e *Saramaka v. Suriname (2007)* que impôs a adoção de medidas para garantir o pleno exercício da posse e propriedade de comunidades remanescentes dos “quilombos” daquele país.

Destaca-se o amadurecimento do direito internacional a respeito de povos e comunidades tradicionais e o papel da Corte Interamericana de Direitos Humanos e da OIT que deram substância para o julgamento da ADI 3239. Ademais, para além da procedência dos pedidos de reconhecimento das terras dessas comunidades interessa também os fundamentos das decisões e principalmente o papel do Estado diante disto, que não deve se furtar em formalidades que no caso concreto acabam limitando o exercício do direito.

O item 10. trata da consideração dos critérios de territorialidade na medição e demarcação das terras, o que não iria submeter o procedimento ao “arbítrio” dos interessados conforme indicado pelo autor da ADI julgada improcedente.

Interessante retomar que, conforme trabalhado aqui, o conceito de territorialidade foi construído pelos movimentos sociais e pela academia, contrapondo ou pelo menos ressignificando o conceito de propriedade. O STF não apenas julga improcedente a ação, mas estabelece em sua tese de julgamento que a territorialidade é um instrumento de análise e interpretação no processo de demarcação e titulação de terras quilombolas. Neste sentido, ele deve prevalecer ou pelo menos ser considerado em comparação com os aspectos civis e cartoriais.

Já o item 11. trata da validade do processo de demarcação de terceiros inseridos na terra quilombola, sendo um instrumento constitucional e adequado, considerando os aspectos históricos que limitaram o acesso dos quilombolas ao título de propriedade. Neste sentido, reconhece não apenas o instrumento como eficaz, mas considera a aquisição originária da propriedade quilombola, mesmo quando inserida em propriedades registradas em nome de terceiros, incluindo o Estado.

Concluídas as análises dos votos e da tese de julgamento, finalizamos este trabalho com o relato da entrevista do Anexo I, indicando a sensibilidade e a dimensão do que estava em jogo naquele julgamento.

No dia que saiu o resultado da votação (da ADI 3239), eu chorava sem limites. Eu chorava e ninguém entendia lá em casa o porquê que eu estava chorando. “Está doente?” Ninguém sabia, não ia dar conta, minha mãe não ia saber, minha mãe com mais de 80 anos não ia saber o que era aquilo pra mim. Ela só sabia que eu estava no Brasil, eu estava lutando pelo direito, ela não tinha dimensão daquilo. É uma coisa boa, deixa eu chorar...

(Entrevista com Givânia Maria da Silva, 20.02.2025, íntegra no Anexo I).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A título de considerações finais, é possível afirmar que o Direito Quilombola está em construção no Brasil, principalmente a partir da luta do movimento quilombola que exerceu um papel ativo no reconhecimento de seus próprios direitos, por meio de mobilizações políticas e sociais que influenciam diretamente as políticas públicas que incluem demandas por reconhecimento de direitos, alocação de recursos, construção de infraestrutura e titulação de suas terras.

A proteção dos direitos quilombolas, inicialmente feita pela Constituição, está sendo concretizada em diferentes níveis, mas ainda enfrenta desafios significativos, desde a implementação do Decreto nº 4887/2003, que disciplinou o direito e a propriedade quilombola. A análise desse período revela que, apesar de ser um marco no reconhecimento dos direitos, houveram também limitações, especialmente no que diz respeito a morosidade do processo de titulação de terras, que envolve interesses políticos e também a atuação do INCRA.

A morosidade, a falta de recursos e a resistência política retardaram o processo de titulação, criando uma lacuna significativa entre o que está previsto na legislação e a realidade enfrentada pelas comunidades quilombolas.

Todavia, no itinerário da pesquisa verificou-se que os delineamentos jurídicos básicos dos direitos e da propriedade quilombola foram definidos, como a disciplina de um regime jurídico próprio e a natureza coletiva da propriedade, declarada constitucional.

Outra consideração importante deste trabalho é a constatação e reconhecimento da inteligência do movimento negro e quilombola através da resistência histórica, pensada também como categoria jurídica. As estratégias utilizadas para a construção do Decreto 4887 e a luta pela sua legitimidade constitucional demandou forte e resiliente atuação política somada à uma inteligência social, acadêmica e científica que deram condições para ressignificar não apenas os direitos relacionados às questões quilombolas, mas o Direito como um todo, inclusive sua forma de interpretação e os instrumentos que podem aprofundar a democracia.

O impacto da decisão dada pelo STF na ADI 3239, influenciada pela luta dos movimentos sociais, adapta o Direito à realidade dos povos, consagrando novas perspectivas constitucionais e conteúdo novo acrescido à história do constitucionalismo.

A complexificação do Direito, muitas vezes encarada de forma pejorativa, na verdade confere maior conhecimento e aplicabilidade das decisões judiciais, e neste caso,

conhecimentos da História, das Ciências Sociais e da Antropologia foram essenciais para um julgamento justo e adequado da demanda, pois tratar da questão quilombola significa pensar os elementos basilares da formação social brasileira e não por um acaso, a própria Constituição os considera como povos formadores da nação e patrimônio cultural.

A compreensão do *processo legislativo atípico* também é importante para a construção de outras estratégias para a concretização de direitos para além daquelas tradicionais que ocorrem no Poder Legislativo, que tem demonstrado um esgotamento para as pautas sociais no caso brasileiro.

No caso quilombola, tal esgotamento se mostrou evidente e a inteligência do movimento construiu uma outra via que garantiu o reconhecimento dos seus direitos. Tal atividade pode ser adaptada em estratégias para outros direitos ainda não reconhecidos, principalmente quando se pensa a produção de normas jurídicas enquanto a construção de conceitos jurídicos, o que demanda não apenas a luta política, mas também uma atividade tipicamente intelectual produzida também a partir da experiência de luta.

No caso quilombola por exemplo, poderia utilizar a experiência da disciplina do art. 68 da ADCT pelo Decreto 4887/03 para o §5º do art. 216. Ademais, novas formas associativas para além do disposto no art. 44 do Código Civil podem ser pensadas para alcançar uma melhor adequação à realidade dos quilombos.

Reflete-se também o papel importante dos movimentos sociais em conjunto com a academia. Neste caso, o trabalho dos/das acadêmicos/as junto com os movimentos sociais produziram categoriais jurídicas novas, outras concepções interpretativas, diferentes perspectivas e paradigmas que também foram fruto de um processo histórico de inclusão de pessoas negras e quilombolas nas universidades, demonstrando como a democratização do conhecimento e a diversidade são instrumentos que aprofundam, desenvolvem e qualificam o conhecimento científico que acabam tendo aplicabilidade prática quando estas ideias conseguem acessar espaços de poder e decisão.

Deste modo, a continuidade da pesquisa sobre este tema pode se desencadear na análise e construção de novas políticas públicas e alocação de recursos para as comunidades quilombolas, ações judiciais e interpretação de casos, estratégias de resolução de conflitos fundiários que não implique em desterritorialização e genocídio das lideranças quilombolas e indígenas, desenvolvimento de estratégias econômicas e reconhecimento de saberes produzidos

pelas comunidades quilombolas, manutenção, conservação e desenvolvimento sustentável do território.

Compreender tais balizas pode contribuir para profissionais das carreiras jurídicas a compreenderem a complexidade da questão quilombola e aplicar as formas interpretativas e perspectivas constitucionais, as concepções históricas e antropológicas que são essenciais nos casos. Aplicar apenas os conceitos hegemônicos do Direito na questão quilombola significa dar continuidade ao processo de desterritorialização e genocídio aplicados ao longo do tempo.

Ademais, outro tema de pesquisa interessante a ser desenvolvido são as novas decisões do Supremo que envolvem comunidades quilombolas. Conforme apresentado neste trabalho, o direito quilombola aparece em 4 fases principais: a resistência histórica que construiu o direito quilombola em si, a constituinte de 1988 pelo primeiro reconhecimento, a construção de novas categorias ao direito quilombola e o julgamento da ADI 3239 que foi finalizada em 2018.

Depois de 2018, muitos fatos ocorreram e o Supremo se debruçou sobre alguns deles, especialmente na pandemia da covid 19, contexto no qual as comunidades sofreram grandes ataques desde 2016, atingindo o auge no contexto da pandemia que deu causa à ADPF 742, quando o STF decidiu que o Poder Executivo elaborar um Plano de Combate à Covid para os quilombos.

A partir do ano de 2023, políticas públicas para as comunidades quilombolas foram retomadas e outras foram criadas, incluindo as cotas nos serviços públicos e nas universidades para eles. Por este motivo, está em curso o desenvolvimento do Direito Quilombola nestes aspectos, o que merece novas pesquisas.

Ademais, a aplicação das políticas quilombolas, nos Estados e Municípios num contexto local, também são objetos de pesquisa. Os tratados internacionais e outras normativas aplicadas em outros contextos, para comunidades negras tradicionais também podem oferecer importantes elementos de investigação científica.

Por fim, acredito que este trabalho pode contribuir principalmente em decisões judiciais em instâncias inferiores. Observa-se que pouco é reconhecida nestas instâncias o novo regime jurídico do direito quilombola, aplicando-se então o regime hegemônico do direito civil, principalmente quando os conflitos fundiários estão em disputa.

O reconhecimento do processo de luta principalmente a partir destas novas categorias jurídicas para o Direito Quilombola são necessários para que uma nova perspectiva constitucional e jurídica seja aplicada nestes casos, o que terão reflexos práticos significativos.

Neste sentido, conforme dizia o Nego Bispo, é o começo, meio e começo.

Assim, este trabalho traz uma breve contribuição para a história dos direitos quilombolas mas também para a história do constitucionalismo.

REFERÊNCIAS

- ALBUQUERQUE, Wlamyra R. de. **O jogo da dissimulação: Abolição e cidadania negra no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2015.
- ALMEIDA, Silvio Luiz de. **O que é Racismo Estrutural?** Belo Horizonte: Letramento, 2018.
- ANDREWS, George Reid. **América Afrolatina 1800-2000**. Tradução: Magda Lopes. São Carlos: EdUFSCar, 2007.
- ARANTES, Rogério. **Ministério Público e política no Brasil**. São Paulo: Idesp, 2002.
- ATIENZA, Manuel. **Curso de Argumentación Jurídica**. Madrid: Editorial Trotta, 2018.
- AZEVEDO, Célia Maria Marinho de. **Onda Negra, medo branco - o negro no imaginário das elites (século XIX)**. v. 6. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.
- CAIPINAN, Ubiraneila. **O quilombo que remanesce**. Estudo de caso acerca dos impactos da política pública de certificação e titulação do território sobre a identidade étnica dos quilombos remanescentes Barra e Bananal em Rio de Contas, Bahia. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais)- Universidade Federal da Bahia, 2009.
- BARREIRO, Alejandrino Fernández; SERRANO, Javier Patricio. **Fundamentos de derecho privado romano**. 10. ed. Madrid: Marcial Pons, 2018.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.
- BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das coisas**. Vol. I. Coleção História do Direito Brasileiro. Direito Civil, v. 3. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.
- BOLÍVIA. **Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia**. Promulgada em 7 de fevereiro de 2009. Disponível em: https://www.oas.org/dil/esp/constitucion_bolivia.pdf. Acesso em: 27 maio 2024.
- BRANDÃO, Adelino. **O Direito Racial Brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.
- BRASIL. **Ordenações Filipinas**. 14. ed. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2004.
- BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Manual de redação da Presidência da República**. Presidência da República, 2018. Disponível em: <https://www4.planalto.gov.br/centrodeestudos/assuntos/manual-de-redacao-da-presidencia-da-republica/manual-de-redacao.pdf>. Acesso em: 10 outubro. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 3239/DF – Distrito Federal**. Relator: Ministro Cezar Peluso. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdão, 08 de fevereiro de 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2227157>. Acesso em: 20. julho. 2023.

CANDIOTTO, Luciano Zanetti Pessôa; SANTOS, Roselí Alves dos. **Experiências geográficas em torno de uma abordagem territorial**. In: SAQUET, Marcos Aurelio; SPOSITO, Eliseu Saverio (org.). Territórios e territorialidades: teorias, processos e conflitos. São Paulo: Expressão Popular, 2009. p. 315-340.

CAMERINI, João Carlos Bemerguy. **Os quilombos perante o STF: a emergência de uma jurisprudência dos direitos étnicos (ADIN 3.239-9)**. Revista Direito GV, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 157-182, 2012. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/23996/22752>. Acesso em: 22 maio 2024.

CAMPOS, Adriana Pereira; LIMA NETO, Francisco Vieira. **Da morte ao renascimento social: Direito, escravidão e liberdade na Roma clássica**. Romanitas – Revista de Estudos Grecolatinos, Vitória, n. 14, p. 14-32, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.17648/rom.v0i14.28890>. Acesso em: 22 maio 2024.

CARNEIRO, Sueli. **Dispositivo de Racialidade**. A construção do outro como não ser como fundamento do ser. São Paulo: Zahar, 2023.

CARVALHO NETTO, Menelick de. **A contribuição do Direito Achado na Rua para um constitucionalismo democrático**. In: —. Teoria da Constituição e direito constitucional: escritos selecionados. Volume II. Apresentação de David F. L. Gomes. Belo Horizonte: Editora Conhecimento, 2021. p. 237–240.

CERQUEIRA, Lucas de Oliveira. **Responsabilidade civil nos crimes raciais: uma atualização necessária do conceito jurídico de racismo**. Revista Direito UNIFACS, Salvador, n. 242, 2021. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/7074>. Acesso em: 22 maio 2024.

CHIGNOLI, Daniel Nogueira. **Legislação sobre escravidão no Reino e na América Portuguesa**. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 114, p. 349-362, jan./dez. 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.11606/issn.2318-8235.v114p349-362>. Acesso em: 6 out. 2024.

CONAQ, Coordenação Nacional das Comunidades Negras Rurais Quilombolas. **Carta aberta da CONAQ em defesa do Decreto nº 4.887/2003 e contra a ADI 3239**. Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: <https://terradedireitos.org.br/wp-content/uploads/2015/03/CARTA-ABERTA-DA-CONAQ-ADI.pdf>. Acesso em: 10 de janeiro de 2026.

CORRÊA, Elanita Maria Lima. **Manual de red ação: documentos legislativos** / Elenita Maria Lima Corrêa, Adilson Conceição, Waldemar Villas Bôas Filho; Marcos Magro Nardon (coordenador). – 5. ed. / rev. e ampl. por Newton Tavares Filho ... [et al.]. -- Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2023. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/items/31dd2348-5a9c-434c-8e9d-65625e111b92>. Acesso em: 6 out. 2024.

COSTA, Alexandre Bernardino; ROCHA, Eduardo Gonçalves. **Epistemologia e pesquisa em Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

CUNHA, Manuela Carneiro da. **Negros estrangeiros - os escravos libertos e sua volta à África**. 2. ed. revista e ampliada. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. **O que é a filosofia?** Tradução de Bento Prado Jr. e Alberto Alonso Muñoz. São Paulo: Editora 34, 1997. (Coleção TRANS).

DAHL, Robert. A. **Tomada de decisões em uma democracia: a Suprema Corte como uma entidade formuladora de políticas nacionais**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 252, 2009. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/7954>. Acesso em: 6 out. 2024.

DEFENSORÍA DEL PUELO. **Derechos del Pueblo Afroboliviano**. La Paz: Defensoría del Pueblo, 2018. Disponível em: <https://www.defensoria.gob.bo/uploads/files/derechos-del-pueblo-afroboliviano.pdf>. Acesso em: 27 maio 2024.

DUARTE, Evandro Charles Piza; QUEIROZ, Marcos Vinícius Lustosa. **A Revolução Haitiana e o Atlântico Negro: o Constitucionalismo em face do Lado Oculto da Modernidade**. 49. ed. Rio de Janeiro: Revista Direito, Estado e Sociedade, 2016. p. 10/42.

ECUADOR. **Constitución de la República del Ecuador**. 2008. Disponível em: https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf. Acesso em: 27 maio 2024.

FERNANDES, Mariana Balen. **Ilha de Cajaíba: Lugar, Pertencimento e Territorialidade nas Comunidades Quilombolas Acupe, São Braz e Dom João/Recôncavo Baiano**. Tese (Doutorado em Antropologia)- Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2016.

FIABANI, Adelmir. **Os novos quilombos: luta pela terra e afirmação étnica no Brasil [1988-2008]**. 2008. Tese (Doutorado em História)- Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2008. Disponível em: <https://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/2177/AdelmirFiabaniHistoria.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 22 maio 2024.

FREITAS, Augusto Teixeira de. **Consolidação das Leis Civis**. Ed. fac-sim. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/496206>. Acesso em: 1 de set. 2024.

GAMA, Luiz. **Liberdade 1880-1882**. Organização, introdução, estabelecimento de texto, comentários e notas de Bruno Rodrigues de Lima. São Paulo: Hedra, 2021.

GOMES, Nilma Lino; RODRIGUES, Tatiane Cosentino. **Resistência Democrática: a questão racial e a constituição federal de 1988**. Educação & Sociedade, Campinas, v. 39, n. 145, p. 928-945, 2018. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/es/a/LF9R5KRdpmDkCSRvDjmWyfL/?lang=pt&format=html>. Acesso em: 22 ago. 2021.

GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 21. ed. rev. e atual. por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GOMES, Rodrigo Portela. **Constitucionalismo e quilombos**. Culturas Jurídicas, Niterói, v. 8, n. 20, p. 131-155, maio-ago. 2021. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/culturasjuridicas/article/view/48702>. Acesso em: 6 out. 2024.

GOMES, Rodrigo Portela. **Kilombo: Uma Força Constituinte. 2022**. Brasília. Faculdade de Direito. Universidade de Brasília, 2022. Tese (Doutorado em Direito).

GUERRA, Gustavo Rabay; COSTA, Alexandre Bernardino. **Direito a que cidade? A construção social do direito à moradia e ao convívio dignos na paisagem urbana (a partir da Constituição e da Democracia)**. In: COSTA, Alexandre Bernardino (org.). *Direito vivo: leituras sobre constitucionalismo, construção social e educação a partir do Direito Achado na Rua*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2013. v. 1, p. 105–138.

SILVA Givânia Maria da. **O Quilombo de Conceição das Crioulas: uma terra de mulheres – luta e resistência quilombola**. Tese (Doutorado em Sociologia)- Universidade de Brasília, Brasília, 2022. Disponível em: <https://anpocs.org.br/wp-content/uploads/2023/07/41SD.pdf>. Acesso em: 6 out. 2024.

GONZALEZ, Lélia. **Mulher negra, essa quilombola**. In: RIOS, Flávia e LIMA, Márcia (org.). *Lélia Gonzales. Por um feminismo afro-latino-americano*. Rio de Janeiro: Zaha, 2020. p. 179-182.

CASTELBLANCO, Libia Rosario Grueso. **El proceso organizativo de comunidades negras en el Pacífico sur colombiano**. Título de Magister en Estudios Políticos. Pontificia Universidad Javeriana, Cali. 2000. Disponível em: <https://www.nacionmulticultural.unam.mx/reconocimientopueblosnegros/docs/263.pdf>. Acesso em: 22 fev. 2024.

GUIMARÃES, Carlos Magno. **Mineração, quilombos e Palmares. Minas Gerais no século XVIII.** p. 157 a 185. In: REIS, João José; SILVA, Eduardo (orgs.). *Liberdade por um fio. História dos Quilombos no Brasil.* São Paulo: Editora Claro Enigma, 2016.

HAESBAERT, Rogério. **Território e multiterritorialidade: um debate.** GEOgraphia, Ano IX, n. 17, 2007.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na História.** Lições Introdutórias. 4. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2012.

KOSELLECK, Reinhart. **Uma história dos conceitos: problemas teóricos e práticos.** Estudos Históricos, Rio de Janeiro, v. 5, n. 10, 1992, p. 134-146.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado.** Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MARIANO, Delsa de Fátima dos Santos. **Escravos e Libertos: autores das ações de liberdade em Diamantina (1850-1871).** 2015. 119 f. Dissertação (Mestrado Profissional Interdisciplinar em Ciências Humanas)- Universidade Federal dos Vales do Jequitinhonha e Mucuri, Diamantina, 2015.

MARQUARDT NETO, Roland Hamilton. **A metodologia da história em Reinhart Koselleck: análise e aplicação à pesquisa jurídica.** Revista Brasileira de História do Direito, Florianópolis, Brasil, v. 1, n. 1, p. 129-150, jul./dez. 2015. DOI: 10.26668/IndexLawJournals/2526-009X/2015.v1i1.661. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/historiadireito/article/view/661>. Acesso em: 01. dez. 2025.

MARQUES, Benedito Ferreira. Colaboração Carla Regina Silva Marques. **Direito Agrário Brasileiro.** 11. ed. Atlas. São Paulo, 2015.

MARTINET, Ivanna Fernández. **Situación de derechos humanos del Pueblo Afroboliviano.** Race & Equality. Washington, DC. 2020. Disponível em: https://raceandequality.org/wp-content/uploads/2020/12/Derechos_humanos_pueblo_afroboliviano_final.pdf. Acesso em: 24 jun. 2024.

MITA, María Martínez. **Conquista de derechos humanos por el pueblo afroboliviano en la Asamblea Constituyente de 2006-2008.** Universidad Andina Simón Bolívar. Quito, 2012. Disponível em: <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/3624/1/SM119-Martinez-Conquista.pdf>. Acesso em: 01. dez. 2025.

MATTOSO, Katia M. de Queirós. **Ser escravo no Brasil: séculos XVI-XIX.** Tradução: Sonia Furhmann. Petrópolis: Editora Vozes, 2016.

MEDEIROS, Murilo Augusto de. **O renascimento do democratas: da oposição ao centro do poder.** Monografia (Graduação em Ciência Política)- Instituto de Ciência Política. Universidade de Brasília. Brasília, 2017. Disponível em: https://bdm.unb.br/bitstream/10483/21772/1/2017_MuriloAugustodeMedeiros.pdf. Acesso em: 01. dez. 2025.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 5. Ed. Rio de Janeiro. Forense, 2019.

MOREIRA, Adilson José. **Pensando como um negro**: ensaio de hermenêutica jurídica. São Paulo: Contracorrente, 2019.

MOURA, Clóvis. **História do negro brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Editora Ática, 1992.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do Direito Constitucional**. Tradução de Peter Naumann. Porto Alegre: Revista da Faculdade de Direito da UFRGS. Editora Síntese, 1999.

MUNANGA, Kabengele. (org) **Superando o Racismo na escola**. 2ª edição. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade, 2005.

MUNANGA, Kabengele. **Uma abordagem conceitual das noções de raça, racismo, identidade e etnia**. Palestra proferida no 3º Seminário Nacional Relações Raciais e Educação – PENESB-RJ, 05 nov. 2003. Disponível em: <https://www.geledes.org.br/wp-content/uploads/2014/04/Uma-abordagem-conceitual-das-noco-es-de-raca-racismo-dentidade-e-etnia.pdf>. Acesso em: 01. dez. 2024.

NABUCO, Joaquim, 1849-1910. **O abolicionismo**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003. 214 p. (Edições do Senado Federal; v. 7).

NASCIMENTO, Abdias do. **O Quilombismo**. Petrópolis: Vozes, 1980.

NASCIMENTO, Beatriz. **O conceito de quilombo e a resistência cultural negra**. In: RATTS, Alex (org.). *Eu sou atlântica*. Sobre a trajetória de vida de Beatriz Nascimento. São Paulo: Instituto Kuanza e Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2006. p. 117-125.

NASCIMENTO, Wanderson Flor do. **Em torno de um pensamento oxunista: Ìyá descolonizando lógicas de conhecimento**. Curitiba. Rev. Filos, v. 33, n. 59, p. 382-397, maio-ago. 2021.

NERIS, Natália. **A voz e a palavra do Movimento Negro na Constituinte de 1988**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2018.

NETTO, Menelick de Carvalho; PAIXÃO, Cristiano; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Constituição sem povo e o medo da democracia**. In: NETTO, Menelick de Carvalho. *Teoria da Constituição e Direito Constitucional: escritos selecionados*. Vol. II. Apresentação de David F. L. Gomes. Belo Horizonte: Conhecimento, 2021. p. 105-108.

OLIVEIRA, Fabiana Luci. **Agenda suprema. Interesses em disputa no controle de constitucionalidade das leis no Brasil**. São Paulo. Tempo Social, Revista de Sociologia da USP, v. 28, n. 1, 2016, p. 105-133. Disponível em: <https://doi.org/10.11606/0103-2070.ts.2016.106021>. Acesso em: 6 out. 2024.

PAES, Mariana A. D. **O tratamento jurídico dos escravos nas ordenações manuelinas e filipinas**. In: Anais do V Congresso Brasileiro de História do Direito. Curitiba. p. 523 a 535 2013. Disponível em: <https://scholar.google.com/citations?user=le82AMYAAAAJ&hl=en> Acesso em: 01. out. 2025.

PAES, Mariana Armond Dias. **Escravos e terras entre posses e títulos: a construção social do direito de propriedade no Brasil (1835-1889)**. 2018. São Paulo. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2018. Tese (Doutorado em Direito).

PAES, Mariana Armond Dias. **Sujeitos da história, sujeitos de direitos: personalidade jurídica no Brasil escravista (1860-1888)**. São Paulo. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2014. Dissertação (Mestrado em Direito).

PAIXÃO, Leonardo André. **A função política do Supremo Tribunal Federal**. São Paulo. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. 2007. Tese (Doutorado em Direito do Estado).

PENNA, Sérgio F. P. de O.; MACIEL, Eliane Cruxên B. de Almeida. **Técnica legislativa: orientação para a padronização de trabalhos**. Brasília: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2002.

PEREIRA, Paulo Fernando Soares. **Os quilombos e a nação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. **Estruturas Intocadas: Racismo e Ditadura no Rio de Janeiro**. Revista Direito e Práxis, Rio de Janeiro, v. 9, n. 2, p. 1054-1079, 2018. Disponível em: [<https://www.scielo.br/j/rdp/a/DWf3hXwfgJdxQY3CJ8gCgvj/?lang=pt#>]. Acesso em: 30 maio 2024.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado: Parte Especial. Tomo XI: Direito das Coisas. Propriedade. Aquisição da propriedade imobiliária**. Atualizado por Luiz Edson Fachin. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

QUEIROZ, Marcos Vinícius Lustosa. **Constitucionalismo brasileiro e o Atlântico Negro: a experiência constitucional de 1823 diante da Revolução Haitiana**. Faculdade de Direito, Universidade de Brasília. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito, Estado e Constituição)

QUEIROZ, Marcos Vinícius Lustosa. **Constitucionalismo negro: elementos de teoria e história constitucional a partir da Revolução Haitiana**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), 13 (1) 85-109, jan./abr. 2021. Unisinos.

REIS, João José; GOMES, Flávio dos Santos (Org.). **Liberdade por um fio: história dos quilombos no Brasil**. 1. ed. São Paulo: Claroenigma, 2012.

REIS, João José; Silva, Eduardo. **Negociação e Conflito: A Resistência Negra no Brasil Escravista**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

RIBEIRO, Leandro Molhano; ARGUELHES, Diego Werneck. Contextos da judicialização da política: novos elementos para um mapa teórico. **Revista Direito GV**, São Paulo, v.15, n. 2, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/2317-6172201921>. Acesso em: 6 out. 2024.

RIBEIRO, Silvia Pradines Coelho. **A participação do Legislativo no processo de celebração dos tratados**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 43, n. 170, p. 273-286, abr./jun. 2006. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/43/170/ril_v43_n170_p273.pdf. Acesso em: 22 maio 2024.

RIOS, Flávia. **Antirracismo, movimentos sociais e Estado (1985-2016)**. In: LAVALLE, A.G., CARLOS, E., DOWBOR, M., and SZWAKO, J., comps. Movimentos sociais e institucionalização: políticas sociais, raça e gênero no Brasil pós-transição [online]. Rio de Janeiro: EDUERJ, 2018, pp. 255-283. Sociedade e política collection. ISBN: 978-85-7511-479-7. <https://doi.org/10.7476/9788575114797.0008>.

ROCHA, Júlio Cesar de Sá da; SERRA, Ordep (Org.). **Direito ambiental, conflitos socioambientais e comunidades tradicionais**. 1. ed. Salvador: EDUFBA, 2015.

SÁNCHEZ, John Anton. **Justicia Constitucional y Afrodescendencia: La primera Corte Constitucional ecuatoriana (2011 – 2016) y garantías a los derechos colectivos del pueblo afroecuatoriano**. Abya-Yala: Revista Sobre Acesso à Justiça e Direitos Nas Américas 6 (1):23 a 47. 2022. Disponível em: <https://doi.org/10.26512/abyayala.v6i1.37920>. Acesso em: 01 dez 2025.

SÁNCHEZ RUBIO, David. **Teoría crítica (del derecho) desde el pensamiento latinoamericano de liberación**. Derechos y Libertades, Madrid, n. 53, época II, p. 139–174, 2025.

SANTANA, Gilsely Barbara Barreto. **A Foto Cabe na Moldura? A Questão Quilombola e a Propriedade**. Brasília. Faculdade de Direito. Universidade de Brasília, 2008. Dissertação (Mestrado em Direito).

SANTOS, Antônio Bispo dos. **Colonização, Quilombos: modos e significações**. Instituto Nacional de Ciência e Tecnologia de Inclusão no Ensino Superior e na Pesquisa (INCTI) e Universidade de Brasília (UnB). Brasília, 2015.

SANTOS, Jair Cardoso dos. **Entre as leis e as letras: escrevivências identitárias negras de Luiz Gama**. Quarteto Editora. Salvador, 2016.

SANTOS, Milton. **O dinheiro e o território**. In: Geographia, Universidade de São Paulo, ano 1, nº 1, 1999, p. 7 a 13.

SCHWARCZ, Lilia M. **O Espetáculo das Raças- Cientistas, instituições e questão racial no Brasil 1870-1930**. São Paulo: Companhia das Letras, 6ª Reimpressão, 2005.

SILVA, Beclaute Oliveira. **Tratados de direitos humanos supraleais e constitucionais: uma abordagem analítico-normativa**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 53, n. 209, p. 73-86, jan./mar. 2016. Disponível em:

<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/520002/001063226.pdf?sequence=1>. Acesso em: 22 maio 2024.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed., rev. e atual. nos termos da Emenda Constitucional n. 48, de 10 ago. 2005. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Paulo Eduardo Alves da. **Pesquisas em processos judiciais**. p. 275 a 320 *In*: MACHADO, Máira Rocha (Org.). *Pesquisar empiricamente o direito*. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017.

SOUSA JUNIOR, José Geraldo de. **O Direito Achado na Rua: condições sociais e fundamentos teóricos**. *Revista Direito e Práxis*, v. 10, n. 4, p. 2776-2817, 2019. Disponível em: http://scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2179-89662019000402776. Acesso em: 01 out. 2024.

SOUSA JUNIOR, José Geraldo de. **O Direito Achado na Rua: experiências populares emancipatórias de criação do direito**. Brasília. Faculdade de Direito. Universidade de Brasília. 2008. Tese (Doutorado em Direito).

SOUSA JUNIOR, José Geraldo de. **Repensar o pensamento crítico: emergências, revisitações, travessias e (re)invenções**. Texto-guia para o 15º Seminário Internacional de Teoria Crítica em Direitos Humanos. Sevilha: Universidade Pablo de Olavide, Instituto Joaquín Herrera Flores; Universidad Internacional de Andalucía, 2025.

SOUZA, Vanderlei Sebastião de. **Eugenia, racismo científico e antirracismo no Brasil: debates sobre ciência, raça e imigração no movimento eugênico brasileiro (1920-1930)**. *Revista Brasileira de História*, São Paulo, v. 42, n. 89, 2022, p. 93-115. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1806-93472022v42n89-06>. Acesso em: 6 out. 2024.

SAQUET, Marcos Aurelio. **Por uma abordagem territorial**. *In*: SAQUET, Marcos Aurelio; SPOSITO, Eliseu Saverio (org.). *Territórios e territorialidades: teorias, processos e conflitos*. São Paulo: Expressão Popular, 2009. p. 73-94.

TABORDA, Maren Guimarães. **Entre morcegos e beija-flores: reflexões críticas sobre a jurisdição constitucional no Brasil**. *Direito & Justiça*, v. 40, n. 1, p. 65-83, jan./jun. 2014. Disponível em: <https://doi.org/10.15448/1984-7718.2014.1.16549>. Acesso em: 6 out. 2024.

TABORDA, Maren Guimarães. **O princípio da publicidade e a participação na administração pública**. Faculdade de Direito. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2006. Tese (Doutorado em Direito).

VARELA, Laura Beck; LUDWIG, Marcos de Campos. Da propriedade às propriedades: função social e reconstrução de um direito. *In*: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A Reconstrução do Direito Privado: Reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 763-787.

WOLKMER, Antonio Carlos; CAOVIALLA, Maria Aparecida Lucca (Orgs.). **Temas atuais sobre o constitucionalismo latino-americano**. São Leopoldo: Karywa, 2015.

ANEXO I – ENTREVISTA: GIVÂNIA SILVA

Entrevista com Givânia Maria da Silva no dia 20 de fevereiro de 2025.

Lucas Cerqueira: Olá professora Givânia, tudo bem? Gostaria que a senhora se apresentasse.

Givânia Silva: Giovana Silva, sou professora da educação básica, sou ativista do movimento quilombola, eu sou quilombola né, de Conceição das Crioulas, que fica no interior de Pernambuco, uma terra de mulheres e sou professora, como já disse, pesquisadora, atualmente estou no Conselho Nacional de Educação, na Câmara de Educação Básica, mas desenvolvo, tenho acompanhado desde o seu nascedouro, nessas últimas três décadas, o movimento nacional dos quilombos do Brasil.

Então, um pouco disso, fiz mestrado e doutorado na UnB, Mestrado na educação e Doutorado na Sociologia, e todos esses dois momentos da minha vida trabalharam sob a perspectiva de pensar a educação quilombola e o segundo momento pensar o papel das mulheres na luta por direitos, nos quilombos e esse papel invisibilizado que tem, que a sociedade atribui às mulheres.

Lucas Cerqueira: Professora, a senhora autoriza essa conversa, eu colocar no trabalho pra fazer parte da pesquisa?

Givânia Silva: Sim autorizado.

Lucas Cerqueira: Obrigado! Então, primeiramente é uma honra receber a senhora para fazer essa entrevista. Acho que a senhora tem papel muito importante, muito relevante na luta quilombola, na luta política, na educação e no conhecimento, seja no conhecimento tradicional das comunidades quilombolas, seja no conhecimento científico, pela sua produção, sua atuação política, sua representatividade, no movimento social. Então, isso é muito importante, então receber a senhora é fundamental pra construir...

Givânia Silva: Eu que agradeço Lucas, pelo interesse nessa conversa.

Lucas Cerqueira: Obrigado! Então, como tinha te explicado um pouco antes, minha pesquisa é sobre direito quilombola e meu objetivo, minha pergunta de pesquisa é entender como a luta política do movimento social se transformou em norma jurídica reconhecida pelo Estado. Pra isso, é importante entender como o movimento social atuou dentro desses mecanismos estatais, seja na luta política do movimento social até a atuação nos órgãos estatais titulares de funções públicas. Então, eu queria saber da senhora como foi essa atuação do movimento social e seu papel dentro desse processo.

Givânia Silva: Bom Lucas, eu queria fazer antes de chegar nesse ponto, eu queria fazer pouco da nossa história pra poder a gente pensar como é que a gente para numa Constituição como é que a gente (tem), considerando que antes da Constituição em 1988 várias outras Constituições existiram, vários outros normativos também existiram, e que por obrigação poderiam falar, alguns até falaram mas falaram contra a esses públicos que a gente tem identificado, com os

estudos não tão recentes mas estudos já bastante consolidados e pesquisadores que tem grande influência no pensamento negro brasileiro, como é o caso de do professor Flávio dos Santos Gomes, que aponta toda essa conexão dos quilombos no Brasil, inclusive com outros grupos aqui na América Latina, não sendo a Constituição o grande momento assim, a Constituição foi o momento de uma história de muitos anos, de mais três séculos. Então o registro da existência de quilombos aqui no Brasil, que a gente muitas vezes se refere apenas ao Quilombo dos Palmares, mas em várias outras regiões do Brasil existiram movimentos que foram e hoje a gente os identifica como como quilombolas.

Então, eu acho que essa é uma primeira abordagem que eu queria falar. Porque eu tenho visto muito as pessoas se referirem ao direito quilombola como assim: a Constituição reconheceu os direitos quilombolas. A constituição reconheceu uma luta de mais de três séculos, entende? Então, o que apareceu na Constituição é um pouco, um fragmento do que é o movimento negro, o movimento quilombola que não se entendia como quilombola, fez neste país desde o momento em que os negros africanos foram arrancados do seu continente e tornados escravos aqui no Brasil.

Então, pra que a gente chegasse em 1988, que é a Constituição, a gente passou por vários momentos. Inclusive, o momento que eu agora brinco e chamo de *fake news*, a abolição da escravatura, porque quando aconteceu a abolição da escravatura muitas comunidades, muitos negros já tinham conseguido sua libertação e tinham formado quilombos. Então a libertação da escravidão, como foi ensinado na escola pra gente, ela realmente foi muito mais ato simbólico do que um ato concreto na vida das pessoas, e nesse momento muitos quilombos já estavam formados, muito deles liderados por mulheres.

Então eu acho que no Brasil a gente tem uma cultura de apagamento da história e tem uma coisa que a gente tem dificuldade que é de contar essa história. Então essa história não é contada e eu acho muito importante um trabalho como o seu e o de muitos outros.

Então o que que acontece, quando a gente chega em 1988, que a gente já tinha passado mais de 300 anos da escravidão e mais 100 anos de silêncio do estado brasileiro, que liberta “entre aspas” a escravidão, mas não diz nada além disso, o que é que vai acontecer, pra mim essa é a grande prova de que a libertação pode ser considerada na linguagem de hoje como a *fake news*, se passavam 100 anos de 1888 até 1988. Esse tempo, esses 100 anos ele foi silêncio do Estado, mas não dos quilombos. E aí se a gente for fazer uma linha do tempo a gente vai encontrar vários momentos em que houveram movimentações dos quilombolas nessa luta por reconhecimento do Estado.

Agora, em 1988, há aí uma conjugação, o (Nego) Bispo se estivesse falando aqui elealaria que houve uma confluência. Existiam parlamentares negros, constituintes como é o caso do Abdias e a Benedita da Silva, de haver movimento negro fortalecido e já pautando a questão do direito e o reconhecimento no Estado, e aí é que entra esse artigo na constituição (art. 68 da ADCT), mas não foi uma coisa assim que caiu na hora que os constituintes estavam ali, lembraram que tinha algum quilombo, não. É fruto de vários movimentos, congressos, encontros puxado pela comunidade negra brasileira, pelos movimentos negros brasileiros, e que os quilombolas

também participavam mas não tinham o seu movimento específico, um movimento seu, mas sempre participaram junto com as organizações, por exemplo eu podia citar aqui duas organizações ou três que já participavam desse movimento, o próprio movimento negro unificado, o CEDENPA do Pará, o Centro de Estudos e Defesa do Negro no Pará, o CCN que é o Centro de Cultura Negra do Maranhão, então todos esses movimentos, que não eram movimento quilombola, mas sempre estiveram dentro da sua estrutura a luta dos quilombos. Então quando chega em 1988, que consegue ter o reconhecimento no artigo 68, depois a gente vai lá no 215 e 216 e encontra também sustentação, que formam essa base, que não é só para pensar só o território, mas é também para pensar e respeitar os modos de vida, os seus saberes, as suas as suas linguagens, os seus repertórios, então assim, tem mais do que reconhecer o território, é reconhecer esses coletivos, os seus saberes e seus modos de vida.

De 1988 até 1995 começou essa movimentação pelo direito quilombola, o Estado do Pará, o Estado do Maranhão começou a fazer encontros de comunidades quilombolas e em 95 que é marco muito importante. Aqui em Brasília aconteceu a primeira marcha Zumbi dos Palmares, a marcha dos 300 anos de imortalidade de Zumbi dos Palmares. Nesse momento Lucas, nós quilombolas nos reunimos pela primeira vez aqui em Brasília. Reunimos na UnB onde você estuda hoje e nos hospedamos no Mané Garrincha. A gente passava o dia ali aonde a gente chama de “minhocão”, tradicionalmente ou vulgarmente e nos hospedávamos no Mané Garrincha.

Naquele momento, nós tínhamos e culminou esse encontro com a Marcha do 20 de novembro de 1995, quando tanto movimento negro tradicionalmente conhecido, como nós quilombolas, formulamos os documentos e entregamos ao Estado dizendo: “ok, tem na Constituição, beleza, mas a gente quer saúde, a gente quer educação, a gente quer regularização dos territórios.

Naquele momento também os quilombolas que se reuniam pela primeira vez na história, reuniu o que eu diria assim, tem gente de vários estados do país, sobretudo dos Estados do nordeste, começaram a usar esse documento, da Carta de 95 como um mecanismo de pressão, pra dizer ao estado que ele precisava cumprir o que estava na Constituição. Mas esse encontro em 95 Lucas, ele foi muito importante porque ali também nós deliberamos que a gente criaria uma estrutura organizativa para os quilombolas, é o que hoje é CONAQ.

Em 96 nós fomos na Bahia e consolidando esse instrumento, no encontro saiu uma comissão provisória pra pensar esse encontro e na Bahia em Bom Jesus da Lapa no quilombo de Rio das Rãs, consolidou essa organização.

Desde então, não tem nenhuma política que verse ou que fale da questão quilombola que não tenha, o que a gente costuma dizer, o DNA da CONAQ, passando pelas políticas da educação, passando pela regularização, passando pelas políticas sociais, várias outras, e agora recentemente pela política de saúde que é uma política que acabou de entrar pra consulta pública.

Todas essas políticas têm sido construídas com muita resistência. E o que eu tenho desenvolvido nesse lugar, talvez por este lugar de professora que sou, é ter na condição de quilombola, isso

não tem sido para mim um projeto de pesquisa, tem sido um modo de vida. Então, aonde eu estiver, seja no parlamento onde eu estive, na sala de aula, aqui no governo federal, no movimento começou hoje, aqui no conselho então, aonde eu estiver esse é o tema.

Só que o que aconteceu, quando nós entregamos o documento em 95, o presidente então criou um grupo de trabalho, esse grupo de trabalho iria dizer como é que ficariam as respostas ao movimento negro. Foi aí que o presidente da época (Fernando Henrique Cardoso- FHC) transferiu a regularização dos territórios para a Fundação Cultural Palmares que é uma Fundação criada também por força do movimento negro, o primeiro aparelho do Estado do Brasil que versa sobre a questão da comunidade negra, mas ela tem o objetivo de cuidar da cultura, de manutenção dos saberes, da cultura e de valorização da comunidade negra. E aí o governo exatamente para não regularizar terra, porque todo mundo sabe que terra no Brasil é um problema, é uma questão, botou pra Palmares, e em consequência disso, elaborou um Decreto chamado Decreto 3912, em 2001 e naquele momento o governo federal já impõe aos quilombolas o marco temporal.

Lucas Cerqueira: E ele é pior do que o dos indígenas.

Givânia Silva: Pior que o dos indígenas. Porque ele dizia o seguinte (naquela época era assim): só poderia se autodefinir como quilombo quem provasse que no ato da abolição estava lá ou que no ato da promulgação da constituição de 88 provasse que estava lá em 1888, ou seja, ninguém. Ninguém provaria isso. Nós estamos lutando pra fazer a escola chegar nas comunidades, a população quilombola de 15 a 35 anos, é quase três vezes mais analfabeta do que a média nacional, que já não é baixa. Quando a gente está falando lá onde você trabalha no Ministério (da Educação) de pacto pela Educação de Jovens e Adultos, nós estamos falando de que a maioria são pessoas negras, que a maioria estão no campo, no meio rural, que a maioria estão no nordeste, e o Nordeste e Minas Gerais somos 68% das comunidades quilombolas do Brasil.

Então duvido muito que a gente não esteja falando de que a grande maioria desses analfabetos, mesmo os não denominados como quilombolas, são quilombolas. Então assim, esse direito para hoje a gente chegar nesse direito, vários embates foram construídos anterior à constituição e depois, pós Constituição.

Esse Decreto do Fernando Henrique (Decreto 3912/01) foi contestado por nós, pela CONAQ, aí a gente já existia, e quando o Presidente Lula se elege, nós fomos ao governo de transição, me lembro como se fosse hoje e pautamos isso. E ali o coordenador da transição assumiu conosco o compromisso de que o governo iria se debruçar na construção de um outro instrumento.

Lucas Cerqueira: Pera aí que eu vou chegar nesse ponto. Uma coisa que eu observei, nas pesquisas, na literatura, é a sofisticação que o movimento teve durante esse processo. Então, esse processo de luta política e de relação com o Estado, pelo que eu observei na literatura e também na produção normativa que foi onde eu me debrucei mais, eu percebi uma grande sofisticação que o movimento teve, com o Estado, no sentido de lutar politicamente, mas saber

usar de forma muito estratégica os instrumentos institucionais. E o primeiro ponto que eu observei isso foi com relação à Constituição de 1988.

Tem uma autora chamada Natália Neris que ela fez essa pesquisa do movimento negro na constituinte, e ela destaca que o dispositivo que trata da propriedade quilombola no artigo 68 da ADCT, foi um dos dispositivos que sofreu menos alteração no processo legislativo. Então, é um tema que a literatura ainda não conseguiu dar uma resposta definitiva, e eu queria te perguntar: foi algo estratégico conseguir colocar propriedade quilombola na Constituição de 88 num país formado pelo latifúndio, o lobby do latifúndio no legislativo e judiciário? Como isso foi feito? Porque com certeza não foi algo aleatório.

Givânia Silva: Não. Não foi aleatório. Como é que isso se deu, anterior à constituição, na pré-constituição, na pré-constituente ali, o movimento negro, eu não estava ainda, mas muitos (estavam), tenho lido também bastante sobre isso, ouvido dos mais velhos sobre isso, o movimento negro fez bastante movimento em prol da Constituição. Aqui teve um congresso aqui em Brasília, o congresso do negro aqui, aonde os movimentos tentavam produzir essas informações, a partir da escuta aos quilombolas, então se não era o quilombola que estava escrevendo, mas era o quilombola que estava falando. E aí, o movimento negro urbano que já tinha contato maior com a leitura e a escrita, meio que ia escrevendo aquilo ali. Em relação ao artigo 68 ter sido o que menos sofreu ataque, eu atribuo a esse poder de mobilização do movimento negro e ao próprio desconhecimento do constituinte em relação ao que significaria isso.

A impressão que eu tenho Lucas é que eles pensam assim: “vamos botar isso aqui, esse povo do movimento negro pare de encher a paciência da gente, o Estado deve ter aí uns 5 ou 6 quilombos, resolve isso, aí a gente apaga essa história que a gente deve, que o Estado deve pra esse povo”. Mal sabiam eles que hoje a gente passa de oito mil comunidades né, em todo o Brasil. Então por quê? Porque aí as comunidades, que é uma coisa que não dá pra descrever, é uma coisa que é sentir mesmo, tem a ver com a forma como é esse conhecimento ancestral africano, de um saber, de uma ciência, a fuga como elemento positivo, a gente nunca pode pensar que a fuga é uma coisa ruim. A gente tem é muita tristeza quando dizem “ah, você é descendente de negro fugido”. Hoje eu sou muito orgulhosa de ser descendente de quem fugiu, o que significa dizer que foi mais sábio do que o colonizador, e do que o escravocrata, e conseguiu fugir e formar quilombo e resistir pra que a gente chegasse até hoje.

Agora, tudo isso Lucas, foi fortalecido porque aí também já havia um outro movimento, havia o movimento da chegada de alguns intelectuais negros nesse mundo da academia, então meio que dava uma sofisticação naquilo que a história, que as pessoas falavam, naquilo que se tinha como repertório oral, pra transformar isso, e hoje a gente vê que continua sendo assim, mas a quantidade de estudos quilombolas, dos próprios quilombolas, sobre si também tem crescido.

Então, eu penso que agora assim, o Ivo que é um quilombola do Maranhão, da CONAQ também, e é fundador assim como eu, ele disse que assim: “o estado não vai nunca mais poder dizer que a gente não existe”. Então, eu acho que cada vez mais fica difícil pro estado negar nossa presença, porque a gente não só tem incidido politicamente, mas a gente também tem

incidido nessa produção do conhecimento científico, que é cravar o nosso pensamento, não na condição de observado né, de pesquisado, mas na condição do pesquisador a partir de si, de seus territórios, então eu acho que esse é um movimento que cada vez tá se fortalecendo no Brasil, embora a gente tenha várias contradições nesse meio, mas eu penso que se hoje a gente tem essa elaboração, das políticas no Estado, e esse volume de estudos sobre a questão quilombola, alguns mais e outros menos, se a gente for assim a grosso modo, quem mais tem produzido sobre isso é o Direito e Antropologia, então a gente vai entender que tem a ver com essa conexão que vem aqui desses cinco séculos de resistência e luta negra no Brasil.

Nesse caso, se aplica exatamente o que o Nego Bispo chamou de “começo, meio e começo”, então a gente tá aí vivendo isso, um começo por exemplo, pensando na questão quilombola, um começo com esses que resistiram à escravidão, com os que ficaram mais 100 anos depois da tal “libertação do silêncio” com isso que se tem da Constituição para cá até hoje.

Agora tem momentos muito emblemáticos nessa construção né, por exemplo a própria construção da constituição que você já falou, a elaboração do Decreto 4887.

Lucas Cerqueira: Vamos pra esse ponto agora. O Decreto 3912 do FHC na época, foi o primeiro... Vamos lá, a Constituição de 88 ela reconheceu a propriedade quilombola, só que a Constituição de 88 ela foi antes da promulgação da Convenção 169 da OIT. Então outros países como Colômbia, como Equador, que tem comunidades quilombolas, mas eles utilizam outros nomes, têm reconhecido na Constituição a propriedade coletiva, e isso foi fruto da luta do movimento e também pela importância da Convenção 169 da OIT que já reconhecia os direitos territoriais e coletivos. Então a Constituição de 88 ela não colocou esses direitos coletivos na Constituição, ela colocou conceito de propriedade.

Givânia Silva: Exatamente.

Lucas Cerqueira: E o conceito de propriedade ele tem uma tradição que vem do direito romano que é reconhecida como uma propriedade privada individual que tem um sentido muito diferente da territorialidade quilombola, porque a propriedade ela tem uma característica de usufruto econômico e de exploração econômica.

Então, quando a constituição colocou propriedade e não colocou o seu aparato coletivo, restou dúvida sobre a aplicação desse dispositivo constitucional, que foi um direito, mas na sua aplicação prática restou prejudicado, considerando que tem um sentido de propriedade anterior, já estabelecido no direito brasileiro que é da propriedade que vem dessa tradição do direito romano.

E aí o Decreto 3912 ele é o primeiro instrumento que regulamenta esse dispositivo constitucional que garante a propriedade quilombola. Só que como a senhora bem disse, esse Decreto ele trouxe várias contradições que não representou o movimento, entre elas a questão do marco temporal, mas eu vejo também uma outra importante, que ele considera o conceito de quilombo que é o conceito que é muito criticado pela comunidade que é conceito de quilombo como exclusivamente “escravos fugidos”.

Givânia Silva: Exatamente.

Lucas Cerqueira: Considerando que na antropologia, nas comunidades quilombolas e na própria história já reconhece diversas outras formas de constituição de quilombo que vai além dessa, mas considera-se essa (no Decreto 3912) e aí esse conceito restritivo acabou limitando a quantidade de comunidades que poderiam ser tituladas por esse direito e somando ao marco temporal você reduzirá número ainda menor.

O Decreto 4887 ele veio pra corrigir esses problemas, então o Decreto 4887 ele constituiu um conceito de quilombo entendido pela comunidade, reconhecido pela comunidade, ele reconheceu as características coletivas da propriedade, a territorialidade e criou um conceito de quilombo considerando a resistência histórica na comunidade ao longo dos séculos que foi apenas reconhecido nesse período estatal, mas essa resistência já vem de muito tempo anterior.

E quando eu li o Decreto 4887, eu fiquei curioso em saber como a comunidade conseguiu fazer isso, frente à burocracia estatal mesmo considerando que é um governo progressista. Mas eu acredito que pelo menos na literatura científica entende-se que o Lula deu um “Decretasso”, ele chegou lá e baixou lá e fez a propriedade coletiva.

Só que pela experiência que eu tenho no Ministério da Educação, inclusive onde eu conheci a senhora, eu já participei da elaboração de atos normativos, inclusive conheci o nosso amigo Eduardo (Fernandes Araújo)⁵⁰ que participava também desse processo, conhecendo de dentro eu vi que não é tão simples assim, e um dos maiores desafios que eu vejo é convencer a Advocacia Geral da União topar esse projeto, mesmo com uma boa vontade política do Presidente da República.

Então, pelo que eu percebi e eu fiquei curioso em saber, como foi possível isso, mesmo tendo um Presidente bem intencionado, com vontade política, a gente tem uma burocracia que faz o controle de constitucionalidade e essa burocracia ela tem uma formação né jurídica, que inclusive tá sendo revista atualmente com os movimentos sociais que estão fazendo uma crítica a essa tradição científica do Direito, da própria epistemologia científica que agora está se revendo outros conceitos científicos inclusive jurídicos.

Então essa Advocacia Geral da União tem uma tradição de entender a propriedade no sentido civil tradicional que é contra a comunidade, então como é que foi dentro do governo essa briga para conseguir passar por isso?

⁵⁰ Eduardo Fernandes Araújo, que me apresentou à professora Givânia, é professor da Universidade Federal da Paraíba, advogado popular e atualmente é Coordenador Geral de Educação Escolar Quilombola (CGEEQ) no Ministério da Educação (MEC), Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização de Jovens e Adultos, Diversidade e Inclusão (SECADI) - Diretoria de Políticas de Educação Étnico-Racial e Educação Escola Quilombola (DIPERQ). Ele participou da construção do Decreto 4887 e contribuiu na ADI 3239 em prol dos quilombos.

Givânia Silva: Eu queria falar duas coisas antes de chegar no Decreto (4887/03) porque ela é muito importante. Primeiro o (Decreto) 3912, foi uma forma que o governo Fernando Henrique Cardoso encontrou para vetar um projeto de lei que foi aprovado no Congresso Nacional (Projeto de Lei do Senado nº 129, de 1995- Anexo II). Quando em 1995 o movimento quilombola entregou a carta ao Presidente da República (FHC), a Benedita da Silva era Senadora da República, e o Deputado do Partido dos Trabalhadores da Bahia, também era Deputado federal, Alcides Modesto se não me falha a memória, e os dois apresentaram o projeto de regulamentação do art. 68, um no Senado, e outro no Congresso (Câmara dos Deputados).

O que diz a liturgia, o do Senado tem prioridade, o da Benedita. No ano seguinte, assumiu como Deputado Federal um dos militantes mais atuantes do movimento negro, ligado ao MNU, que foi o Luís Alberto, Deputado baiano também. Luiz Alberto pegou esses dois projetos, o da Senadora Benedita e o do Alcides, e fez um substitutivo (Anexo III), e nós já existindo enquanto CONAQ, nós rodamos vários Estados do Brasil com o Luiz Alberto, ouvindo as comunidades e construindo com ele esse projeto que regulamentava o artigo 68 (da ADCT). Então aquele conceito que hoje está no Decreto (4887/03), ele não foi do Decreto, ele é elaboração que vem sendo feita no seio do movimento, há mais tempos do que o Decreto.

Quando foi em 2001, esse substitutivo foi aprovado na Câmara e no Senado, e foi sanção do Presidente (FHC). Fernando Henrique então vetou (Anexo IV) integralmente o projeto e publicou o Decreto (3912/01).

Lucas Cerqueira: E esse texto era parecido?

Givânia Silva: Parecido com o Decreto (4887). Muita coisa já tinha do 4887.

Lucas Cerqueira: Você acha que o Decreto 4887 é mais avançado?

Givânia Silva: É mais avançado. Mas a Lei por exemplo, ela já dizia que era de responsabilidade do INCRA regularizar, nominava o INCRA como órgão de terra, ser responsável pela política que depois como foi vetado, aí quando o Lula publicou o Decreto 4887, ele publicou o Decreto 4887, que faz a transição para o 4887. É tipo assim: agora é do INCRA. Isso já estava no Projeto de Lei que Fernando Henrique Cardoso vetou.

Então, é só pra você entender que era uma luta sobre outra. Perdia uma levantava, perdia uma levantava e pensava novas estratégias. Nos últimos anos do governo Fernando Henrique Cardoso, a comunidade deliberou não sentar com ninguém do governo.

E aí vem o Estatuto da Igualdade Racial que era do (Senador Paulo) Paim, e nessa transição também do governo Fernando Henrique Cardoso pro governo Lula, do Deputado Paulo Paim do Rio Grande do Sul sair de Deputado pra Senador, tinha um acordo na casa de que o Estatuto fosse votado na Câmara pra ir dar sequência nele no projeto no Senado. O que é que se fez nesse país? Pegaram o Decreto 3912 na caladinha da noite e socaram no Estatuto da Igualdade Racial.

Nós fizemos uma mudança, viemos fazer um encontro aqui em Brasília e 200 quilombolas paramos o encontro, e era Palmares que tinha chamado na tentativa de dizer: “não, não deixe com o INCRA (...)”.

E aí nós paramos esse encontro, obrigamos o Governo a botar quatro ônibus no Israel Pinheiro, que é um lugar aqui, que é distante daqui do centro de Brasília e chegamos no Congresso Nacional, pegamos o relator pelo braço e botamos numa sala e fizemos ele tirar aquele texto do (Decreto) 3912 e já colocar parte do que é hoje o (Decreto) 4887. Infelizmente, na hora de aprovar foi tirado muita coisa do que estava no Projeto com a ideia de que se não tirasse não aprovava, se não tirasse não passava. Então a gente perdeu muita ideia, já tem duas batalhas no Congresso porque a gente perdeu, a gente não perdeu, mas assim, a gente foi golpeado. Essa do Projeto Luiz Alberto, substitutivo da Benedita da Silva do Alcides Modesto e essa do Estatuto da Igualdade Racial.

Bom, e aí com isto o Decreto 3239 é marco temporal consolidado pelo Estado, então, no acordo na transição, a CONAQ veio para aqui (Brasília) para transição (de governo), e ficamos batendo na porta do povo. E aí nós fomos na transição, o coordenador era o Zé Dirceu (ex-Ministro da Casa Civil), chegamos em Zé Dirceu e dizemos: “Lula precisa revogar esse Decreto (3912)”. O Zé ouviu a gente, com toda calma do mundo, e nos passou pra Matilde (Ribeiro- ex- Ministra-chefe da Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial- SEPPIR), que depois veio a ser Ministra, mas não era SEPPIR, não existia SEPPIR, era na transição, passou a gente pra Matilde, pra relatar o que a gente estava dizendo. A SEPPIR não foi criada dia 1º de janeiro de 2003, mas foi criada no dia 21 de março de 2003.

Quando a SEPPIR é constituída, um dos primeiros atos foi criar o Grupo (de Trabalho) Interministerial, para produzir essa etapa, que era construção do Decreto 4887. A CONAQ indicou seis pessoas para compor o GTI (Grupo de Trabalho Interministerial) que fez o Decreto.

Então você está falando com uma testemunha viva, ocular da escrita do Decreto 4887. Então, ali no Decreto, nós tivemos várias batalhas, a CONAQ teve várias batalhas, a CONAQ ganhou muitas delas perdeu muitas delas.

Lucas Cerqueira: Como foi o diálogo com a AGU, a advocacia geral da união?

Givânia Silva: Cara incrível que pareça, com a AGU foi mais fácil do que com a SAJ (antiga Subchefia para Assuntos Jurídicos, hoje Secretaria Especial para Assuntos Jurídicos da Casa Civil).

Lucas Cerqueira: Por quê?

Givânia Silva: O SAJ à época, reprovou o Decreto, e recomendou a não assinatura pelo Presidente da República. Porque segundo ele, era inconstitucional (...) Quando ele reprovou, a Secretaria, a SAJ, é subordinada à Casa Civil. O chefe dele era o Ministro da Casa Civil, o ministro da Casa Civil era o Zé Dirceu. Zé chegou pra o Lula e disse pra assinar: “nós prometemos isso então vamos assinar” (...)

Lucas Cerqueira: Curiosamente o processo veio cair na mão dele no Supremo algum tempo depois (risos).

Givânia Silva: Então, quando ele virou AGU, puxou uma consulta dizendo que tava tendo muito problema, aí botou a gente pra trabalhar e eu já tava aqui no governo, botou a gente pra trabalhar, a gente e a política indigenista, as normas que falam das políticas indígenas. Com dois meses eles dispensaram o grupo que estudando a questão indígena e o nosso nós enrolamos assim, anos, mais de anos brigando com esse negócio e no final não achou nenhuma inconstitucionalidade nesse Decreto.

E aí qual era a expectativa que se tinha, era que o próprio governo desfizesse o seu Ato pra o Supremo não sujar as mãos. E aí não foi assim que aconteceu...

Lucas Cerqueira: Pela luta conseguiu manter. Ou seja, teve uma luta dentro do governo pra manter o Decreto do próprio governo.

Givânia Silva: Então assim, eu nunca deixo de contar esse ato do Zé (Dirceu) porque eu acho que, foi um ato de muita coragem, porque eu nunca vi um Ministro mandar assinar um documento passando por cima da SAJ. E esse foi assim.

Então, a gente participou do começo ao fim do Decreto (4887). Vá vim para cá Lucas, a gente vinha muitas vezes só com a passagem. Muitas vezes dormir na rodoviária, dormir em aeroporto, muitas vezes chegar no aeroporto e sentar, o avião é amanhã de madrugada, chegava hoje porque era o único jeito que tinha de pegar ônibus pra chegar lá e sentar numa cadeira e dormia até a hora do avião sair. Chegava na rodoviária de madrugada e o ônibus só ia sair de manhã, dormia sentada no banco. Isso para mim foi coisa muito comum ter acontecido comigo.

Aqui quando nós fizemos o encontro, nós voltamos de carona, o encontro daqui de Brasília e nós de Pernambuco viemos pra cá, viemos duas pessoas de Pernambuco pra esse encontro que é histórico, e aí a gente voltou de carona. Pegamos uma carona com a Bahia que tinha vindo pra marcha do dia 20, mas estava aqui desde o dia 17 e Feira de Santana pra Salgueiro que é minha cidade por exemplo, nós fomos de carreta paravam com a carreta, levada dali e deixava ali e chegamos e foi tudo tranquilo e seguimos o tempo todo e estamos aqui hoje, na luta.

Lucas Cerqueira: Uma coisa, quando o Decreto 4887 ele foi aprovado e estava em vias de ser aprovado, vocês imaginavam no movimento e dentro do governo que ele seria alvo de uma ação direta de inconstitucionalidade pelo na época, PFL.

Givânia Silva: Jamais passou pela nossa cabeça. Nós não imaginávamos que ia acontecer. A gente sabia das dificuldades porque a gente tinha uma luta interna no GTI que era o seguinte, nós não queríamos a condicionalidade do reconhecimento do território à um relatório socioantropológico. A gente perdeu pra ABA né. Coube a mim e a presidente da ABA fazer uma defesa, a ABA que é a Associação Brasileira de Antropologia que teve um papel fundamental nessas políticas, nas conceituações entendeu, não dá para dizer que não, mas nós divergíamos muito no Decreto, e eles também compunham o GTI.

E aí, coube a mim e a Presidenta da ABA fazer as defesas, eu dizendo que não precisava relatório e ela dizendo que sim. Claro que eu perdi, claro que a CONAQ perdeu. Hoje eu vejo que nem nós estávamos 100% certos e nem a ABA estava 100% certa. Todos nós estávamos muito certos e muito errados ao mesmo tempo. Por quê? Porque hoje o próprio governo já identifica que quando uma terra é pública, não faz sentido relatório antropológico. Mas ao mesmo tempo a gente reconhece que muitos processos se não tiver relatório antropológico não há como sustentar. Então significa dizer que tanto nós tínhamos equívoco em radicalizar pra não ter, qual era a nossa narrativa, quem quiser provar que não é nosso que faça o relatório. Essa era a nossa posição. Mas Lucas, era a posição de jovem, de jovem radical assim, enfim, representado um movimento do tamanho, complexo como é o problema da questão quilombola.

Então, foi isso. Ficou o relatório antropológico como obrigação. Hoje o governo já tem outros instrumentos que diz que terra da União, terra devoluta da União, as áreas que são de domínio da União não caberia relatório antropológico, haveria só um reconhecimento da União por que pra que que você quer relatório antropológico? você quer relatório antropológica para você reconhecer aquela área, aquele território e dizer pro Estado que aquele território era dos quilombolas. Se a terra já é da União, do Estado, não é de particulares, o Estado dá o Ok, vamos reconhecer. Essa que era a nossa tese. Mas a gente sustentava essa tese pra todo o processo. Realmente hoje eu reconheço que não daria, mas também reconheço que impor o relatório socioantropológico pra todo e qualquer processo é excessivo, ajuda na morosidade

Lucas Cerqueira: A questão da constitucionalidade, que também é ponto importante e é um dos pontos que eu mais estou aprofundando no Mestrado, principalmente porque meu mestrado é em Direito Constitucional. Essa discussão da constitucionalidade é um debate muito complexo. Porque, você tem um dispositivo da Constituição que é o artigo 68, que à comunidade o Estado reconhece a propriedade das comunidades remanescentes dos quilombos. Então, tem esse artigo da Constituição que dá essa garantia de reconhecimento. Como a senhora tinha falado, o processo legislativo ele acaba que pra aprovar tem que tirar alguma coisa. Então a pra aprovar tem que tirar isso aqui e acaba perdendo a natureza da discussão. Então existe uma dificuldade do processo legislativo que inclusive tem que passar pelo filtro do Presidente da República que foi um dos problemas. Então, não sei se a senhora concorda, mas pelo que eu observo na situação e pelo que a senhora fala parece que o processo legislativo foi um caminho mais difícil pra conseguir fazer essa regulamentação. Não que o caminho do executivo seja mais fácil, que eu acho que ambos são difíceis. Só que eu imagino que pelo fato de ter Presidente como o Lula na época, o caminho do Poder Executivo talvez tenha sido mais estratégico, não que tenha sido mais fácil mas talvez mais estratégico.

Givânia Silva: Não, é porque tinha assim, na verdade isso se amparava no debate que era da autoaplicabilidade dos dois Decretos. Tanto o Fernando Henrique como o Lula fazem Decreto porque tem uma tese sustentada de que o artigo 68 era autoaplicado, ele não caberia uma outra legislação. Fernando Henrique Cardoso vetou a legislação com esse argumento. E aí ele vai e faz o Decreto, e aí o PFL ficou calado e tava tudo certo. Fernando Henrique Cardoso vetou o projeto (de Lei) aprovado dizendo que o artigo 68 era autoaplicável e não caberia uma legislação sobre. Era uma norma interna, ou seja, um Decreto, aí emite o Decreto 3912.

Quando quando o Lula e a gente acorda no governo de transição de tornar sem efeito o Decreto 3912 e construir um Decreto, principalmente tirando o marco temporal que era o que mais a gente identificava e o conceito de terra realmente era a terra ocupada naquele momento, então se você só tivesse a casa você só tinha casa, então sem considerar todo o processo de expropriação do Brasil, todos os problemas e conflitos de terra, expulsão etcétera, quando Lula e a gente consegue emplacar aquele conceito que está no Decreto 4887, aí “virou inconstitucional o Decreto”, não podia ser com Decreto.

Lucas Cerqueira: Aí eu te pergunto, por que o PFL ficou inerte no decreto do FHC mas no Decreto 4887 ele rapidamente, menos de um ano já entrou.

Givânia Silva: Não deu seis meses não. O (Decreto) 3912 interessava a eles. Se hoje nós somos 8000, seríamos talvez 50?

Lucas Cerqueira: Aí que entra a questão do debate que eu estou fazendo da constitucionalidade, eu construí uma tese sobre esse assunto, o que que eu percebo, o processo legislativo do congresso ele tem uma dificuldade, porquê pra ele passar, você tem que construir o consenso. Você tem que construir muitos consensos pra ali uma pauta avançar dentro do congresso nacional, então você tem ali acordo de líderes, você tem muitos colegiados tem que ser aprovado por centenas de deputados, então você tem um processo em que você precisa ter um acordo do colegiado pra conseguir avançar, e considerando que o movimento negro e as comunidades quilombolas são subrepresentadas no Congresso Nacional fica difícil construir consenso sendo minoria, então no processo legislativo do Poder Legislativo você tem essa dificuldade.

No processo legislativo do Poder Executivo que aí tem a construção de Decretos, não é que é mais fácil, mas você tem uma construção que é majoritária. Por exemplo, o Presidente da República nomeia um grupo de trabalho com especialistas, com pessoas da área que não precisa de construção de consensos muito amplos para ser aprovado, claro que você precisa de consenso, mas de consenso dentro da burocracia, então você tem a burocracia, você tem os chefes de poderes, os chefes de secretarias para você aprovar, mas você precisa construir consenso dentro dessa relação de poder que já está existente dentro do órgão. Porém, o que é que eu observei no caso do decreto 4887 e que chamou minha atenção, é que as características que tem no decreto 4887 do ponto de vista jurídico não tem diferença de um outra legislação do congresso, porque ele tem as 5 essas características, eles são gerais, abstratos, etc, porém tem uma diferença que a Constituição de 88 quando ela fala aí a questão da autoaplicabilidade, lá no direito o termo técnico que a gente usa é como norma de direito fundamental, ou seja você aplicar aquela legislação que está na constituição você não precisa de uma lei do congresso, ou até pelo próprio judiciário se for necessário. Então a o artigo 68 ele fala que o Estado reconhecerá, ele não fala que é o congresso, não fala que é o Judiciário, ele fala Estado.

Givânia Silva: Essa que era a história, exatamente. Aí que é engraçado que você fala que no (Decreto) 3912 não houve (a ADI) mas no 4887 sim, era por essa história, e o veto do Fernando

Henrique Cardoso pra publicar o 3912 foi esse argumento. Só que esse argumento só serviu pra o (Decreto) 3912, não serviu pra o (Decreto) 4887.

Lucas Cerqueira: Ele botou o mesmo argumento ao contrário (risos).

Givânia Silva: (risos) Ele reverteu. E a gente sabe qual é a tese, a tese é o racismo. É uma questão do racismo. Nós intelectuais do movimento negro a gente fala muito isso assim, de como o racismo é estratégico. Se você constrói o caminho para atacar e ele constrói uma estratégia e foge, então foi isso porque em 2001 era um Decreto, não precisava de Lei, veta-se a Lei porque o Decreto dá conta. Em 2003, precisa de Lei (risos).

Lucas Cerqueira: (risos) Minha pesquisa começou nesse ponto porquê, quando eu comecei a olhar a ADI 3239 e ler a decisão, você tem um argumento jurídico constitucional pra defender e você tem também um argumento jurídico constitucional pra ser contra. E o argumento que é utilizado para ser contra é justamente o argumento de que você precisa de lei específica para isso que o congresso nacional tem que aprovar e ele quebra as pernas do movimento no sentido de que no congresso nacional você precisa construir consensualidades sendo minoria, é impossível.

Givânia Silva: Não tem como aprovar. E foi incrível porque naquele contexto o projeto foi aprovado, aí onde eu acho que o projeto naquela época foi aprovado não porque as pessoas estavam de acordo, mas porque elas tinham poucas informações sobre quilombos.

Lucas Cerqueira: Ou seja, a estratégia de 1988 já tava esgotada, não tava funcionando.

Givânia Silva: Exatamente.

Lucas Cerqueira: E aí que entra o Decreto 4887. Primeiro comecei a ler a ADI 3239, vi que tinham argumentos com fundamentos constitucionais em ambos os lados, apesar de eu adotar o argumento favorável ao Decreto (4887), só que aí uma conta não fechava porque esses dois argumentos sobre a constitucionalidade quando você olha o Decreto, você vê que o Decreto ele trata de algumas questões que pra resolver o problema quilombola você tem que tratar de algumas questões que ultrapassam a mera regulamentação, por exemplo o conceito da comunidade quilombola, o tipo de território, o tipo de propriedade, e aí o Brasil ele tem essa tradição da propriedade, e aí o Decreto 4887 ele consegue mudar o regime jurídico de propriedade, ou seja ele cria um outro tipo de propriedade. Só que a Constituição autorizou, na medida em que dentro da comunidade, pra existir ela precisa fazer essa alteração, porque não tem como comunidade existir com esse tipo de propriedade. Só que aí já que o legislador ele não fez isso, o Presidente da República fez.

Givânia Silva: Aí o Presidente (Lula) fez um outro movimento, que é importante a gente registrar. Na definição, no movimento da Convenção 169, quando ela chega aqui no Brasil ela chega só como povos indígenas e tribais. E aí o Presidente Lula diz: “tribais no Brasil é quilombola”. É por isso que a Convenção 169 (é importante) pra nós. Se você for ler a Convenção 169, tá, Povos Indígenas e Tribais. Aí Lula diz, tribais no Brasil é quilombola. Aí a

gente se apropria da Convenção 169, e aí estamos na luta sempre, pra que o Estado obedeça, sobretudo pelo respeito e a necessidade do direito à consulta (prévia).

Lucas Cerqueira: Aí que entra a ADI 3239. Que aí foi como eu comecei a pesquisa, e depois que eu fui pro Decreto 4887, eu comecei a entender a ADI 3239 de outra maneira e entender principalmente como o Decreto 4887 ele não foi um “Decretasso” do Presidente.

Givânia Silva: Não, a gente levou seis meses. A SEPPIR foi criada em março de 2003, nós trabalhamos todos os meses aqui, durante seis meses aqui em Brasília, fazendo todas e qualquer concertação. Esses embates que eu te falei agora com a ABA, os embates duraram seis meses, aí no dia que o Decreto estava pronta a Palmares chegou, de novo outra coisa pra negociar de última hora. A gente não estava contando com a Certificação da Palmares. A Palmares chega de última hora, eu me lembro do Presidente, uma pessoa querida que já até nos deixou, fez tipo chorando, “estamos perdendo o nosso filho, pense você ter um filho, e depois você saber que não pode mais falar com ele”. Aí o governo vai e pega e enfia a Certidão pra dentro, meio que dar uma tarefa à Palmares. Então Lucas, cara, se for pra trazer uma memória de tudo que a gente viveu nesse Decreto, a gente vai passar a noite inteira aqui e você vai ter material já pra fazer o Mestrado, o Doutorado e já fica com o subsídio pra o pós-doutorado (risos).

Lucas Cerqueira: (risos) Dois pontos que eu acho muito importantes, eu já tinha contato com o movimento, sabia que aquilo não foi gratuito, mas teve um documento que eu percebi que comprovou isso, que foi a Exposição de Motivos do Decreto 4887, eu tive acesso à Exposição de Motivos, e eu nem sabia que existia a Exposição de Motivos, eu descobri quando eu tava no MEC e já escrevi Decretos.

Givânia Silva: É um dos mais ricos. Todo documento tem que ter uma Exposição de Motivos.

Lucas Cerqueira: Aí, pela experiência que eu tive, consegui ter acesso à Exposição de Motivos, e aí quando eu li, eu vi o nível da sofisticação política e jurídica dos argumentos pra edição do Decreto, e um argumento muito importante que eu considerei, e pra mim um dos mais importantes é, como o Decreto ele foi justificado pela necessidade de você fazer uma ramificação dentro do regime civil de propriedade, ou seja, a propriedade como a gente conhece se ela for aplicada da nossa tradição do direito civil na comunidade quilombola você vai dilacerar a comunidade.

Givânia Silva: Exatamente.

Lucas Cerqueira: Aí na Exposição de Motivos explica que é necessário um novo regime jurídico de propriedade, com uma outra natureza, coletiva.

Givânia: Por isso que, quando saem as normas para dizer como é que o Decreto vai ser, aí a gente define propriedade quilombola como inalienável, impenhorável. Ali o que a gente estava pensando é o seguinte: se nós estávamos dizendo que a tradição da formação dos quilombos era a partir de uma coletividade, se a gente não fizesse isso, a gente não durava muito tempo.

Tanto é que, tem uma questão que eu falo e não tenho prova sobre isso, mas eu tenho a impressão que grande parte da raiva da galera com essa política, tem a ver que a terra que é destinada a quilombola não volta mais para o mercado de terra, ela sai em definitivo.

Qualquer outra terra, a terra do Estado, o lote do assentamento, eu vou vender quando eu me emancipar, a terra quilombola não tem. Você já pensou sobre isso? Não tem.

Lucas Cerqueira: Esse é um dos pontos que eu estou botando na na dissertação.

Givânia Silva: Então é isso. É uma coisa que tipo assim, acabou.

Lucas Cerqueira: Eu tenho uma explicação pra isso e eu acho que era implementada, você tem o racismo que é a discriminação de pessoas baseada na raça, que tem preconceito, tem o racismo, etc, só que você tem sistema jurídico para regular a escravidão, que não veio do racismo, veio muito antes, vem do Direito Romano.

Givânia Silva: Exatamente. Muito antes. A Lei de Terras por exemplo. A gente tem um outro instrumento que é o Estatuto da Terra, que é celebrado, é um avanço importante, porém o que que acontece? Não vê as pessoas negras do campo, só vê os um tipo de campo. Então veja, tem a ver com todo esse argumento que você me colocou aqui.

Lucas Cerqueira: Exato, e aí você pega sistema que vem do direito romano, que o regime de propriedade vem dessa tradição e exatamente esse sistema que faz com que duas coisas aconteçam: primeiro a população negra seja objeto de propriedade e a segunda coisa que esse sistema civil faz é impedir que pessoas negras que têm posse da terra sejam proprietárias de terra. E aí quando você bota 400 anos depois e você consagra direito quilombola, a comunidade negra não tem como comprovar a titularidade quilombola com esse histórico. Então você tem que criar um outro sistema de acesso à propriedade que não são sistemas de acesso à propriedade que é baseado na tradição e na herança. Então o Decreto 4887 ele cria um outro sistema de acesso à propriedade que rompe com a tradição do direito civil, e isso toca diretamente no privilégio dos latifundiários.

E o Democratas (PFL) quando entra com a ação no Supremo, ele bate diretamente neste ponto.

Givânia Silva: Esse é o ponto. (...)

Lucas Cerqueira: Posso fazer só a última pergunta? A “saideira”. Como foi a luta política no Supremo pra tornar o Decreto Constitucional, porque analisando o processo eu vi que existe uma guerra jurídica.

Givânia Silva: Existia, e contra isso, pra lembrar que o Congresso também não ficou inerte a isso. Enquanto o Supremo estava aqui debruçado pelo Parecer do primeiro Relator que saiu, o César Peluso, o Congresso foi acelerando e colocando mais projeto de lei, meio que combinando o que Supremo com ação do Congresso, então assim, cara a gente tinha que lutar contra o Congresso e a gente tinha que lutar contra o Supremo. O Supremo ele pôs na pauta

várias vezes. A primeira vez que ele pôs na pauta foi no dia 17 de maio de 2012, a primeira vez que foi pra

pauta, me lembro que aí saiu o parecer do Peluso. Eu digo isso porque eu defendi minha dissertação no dia 16, um dia antes, eu não sabia onde tava minha cabeça se estava na defesa do meu mestrado ou se estava no que estava acontecendo no dia seguinte, e a CONAQ sustentou esses 14 anos de assombração dessa inconstitucionalidade de uma forma muito solitária. Solitário porque não tinha um projeto de apoio financeiro de ninguém, não tinha mais aquele engajamento do movimento negro urbano a esse tema, estava muito mais fragmentado, cada um mais nas suas pautas específicas e urbanas.

Cara, foram tempos muito difíceis. Eu cheguei a assistir aqui, eu no governo que fui pro governo em 2007, quilombola vinha aqui duas semanas porque não tinha como mandar de volta pra casa. Ficar esperando encontrar “Lucas, você tem milhas? Me empresta as suas milhas para eu mandar”. O escritório era a minha casa. Minha casa era o lugar que as pessoas chegaram.

No dia que saiu a votação (da ADI 3239), eu já tava em Pernambuco, Eduardo que você conhece, foi a primeira pessoa que me mandou mensagem, eu chorava sem limites. Eu chorava e ninguém entendia lá em casa o porquê que eu estava chorando. “Está doente?” Só eu sabia, não ia dar conta. Minha mãe não ia saber, minha mãe com mais de 80 anos não ia saber o que era aquilo pra mim. Ela só sabia que eu estava no Brasil, eu estava lutando pelo direito, ela não tinha dimensão daquilo.

Cara, eu chorava, chorava, chorava, chorava. “Oh minha filha, o que foi? É uma coisa ruim?” “Não mamãe não se preocupe não, é uma coisa boa, deixa eu chorar, é uma coisa boa”. “Mas o que foi minha filha, me conta”. “Não mamãe, é uma coisa boa, deixa eu chorar...” (risos)

Cara, desde a gente precisar botar um quilombola na sala do Supremo e ele não ter o paletó e a gente dizer “Lucas, me dá o seu paletó aqui”, e o quilombola vestia, e a manga ficar aqui ou passar a manga, cara, foi de tudo. Você fala, daria um documentário. Sem paletó não podia entrar, cadê o paletó do quilombola? Ninguém tinha, aí arrancava o paletó do conhecido, de um advogado, de um assessor, Eduardo muitas vezes ficou sem paletó na porta do Supremo pra poder emprestar pra um, aí o braço do quilombola era menor, aí ficava um pedaço de manga do paletó. Lucas, hoje dá pra rir, mas foi muita resistência.

Lucas Cerqueira: Eu vi que tiveram dezenas de pedidos de amigos da corte que entraram pra tentar convencer os ministros a adotar a tese.

Givânia Silva: E a gente fazia visita. Eu fui no Supremo Lucas com três roupas, três casacas. Eu fui enquanto movimento social, tipo assim, “Quem é você?”. Eu fui como pesquisadora da UnB: “Doutora!! Que bom doutora! Nossa Doutora!”. Aí eu era doutora. Fui como governo, apanhamos... Que só... É melhor ir como universidade (risos) (...): “Meu filho estudou com a senhora doutora, cadê doutor fulano, professor não sei o que”, me tratava do mesmo nível dos professores da UnB. Quando eu fui com a Ministra Nilma, visitando todos os gabinetes, falando isso, aí eu tava como Secretária Nacional, apanhando... (...) E como movimento social é tipo assim: “Desculpa porque vocês existem né”. (...)

ANEXO II – PLS 129, DE 1995: BENEDITA DA SILVA



SENADO FEDERAL
Gabinete da Senadora BENEDITA DA SILVA

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL	
data	____/____/____
cod.	020.000.12

PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 129, DE 1995

Regulamenta o procedimento de titulação de propriedade imobiliária aos remanescentes das comunidades dos quilombos, na forma do art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º O direito à propriedade definitiva das terras ocupadas pelos remanescentes das comunidades dos quilombos, assegurado pelo art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal, se exerce de acordo com o disposto nesta lei.

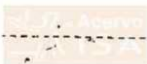
Art. 2º São considerados remanescentes dos quilombos pessoas, grupos ou populações que, por sua identidade histórica e cultural,

exprimam aspectos humanos, materiais e sociais dos antigos refúgios de escravos assim denominados e que mantenham morada habitual nos sítios onde se originaram as Comunidades.

Art. 3º O Poder Executivo efetivará, no prazo de 90 (noventa) a 180 (cento e oita) dias, a contar da promulgação desta lei, por intermédio da Fundação Cultural Palmares, os trabalhos para promover a discriminação e delimitação administrativa das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos em todo o território nacional.

Parágrafo único. Para desempenhar a tarefa incumbida pela presente lei, a Fundação Cultural Palmares poderá requisitar informações, dados e subsídios de outros órgãos da administração pública em todos os níveis, podendo, ainda, solicitá-los a entidades e organizações científicas, sociais, comunitárias e religiosas.

Art. 4º Ressalvadas as hipóteses de reconhecimento universal e incontestável, conforme estudos concluídos pela Fundação Cultural Palmares até a data da sanção desta lei, os interessados no reconhecimento do direito de propriedade nela prescrito deverão ingressar com pleito reivindicatório, através de representante especialmente designado.

**SENADO FEDERAL**

Gabinete da Senadora BENEDITA DA SILVA

Parágrafo único. O representante da comunidade será o responsável pela apresentação e justificação das razões do seu pedido de reconhecimento dos direitos à posse da terra pleiteada.

Art. 5º Concluídos os procedimentos de reconhecimento e legitimação, o Poder Público, através da Secretaria de Patrimônio da União, outorgará aos ocupantes das terras os correspondentes títulos definitivos de propriedade, que produzirão todos os efeitos jurídicos, independentemente de transcrição em Registro Imobiliário urbano ou rural.

Parágrafo único. As áreas tituladas às comunidades remanescentes de quilombos serão integradas ao patrimônio cultural brasileiro, nos termos do caput do art. 216 da Constituição Federal, fazendo-se assentamento das mesmas em escritura definitiva com cláusula "pró indiviso", cabendo à Fundação Cultural Palmares, dentro de suas atribuições ordinárias, dar-lhe proteção e controlar seu uso.

Art. 6º O processo administrativo de discriminação obedecerá, no que couber, às disposições da Lei nº 6.383, de 7 de dezembro de 1976, devendo se consumir em prazo não superior a 180 (cento e oitenta) dias.

Art. 7º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 8º Revogam-se as disposições em contrário.

JUSTIFICAÇÃO

O presente projeto de lei objetiva emprestar eficácia plena ao art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição de 1988, resgatando antiga dívida da Nação para com os remanescentes das comunidades negras dos quilombos.

Os quilombos, como se sabe, constituem a saga mais comovente da raça negra em nosso País, materializada em esconderijos onde centenas - fala-se, mesmo, em milhares - de escravos se refugiavam da opressão e da violência produzidas pelos primeiros colonizadores e seus sucessores nos rudimentos do nosso processo econômico.

Formas primitivas de organização comunitária, sediadas no meio da mata bruta, essas povoações fundavam-se na solidariedade e no respeito mútuo, socializando a produção e o trabalho, esboçando os primeiros sinais de uma República verdadeiramente justa no Brasil.

Ocorre que, decorridos quase nove anos da promulgação da Carta Maior, o *desideratum* de promover-se a titulação definitiva aos remanescentes dos quilombos, das terras tradicionalmente pertencentes a seus ancestrais, até hoje, por absoluta inércia do Poder Executivo, não se realizou.



SENADO FEDERAL
Gabinete da Senadora BENEDITA DA SILVA

Esse é, precipuamente, o objetivo do projeto de lei que submetemos à elevada apreciação dos ilustres Senadores: oferecer um diploma normativo para a ação titulatória, que ora se impõe como dever do Estado Federal, inclusive com a fixação indispensável dos prazos necessários a essa impostergável providência.

No projeto procura-se caracterizar, de forma inquestionável, os remanescentes dos quilombos, concedendo-se ao Poder Executivo o prazo de 90 (noventa) dias para iniciar o processo de discriminação administrativa de suas terras, que deverá ser concluído em período não superior a 180 (cento e oitenta) dias após a sanção da Lei pelo Presidente da República.

Intentou-se, ainda, evitar que terceiros (proveitadores ou oportunistas) viessem a se beneficiar do direito constitucionalmente assegurado aos legítimos sucessores das comunidades dos quilombos. Daí, ressalvadas as hipóteses da incontroversibilidade da pretensão titulatória, exigem-se características étnicas e culturais compatíveis com o direito invocado, além de histórico da ocupação e outros elementos de prova admissíveis para obtenção dos direitos pleiteados.

Não se vejam esses requisitos, todavia, aliados ao da morada habitual, como uma exorbitância à vontade do constituinte originário, pois, evidentemente, o que se persegue é a perfeita execução de seu mandamento e, principalmente, no caso, o respeito à natureza e ao significado e construtiva da proposta da nobre Senadora Benedita da Silva. Mais do que resgatar apenas a presença positiva da raça negra na História do Brasil, o Projeto engrandece a nação brasileira em sua mais alta e ampla concepção.

Considerando-se o elevado alcance social da lei pretendida, além da condição econômica dos beneficiários, nenhum desses requisitos há de ser tomado, por paradoxal, como estorvo à efetivação de pretensões legítimas ou de direito notória e tradicionalmente exercido.

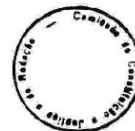

BENEDITA DA SILVA
Senadora Federal

ANEXO III – PL 3207, DE 1997 (SUBSTITUTIVO)

Proposições da Câmara dos Deputados - Páginas 1 a 8



CÂMARA DOS DEPUTADOS



COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA E DE REDAÇÃO
REDAÇÃO FINAL DO SUBSTITUTIVO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS AO
PROJETO DE LEI Nº 3.207-D, DE 1997, DO SENADO FEDERAL
(PLS Nº 129/95, na Casa de origem)

Substitutivo da Câmara dos Deputados
ao Projeto de Lei nº 3.207-C, de 1997,
do Senado Federal (PLS Nº 129/95, na
Casa de origem), que "regulamenta o
procedimento de titulação de proprie-
dade imobiliária aos remanescentes das
comunidades dos quilombos, na forma do
art. 68 do Ato das Disposições Consti-
tucionais Transitórias".

Dê-se ao Projeto a seguinte redação:

Regulamenta o direito de propriedade
das terras das comunidades remanescentes
dos quilombos e o procedimento da
sua titulação de propriedade imobiliá-
ria, na forma do art. 68 do Ato das
Disposições Constitucionais Transitó-
rias da Constituição de 1988.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

TÍTULO I
DO DIREITO DE PROPRIEDADE

Art. 1º Fica assegurado às comunidades remanescentes dos quilombos o direito a propriedade das terras por estas ocupadas, nos termos do art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988, devendo o Estado emitir-lhes os respectivos títulos de propriedade na forma desta Lei.

Parágrafo único. São terras ocupadas pelas comunida-
des remanescentes dos quilombos:

GER 3.17.23.004-2 (JUN/00)



CÂMARA DOS DEPUTADOS



I - os territórios onde habitam, devidamente reconhecidos por seus usos, costumes e tradições;

II - as terras ocupadas pelas comunidades remanescentes dos quilombos, nos termos do art. 68 do ADCT;

III - as áreas detentoras de recursos ambientais necessários à conservação dos usos, costumes e tradições das comunidades remanescentes de quilombos, contíguas às áreas de que trata o inciso I;

IV - os sítios que contenham reminiscências históricas dos quilombos.

Art. 2º Consideram-se comunidades remanescentes de quilombos, para fins desta Lei, os grupos étnicos de preponderância negra, encontráveis em todo o território nacional, identificáveis segundo categorias de auto-definição habitualmente designados por "Terras de Preto", "Comunidades Negras Rurais", "Mocambos" ou "Quilombos".

TÍTULO II
DO PROCEDIMENTO DA DECLARAÇÃO DE RECONHECIMENTO DAS COMUNIDADES REMANESCENTES DOS QUILOMBOS

CAPÍTULO I
DO REQUERIMENTO

Art. 3º O procedimento administrativo da declaração de reconhecimento das terras das comunidades remanescentes dos quilombos será iniciado mediante requerimento formulado ao órgão federal ou estadual competente.

Parágrafo único. O requerimento para instauração do procedimento administrativo de declaração de reconhecimento, previsto no caput deste artigo, poderá ser formulado por es-

Proposições da Câmara dos Deputados - Páginas 1 a 8



CÂMARA DOS DEPUTADOS



crito ou verbalmente, devendo este ser reduzido a termo pelo órgão requerido.

Art. 4º São partes legítimas para requerer a instauração dos procedimentos administrativos:

I - as entidades legalmente constituídas, representantes das comunidades remanescentes dos quilombos;

II - qualquer membro da comunidade remanescente dos quilombos;

III - o Ministério Público e as associações de que trata o art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985;

IV - entidades representativas dos interesses culturais, religiosos e políticos afro-brasileiros.

Art. 5º O Procedimento administrativo de declaração de reconhecimento de terras da comunidade remanescente de quilombo, na forma prescrita nesta Lei, poderá ser iniciado de ofício tanto pelo órgão federal como estadual competente.

CAPÍTULO II

DA IDENTIFICAÇÃO, DELIMITAÇÃO E DECLARAÇÃO DE RECONHECIMENTO

Art. 6º O Procedimento administrativo da declaração de reconhecimento, previsto no art. 4º, Título II, desta Lei, será constituído pelas fases de identificação, reconhecimento, delimitação e declaração.

Art. 7º Fica assegurado à comunidade remanescente de quilombo indicar representantes assim como assistente técnico para acompanhamento de todas as fases dos procedimentos administrativos da declaração de reconhecimento.

Art. 8º O órgão competente, para instruir o procedimento, deverá elaborar estudos e levantamentos históricos,



CÂMARA DOS DEPUTADOS



geográficos, antropológicos, cartográficos e memorial descritivo.

Parágrafo único. Durante todas as fases do procedimento haverá a participação de profissionais de notório conhecimento técnico-científico, pertencentes aos quadros técnicos de instituições governamentais, associações civis e organizações não-governamentais com o objetivo de fornecer subsídios aos estudos e levantamentos necessários.

Art. 9º No relatório técnico, destinado a orientar todo o procedimento, elaborado pelo órgão competente, constarão:

I - a identificação e a caracterização das terras e sítios, a serem declarados Patrimônio Cultural Brasileiro, com suas respectivas plantas;

II - a denominação do imóvel identificado, informando no conjunto territorial da área delimitada da comunidade as expressões "remanescentes de quilombos", "área de preservação contígua" ou "sítio de reminiscência histórica";

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

IV - o rol dos confinantes e de quem possuir justo título de propriedade da área demarcada;

V - tratando-se das áreas a que se refere o art. 1º e seus parágrafos, a identificação dos seus ocupantes, que, de acordo com esta Lei, preencherem a condição de reconhecimento das comunidades remanescentes dos quilombos e a identificação dos que não se enquadram nesta Lei;

VI - conclusão sobre o requerimento de pedido da declaração de reconhecimento de comunidade remanescente de quilombo.



CÂMARA DOS DEPUTADOS



Parágrafo único. As plantas das áreas de comunidades "remanescentes de quilombos" a que se refere o parágrafo único do art. 1º serão elaboradas de acordo com os requisitos da legislação sobre registros públicos.

Art. 10. Compete ao órgão competente, federal ou estadual, emitir a declaração de reconhecimento das terras das comunidades remanescentes de quilombo nos casos em que o relatório técnico conclua favoravelmente ao pedido do requerimento previsto no art. 4º desta Lei.

CAPÍTULO III DA TITULAÇÃO DE PROPRIEDADE

Art. 11. Declarado o reconhecimento da área como de comunidade remanescente de quilombo, o órgão competente iniciará, de imediato e de ofício, os procedimentos de titulação de propriedade.

Parágrafo único. O órgão competente terá o prazo de trinta dias para iniciar o procedimento de titulação de propriedade, sob pena de crime de responsabilidade.

Art. 12. Em caso de haver títulos hábeis de terceiros incidentes sobre as áreas a que se refere o art. 1º, o órgão competente dará início à ação de desapropriação cabível.

Art. 13. Nos casos de ocorrência de comunidades remanescentes de quilombos incidentes em terras devolutas federais ou estaduais, o processo será remetido ao órgão de terras competente, para que proceda à titulação da propriedade, na forma da legislação vigente, respeitadas as disposições desta Lei.

Art. 14. Caberá à comunidade disciplinar o uso da terra demarcada, respeitadas as normas de proteção ao meio am-



CÂMARA DOS DEPUTADOS

6



biente estabelecidas em lei e as práticas tradicionais do grupo, visando sempre à manutenção da identidade cultural deste.

Art. 15. É facultado ao órgão competente, concluídos os procedimentos administrativos de expedição de título de propriedade, titular as comunidades beneficiadas de acordo com a manifestação destas, nas formas dispostas a seguir:

I - em nome da entidade representativa da comunidade remanescente de quilombos, devidamente constituída como pessoa jurídica e registrada em cartório do registro competente;

II - em condomínio, com cláusula de inalienabilidade.

CAPÍTULO IV DAS GARANTIAS DOS DIREITOS INDIVIDUAIS E COLETIVOS DAS COMUNIDADES REMANESCENTES DOS QUILOMBOS

Art. 17. É reconhecido o direito ao pluralismo e à diversidade das comunidades remanescentes dos quilombos através do respeito à sua identidade e valores culturais.

Art. 18. Compete ao Poder Público, com a participação das comunidades remanescentes dos quilombos, garantir a proteção dos recursos naturais nas terras de que trata o art. 1º desta Lei, mediante:

I - recuperação dos recursos que tenham sofrido processos de degradação;

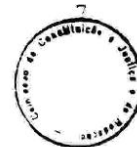
II - controle ambiental das atividades potencial ou efetivamente lesivas ao meio ambiente;

III - programas de educação ambiental.

Art. 19. As comunidades remanescentes dos quilombos, as associações por estas formadas, as entidades de defesa da cultura e valores afro-brasileiros e o Ministério Público Federal são partes legítimas para propor ações que visem a:



CÂMARA DOS DEPUTADOS



I - garantir a continuidade das comunidades remanescentes, como grupos étnicos afro-brasileiros, enquanto parcelas diferenciadas da população brasileira;

II - conservação da ocupação do título de propriedade;

III - garantir continuidade cultural da comunidade remanescente de quilombo mediante a preservação da memória dos remanescentes;

IV - impedir e punir atos lesivos ao meio ambiente praticados nas terras na forma desta Lei.

Art. 20. O Ministério Público e associações de que trata o art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, são partes legítimas para propor ação que vise ao reconhecimento de comunidades como remanescentes de quilombos.

CAPÍTULO V DISPOSIÇÕES FINAIS

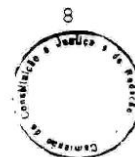
Art. 21. Os trabalhos de identificação, reconhecimento e delimitação realizados anteriormente à promulgação desta Lei poderão instruir os procedimentos administrativos da declaração de reconhecimento, desde que sejam adequados às disposições desta Lei.

Art. 22. Para efeito de cumprimento do disposto nesta Lei, os órgãos fundiários e de preservação dos valores culturais afro-brasileiros da União e dos Estados, assim como outros órgãos que tenham como objetivo o desenvolvimento de políticas públicas e infra-estrutura, disporão de orçamento para as ações de desenvolvimento e concessão de crédito em favor das comunidades tituladas.

Proposições da Câmara dos Deputados - Páginas 1 a 8



CÂMARA DOS DEPUTADOS



Art. 23. É facultado aos órgãos competentes, para o cumprimento das disposições desta Lei, celebrar convênios, contratos, acordos ou instrumentos similares de cooperação com órgãos públicos ou instituições privadas.

Art. 24. Para fins de política agropecuária, as comunidades remanescentes de quilombos receberão dos órgãos públicos competentes tratamento especial envolvendo a abertura de linhas de crédito para financiamento de suas atividades produtivas e de infra-estrutura e assistência técnica.

Art. 25. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Sala da Comissão, 27.11.2001



Deputado INALDO LEITÃO
Presidente



Deputado FERNANDO CORUJA
Relator

ANEXO IV- MENSAGEM DE VETO Nº 370, DE 2002

13/01/2026, 19:09

Mensagem nº 370

**Presidência da República**
Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos**MENSAGEM Nº 370, DE 13 DE MAIO DE 2002.**

Senhor Presidente do Senado Federal,

Comunico a Vossa Excelência que, nos termos do § 1º do art. 66 da Constituição Federal, decidi vetar integralmente, por inconstitucionalidade e contrariedade ao interesse público, o Projeto de Lei nº 129, de 1995 (nº 3.207/97 na Câmara dos Deputados), que "Regulamenta o direito de propriedade das terras das comunidades remanescentes dos quilombos e o procedimento da sua titulação de propriedade imobiliária, na forma do art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal".

Ouvindo, o Ministério da Cultura assim se manifestou:

"A Fundação Cultural Palmares afirma que o projeto de lei confere exclusividade a um único órgão público para a titulação das terras dos remanescentes das comunidades dos quilombos. Tal rigidez legal altera profunda e negativamente a atuação daquela Fundação no que se refere ao cumprimento do disposto no art. 68 do ADCT, porque a questão do reconhecimento e titulação da propriedade aos remanescentes dos quilombos exige um trabalho de parceria de diversos órgãos da administração pública federal, sob a coordenação da Fundação Cultural Palmares, para que o direito estabelecido no referido artigo do ADCT seja efetivamente conferido às pessoas ali referidas.

Além do mais, não se pode olvidar que o projeto sob exame teve o seu início no ano de 1995, época em que não existia em nosso ordenamento jurídico regras disciplinando o disposto no art. 68 do ADCT. Hoje, entretanto, esse quadro modificou-se, está em vigor o Decreto nº 3.912, de 10 de setembro de 2001, que regulamenta as disposições relativas ao processo administrativo para identificação dos remanescentes das comunidades dos quilombos e para o reconhecimento, a delimitação, a demarcação, a titulação e o registro imobiliário das terras por eles ocupadas.

Nesse decreto são previstas regras precisas sobre o tema objeto do projeto, regras essas que permitem à Fundação Cultural Palmares, em parceria com diversos órgãos públicos, não só cumprir o dever constitucional de titular as terras dos remanescentes das comunidades dos quilombos, como exigido pelo dispositivo constitucional citado, mas também garantir a essas comunidades direitos envolvendo o meio ambiente, a questão fundiária, a proteção aos recursos renováveis, a produção agrícola etc.

Diante dessas considerações, verifica-se que o projeto de lei representa um retrocesso legislativo que traz o inconveniente de tornar menos eficaz o processo administrativo atualmente estabelecido no Decreto nº 3.912, de 2001, e, conseqüentemente, de prejudicar a efetivação do direito de propriedade assegurado pelo art. 68 do ADCT aos remanescentes das comunidades dos quilombos. O interesse público, portanto, ficaria comprometido se a nova sistemática imposta pelo citado projeto de lei entrasse em vigor."

O Ministério da Justiça acrescentou as seguintes razões de veto:

"O texto do projeto, de iniciativa parlamentar, sob o fundamento de regulamentar o art. 68 do ADCT, em seu art. 1º, assegura "às comunidades remanescentes dos quilombos" o direito à propriedade das terras por elas ocupadas e impõe ao Estado o dever de emitir o respectivo título imobiliário. Já o parágrafo único desse mesmo dispositivo discrimina, como terras sobre as quais recairia o direito de propriedade: (1) os territórios não ocupados pelas comunidades remanescentes dos quilombos quando da entrada em vigor da Constituição de 1988, mas que são "devidamente reconhecidos por seus usos, costumes e tradições"; (2) as áreas contíguas a esses territórios, também não ocupadas em 5 de outubro de 1988, "detentoras de recursos ambientais necessários à conservação dos usos, costumes e tradições" daquelas comunidades; e (3) os sítios com reminiscências históricas dos quilombos.

Dispõe o art. 68 do ADCT que aos "remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos".

13/01/2026, 19:09

Mensagem nº 370

Verifica-se, primeiramente, que esse dispositivo constitucional confere o direito de propriedade "aos remanescentes das comunidades dos quilombos" e não "às comunidades remanescentes dos quilombos", como estabelecido no art. 1º do autógrafo, que está, na verdade, a transferir o direito de propriedade assegurado constitucionalmente aos remanescentes para a comunidade da qual fazem parte. Vale dizer: o direito individual dos remanescentes fica transformado, por força do projeto, em direito coletivo da comunidade. Sem dúvida, ao assim preceituar, o art. 1º do projeto contraria o art. 68 do ADCT e, por isso, é inconstitucional.

Também são inconstitucionais os incisos I, III e IV do parágrafo único do art. 1º do projeto. Com efeito, no art. 68 do ADCT a expressão "remanescentes das comunidades dos quilombos" tem um significado mais reduzido do que, a princípio, se poderia imaginar. Em realidade, o dispositivo contemplou apenas aqueles remanescentes "que estejam ocupando suas terras" no momento da promulgação da Constituição de 1988. Foram excluídos, portanto, os remanescentes que, em 5 de outubro de 1988, não mais ocupavam as terras que até a abolição da escravidão formavam aquelas comunidades. Conclui-se, portanto, que o constituinte de 1988 visou a beneficiar tão-somente os moradores dos quilombos que viviam, até 1888, nas terras sobre as quais estavam localizadas aquelas comunidades, e que continuaram a ocupá-las, ou os seus remanescentes, após o citado ano até 5 de outubro de 1988.

Ora, os incisos I, III e IV do parágrafo único do art. 1º, ao inserirem dentro das terras cuja propriedade é reconhecida aos remanescentes das comunidades dos quilombos, áreas que não eram por essas pessoas ocupadas à época da entrada em vigor da Constituição de 1988, alargou inconstitucionalmente o alcance do art. 68 do ADCT, que – frise-se – assegura a propriedade somente sobre as terras que eram ocupadas pelos quilombolas até 1888 e que continuavam a ser ocupadas pelos seus remanescentes em 5 de outubro de 1988.

Quanto ao inciso IV do parágrafo único do art. 1º, viola ele ainda o § 5º do art. 216 da Constituição, que autoriza tão-somente o tombamento dos "sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos" e não o reconhecimento, em favor dos remanescentes ou de qualquer outra pessoa, do direito de propriedade sobre esses imóveis, como quer o projeto.

O art. 2º do texto, por sua vez, considera como comunidade remanescente de quilombos "os grupos étnicos de preponderância negra, encontráveis em todo o território nacional, identificáveis segundo categoria de autodefinição habitualmente designados por "Terras de Preto", "Comunidades Negras Rurais", "Mocambos" ou "Quilombos"". Ora, o art. 68 do ADCT não admite tal presunção legal do que sejam remanescentes das comunidades dos quilombos, fundada no que o projeto denomina de "categoria de autodefinição". Como antes assinalado, a Constituição visou a beneficiar apenas os moradores dos quilombos que viviam, até 1888, nas terras sobre as quais estavam localizadas aquelas comunidades, e que continuaram a ocupá-las, ou os seus remanescentes, após o citado ano até 5 de outubro de 1988. Por certo, o direito de propriedade assegurado pelo art. 68 do ADCT não pode decorrer de presunção legal, mas sim do fato mesmo da ocupação centenária das terras que outrora formavam os quilombos. Daí a inconstitucionalidade do art. 2º do projeto.

Os arts. 3º a 10 do projeto, que compõem os Capítulos I e II do Título II, dispõem sobre o "procedimento administrativo da declaração de reconhecimento das terras das comunidades remanescentes dos quilombos". A ligação desses dispositivos com o preceituado no art. 1º é patente. Este estabelece o direito material e aqueles o direito instrumental. Ora, se o primeiro, como se viu, é inconstitucional, logicamente os arts. 3º a 10 também contêm o mesmo vício, porque não há como estabelecer um procedimento administrativo constitucionalmente válido para se requerer um direito contrário à Constituição. Cabe aqui dizer que o procedimento administrativo deveria objetivar a declaração de reconhecimento das terras dos remanescentes das comunidades dos quilombos e não, como escrito no projeto, "das comunidades remanescentes dos quilombos".

Além do mais, cumpre enfatizar a inconstitucionalidade existente no inciso III do art. 4º do autógrafo, que dá legitimidade ao Ministério Público para requerer a instauração do mencionado procedimento administrativo, e no art. 19, que confere àquela Instituição legitimidade para "propor ação que vise ao reconhecimento de comunidades como remanescentes de quilombos". Esses dispositivos do projeto violam o **caput** do art. 127 e o inciso I do art. 129 da Constituição, segundo os quais o Ministério Público apenas tem legitimidade para defender os interesses individuais indisponíveis, difusos e coletivos (vide RE nº 213.631, STF-Pleno, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 7/4/2000, p. 69; e RE nº 195.056,

13/01/2026, 19:09

Mensagem nº 370

STF-Pleno, Rel. Min. Carlos Velloso, julgado em 9/12/1999). No caso, não se trata de direitos difusos ou coletivos, mas sim de direitos individuais dos remanescentes, que deles podem dispor a qualquer tempo.

No Capítulo II do Título II do projeto, merecem ainda destaques os incisos I, II, IV e V do art. 9º, que se relacionam com o disposto nos incisos I, III e IV do parágrafo único do art. 1º, cuja inconstitucionalidade foi devidamente demonstrada e que diz respeito à violação ao art. 68 do ADCT, que não confere o direito de propriedade aos remanescentes sobre terras que não eram por eles ocupadas em 5 de outubro de 1988, data do início de vigência da atual Constituição.

Quanto aos arts. 11 a 15, compreendidos no Capítulo III do Título II do projeto e que na verdade não dispõem sobre o procedimento administrativo, estabelecem eles regras sobre a titulação da propriedade à "comunidade remanescente de quilombo". Ora, a mesma inconstitucionalidade detectada no art. 1º também está presente nesses dispositivos.

De fato, a emissão dos títulos de propriedade, que é, por imposição do art. 68 do ADCT, dever do Estado, deve favorecer, ainda segundo esse mesmo artigo constitucional, os remanescentes das comunidades dos quilombos e não as comunidades remanescentes dos quilombos. Repita-se: o direito de propriedade foi reconhecido pela Constituição àqueles e não a estas. Daí a violação dos arts. 11 a 15 do projeto ao art. 68 do ADCT.

Exame mais detido há de ter o art. 12 deste Capítulo II do Título II do projeto. Esse artigo prevê a desapropriação de terras para a efetivação do disposto no art. 68 do ADCT. Como visto, o enunciado do art. 68 do ADCT inicia com a oração aos "remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras". Daí decorrem duas afirmações importantes para a fixação do alcance da norma constitucional.

A primeira refere-se ao reconhecimento da posse prolongada, contínua, pacífica e **cum animo domini** que as pessoas beneficiadas com a aplicação do art. 68 do ADCT tinham no momento da promulgação da Constituição de 1988. Com efeito, da ligação entre o adjetivo remanescentes, empregado "para designar coisas ou pessoas que ficam ou que subsistem, após o evento de qualquer fato" (De Plácido e Silva, Vocabulário Jurídico, Forense, Vol. IV, p. 87), e a expressão "ocupando suas terras" surge a idéia de continuidade da posse, transmitida de geração em geração, de forma pacífica e exercida sempre com a intenção de dono. A segunda relaciona-se à existência daquela posse qualificada em 5 de outubro de 1988, como requisito essencial para o reconhecimento do direito de propriedade aos remanescentes ("que estejam ocupando").

Decorre daí que a Constituição somente declarou um direito que já havia se integrado, pelo decurso do tempo, ao patrimônio dos destinatários do art. 68 do ADCT. De fato, o verbo reconhecer tem o significado vulgar de "admitir como certo, constatar, aceitar, declarar" (Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa, Nova Fronteira, 2ª ed., p. 1.464). Esse verbo no domínio jurídico não tem acepção diversa, conforme anota De Plácido e Silva, que assevera: "em qualquer circunstância em que se apresente o vocábulo, revelará sempre a existência de fato anterior, que vem comprovar, atestar, certificar, conformar ou autenticar. O reconhecimento, pois, nada gera de novo, isto é, não formula direito nem estrutura fato ou coisa, que já não fosse efetiva ou existente: **Recognitio nil dat novi**, é o princípio que se firmou" (Op. cit., p. 44).

Verifica-se, assim, que o art. 68 do ADCT não cogitou da intervenção da vontade do Estado ou de qualquer outra pessoa física ou jurídica para a conversão da posse em propriedade. Essa conversão se dá pelo só fato de existir, em 5 de outubro de 1988, a posse qualificada e prolongada dos remanescentes das comunidades dos quilombos sobre terras que, à época imperial, formavam aqueles grupamentos organizados por escravos fugitivos.

Desses argumentos constata-se que é inadmissível a desapropriação de terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos que visa a reconhecer a estes a propriedade daqueles imóveis. A autorização constitucional para a intervenção do Estado nos casos disciplinados pelo citado artigo cinge-se à emissão de títulos de propriedade.

Além do mais, o próprio conceito de desapropriação impede que a União leve a efeito os atos administrativos questionados. Segundo Maria Sylvia Zanella di Pietro, "desapropriação é o procedimento administrativo pelo qual o poder público ou seus delegados, mediante prévia declaração de necessidade pública, utilidade pública ou interesse social, impõe ao proprietário a perda de um bem, substituindo-o em seu patrimônio por justa indenização" (Direito Administrativo, Atlas, 12ª ed., p. 151).

13/01/2026, 19:09

Mensagem nº 370

Ora, a desapropriação praticada com o fim de expropriar o imóvel de determinada pessoa para, posteriormente, transferir-lhe de novo a propriedade daquele mesmo bem certamente não atende à necessidade pública, à utilidade pública ou ao interesse social. O máximo que esse ato administrativo pode atender é o interesse particular do proprietário do imóvel, que se beneficiará ilicitamente com recursos e bem públicos.

No caso do projeto, o seu art. 12 pretende justamente autorizar a prática dessa espécie de ato ilícito, porque determina a desapropriação de terras, cujas propriedades já são, por força do art. 68 do ADCT, dos remanescentes das comunidades dos quilombos, para, em momento posterior, beneficiá-los com a transmissão do domínio daqueles mesmos bens imóveis expropriados. O art. 12 ora examinado, portanto, afronta o art. 68 do ADCT e também o **caput** do art. 37 da Constituição, que impõe aos administradores públicos o respeito ao princípio da legalidade."

Estas, Senhor Presidente, as razões que me levaram a vetar o projeto em causa, as quais ora submeto à elevada apreciação dos Senhores Membros do Congresso Nacional.

Brasília, 13 de maio de 2002.

ANEXO V - EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DO DECRETO 4887, DE 2003

DECRETO Nº 4.887 , DE 20 DE NOVEMBRO DE 2003.

Regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que trata o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, incisos IV e VI, alínea "a", da Constituição e de acordo com o disposto no art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias,

D E C R E T A :

Art. 1º Os procedimentos administrativos para a identificação, o reconhecimento, a delimitação, a demarcação e a titulação da propriedade definitiva das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos, de que trata o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, serão procedidos de acordo com o estabelecido neste Decreto.

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

§ 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.

§ 3º Para a medição e demarcação das terras, serão levados em consideração critérios de territorialidade indicados pelos remanescentes das comunidades dos quilombos, sendo facultado à comunidade interessada apresentar as peças técnicas para a instrução procedimental.

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

§ 1º O INCRA deverá regulamentar os procedimentos administrativos para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas pelos remanescentes das comunidades dos quilombos, dentro de sessenta dias da publicação deste Decreto.

§ 2º Para os fins deste Decreto, o INCRA poderá estabelecer convênios, contratos, acordos e instrumentos similares com órgãos da administração pública federal, estadual, municipal, do Distrito Federal, organizações não-governamentais e entidades privadas, observada a legislação pertinente.

§ 3º O procedimento administrativo será iniciado de ofício pelo INCRA ou por requerimento de qualquer interessado.

2.

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

Art. 4º Compete à Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial, da Presidência da República, assistir e acompanhar o Ministério do Desenvolvimento Agrário e o INCRA nas ações de regularização fundiária, para garantir os direitos étnicos e territoriais dos remanescentes das comunidades dos quilombos, nos termos de sua competência legalmente fixada.

Art. 5º Compete ao Ministério da Cultura, por meio da Fundação Cultural Palmares, assistir e acompanhar o Ministério do Desenvolvimento Agrário e o INCRA nas ações de regularização fundiária, para garantir a preservação da identidade cultural dos remanescentes das comunidades dos quilombos, bem como para subsidiar os trabalhos técnicos quando houver contestação ao procedimento de identificação e reconhecimento previsto neste Decreto.

Art. 6º Fica assegurada aos remanescentes das comunidades dos quilombos a participação em todas as fases do procedimento administrativo, diretamente ou por meio de representantes por eles indicados.

Art. 7º O INCRA, após concluir os trabalhos de campo de identificação, delimitação e levantamento ocupacional e cartorial, publicará edital por duas vezes consecutivas no Diário Oficial da União e no Diário Oficial da unidade federada onde se localiza a área sob estudo, contendo as seguintes informações:

- I - denominação do imóvel ocupado pelos remanescentes das comunidades dos quilombos;
- II - circunscrição judiciária ou administrativa em que está situado o imóvel;
- III - limites, confrontações e dimensão constantes do memorial descritivo das terras a serem tituladas; e
- IV - títulos, registros e matrículas eventualmente incidentes sobre as terras consideradas suscetíveis de reconhecimento e demarcação.

§ 1º A publicação do edital será afixada na sede da prefeitura municipal onde está situado o imóvel.

§ 2º O INCRA notificará os ocupantes e os confinantes da área delimitada.

Art. 8º Após os trabalhos de identificação e delimitação, o INCRA remeterá o relatório técnico aos órgãos e entidades abaixo relacionados, para, no prazo comum de trinta dias, opinar sobre as matérias de suas respectivas competências:

- I - Instituto do Patrimônio Histórico e Nacional - IPHAN;
- II - Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA;
- III - Secretaria do Patrimônio da União, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão;
- IV - Fundação Nacional do Índio - FUNAI;
- V - Secretaria Executiva do Conselho de Defesa Nacional;
- VI - Fundação Cultural Palmares.

Parágrafo único. Expirado o prazo e não havendo manifestação dos órgãos e entidades, dar-se-á como tácita a concordância com o conteúdo do relatório técnico.

Art. 9º Todos os interessados terão o prazo de noventa dias, após a publicação e notificações a que se refere o art. 7º, para oferecer contestações ao relatório, juntando as provas pertinentes.

Parágrafo único. Não havendo impugnações ou sendo elas rejeitadas, o INCRA concluirá o trabalho de titulação da terra ocupada pelos remanescentes das comunidades dos quilombos.

3.

Art. 10. Quando as terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos incidirem em terrenos de marinha, marginais de rios, ilhas e lagos, o INCRA e a Secretaria do Patrimônio da União tomarão as medidas cabíveis para a expedição do título.

Art. 11. Quando as terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos estiverem sobrepostas às unidades de conservação constituídas, às áreas de segurança nacional, à faixa de fronteira e às terras indígenas, o INCRA, o IBAMA, a Secretaria-Executiva do Conselho de Defesa Nacional, a FUNAI e a Fundação Cultural Palmares tomarão as medidas cabíveis visando garantir a sustentabilidade destas comunidades, conciliando o interesse do Estado.

Art. 12. Em sendo constatado que as terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos incidem sobre terras de propriedade dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, o INCRA encaminhará os autos para os entes responsáveis pela titulação.

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.

§ 1º Para os fins deste Decreto, o INCRA estará autorizado a ingressar no imóvel de propriedade particular, operando as publicações editalícias do art. 7º efeitos de comunicação prévia.

§ 2º O INCRA regulamentará as hipóteses suscetíveis de desapropriação, com obrigatória disposição de prévio estudo sobre a autenticidade e legitimidade do título de propriedade, mediante levantamento da cadeia dominial do imóvel até a sua origem.

Art. 14. Verificada a presença de ocupantes nas terras dos remanescentes das comunidades dos quilombos, o INCRA acionará os dispositivos administrativos e legais para o reassentamento das famílias de agricultores pertencentes à clientela da reforma agrária ou a indenização das benfeitorias de boa-fé, quando couber.

Art. 15. Durante o processo de titulação, o INCRA garantirá a defesa dos interesses dos remanescentes das comunidades dos quilombos nas questões surgidas em decorrência da titulação das suas terras.

Art. 16. Após a expedição do título de reconhecimento de domínio, a Fundação Cultural Palmares garantirá assistência jurídica, em todos os graus, aos remanescentes das comunidades dos quilombos para defesa da posse contra esbulhos e turbações, para a proteção da integridade territorial da área delimitada e sua utilização por terceiros, podendo firmar convênios com outras entidades ou órgãos que prestem esta assistência.

Parágrafo único. A Fundação Cultural Palmares prestará assessoramento aos órgãos da Defensoria Pública quando estes órgãos representarem em juízo os interesses dos remanescentes das comunidades dos quilombos, nos termos do art. 134 da Constituição.

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

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

Art. 18. Os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos, encontrados por ocasião do procedimento de identificação, devem ser comunicados ao IPHAN.

4.

Parágrafo único. A Fundação Cultural Palmares deverá instruir o processo para fins de registro ou tombamento e zelar pelo acautelamento e preservação do patrimônio cultural brasileiro.

Art. 19. Fica instituído o Comitê Gestor para elaborar, no prazo de noventa dias, plano de etnodesenvolvimento, destinado aos remanescentes das comunidades dos quilombos, integrado por um representante de cada órgão a seguir indicado:

I - Casa Civil da Presidência da República;

II - Ministérios:

- a) da Justiça;
- b) da Educação;
- c) do Trabalho e Emprego;
- d) da Saúde;
- e) do Planejamento, Orçamento e Gestão;
- f) das Comunicações;
- g) da Defesa;
- h) da Integração Nacional;
- i) da Cultura;
- j) do Meio Ambiente;
- k) do Desenvolvimento Agrário;
- l) da Assistência Social;
- m) do Esporte;
- n) da Previdência Social;
- o) do Turismo;
- p) das Cidades;

III - do Gabinete do Ministro de Estado Extraordinário de Segurança Alimentar e Combate à Fome;

IV - Secretarias Especiais da Presidência da República:

- a) de Políticas de Promoção da Igualdade Racial;
- b) de Aquicultura e Pesca; e
- c) dos Direitos Humanos.

§ 1º O Comitê Gestor será coordenado pelo representante da Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial.

§ 2º Os representantes do Comitê Gestor serão indicados pelos titulares dos órgãos referidos nos incisos I a IV e designados pelo Secretário Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial.

§ 3º A participação no Comitê Gestor será considerada prestação de serviço público relevante, não remunerada.

Art. 20. Para os fins de política agrícola e agrária, os remanescentes das comunidades dos quilombos receberão dos órgãos competentes tratamento preferencial, assistência técnica e linhas especiais de financiamento, destinados à realização de suas atividades produtivas e de infra-estrutura.

Art. 21. As disposições contidas neste Decreto incidem sobre os procedimentos administrativos de reconhecimento em andamento, em qualquer fase em que se encontrem.

Parágrafo único. A Fundação Cultural Palmares e o INCRA estabelecerão regras de transição para a transferência dos processos administrativos e judiciais anteriores à publicação deste Decreto.

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

5.

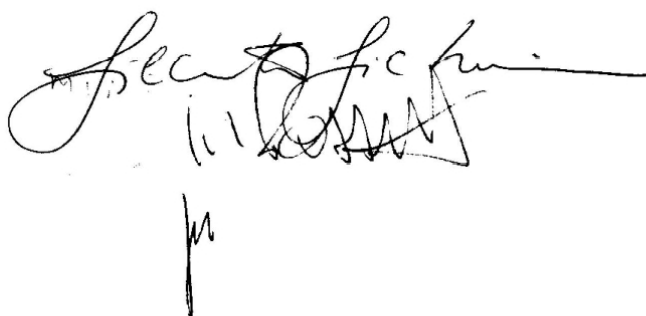
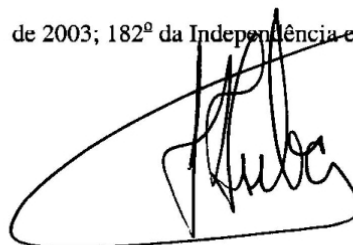
Parágrafo único. O INCRA realizará o registro cadastral dos imóveis titulados em favor dos remanescentes das comunidades dos quilombos em formulários específicos que respeitem suas características econômicas e culturais.

Art. 23. As despesas decorrentes da aplicação das disposições contidas neste Decreto correrão à conta das dotações orçamentárias consignadas na lei orçamentária anual para tal finalidade, observados os limites de movimentação e empenho e de pagamento.

Art. 24. Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 25. Revoga-se o Decreto nº 3.912, de 10 de setembro de 2001.

Brasília, 20 de novembro de 2003; 182º da Independência e 115º da República.



EM Nº 58

Em 20 de novembro de 2003.

Excelentíssimo Senhor Presidente da República,

O limiar do século XXI registra a irrupção, no espaço público e na agenda institucional do País, de um vigoroso debate acerca da oportunidade de implementar-se políticas públicas de promoção da igualdade racial, há anos pleiteada pelo movimento negro.

Políticas positivas de reparação e igualação da cidadania passaram a ser objeto de tutela legislativa.

O fenômeno ganhou relevância em 1995, quando as principais entidades e lideranças afrodescendentes assumiram explicitamente sua luta. Naquele ano, no dia 20 de novembro, a História registrou notável manifestação de rua: a “Marcha do Zumbi de Palmares, contra o Racismo, pela Cidadania e a Vida”, que reuniu cerca de trinta mil pessoas em Brasília para a entrega de documento pactuado entre as principais organizações e lideranças negras do País.

Nele encontra-se gravado: “não basta, repetimos, a mera abstenção da prática discriminatória: impõe-se medidas eficazes de promoção da igualdade de oportunidade e respeito à diferença. (...) e adoção de políticas de promoção da igualdade.”

A Constituição vigente pronunciou-se a respeito nos preceitos assecuratórios que prevêm o tombamento dos documentos e sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos, bem como no que assegura aos remanescentes destas comunidades a justa propriedade de suas terras. Tardia reparação a mais terrível injustiça perpetrada contra homens e mulheres que suportaram enormes sofrimentos para reconquistarem o direito à sua humanidade.

Decorridos mais de cem anos da Proclamação da Liberdade entre os Homens no Brasil, encaminha a presente Exposição de Motivos o projeto de decreto que regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas pelos remanescentes das comunidades dos quilombos, de que trata o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, da Constituição Federal.

Define a norma, em seu art. 2º e respectivos parágrafos, as “comunidades remanescentes dos quilombos”, identidade étnica, histórica e socialmente construída, bem como conceitua territorialidade negra, ambas compreendidas sob a ótica antropológica que propõe nova avaliação semântica, de forma a atender aos desígnios e objetivos evidentes da Constituição.

Confinados à invisibilidade jurídica, os quilombos alteavam a repressiva legislação colonialista e somente ganharam foros de legalidade um século após a abolição formal da escravidão, na Carta promulgada em 1988.

Dispõe a *ratio* inscrita no art. 68 que ora se regulamenta, *verbis*:

“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.”

Consubstancia a *legis* o “direito à terra, enquanto suporte de residência e sustentabilidade, há muito almejadas, nas diversas unidades de agregação das famílias e núcleos populacionais, compostos majoritariamente, mas não exclusivamente, de afrodescendentes.” (LEITE, Ilka Boaventura, *In: Contribuição ao Debate sobre Regulamentação do artigo 68 do ADCT*, Universidade Federal de Santa Catarina, NUER-Núcleo de Estudos sobre a Identidade e Relações Interétnicas, mimeog., p.1). Intentou a Lei Maior não apenas encarecer a importância essencial das ações afirmativas reparatórias. Quis, outrossim, resguardar as manifestações étnico-culturais dos grupos sociais participantes do processo civilizatório nacional, conforme se lê nos arts. 215 e 216 das disposições permanentes.

A letra constitucional, contudo, ao dispor sobre a matéria, frustrou a legítima interpretação de sua palavra, por não lhe ter sido ofertada redefinição contemporânea do significado de quilombos, uma vez que “o processo de afirmação étnica não passa historicamente pelo resíduo, pela sobra, ou “pelo que foi e não é mais”, senão pelo que de fato é, pelo que efetivamente é e é vivido como tal”. (ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de, *In: Quilombos: sematologia face a novas identidades*, São Luís, SMDH/GCN, 1991, p.17).

Neste contexto, a concretude da norma em seu processo de integração há de transcorrer da realidade vivencial do Estado para guardar conexão com o sentido de conjunto e universalidade expresso na Constituição. Daí porque a direção interpretativa do art. 68 impõe a translação semântica da expressão “remanescentes das comunidades dos quilombos” para “comunidades remanescentes dos quilombos”, inversão simbólica que os liberta dos marcos conceituais filipinos e manuelinos, contemplando-os com norma reparadora pelos danos acumulados. O quilombo e a territorialidade negra retratam a apropriação coletiva de grupos étnicos organizados e não a mera posse individual, certo que “a relação das comunidades negras com a terra se deu histórica e socialmente através do coletivo, não se circunscrevendo à esfera do direito privado. A terra coletivamente apropriada configura *um bem público das comunidades negras*, não sendo por oposição bem ou propriedade privada de seus membros” (BANDEIRA, Maria de Lourdes, *In: Terras e Territórios Negros no Brasil*, Textos e Debates, Núcleo de Estudos sobre Identidade e Relações Interétnicas, Ano 1, nº 2, 1991, UFSC, p.8).

Assim, não se enquadram, tais direitos, nas concepções jurídicas liberais. São direitos de comunidades, de grupos que possuem específicas regras de convivência, em relação às quais as normas de direito privado são estranhas e, por isso, impróprias para utilização neste caso.

Desta perspectiva, infere-se que a expressão insculpida na letra jurídica – **remanescentes das comunidades dos quilombos** - frustra o sentido infenso à uniformidade interpretativa e conjura danos fatais às idéias e aos princípios da *Carta Magna*, se tomada em sua literalidade, mormente por se saber que o mais trágico legado da escravidão consistiu, precisamente, no asfixiamento da identidade étnica e na fragmentação da consciência coletiva negra diligenciados pelo Estado.

A desintegração jurídica do estigma da escravidão faz sobrelevar a afirmação do Direito Étnico no formalismo positivista, realinhando o foco do superado conceito de raça para o plano da identidade. A partir deste avanço do legislador originário, o âmbito normativo do art. 68 transcende o texto e alcança a dimensão unitária dos valores que regem a Constituição quando oxigenam as práticas sócio-culturais negras em sua virtualidade política, como marca de distintividade.

A extensão da liberdade de edificar concedida pela Lei Maior pressupõe a prevalência da *mens legislatoris* ou da *mens legis*, de forma que a dinâmica integradora não ultrapasse a autoridade definida. Ora, o alargamento crítico *favor actus* amplia o fim contemplado pela norma, intocável em sua materialidade, justificando a titulação coletiva *pro indivisa*, sem o caráter condominal previsto pelos arts. 1.314 e seguintes do Código Civil, e a incidência de cláusulas de ônus reais - inalienabilidade e impenhorabilidade – sobre aquelas terras, de forma a assegurar a perpetuidade da propriedade às gerações futuras e o patrimônio histórico-cultural brasileiro.

Efetivamente, a definição jurídica de quilombos sempre enfatizou a ocupação coletiva e ilegal da terra. Isto se vê claro na resposta do Rei de Portugal à Consulta do Conselho Ultramarino, em 2 de dezembro de 1740, ao conceituar **quilombo** ou **mocambo**, como “toda habitação de negros fugidos que passem de cinco, em parte despovoada, ainda que não tenham ranchos levantados nem se achem pilões neles”.

Posteriormente, com o recrudescimento do escravismo, a Lei nº 236, de 20 de agosto de 1847, sancionada pelo Presidente da Província Joaquim Franco de Sá, diminuiria o número de escravos fugidos, sem, contudo, imprimir singularidade ao conceito. Leia-se:

“Art. 12- *Reputa-se-ha escravo aquilombado, logo que esteja no interior das matas, vizinho ou distante de qualquer estabelecimento, em reunião de dois ou mais com casa ou rancho.*”

A legislação republicana que se seguiu não contemplou qualquer redefinição de quilombos, formalmente extintos com a Abolição em 1888. Contudo, restaram elementos paradigmáticos presentes no projeto de decreto, tais como, a posse comunal e indivisível daquelas terras.

De fundamental relevo, ademais, os critérios de identificação definidores do grupo, outorgados pelo art. 2º, § 1º, do projeto de decreto. Há de prevalecer, para fins de pertencimento, a consciência da identidade, nos termos da Convenção 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, ratificada pelo Brasil. Não quer isto significar a desnecessidade da realização de estudos técnicos, fundamentais para subsidiarem o Estado e as comunidades quilombolas. As pesquisas acadêmicas, nomeadamente as antropológicas, auxiliam a condução e o deslinde dos processos administrativos e judiciais, daí a previsão da elaboração de relatório técnico nos termos do art. 8º.

No tocante à territorialidade negra, a noção de “território tradicionalmente ocupado” não guarda correlação com tempo imemorial; refere-se ao tradicional uso da terra segundo os costumes e tradições daquelas comunidades. A extensão teleológica da Carta Federal aponta para a superação civilista do conceito de posse agrária, indicando como caminho seguro a percorrer a interpretação analógica do art. 231 e respectivos parágrafos, vez que a proteção constitucional às coletividades indígenas e às comunidades remanescentes dos quilombos possuem idêntica equivalência valorativa no que concerne à afirmação dos direitos territoriais de grupos étnicos minoritários.

No tocante à sobreposição das terras quilombolas em unidades de conservação constituídas, áreas de segurança nacional e faixa de fronteira, a gerar aparentes conflitos de interesses e direitos, todos tutelados pela Lei Suprema, fez-se constar nos arts. 10 e 11 do projeto de decreto, dispositivos que viabilizam a conciliação, em respeito à harmonia sistêmica da ordem constitucional. Por esta razão, a inserção das previsões normativas retromencionadas atende aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, porque prestigiam o meio ambiente, o patrimônio, a segurança e a soberania da Nação, sem olvidar as populações pré-colombianas.

Prevê, ademais, o art. 13, a desapropriação por interesse social quando as comunidades ocuparem terras às quais a Lei de Registros Públicos outorga presunção *juris tantum* de domínio particular, garantido o contraditório, nos termos do art. 9º. Isto porque, se por um lado a propriedade privada não pode sobrepor-se à imperativa determinação constitucional que conferiu direitos territoriais àqueles grupos étnicos, por outro não previu a Constituição a anulação dos títulos individuais nem, tampouco, forma diferenciada de perda da propriedade, para além da prevista no art. 5º, XXIV.

Neste sentido, a aplicabilidade dos preceitos máximos evoca a positividade, e não a neutralização, da eficácia de seus valores referenciais, pelo que mister o pagamento de prévia e justa indenização, quando couber, obedecidos os critérios fixados pela lei.

Alfim, inova este ato normativo ao inserir, no art. 3º e respectivos parágrafos, o Instituto da Colonização e Reforma Agrária – INCRA no procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos, competência até então atribuída à Fundação Cultural Palmares.

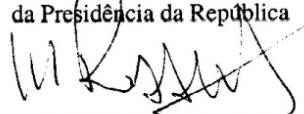
Considerando a experiência do INCRA no tratamento das questões fundiárias, sua participação na regularização das terras dos quilombos é fundamental para dar operatividade ao dispositivo constitucional. Restaram asseguradas, contudo, as participações da Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial da Presidência da

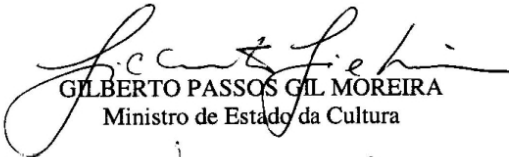
República para garantir os direitos étnicos e territoriais das comunidades quilombolas e do Ministério da Cultura, por meio da Fundação Cultural Palmares, para subsidiar os trabalhos técnicos quando houver contestação ao procedimento de identificação e reconhecimento, conforme se lê nos arts. 4º e 5º.

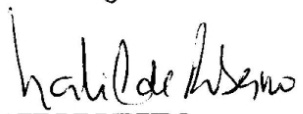
Concluindo, titular as áreas remanescentes das comunidades dos quilombos, mais do que um compromisso moral da sociedade brasileira para reparar o horror da escravidão, constitui imperativo constitucional, que busca equiparar juridicamente segmentos populacionais, histórica e socialmente excluídos. Dispositivo inédito no sistema jurídico nacional, de caráter afirmativo e consagrador do Direito Étnico, o art. 68 do ADCT busca regularizar não só a questão fundiária das comunidades quilombolas, antes, expressa o reconhecimento da Nação brasileira aos quatro milhões de africanos escravizados e seus descendentes na edificação material, moral e cultural do País e o respeito à liberdade como o mais fundamental dos direitos.

Respeitosamente,


JOSÉ DIRCEU DE OLIVEIRA E SILVA
 Ministro de Estado Chefe da Casa Civil
 da Presidência da República


MIGUEL SOLDATELLI ROSSETTO
 Ministro de Estado do Desenvolvimento Agrário


GILBERTO PASSOS GIL MOREIRA
 Ministro de Estado da Cultura


MATILDE RIBEIRO
 Secretária Especial de Políticas de
 Promoção da Igualdade Racial da
 Presidência da República

E.M. nº 020/03-SEPP/PR

Brasília, 17 de novembro de 2003.

Ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República Federativa do Brasil

Assunto: Encaminha Decreto que regulamenta o procedimento de identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas pelos remanescentes das comunidades de quilombos.

Excelentíssimo Senhor,

Reporto-me, mui respeitosamente a Vossa Excelência, a fim de expor o que define o Decreto, em seu artigo 2º e respectivos parágrafos, “comunidades remanescentes dos quilombos”, identidade étnica, histórica e socialmente construída, bem como conceitua territorialidade negra, ambas compreendidas sob a ótica antropológica que propõe nova avaliação semântica, de forma a atender os designios e objetivos evidentes da Constituição.

Assim sendo, apraz-me informar-lhe que, confinados à invisibilidade jurídica, os quilombos alteavam a repressiva legislação colonialista e somente ganharam foros de legalidade um século após a abolição formal da escravidão, na vigente Carta Constitucional promulgada em 1988.

Dispõe a *ratio* inscrita no artigo 68 que ora se regulamenta,

verbis:

“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.”

Continuação da E.M. nº 020/03-SEPP/PR, de 17.11.2003

Consubstancia a *legis*, nas palavras da antropóloga Ilka Boaventura Leite, o “direito à terra, enquanto suporte de residência e sustentabilidade, há muito almejadas, nas diversas unidades de agregação das famílias e núcleos populacionais, compostos majoritariamente, mas não exclusivamente, de afrodescendentes.” (*In: Contribuição ao Debate sobre Regulamentação do artigo 68 do ADCT*, Universidade Federal de Santa Catarina, NUER- Núcleo de Estudos sobre a Identidade e Relações Interétnicas, mimeog., p.1)

Indo além, intentou a Lei Maior, não apenas encarecer a importância essencial das ações afirmativas reparatórias quis, outrossim, resguardar as manifestações étnico-culturais dos grupos sociais participantes do processo civilizatório nacional, conforme se lê nos artigos 215 e 216 das disposições permanentes.

A letra constitucional, contudo, ao dispor sobre a matéria, frustrou a legítima interpretação de sua palavra, por não lhe ter sido ofertada uma redefinição contemporânea do significado de quilombos. Diria a propósito o antropólogo Alfredo Wagner Berno de Almeida; “a lei exige que alguém se proclame “remanescente”, só que o processo de afirmação étnica, não passa historicamente pelo resíduo, pela sobra, ou “pelo que foi e não é mais”, senão pelo que de fato é, pelo que efetivamente é e é vivido como tal”. (*In: Quilombos: sematologia face a novas identidades*, São Luís, SMDH/GCN, 1991, p.17).

Neste contexto, a concretude da norma em seu processo de integração, há de transcorrer da realidade vivencial do Estado para guardar conexão com o sentido de conjunto e universalidade expresso na Constituição. Daí porque, a direção interpretativa do artigo 68, impõe a translação semântica da expressão “remanescentes das comunidades dos quilombos” para “comunidades remanescentes dos quilombos”, inversão simbólica que os liberta dos marcos conceituais filipinos e manuelinos, contemplando-os, com uma norma reparadora pelos danos acumulados. O quilombo e a territorialidade negra retrata a apropriação coletiva de grupos étnicos organizados, e não a mera posse individual. Para a historiadora Maria de Lourdes Bandeira, “a relação das comunidades negras com a terra se deu histórica e socialmente através do coletivo, não se circunscrevendo à esfera do direito privado. A terra coletivamente apropriada configura *um bem público das comunidades negras*, não sendo por oposição bem ou propriedade privada de seus membros” (grifos da autora. *In: Terras e Territórios Negros no Brasil*, Textos e Debates. Núcleo de Estudos sobre Identidade e Relações Interétnicas, Ano 1, nº2, 1991, UFSC, p.8)

Continuação da E.M. nº 020/03-SEPP/PR, de 17.11.2003

Neste sentido, pondera o jurista Dimas Salustiano da Silva não se enquadrarem, tais direitos, nas concepções jurídicas clássicas de inspiração liberal. “São direitos de comunidades, de grupos que possuem específicas regras de convivência, em relação às quais as normas de direito privado são estranhas e por isso, impróprias para utilização neste caso.” (*In: Constituição Democrática e Diferença Étnica no Brasil Contemporâneo; um exercício constitucional concretista face ao problema do acesso à terra das comunidades negras remanescentes dos quilombos*, Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, mimeog., pp.166-167)

Desta perspectiva, infere-se que a expressão insculpida na letra jurídica – **remanescentes das comunidades dos quilombos** - frustra o sentido infenso à uniformidade interpretativa e conjura danos fatais às idéias e aos princípios da *Carta Magna*, se tomada em sua literalidade, mormente por se saber que o mais trágico legado da escravidão consistiu, precisamente, no asfixiamento da identidade étnica e na fragmentação da consciência coletiva negra diligenciados pelo Estado.

A desintegração jurídica do estigma da escravidão faz sobrelevar a afirmação do Direito Étnico no formalismo positivista, realinhando o foco do superado conceito de raça para o plano da identidade. A partir deste avanço do legislador originário, o âmbito normativo do artigo 68 transcende o texto e alcança a dimensão unitária dos valores que regem a Constituição quando oxigenam as práticas sócio-culturais negras em sua virtualidade política, como marca de distintividade.

A extensão da liberdade de edificar concedida pela Lei Maior pressupõe a prevalência da *mens legislatoris* ou da *mens legis*, de forma que a dinâmica integradora não ultrapasse a autoridade definida. Ora, o alargamento crítico *favor actus*, amplia o fim contemplado pela norma, intocável em sua materialidade, e justifica, pelas razões expostas, a titulação coletiva *pro indivisa*, sem o caráter condominal previsto pelos artigos 1314 e seguintes do Código Civil, e a incidência de cláusulas de ônus reais - inalienabilidade e impenhorabilidade – sobre aquelas terras, como um meio de assegurar a perpetuidade da propriedade às gerações futuras, bem como o patrimônio histórico- cultural brasileiro.

Efetivamente, a definição jurídica de quilombos sempre enfatizou a ocupação coletiva e ilegal da terra. Isto se vê claro na resposta do Rei de Portugal à Consulta do Conselho Ultramarino, em 2 de dezembro de 1740, ao conceituar **quilombo** ou **mocambo**, como “toda habitação de negros fugidos que passem de cinco, em parte despovoada, ainda que não tenham ranchos levantados nem se achem pilões neles” (Perdigão Malheiro, A.M, *Apud*: Alfredo Wagner Berno de Almeida, **Quilombos: sematologia face a novas identidades**, São Luís, SMDH/GCN, 1991, p.12).

Continuação da E.M. nº 020/03-SEPPIR/PR, de 17.11.2003

Posteriormente, com o recrudescimento do escravismo, a Lei nº 236, de 20 de agosto de 1847, sancionada pelo Presidente da Província Joaquim Franco de Sá, diminuiria o número de escravos fugidos sem, contudo, imprimir singularidade ao conceito. Leia-se:

“ Art. 12- Reputa-se ha escravo aquilombado, logo que esteja no interior das matas, vizinho ou distante de qualquer estabelecimento, em reunião de dois ou mais com casa ou rancho.”

A legislação republicana que se seguiu, não contemplou qualquer redefinição de quilombos, formalmente extintos com a Abolição em 1888. Contudo, restaram elementos paradigmáticos presentes neste Decreto tais como, a posse comunal e indivisível daquelas terras.

De fundamental relevo, ademais, os critérios de identificação definidores do grupo, outorgados pelo art. 2º, § 1º do Decreto. Em lúcida reflexão, que retrata a moderna visão da Antropologia, afirma a Professora Eliane Cantarino O'Dwyer ser “a afiliação étnica, tanto uma questão de origem comum, quanto de orientação das ações coletivas no sentido de destinos compartilhados”. (*In: Quilombos: identidade étnica e territorialidade*, Rio de Janeiro, ABA/FGV, 2002, p.20) Há, portanto, de prevalecer, para fins de pertencimento, a consciência da identidade, nos termos da Convenção 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, ratificada pelo Brasil. Não quer isto significar, a desnecessidade da realização de estudos técnicos, fundamentais para subsidiarem o Estado e as comunidades quilombolas. As pesquisas acadêmicas, nomeadamente as antropológicas, auxiliam a condução e o deslinde dos processos administrativos e judiciais.

No tocante à territorialidade negra, a noção de “território tradicionalmente ocupado” não guarda correlação com tempo imemorial. Refere-se, sim, ao tradicional uso da terra segundo os costumes e tradições daquelas comunidades. A extensão teleológica da Carta Federal aponta para a superação civilista do conceito de posse agrária, indicando como caminho seguro a percorrer, a interpretação analógica do artigo 231 e respectivos parágrafos, vez que a proteção constitucional às coletividades indígenas e às comunidades remanescentes dos quilombos possuem idêntica equivalência valorativa no que concerne à afirmação dos direitos territoriais de grupos étnicos minoritários. Efetivamente, ressalta a Procuradora da República, Drª Deborah Duprat, “a Constituição de 1988 representa uma clivagem em relação a todo o sistema constitucional pretérito, ao reconhecer o Estado Brasileiro como pluriétnico e multicultural.” Em assim sendo, o território quilombola compreende o espaço territorial que garanta sua reprodução física, social, econômica e cultural, tal qual assegurado aos índios.

Continuação da E.M. nº 020/03-SEPP/PR, de 17.11.2003

Controversa, a sobreposição das terras quilombolas em unidades de conservação constituídas, áreas de segurança nacional e faixa de fronteira, a gerar aparentes conflitos de interesses e direitos, todos tutelados pela Lei Suprema. Na tentativa de dirimi-los, fez-se constar nos artigos 10º e 11º do Decreto, dispositivos que viabilizam a conciliação, em respeito à harmonia sistêmica da ordem constitucional. Na lição do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, a ponderação entre bens jurídicos da comunidade, quando conflitantes, contempla a utilização do recurso à concordância prática, de modo que cada um dos valores ganhe realidade. (*In: Colisão de Direitos Individuais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas, nº 18, p. 390). É somente na concretude que preceitos colidentes devem ser aquilutados. Por esta razão, a inserção das previsões normativas retromencionadas atende aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, porque prestigiam o meio ambiente, o patrimônio, a segurança e a soberania da Nação, sem olvidar as populações pré-colombianas.

Enfim, prevê o artigo 13, a desapropriação por interesse social quando as comunidades ocuparem terras, às quais o art. 252 da Lei de Registros Públicos (ver também art. 214) outorga a presunção *juris tantum* de domínio particular e o presuntivo proprietário detiver justo título, levantado em cadeia dominial no Cartório de Registro competente. Isto porque, se por um lado, a propriedade privada não pode sobrepor-se à imperativa determinação constitucional que conferiu direitos territoriais àqueles grupos étnicos, por outro, não previu a Constituição a anulação dos títulos individuais, senão nas hipóteses intuídas, a contrário senso, pelo art. 252 da Lei de Registros Públicos (ver também art. 214). Neste diapasão, comenta Dalmo Dallari, “a Constituição não declara a nulidade dos títulos anteriores, como o faz no caso das terras indígenas. Diferentemente dos índios que detêm a posse permanente e o usufruto exclusivo das áreas por eles tradicionalmente ocupadas (o domínio destas terras continua a ser da União – artigo 231, § 2º da CF/88), aos remanescentes de quilombos é reconhecido o domínio das terras. De tal forma, colocam-se em confronto a propriedade do particular e a dos quilombolas prevista constitucionalmente”. (*Apud: ANDRADE, Lúcia, TRECCANI, Girolamo, Terras de quilombo*, São Paulo, mimeo., p21).

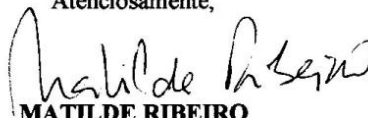
À evidência, tratam-se de espaços territoriais especialíssimos, revestidos de significado cultural e histórico, que não se confundem com o patrimônio aferido economicamente. Não obstante, corporificam como fonte primária de normatividade os direitos e garantias fundamentais inculpidos no artigo 5º, nomeadamente o inciso XXII, da Lei Magna, que garante o direito de propriedade. Assim, a aplicabilidade dos preceitos máximos evoca a positividade, e não a neutralização, da eficácia de seus valores referenciais, pelo que, mister o pagamento de indenização, obedecidos os critérios fixados pela lei.

Continuação da E.M. nº 020/03-SEPP/PR, de 17.11.2003

Concluindo, titular as áreas remanescentes das comunidades dos quilombos, mais do que um compromisso moral da sociedade brasileira para a reparar o horror da escravidão, constitui imperativo constitucional, que busca equiparar juridicamente segmentos populacionais, histórica e socialmente excluídos. Dispositivo inédito no sistema jurídico nacional, de caráter afirmativo e consagrador do Direito Étnico, o artigo 68 dos ADCTs, busca regularizar, não só a questão fundiária das comunidades quilombolas, como também preservar sua cultura tradicional promovendo, pela tutela legislativa *in concreto*, políticas positivas de reparação e de igualação da cidadania.

Sem mais para o momento e aguardando um retorno de Vossa Excelência, reitero os mais elevados protestos de estima e distinta consideração.

Atenciosamente,



MATILDE RIBEIRO

Secretária Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial
Presidência da República



Presidência da República
Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial

Of. n.º 890/SEPPIR/PR

Brasília, 17 de novembro de 2003.

Ao Senhor
Luiz Alberto dos Santos
Subchefia de Coordenação da Ação Governamental

Senhor Subchefe,

Venho por meio deste, encaminhar a Vossa Senhoria, os resultados dos trabalhos ocorridos no período de maio a outubro do corrente ano no Grupo de Trabalho Interministerial, estabelecido por decreto do Excelentíssimo Senhor Presidente da República, com o intuito de rever as disposições do Decreto nº 3912, de 10 de setembro de 2001.

A matéria em tela diz respeito a um Direito Étnico, que é uma inovação do sistema jurídico, e que representa uma mudança significativa em relação a todo sistema constitucional pretérito. Tendo a SEPPIR a responsabilidade maior sobre a proteção dos direitos dos afro-brasileiros, encaminhamos os documentos em anexo, na expectativa de, no próximo dia 20 de novembro, Dia Nacional da Consciência Negra, o Excelentíssimo Senhor Presidente poder oferecer, ao Brasil, a política nacional que regulamenta o processo administrativo das terras das comunidades remanescentes de quilombo.

Sem mais para o momento, aceite protestos de estima e consideração.

Atenciosamente,

LUIZ ALBERTO OLIVEIRA GONÇALVES
Secretário-Adjunto da Secretaria Especial de Políticas de Promoção da
Igualdade Racial

ANEXO VI – EMENTA E TESE FIXADA NA ADI 3239

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 3 de 353

ADI 3239 / DF



EMENTA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DECRETO Nº 4.887/2003. PROCEDIMENTO PARA IDENTIFICAÇÃO, RECONHECIMENTO, DELIMITAÇÃO, DEMARCAÇÃO E TITULAÇÃO DAS TERRAS OCUPADAS POR REMANESCENTES DAS COMUNIDADES DOS QUILOMBOS. ATO NORMATIVO AUTÔNOMO. ART. 68 DO ADCT. DIREITO FUNDAMENTAL. EFICÁCIA PLENA E IMEDIATA. INVASÃO DA ESFERA RESERVADA A LEL. ART. 84, IV E VI, "A", DA CF. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. INOCORRÊNCIA. CRITÉRIO DE IDENTIFICAÇÃO. AUTOATRIBUIÇÃO. TERRAS OCUPADAS. DESAPROPRIAÇÃO. ART. 2º, CAPUT E §§ 1º, 2º E 3º, E ART. 13, CAPUT E § 2º, DO DECRETO Nº 4.887/2003. INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL. INOCORRÊNCIA. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO.

1. Ato normativo autônomo, a retirar diretamente da Constituição da República o seu fundamento de validade, o Decreto nº 4.887/2003 apresenta densidade normativa suficiente a credenciá-lo ao controle abstrato de constitucionalidade.

2. Inocorrente a invocada ausência de cotejo analítico na petição inicial entre o ato normativo atacado e os preceitos da Constituição tidos como malferidos, uma vez expressamente indicados e esgrimidas as razões da insurgência.

3. Não obsta a cognição da ação direta a falta de impugnação de ato jurídico revogado pela norma tida como inconstitucional, supostamente padecente do mesmo vício, que se teria por repristinada. Cabe à Corte, ao delimitar a eficácia da sua decisão, se o caso, excluir dos efeitos da decisão declaratória eventual efeito repristinatório quando constatada incompatibilidade com a ordem constitucional.

4. O art. 68 do ADCT assegura o direito dos remanescentes das comunidades dos quilombos de ver reconhecida pelo Estado a propriedade sobre as terras que histórica e tradicionalmente ocupam –

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 4 de 353

**ADI 3239 / DF**

direito fundamental de grupo étnico-racial minoritário dotado de eficácia plena e aplicação imediata. Nele definidos o titular (remanescentes das comunidades dos quilombos), o objeto (terras por eles ocupadas), o conteúdo (direito de propriedade), a condição (ocupação tradicional), o sujeito passivo (Estado) e a obrigação específica (emissão de títulos), mostra-se apto o art. 68 do ADCT a produzir todos os seus efeitos, independentemente de integração legislativa.

5. Disponíveis à atuação integradora tão-somente os aspectos do art. 68 do ADCT que dizem com a regulamentação do comportamento do Estado na implementação do comando constitucional, não se identifica, na edição do Decreto 4.887/2003 pelo Poder Executivo, mácula aos postulados da legalidade e da reserva de lei. Improcedência do pedido de declaração de inconstitucionalidade formal por ofensa ao art. 84, IV e VI, da Constituição da República.

6. O compromisso do Constituinte com a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e com a redução das desigualdades sociais (art. 3º, I e III, da CF) conduz, no tocante ao reconhecimento da propriedade das terras ocupadas pelos remanescentes das comunidades dos quilombos, à convergência das dimensões da luta pelo reconhecimento – expressa no fator de determinação da identidade distintiva de grupo étnico-cultural – e da demanda por justiça socioeconômica, de caráter redistributivo – compreendida no fator de medição e demarcação das terras.

7. Incorporada ao direito interno brasileiro, a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, consagra a "consciência da própria identidade" como critério para determinar os grupos tradicionais aos quais aplicável, enunciando que Estado algum tem o direito de negar a identidade de um povo que se reconheça como tal.

8. Constitucionalmente legítima, a adoção da autoatribuição como critério de determinação da identidade quilombola, além de consistir em método autorizado pela antropologia contemporânea, cumpre adequadamente a tarefa de trazer à luz os destinatários do art. 68 do

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 5 de 353

**ADI 3239 / DF**

ADCT, em absoluto se prestando a inventar novos destinatários ou ampliar indevidamente o universo daqueles a quem a norma é dirigida. O conceito vertido no art. 68 do ADCT não se aparta do fenômeno objetivo nele referido, a alcançar todas as comunidades historicamente vinculadas ao uso linguístico do vocábulo quilombo. Adequação do emprego do termo “quilombo” realizado pela Administração Pública às balizas linguísticas e hermenêuticas impostas pelo texto-norma do art. 68 do ADCT. Improcedência do pedido de declaração de inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, do Decreto 4.887/2003.

9. Nos casos *Moiwana v. Suriname* (2005) e *Saramaka v. Suriname* (2007), a Corte Interamericana de Direitos Humanos reconheceu o direito de propriedade de comunidades formadas por descendentes de escravos fugitivos sobre as terras tradicionais com as quais mantêm relações territoriais, ressaltando o compromisso dos Estados partes (Pacto de San José da Costa Rica, art. 21) de adotar medidas para garantir o seu pleno exercício.

10. O comando para que sejam levados em consideração, na medição e demarcação das terras, os critérios de territorialidade indicados pelos remanescentes das comunidades quilombolas, longe de submeter o procedimento demarcatório ao arbítrio dos próprios interessados, positiva o devido processo legal na garantia de que as comunidades tenham voz e sejam ouvidas. Improcedência do pedido de declaração de inconstitucionalidade do art. 2º, §§ 2º e 3º, do Decreto 4.887/2003.

11. Diverso do que ocorre no tocante às terras tradicionalmente ocupadas pelos índios – art. 231, § 6º – a Constituição não reputa nulos ou extintos os títulos de terceiros eventualmente incidentes sobre as terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos, de modo que a regularização do registro exige o necessário o procedimento expropriatório. A exegese sistemática dos arts. 5º, XXIV, 215 e 216 da Carta Política e art. 68 do ADCT impõe, quando incidente título de propriedade particular legítimo sobre as terras ocupadas por quilombolas, seja o processo de transferência da propriedade mediado por regular procedimento de desapropriação. Improcedência do pedido

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 6 de 353

**ADI 3239 / DF**

de declaração de inconstitucionalidade material do art. 13 do Decreto 4.887/2003.

Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, por maioria, em conhecer da ação e julgar improcedentes os pedidos, nos termos do voto da Ministra Redatora do acórdão, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas. Vencidos, quanto ao conhecimento, os Ministros Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski, e, quanto ao mérito, os Ministros Cezar Peluso, Relator, e, em parte, os Ministros Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Votaram, no mérito, os Ministros Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski. Não votou o Ministro Alexandre de Moraes, por suceder ao Ministro Teori Zavascki, que sucedera ao Ministro Cezar Peluso. Sessão plenária presidida pela Ministra Cármen Lúcia.

Brasília, 08 de fevereiro de 2018.

Ministra Rosa Weber
Redatora do acórdão