

Reconhecimento de propriedade definitiva dos remanescentes de comunidades quilombolas:

Definição de critérios legais e questões controversas na doutrina.

Sandro Dias Silvestre¹

Sumário: I. Introdução. II. Questão Histórica dos Quilombos no Brasil. III. Reconhecimento Legal da Propriedade de Comunidades Quilombolas. IV. Posse Quilombola conforme a Lei. V. Posse Quilombola conforme a Doutrina. VI. Constitucionalidade da Norma Jurídica, Jurisprudência e Casos Concretos. VII. Ponderação e Colisão entre Preceitos Constitucionais. VIII. Conclusão. IX. Referências Bibliográficas.

¹ Acadêmico do 10º período da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense. Gostaria de agradecer ao antropólogo e professor da Faculdade de direito da UFF, Ronaldo Lobão, que vem coordenando um de pesquisa sobre o assunto, pela revisão do texto em pauta. Agradeço, ainda, pela atenção, aos colegas Siddharta Legale Ferreira e Rodolpho César Bacchi, Membros do Conselho Editorial da Revista dos Monitores de Direito da Faculdade de Direito da UFF, que abriram este espaço para os acadêmicos de direito exporem seus estudos.

I. Introdução

O processo de redemocratização da década de 80, que culminou com a Constituição Federal de 1988, procurou, no afã de resgatar a democracia, prover todas as camadas da sociedade com justiça e dirimir as desigualdades sociais. Muitas são suas formas de externar esse resgate. Desde o artigo 5º, com seus 78 incisos até a interpretação literal e irrestrita da legislação infraconstitucional a luz da lei maior.

Entre os inúmeros pontos de vista está o artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), onde prevê que o Estado deve regulamentar² a concessão do título de propriedade definitivo aos remanescentes de comunidades quilombolas. É extremamente precisa a localização deste dispositivo constitucional nas disposições transitórias, pois como preceito pragmático visa legitimar uma situação jurídica, até então, não reconhecida. O moderno conceito de justiça histórica visa atenuar os efeitos do tratamento e de outras desumanidades, que repercutem até hoje, pelas quais foram submetidos os escravos de outrora. Evidentes frutos do processo histórico. O dispositivo legal promove-os a cidadãos, titulares de direitos, no que é pertinente a espoliação do exercício ao direito de propriedade.

O legislador constituinte foi sábio em garantir as condições para que tais comunidades pudessem conservar suas tradições e proteger o patrimônio material e imaterial que constituem. Corroborando o espírito do mesmo legislador, a Constituição Federal declara em seu artigo 216 caput, “*constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, (...), portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira*”. E ainda o § 5º, enuncia quer “*ficam tombados os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos*”.

Não mais ficariam em situação marginal, sujeitando-se às pressões de proprietários, ditos, legalmente constituídos, dos próprios governos locais e da especulação imobiliária. Aquela situação de posse a margem da lei, sem o reconhecimento necessário atinente à época da escravidão, não mais poderia sustentar-se haja vista o tratamento dado pela Lei Maior. Não poderia coexistir a Constituição da República de 1988 com o “escravo”. Não como o

² Poder Regulamentar é a faculdade de que dispõem os Chefes de Executivo de explicar a lei para sua correta execução, ou de expedir decretos autônomos sobre matéria de sua competência não disciplinada por lei.

escravo do século XIX, mas, pior ainda, como o escravo implícito, tácito do século XX e XXI.

II. Questão Histórica dos Quilombos no Brasil

É sabido por todos que a escravidão no Brasil maculou e macula a nossa história e repercute até os dias de hoje. Além da discriminação racial, uma das conseqüências é a necessidade do tratamento justo as comunidades remanescentes, como focos de resistência – os quilombos. Os quilombos no Brasil sempre foram tratados de forma marginal, inclusive após o dia 13 de maio de 1888. Data simbólica, quando se acreditou haver dado solução para o “problema do negro” no Brasil. Representam uma herança viva de um povo que faz parte da nossa história. Investidas militares, coexistência pacífica e comércio rudimentar foram a evolução do tratamento dado a estes agrupamentos humanos. Abolida a escravidão, o termo “quilombo” continuou e a sociedade nunca deu o devido tratamento digno a estes brasileiros. O reconhecimento e a segurança jurídica necessária vieram 100 anos depois de abolida a escravidão com a promulgação da Constituição da República em 1988. Não mais são quilombos, mas remanescentes de quilombos – reduto de um patrimônio cultural não conhecido.

Para chegarem até os dias de hoje, estas comunidades, em regra viveram de uma economia interdependente (Restinga de Marambaia, RJ), integraram-se a sociedade local (Paiol da Telha, PR), ocuparam terras de grande relevância econômica (Sapê da Terra, ES), coexistem com grandes propriedades rurais (Mata Cavallo, MT) e contíguas a propriedades federais (Alcântara, MA). Todas ameaçadas e pressionadas por interesses de grupos econômicos e governos. Ainda que haja o tratamento legal incontroverso dado a questão, as causas que são decididas na esfera judicial contêm o mérito da validade do auto-reconhecimento e do direito de propriedade. Pois a objetividade do rito previsto em lei (Decreto-Lei nº. 4.881/2003), não comporta o viés econômico, no que diz respeito à valoração ao próprio direito de propriedade, apenas preserva patrimônio histórico, identidade cultural e étnica.

A auto-identificação, auto-reconhecimento ou auto-definição, termos que variam na doutrina, mas que se referem ao critério de que os próprios grupos humanos são os mais bem qualificados para se definirem. São excluídos os elementos biológicos, lingüísticos e raciais, e a partir de uma óptica interna os próprios indivíduos dos grupos elencam seus predicados,

que os identificam. Este método inovador foi introduzido por Frederik Barth, e denomina “*sinais diacríticos, isto é, diferenças que os próprios atores sociais consideram significativas e que, por sua vez, são revelados pelo próprio grupo.*” PIOVESAN e SOUZA (2006) p.10-12. Fica afastado o método que um observador externo faz uma análise e julga critérios que não incluem o elemento humano e por conta de vícios e “pré-conceitos”, não consegue interpretar a trajetória histórica, usos e costumes do grupo estudado. Fica reforçado o dinamismo social e econômico que demonstra a interdependência de seus partícipes, e não mais como se fosse um retrato estático de grupo humano, encastelado em um reduto, sob ação militar do Estado, como no século XVII ao XIX.

O direito além de buscar promover a justiça, em uma nova concepção procurar fazer o mesmo quanto às injustiças históricas. Evidente que não pode fazê-lo de uma forma plena, mas volta-se para as repercussões presentes àquelas injustiças. Rothenburg, em seu parecer contra o PL 44/2007 escreve o que quer demonstrar a intenção do legislador quanto a isso: “*A justiça histórica, que, longe de estar associada ao passado, é o reconhecimento de que o colonialismo continuou produzindo efeitos mesmo depois de oficialmente abolido (...). São os ‘direitos à memória’, ‘direito a verdade’, e as ‘reparações’ e as formas que estas que podem ou não ser realizadas (...).*” BALDI (2004) p. 5.

III. Reconhecimento Legal da Propriedade de Comunidades Quilombolas

Porém, o legislador constitucional não se atentou a maiores minúcias quanto à forma para concessão de título definitivo. É verdade que o texto do artigo 68 da ADCT é autoaplicável, ou seja, entende-se claramente a intenção do legislador. Enuncia 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.*” Interpretação literal. Apenas se faz necessário o poder regulamentar do Estado com o decreto para determinar sua forma: identificação de pessoas, delimitação de áreas, órgãos competentes e procedimento³. O que se infere a concretização dos preceitos constitucionais é que se deve ponderar os incisos XXII e XXIII do artigo 5º da CF: direito à propriedade e atendimento a sua função social. De qualquer forma, esta lacuna viria a ser preenchida apenas

³ ROTHENBURG, Walter Claudius. **Parecer contrário ao PL 44/2007, de autoria do Dep. Federal Valdir Colatto** Disponível em: http://www.cpisp.org.br/acoes/upload/arquivos/ParecerContrarioDecreto44_WalterClaudiusRothenburg.pdf. Acesso em 12/02/2009.

no ano de 2001, por meio de Decreto Presidencial nº. 3.912/2001. Em um segundo momento, houve a criação de um grupo de trabalho para rever as disposições até então vigentes quanto à matéria. Trabalho que culminou com a revogação do dispositivo legal, substituindo o Decreto 4.887/2003.

Ao analisar a letra das duas leis fica clara a mudança do trato com os procedimentos necessários para que a lei atinja seu fim, haja vista troca de governo, o que reflete a mudança de opção política. Foi dada uma nova forma de abordagem, como consequência de nova corrente política e toda a sua gama de valores que ocupou e ocupa o poder executivo federal.

O primeiro deles foi o Decreto 3.912 de 10 de setembro de 2001. Para concretizar o disposto constitucional, foi incumbido a Fundação Cultural Palmares, fundação de direito público que trata de assuntos ligados à comunidade negra e a direitos conexos, tratar do processo administrativo que se inicia por requerimento do interessado até o reconhecimento para concessão do justo título de domínio. Ainda concedia espaço para apreciação do relatório técnico do IPHAN (Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional), IBAMA (Instituto Brasileiro de Assistência ao Meio Ambiente), SPU (Secretaria de Patrimônio da União), FUNAI (Fundação nacional de Assistência ao Índio) e INCRA (Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária). O relatório técnico seguirá critérios históricos, étnico-antropológicos, culturais, sócios econômicos, ambientais. Pondera apenas quanto às terras pertencentes à União. Após isso, o relatório técnico é incluído em um parecer conclusivo que publicado abre oportunidade para eventuais impugnações de terceiros e particulares. Declara como autoridade competente administrativamente o Presidente da Fundação Cultural Palmares e em segunda instância administrativa o Ministro de Estado da Cultura, respaldado pela Lei nº. 9.649/1998 (organiza a Presidência da República e os Ministérios), que lhe atribui tal competência. Aprovado o parecer conclusivo por tal autoridade será concretizado em consonância com o artigo 68 da ADCT, e, por conseguinte será concedido o título por decreto e inscrição no registro de imóveis correspondente.

O decreto apesar ser uma resposta tardia a Constituição Federal é omissivo, extravasa o dispositivo transitório e, portanto não se aplica a intenção do legislador constitucional. Em seu artigo 1º, inciso I, restringe o reconhecimento do título de propriedade em terras que “*eram ocupadas por quilombos em 1988*”; e no inciso II as terras que “*estavam ocupadas por remanescentes das comunidades de quilombos em 5 de outubro de 1988*”. Constitui uma

inconstitucionalidade que diminui o alcance de uma norma constitucional e contém erro material, pois visa temporizar a sua aplicabilidade. Outra crítica relevante ao decreto é de que consubstancia a provocação do reconhecimento de propriedade dos remanescentes de quilombos ao próprio interessado. Na verdade, o dispositivo constitucional é dirigido ao Estado e, em regra, este deve de pronunciar quanto ao direito reconhecido e como exceção o interessado deve de pronunciar quando o Estado se omitir. O que dispensa maiores considerações ao decreto em questão é o fato de não atender ao fim proposto e nada altera a situação dos jurisdicionados, de até então.

O segundo Decreto foi 4.887, de 20 de novembro de 2003, foi marcado por uma mudança significativa na definição de critérios dos remanescentes quilombolas. Foram considerados os critérios de auto-atribuição, trajetória histórica própria, dotação específica de relação territorial, presunção de ancestrabilidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida. A posse deve possuir a finalidade de reprodução física, econômica e cultural. Tais prerrogativas foram corroboradas através do fato de o Brasil recepcionar pelo Decreto nº. 5.051/2004 a Convenção nº169 da OIT (Organização Internacional do Trabalho) sobre Povos Indígenas e Tribais, que enuncia:

PARTE 1 - POLÍTICA GERAL

Artigo 1º

A presente convenção aplica-se:

a) aos povos tribais em países independentes, cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros setores da coletividade nacional, e que **estejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial;** (Grifo nosso).

O INCRA, autarquia federal que trata da colonização e reforma agrária, esta incumbido de iniciar o processo administrativo para reconhecimento do direito de propriedade e posse definitiva. O mesmo decreto e também a Lei nº. 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública), art. 5º, lhe confere legitimidade para pleitear judicialmente em nome próprio, direito coletivo alheio pertinente às suas atribuições. O processo administrativo será de ofício ou a requerimento do interessado. A Secretária de Promoção da Igualdade Racial assistira o INCRA, nas ações de regularização fundiária, no que tange a garantia de direitos étnicos e territoriais (Dec. 4.887/2003, art. 4º). A Fundação Cultural Palmares, ligada ao Ministério da Cultura, compete a assistência quanto a preservação da identidade cultural e subsídios ao trabalho técnico de identificação destas comunidades quilombolas em caso de contestação

(Dec. 4.887/2003, art. 5º). O rito do processo será uma espécie de “jurisdição voluntária” no âmbito administrativo. Como qualquer outro ato administrativo está sujeito a apreciação do Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV), e o Poder Executivo não invade as funções do Poder Legislativo. Pois não interfere em questão de mérito, mas apenas viabiliza direito reconhecido.

Ao que diz respeito aos ocupantes, cabe ao INCRA notificá-los, bem como os confinantes da área delimitada. As características da área serão publicadas por edital afixado na sede da prefeitura do município de jurisdição do imóvel. Também será necessário o parecer de órgão com competência correlata como: IPHAN, IBAMA, SPU, FUNAI, Secretária Executiva do Conselho de Defesa Nacional e Fundação Cultural Palmares. A inclusão da Secretária Executiva do Conselho de Defesa Nacional deve-se a hipótese de área de fronteira, enquanto a Fundação Cultural Palmares fica com o papel de chancela do relatório técnico. A Lei nº. 7.668/1988, concorrentemente, institui a Fundação Cultural Palmares a *“realizar a identificação dos remanescentes dos quilombos, proceder ao reconhecimento à delimitação e à demarcação das terras por eles ocupadas e conferir-lhes a correspondente titulação”* (art. 2º, III.) Os laudos e pareceres devem se guiar pelo conceito de remanescentes quilombolas e restritos ao aspecto abordado que tratam. Estes órgãos e outros interessados são tratados igualmente para fazerem suas impugnações em prazo legal (90 dias). Se as impugnações não ocorrem ou forem indeferidas, o processo segue seu curso. O decreto não é claro quanto à hipótese de procedência dos recursos de terceiros, mas elenca hipóteses de conflito com outros entes estatais. A lei prevê as hipóteses de que as terras ocupadas pelos remanescentes de quilombos incidam em terrenos de marinha, marginais aos recursos hídricos; sobrepostas a áreas de conservação ambiental, segurança nacional, fronteira, terras indígenas; incidência a terras de outros Estados e Municípios. Em todas as hipóteses os órgãos ligados à matéria ponderarão o interesse da demarcação ao interesse do Estado.

Quanto à incidência de territórios ocupados por remanescentes de comunidades quilombolas em propriedades particulares, serão adotados os meios para desapropriação, por utilidade pública ou interesse social. No texto legal não consta alternativa que não seja a desapropriação, mesmo que haja qualquer ato que questione sua legitimidade o processo seguirá seu curso normal. Inclusive, toma emprestado do Direito Administrativo o instituto da afetação, quando há destinação pública a um bem que impede a retomada pelo particular.

Supervenientemente, o interessado poderá questionar o ato expropriatório quanto ao valor da cotação do imóvel. Porém, quanto aos critérios ligados aos remanescentes quilombolas não haverá discussão, no âmbito administrativo, exceto os órgãos já citados. O decreto também menciona o reassentamento de comunidades agrícolas e a indenização por benfeitorias de boa-fé com a intervenção do INCRA, como forma de garantir que a propriedade e seus efeitos se projetem na coletividade com a assistência jurídica embasada pela Fundação Cultural Palmares. O título de propriedade definitiva é coletivo e indivisível concedido as comunidades, com cláusula de inalienabilidade, imprescritibilidade e de impenhorabilidade.

A mudança do teor do dispositivo legal do decreto presidencial que regulamenta o artigo 68 do ADCT da Constituição da República estende o texto do segundo decreto em relação ao primeiro. Demonstra assim, que o poder executivo, em sua função atípica legislativa, procurou basear em lei, certos tramites e preceitos, a qual o decreto anterior procurou deixar pautado em trâmites técnicos, pendendo, ou não para a concessão do título de posse definitivo. O texto daquele referido artigo é expresso em demonstrar a intenção do legislador constituinte, em uma interpretação literal e teleológica. Desta forma, a via administrativa é o rito mais adequado para atingir o fim desejado, como é de fato, um processo de jurisdição voluntária.

IV. Posse Quilombola conforme a Lei

Ao que tudo indica todas as controvérsias jurídicas surgiram após a substituição do decreto de 2001. Esse é um pensamento errôneo. Desde 1988 com a Constituição da República, o seu artigo 68 da ADCT que só viria a ser regulamentado pela 1ª vez em 2001, portanto, até então, não se encarou o problema de fato. Se aquele decreto foi omissivo, o decreto de 2003 foi extenso e preciso quanto aos remanescentes quilombolas. De qualquer forma, trata-se de reconhecimento de direitos reais a partir da posse. Neste caso, seria interessante citar que o Código Civil (também legislação infraconstitucional) já pacificou na doutrina e jurisprudência que a lei declara que “*de fato é o possuidor aquele tem o exercício pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade*” (art. 1.196). Este texto é o pressuposto para qualificar os jurisdicionados em questão a pleitear o justo título. Já o artigo 1.204 declara o início da posse como o momento em que se pode exercer qualquer um dos poderes. Acredita-se que provocar o judiciário com a ação de usucapião na busca por sentença declarativa de propriedade constitui poder inerente a posse, bem como a

continuidade da posse aos herdeiros ou legatários do titular (art. 1.206). O Código Civil em seus artigos relativos aos Direito das Coisas esta conexo ao caso específico em tela em uma interpretação sistemática.

As teorias da posse de Savigny e de Ihering são exemplos o arcabouço histórico da leitura da legislação pertinente ao artigo 68 da ADCT. Segundo Savigny, a posse implica a possibilidade de alguém dispor fisicamente de uma coisa (*corpus*) com intenção de considerá-la sua (*animus*), além de defendê-la de toda a ação estranha. Este conceito está em desacordo com a legislação vigente, pois dá aos posseiros, faculdades que dependem unicamente da intenção de dono e de suas ações como assim o fossem. Já para Ihering, a posse decorre de um fato e como tal, alguns dos direitos inerentes à propriedade podem ser exercidos independentemente da intenção do possuidor. A relação entre o possuidor e a coisa depende do fim para o qual esta se utiliza do ponto de vista econômico. Nosso ordenamento jurídico adota a Teoria de Ihering. Assim, podemos observar que, conforme o ordenamento jurídico é necessário à finalidade produtiva de acordo com a natureza do bem. Isso se exemplifica com a letra do decreto presidencial anterior que utilizava como critério para demarcação do local o aspecto sócio-econômico. A adoção da Teoria de Ihering no decreto presidencial anterior corrobora o próprio preceito constitucional da função social da propriedade. Simetricamente, o atual decreto que considera principalmente o critério de autodeterminação consoante com a Teoria de Savigny, contrária a nosso ordenamento jurídico. Isso justifica de certa forma a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 3.239/2004 contra tal decreto. Porém, a posse quilombola não visa primordialmente o viés econômico da propriedade que o contém em potencial e sim o patrimônio histórico, étnico e cultural que o contém exponencialmente.

Entre as inúmeras controvérsias que pairam sobre a Função Social da Propriedade, a utilidade econômica do bem imóvel é apenas uma delas. Certamente esta discussão toma cabo principalmente por conta do grande viés patrimonialista que tem tomado o ordenamento jurídico brasileiro de forma geral, certamente por influência histórica do Código Civil de Napoleão de 1816. O conceito de Função Social da Propriedade foi introduzido pelo Código Civil de 1916 e tomou relevo na Constituição da República de 1988 e foi melhor delineado no novo Código Civil de 2002. A necessidade de compatibilizar o direito dos remanescentes de quilombo e a propriedade cria um cordão umbilical entre duas preocupações que devem ser preservadas: a função social da propriedade e a proteção do direito a ela. O entendimento da doutrina como declara Juliano Taveira Bernardes reconhece que as questões históricas

ligadas à resistência negra, que todos conhecem, convertem o direito à propriedade em um “*poder-dever voltado à satisfação do bem que transcendem o simples interesse do proprietário.*” BERNARDES (2009). Um imóvel desapropriado por motivo da presença de remanescentes quilombolas e por descumprimento de função social, não pode ser confundido com as limitações ao exercício da propriedade. Tais implicações, classificadas como limitações, apesar de soarem como obrigações de não fazer, nada mais são do que condicionantes impostos pelo regime jurídico da propriedade. Esta propriedade em vias de desapropriação deve possuir uma funcionalidade que valorize a sua própria titularidade em face o proprietário. A funcionalidade econômica da propriedade não é suficiente, segundo o novo decreto para julgar o bem imóvel que abrigue remanescentes quilombolas, alvo de pagamento de indenização. É evidente que a história deste instituto jurídico começou pela propriedade agrária, fruto de uma época que a terra era o principal instrumento de poder. Atualmente a propriedade e a função social estão entranhadas como demonstra em uma passagem na obra de Duguit⁴ quando declara que “*a propriedade é, em si, uma função social.*” Em nossa história houve uma evolução da função social da propriedade como a obrigação pela coroa portuguesa do cultivo agrícola nas sesmarias e a Lei de Terras de 1850, que extirpou a chance de negros recém libertos e colonos imigrantes acessarem a propriedade. Entre outros estágios de evolução até tornar-se princípio constitucional.

Paralelamente, surge o quilombo, fenômeno que surge decorrente do processo histórico, pela dinâmica social e pelo viés econômico, que é trazido para a ordem jurídica vigente e inserido na legalidade pela legislação atual.

V. Posse Quilombola conforme a Doutrina

A doutrina sistematiza a posse e, por conseguinte a classifica segundo a sua situação fática. No caso, os remanescentes quilombolas, como posse precária, clandestina ou de boa-fé, atraí definições controvertidas, haja vista, ser considerada como uma situação *sui generis*. Pois, como já foi dito, trata-se de uma situação de posse, que garante Direitos Reais de propriedade, no que diz respeito ao uso, gozo e fruição. As cláusulas de impenhorabilidade, imprescritibilidade e inalienabilidade dão tratamento único à relação dos jurisdicionados e a propriedade, em virtude de extravasar a o cunho privado e envolver norma cogente, de ordem pública. É possível inserir essa modalidade de posse segundo os critérios da doutrina, do

⁴ DUGUIT, Léon. (2006), *apud* NADER, Paulo. (2006), p. 49-63.

Direito Comparado, do ordenamento jurídico vigente e das fontes históricas. Para tal sistematização, é preciso analisar o conceito de posse, ao qual o ponto de referência é a Lei Civil (arts. 1.197 a 1.203).

A Posse Direta ou Indireta em relação à situação fática dos remanescentes de quilombo soa como algo descabido, haja vista que não se estabelece qualquer relação contratual entre seus ocupantes, os proprietários propriamente ditos e outros interessados. Esta classificação da posse afasta a incidência em outros institutos como do comodato, do usufruto e do credor pignoratício. Menos ainda, a faculdade de dispor do bem, considerando a natureza jurídica equiparada à bem de família. A classificação quanto a Posse Exclusiva ou Comosse, também não se aplica em virtude de não haver a instituição de condomínio ou definição de fração ideal a cada ente. Bem porque a propriedade tem utilidade destinada ao cultivo de roças e criação de animais para a subsistência ou para algum tipo de comércio incipiente.

Posse Justa e Injusta; Posse de Boa-Fé e de Má-Fé são conceitos de ordem subjetiva que inferem muitas idéias e suposições. Se posse justa ou injusta atrai para si o requisito de não possuir vícios à lei ou; violência, clandestina e precária, respectivamente. Quando na verdade apenas seria razoável a idéia de clandestinidade, ainda assim, cumpre apontar que nesta houve a omissão ou aquiescência de quem dela tem conhecimento. A Boa ou Má fé da posse é decorrente do conhecimento pelo possuidor de vício ou impedimento do bem que repercute na conduta daquele. Mesmo que os quilombolas saibam ou não da mácula do bem, é indiferente. Não os criminaliza, pois a ordem jurídica ainda não os acolheu por completo e a própria origem do quilombo o qualifica como desprovido de legalidade.

Posse Natural e Posse Civil são as que mais se aplicam a propriedade dos remanescentes quilombolas, pois a primeira se perfaz com o contato físico com a coisa e a segunda por força de lei. Parece-nos que a doutrina escalonou pelo critério temporal o momento anterior e posterior a promulgação da Constituição de 1988, haja vista que o art. 68 da ADCT é auto-aplicável, requerendo apenas o poder regulamentar do Executivo Federal.

A Posse *Ad interdicta* e *Ad usucapionem* seriam modalidades paralelas a situação da ausência de aquisição dos títulos de propriedade pelas comunidades quilombolas, ou na linguagem popular, uma forma genérica de ser. Aquela é o “estado de posse” apto a receber os benefícios da tutela das ações possessórias e seus requisitos são o *corpus* e o *animus*.

Enquanto esta qualifica a posse pela prescrição aquisitiva. Ainda não tutelada pelos interditos possessórios, sob a ótica do possuidor.

A posse quilombola constitui uma aquisição originária (suplanta direitos anteriores), de boa-fé e justa, salvo indenização por desapropriação. Porém, reconhecida a propriedade esta protegida por demandas possessórias e petições, no que diz respeito ao mérito daquele status reconhecido.

Muitos dos seus atributos dependem da situação jurídica atual do bem, o que é mais um determinante para que a ordem constitucional seja cumprida e traga a segurança jurídica que estes jurisdicionados precisam, sejam os quilombolas ou os proprietários de imóveis, em regra, propriedades rurais.

VI. Constitucionalidade da Norma Jurídica, Jurisprudência e Casos Concretos

A mudança entre os dois decretos presidenciais gerou grande controvérsia que desqualificaria os preceitos constitucionais da propriedade privada e sua função social. Efetivamente procurou tornar mais prático o acesso ao título definitivo de propriedade, suprimindo alguns procedimentos válidos até então. Um dos partidos políticos, (PFL, atual DEM) com representação no congresso nacional, propôs junto ao Supremo Tribunal Federal (STF), Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.239/2004. Em sua peça, o partido expõe uma série de violações a Constituição e, por conseguinte, qualifica o novo decreto presidencial de desproporcional como forma de garantia de acesso aos direitos do ex-quilombolas e dos titulares de propriedade privada. Eis suas alegações: incompatibilidade da auto-atribuição dos interessados na demarcação de terras; a proteção constitucional a propriedade privada; uso indevido da via regulamentar do decreto presidencial para matéria constitucional, ato de desapropriação incompatível com tratamento constitucional, qualificação do conceito de remanescente de comunidades quilombolas e não descendência, descabimento do critério para reconhecimento de terras a partir de atividades econômicas. Pede medida cautelar e declaração de inconstitucionalidade.

A referida ADIN ainda não foi julgada e no bojo do processo uma gama de entidades requer junto ao STF audiência pública de modo a expor suas opiniões e demonstrar o seu interesse de modo a permitir um melhor julgamento do feito. Constituem terceiros interessados, além das partes originais que motivaram a demanda. Entre elas estão, até então:

Coordenação Nacional de Comunidades Negras Rurais (CONEQ); Instituto Pro Bono e outros; Centro de Cultura Negra do Maranhão; Associação dos Servidores da Reforma Agrária (ASSERA); Conectas Direitos Humanos; Centro pelo Direito de Moradia e contra Despejos (COHRE) e Outros; Sociedade Brasileira de Direito Público; Conselho Estadual de Defesa dos Direitos Humanos; KOINOMA – Presença Ecumênica; Associação Comunitária Kilombo da Silva e Outros; Associação de Advogados de Trabalhadores Rurais da Bahia; Comissão Pró-Índio de São Paulo; Comissão Pastoral da Terra (AL, PE, PB, RN); Dignitatis – Assessoria Técnica Popular.

Caso noticiado no Jornal O Globo no último dia 21/05/2007. Trata-se da partilha de terras decorrentes da ocupação territorial na Restinga de Marambaia no litoral sul do Estado do Rio de Janeiro, na porção correspondente ao Município de Mangaratiba. Ainda no século XIX, o senhor de terras daquela região concedeu a posse sem maiores garantias legais da época para a comunidade escrava do local. Quando a Marinha do Brasil recebeu posse da região, destinou-a para exercícios militares. Relegou aquela comunidade a uma convivência marcada pela indiferença, sem nunca tratar de sua posse efetivamente. Com o advento do segundo decreto presidência, o INCRA iniciara o processo administrativo para concessão de título definitivo a Marinha se opôs, inclusive com a proibição da entrada de seus técnicos em área militar. O fato fez que estes dois entes estatais fizessem parte de processo judicial, no qual a Justiça Federal concedeu liminar garantindo ao INCRA o cumprimento de sua função. No entanto, a tarefa do INCRA não foi simples, pois sequer concluiu o número de pessoas que vivem na região. Segundo a presidente da Associação dos Remanescentes de Quilombos da região, Vânia Guerra, os moradores da região são descendentes de quilombos e possuem raízes diretas da estrutura latifundiária e escravocrata no passado. O comandante do Centro de Adestramento da Ilha de Marambaia, César Loureiro, alega que boa parte dos moradores de lá são provenientes de fluxo migratório devido à construção da Escola de Pesca Darcy Vargas na década de 40. Já o antropólogo Fábio Mota, da UFF, declara que a demanda do grupo deve ser analisada caso a caso, pois a maior parte confundiu remanescência com simples identidade quilombola. Trata-se de um direito alegado que o Estado, por meio de ações judiciais indeferidas tem propiciado o aniquilamento dos laços étnicos. Ainda faltam critérios ao INCRA para concretizar a desapropriação de terrenos de marinha e de segurança nacional, como prevêm os artigos 10, 11 e 12 do decreto 4.887/2003.

Outro caso em que também há conflito de interesses governamentais é a região da base de lançamento de foguetes em Alcântara – MA e as comunidades Mamuna e Baracatatiua. O Ministério da Defesa, que coordena o programa espacial brasileiro, já recorreu a AGU, para questionar a validade jurídica do parecer dado pelo INCRA em conjunto com a Secretaria da Promoção da Igualdade Racial que concedeu àquelas comunidades o título de propriedades das terras situadas ao norte da base. Naquele local, há o interesse de expandir a Base de Lançamento de Alcântara como parte do programa internacional de cooperação espacial Brasil-Ucrânia. O Ministério da Defesa, em princípio, propôs, via AGU, abertura de uma Câmara de Conciliação⁵ contra o INCRA, sob alegação de que se trata de área de segurança que deve ser mantida em relação a sua base. A Aeronáutica, um das Forças Armadas ligadas aquele ministério, pede a revisão dos limites das áreas destinadas aos quilombolas. Pois com a impossibilidade da construção da nova base ao norte da Base de Alcântara, a empresa binacional (Brasil-Ucrânia) já esta realizando estudos de impacto ambiental para o início das obras em nova área, que segundo a Aeronáutica é um local inapropriado. Paralelo a isso, naquela região já uma demanda judicial que envolve disputa por terras que tramita na 5ª Vara Federal do Maranhão, onde já há decisão que determinou a saída do local dos técnicos do Programa Espacial Brasil-Ucrânia. Resta aguardar o posicionamento do INCRA e da Secretaria de Promoção da Igualdade Racial. Contudo, a questão será definida de fato com o julgamento da ADIn sobre o tema no STF.

A jurisprudência incipiente sobre os litígios envolvendo a propriedade definitiva dos quilombos acena em síntese pontos comuns às questões jurídicas controversas que surgem no bojo dos processos judiciais. Serão competentes os juízes federais quando às causas envolverem a União e a Administração Pública federal direta e indireta, na forma do artigo 109, inciso I; os Tribunais e Juízes dos Estados serão competentes quando a causa demandar interesse de particulares, na forma do artigo 126, ambos os dispositivos da Constituição Federal. Os Tribunais Regionais Federais decidirão as causas em grau de recurso (art. 108, II, CF).

Os pontos comuns das decisões judiciais procuram pautar-se em certos pressupostos que são apreciados no curso do processo. Ei-los aqui:

⁵ As Câmaras de Conciliação são instaladas pela AGU e são uma forma de dirimir conflitos entre órgãos governamentais a fim de evitar demandas judiciais. Em 2007 e 2008 foram instaladas 205 câmaras, mas apenas 25 casos foram resolvidos.

a) o conceito de quilombo, haja vista que esta forma social de agrupamento humano, decorrente da escravidão, outrora, vigente no Brasil, sofreu grandes alterações, inclusive na razão de ser. Portanto, tais alterações repercutem na classificação de “remanescentes quilombolas”, decorrente do quilombo. Os quesitos de negros fugitivos, quantidade de participantes, atividade econômica desenvolvida, etnias, características culturais e vínculo com a sociedade próxima podem afastar ou aproximar ao conceito propriamente dito. Pois muitas são suas variações e difícil é homogeneizá-los;

b) O reconhecimento da diversidade étnico-cultural e socioambiental brasileira, como forma de preservar o patrimônio imaterial e a origem folclórica brasileira;

c) Nova forma de comunidade que dispensa comparações como atrasadas e primitivas, mas que se apresentam como resistência a um passado de luta, atemporais e plenamente sustentáveis;

d) a territorialidade, como espaço essencial para o exercício das atividades culturais em todas as suas formas;

e) Põe em pauta a questão da concentração de terras no Brasil, quando não faltam exemplos na história brasileira que a reforçaram e repercute na desigualdade social, debate a postura do próprio Poder Judiciário quanto a tal concentração e necessidade de paz social onde vivem estas comunidades;

f) Repercute na regularização fundiária que dá uma releitura ao instituto da desapropriação, por utilidade pública (Decreto-Lei nº. 3.365/1941) e por interesse social (Lei nº. 4.132/1962) e as Zonas Especiais de Interesse Social ou Cultural (Lei nº. 10.257/2001, art. 4º, III, g, h e V, f – Estatuto das Cidades);

g) Proteção especial ao uso coletivo do espaço, seja pelo uso social ou cultural;

h) Respeito ao cumprimento a Convenção nº. 169 da OIT, da qual o Brasil é signatário e versa sobre povos indígenas e tribais e com iminência de outras recomendações internacionais. Também esta consoante com a Emenda Constitucional 45/2004 que equivalem os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos a emendas constitucionais, respeitado o rito legislativo (art. 5º, § 3º da CF).

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região em acórdão do processo nº. 2004.04.00.010160-5/PR, em sede de recurso discutiu a causa que envolvia a Comunidade Invernada Paiol da Telha representada pelo INCRA, como assistente litisconsorcial passivo (ação possessória proposta em face de comunidade quilombola) e a Cooperativa Agrícola Agro Industrial e outros proprietários interessados.

Trata-se de terras que foram doadas a comunidade de maneira informal por sua proprietária, por volta do ano de 1864 e vendido, também, informalmente por volta de 1970. Por sua vez, A Cooperativa Agrícola Agro Industrial e outros ajuizaram ação de usucapião e pleiteiam o reconhecimento do título de propriedade e a posse mansa e pacífica.

Em seus votos, os desembargadores destacaram pontos aqui transcritos que conecta a legislação infraconstitucional a Constituição. Tomaremos como exemplo alguns pontos da decisão.

A Desembargadora Maria Lúcia Luz Leiria, reconhece a desnecessidade de lei formal para aplicabilidade do dispositivo constitucional, que era uma das alegações para declarar a inconstitucionalidade do Decreto nº. 4.887/2003, por ser o meio inadequado de regulamentar a matéria⁶. Eis sua decisão enuncia que:

A edição de lei em sentido formal, em princípio, é desnecessária. Primeiro, porque quando se fez necessária lei em sentido formal – aqui incluída a possibilidade de medida provisória – disposição constitucional sempre foi expressa. Segundo, porque a MP nº. 2.216-37, de 31-08-2001, anterior ao regime da EC nº. 32/2001 determinou: 1) à Fundação Cultural Palmares a realização de "identificação dos remanescentes das comunidades dos quilombos, proceder ao reconhecimento, a delimitação e à demarcação das terras por ele ocupadas e conferir-lhes a correspondente titulação" (art. 2º, III, da Lei nº. 7.688/1988); 2) ao Ministério da Cultura a competência para "aprovar a delimitação das terras dos remanescentes das comunidades dos quilombos, bem como determinar as suas demarcações, que serão **homologadas mediante decreto**" (art. 14, IV, "c", da Lei nº. 9.649/98). Terceiro, porque, estando presentes todos os elementos necessários para fruição do direito, **desnecessária a edição de lei formal**, podendo, pois, o procedimento ser regulamentado por decreto, na esteira do precedente do STF na ADIN 1.590/SP (rel. Min. Sepúlveda Pertence, julg. 19-06-1997), segundo o qual "**suposta a eficácia plena e a aplicabilidade imediata**", a sua implementação, "**não dependendo de complementação normativa**", não parece "**constituir matéria de reserva à lei formal**" e, no âmbito do Executivo poderia "**ser determinada por decreto**". (Grifo nosso)

Isto constitui subsídio para julgamento da citada ADIN, pela Corte Constitucional e forma uma jurisprudência incontroversa sobre a matéria.

⁶ TRF-4, DJU, 25 mar. 2008, AI: 2008.04.00.010160-5. Rel. Min. Maria Lúcia Luz Leiria.

Quanto ao conceito de “quilombo”, ou melhor, de “remanescentes quilombolas”, também alvo da ação foi assim fundamentada pela desembargadora:

(...) necessário esclarecer o sentido de "**remanescentes das comunidades dos quilombos**". (...) a **Associação Brasileira de Antropologia** definiu, em 1994, o **quilombo** como "**toda comunidade negra rural que agrupe descendentes de escravos vivendo da cultura da subsistência e onde as manifestações culturais têm forte vínculo com o passado**". Aliás, a própria denominação não era unívoca, havendo referência a "terras de pretos", "mocambos" e "terras de santo", ao invés de "quilombos". A denominação constitucional, de "**remanescentes dos antigos quilombos**" deve ser entendida nestes termos, e o art. 2º do Decreto nº. 4.887/2003 não fere tal entendimento ao prever que como remanescentes das comunidades dos quilombos 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". (Grifo nosso)

É verdade que o conceito de “quilombo” e “remanescentes quilombolas” não são unânimes, haja vista que não há um padrão quilombola entre as inúmeras comunidades existentes no Brasil. O conceito da Associação Brasileira de Antropologia concorre com o Decreto nº. 6.040/2004 (vide página 20), que qualifica alguns conceitos da matéria. Ainda assim, aquele traduz a intenção do legislador constitucional.

O instrumento da desapropriação, atacado pelos autores também é “*vencível*” segundo a desembargadora, a necessidade invoca a preservação do patrimônio cultural, já explorado aqui. Declara em sua decisão o seguinte:

A objeção relativamente à possibilidade de **desapropriação**, quando estaria prevista apenas o tombamento impressiona à primeira vista, mas é *vencível*. Primeiro, porque o § 5º do art. 215 deve ser lido em conjunto com o § 1º. Desta forma, o tombamento, que diz respeito a "todos os **documentos e sítios** detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos" (§ 5º) não invalida a regra geral de que o Poder Público promoverá e protegerá o "patrimônio cultural brasileiro" por meio de "inventários, registros, vigilância, tombamento e **desapropriação**, e de outras formas de acautelamento e preservação". O tombamento é, pois, apenas **uma das formas de proteção do patrimônio cultural** brasileiro, rompendo a Constituição de 1988 tanto com a visão que reduz o patrimônio cultural a "patrimônio histórico, artístico e paisagístico", quanto com aquela que reduzia a proteção apenas ao tombamento. Ou seja, "modernizam-se e ampliam-se, portanto, os meios de atuação do Poder Público na tutela do patrimônio cultural", saindo-se do "limite estreito da terminologia tradicional, para utilizar-se **técnicas mais adequadas**, ao falar-se em patrimônio cultural" (SILVA, op. cit., p. 823). No caso presente, com mais razão ainda, porque o conceito constitucional de patrimônio cultural abrange "bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira" (art. 216, CF) (...)

O tolhimento do direito fundamental ao contraditório e a ampla defesa não deve prosperar, pois o decreto permite um prazo de 90 (noventa) dias para alegações. O que soa

como um cerceamento a tal de defesa é que o art. 68, da ADCT declara direito reconhecido e ordena ao Estado que o aplique. Aos particulares, cabe a justa e devida indenização por suas terras e benfeitorias de boa-fé.

Em sede de apelação cível no TRF 2ª Região, o Ministro Guilherme Calmon, reconhece em decisão judicial, os vários ritos e preceitos que dão relevância a ampla defesa, bem como afastar medidas protelatórias:⁷

Por fim, não há tampouco falar em violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa, porque o referido decreto prevê: notificação dos ocupantes e confinantes da área delimitada (art. 7º, §2º) e **prazo de noventa dias para contestação de relatório a respeito da caracterização como comunidade quilombola** (art. 9º, caput). De toda forma, **o pedido de oitiva, pelas partes autoras, em todas as fases do procedimento administrativo não encontra amparo em qualquer legislação**, nem no presente decreto questionado e tem, com certeza, a finalidade de evitar o andamento do processo de demarcação da comunidade.

Procedimento, aliás, que já é demasiado longo, porque consta de catorze etapas: a) requerimento da parte ou início "de ofício", pelo INCRA; b) declaração de autodefinição; c) inscrição da autodefinição; d) identificação e delimitação da área, pelo INCRA; e) elaboração do relatório técnico de definição; f) publicidade do relatório; g) notificação dos ocupantes e confinantes; h) contestação do relatório; i) consulta às entidades mencionadas no art. 8º do Decreto; j) análise da situação fundiária do imóvel, nos termos dos art. 10 a 12; l) procedimento desapropriatório, quando incidir sobre imóvel particular, nos termos do art. 13; m) procedimento de reassentamento de ocupantes não-quilombolas, com "indenização das benfeitorias realizadas de boa-fé", nos termos do art. 14; n) outorga de título coletivo, na forma do art. 17; o) registro cadastral do imóvel em favor da comunidade quilombola, nos termos do art. 22, com a conseqüente averbação no Registro de Imóveis, na forma da Lei nº. 6.015/73. (Grifo Nosso)

Em referência ao caso da Ilha de Marambaia é importante frisar que a jurisprudência ataca os possíveis casos de fraude. Na decisão em apelação cível do processo nº. 1998.51.01.0099324/RJ em tramite no Tribunal Regional Federal da 2ª Região, de relatoria do Desembargador Guilherme Calmon, o apelante procura atacar medida de reintegração da União sob alegação de se tratar de área de remanescente de quilombo. Foi afastada a possibilidade do apelante se inserir no bojo do processo administrativo em que são apurados os critérios étnicos, antropológicos e históricos. O ultimo critério foi considerado como forma de garantir a justa decisão. Pois, data do fato no pedido formulado e considerando que a Ilha de Marambaia fora entreposto de mercado de escravos. Consta na ementa: *“O conceito jurídico de remanescentes das comunidades dos quilombos não pode se apartar da própria noção histórica acerca dos quilombos. Devido à prova de que a Ilha de Marambaia, nos idos*

⁷ TRF 2ª, DJU 15 ago. 2006, Apelação Cível 1998.51.01.009932-4, Relator Min. Federal Guilherme Calmon.

do período da escravidão de pessoas de cor negra no Brasil, servia como entreposto do tráfico de escravos, não seria de se considerar possível que no mesmo arquipélago fossem também instaladas comunidades integradas por escravos fugidos⁸ (...)”. Contudo, constam registros históricos, de que as terras foram presenteadas aos negros que laboravam na fazenda da região e, após fase de dinamismo econômico, tornou-se possível sua ocupação. Não constituiu foco de resistência e, sem reduto de negros alforriados tacitamente.

Ainda, o desembargador em sua decisão reconhece que a condição de posse precária, mansa é pacífica é requisito para qualificação como remanescentes quilombolas. Pois sendo o pedido da inicial possessório está intrínseco que a propriedade das terras não foi reconhecida. *(...) o pedido formulado nos autos é possessório e não petitório razão pela qual poderá eventualmente ser reconhecido o local como sendo objeto de remanescentes de quilombola para o fim de os descendentes dos escravos fugidos serem reconhecidos como proprietários das terras. (...)*

Consoante o entendimento dos tribunais, o conceito de Quilombo, pauta-se no Decreto nº. 6.040/2007 que qualifica as comunidades tradicionais e conceitos correlatos da seguinte forma:

Art. 3 - Para os fins deste Decreto e do seu Anexo compreende-se por:

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

II - Territórios Tradicionais: os espaços necessários a reprodução cultural, social e econômica dos povos e comunidades tradicionais, sejam eles utilizados de forma permanente ou temporária, observado, no que diz respeito aos povos indígenas e quilombolas, respectivamente, o que dispõem os arts. 231 da Constituição e 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e demais regulamentações; e

III - Desenvolvimento Sustentável: o uso equilibrado dos recursos naturais, voltado para a melhoria da qualidade de vida da presente geração, garantindo as mesmas possibilidades para as gerações futuras. (Grifo nosso).

Notadamente é um conceito mais amplo dado por aquele, segundo as Ordenações Filipinas, seja pela evolução histórica, a mudança da condição marginal, dinâmica social e valorização do patrimônio cultural material e imaterial.

⁸ .”Negros fugidos” é um termo proveniente do conceito de quilombo e compilado pelas Ordenações Filipinas (1603) e mantido pelo Conselho Ultramarino de Portugal (1740): *“toda habitação de negros fugidos, que passem de cinco, em parte despovoada, ainda que não tenham ranchos levantados e nem se achem pilões nele”.*

VII – Ponderação e Colisão entre Preceitos Constitucionais.

A criação ou reconhecimento de um direito cria conflitos com outras situações fáticas já válidas juridicamente. Fato decorrente do dinamismo da vida moderna e do fenômeno da ubiqüidade constitucional que consiste na busca pelo fundamento direto na Constituição Federal de todos os direitos. Portanto, são inevitáveis os conflitos entre normas e princípios: antinomia⁹, ainda assim busca-se a interpretação sistemática da constituição.

Aparentes conflitos são assim chamados, pois busca uma tentativa de harmonização e ponderação como forma de encontrar a paz entre jurisdicionados, respeitando os direitos adquiridos e fazendo valer os valores constitucionais.

A localização das terras pleiteadas por remanescentes de quilombos podem se localizar em terras particulares, indígenas, de preservação ambiental, e de fronteira ou marinha. Nestes casos, entram a ponderação de vários quesitos e peculiaridades que devem nortear a busca pelo equilíbrio social.

Em regra, os remanescentes quilombolas habitam em terras particulares, o que suscita as maiores demandas judiciais. Contudo, a exceção são as terras públicas, para a reforma agrária, indígenas, de proteção ambiental e de fronteira ou segurança nacional.

Há um *mínus* público no que diz respeito ao caráter inderrogável das terras reconhecidas propriedade de remanescentes de quilombos. Desta forma, não é incompatível a titulação de terras públicas a estas comunidades. Pois o caráter público se mantém e é permitido por lei (Decreto-Lei nº. 9.760/1946 art. 79, § 5º, acrescentado pela M. P. nº. 292/2006). O mesmo se diz de terras destinadas à reforma agrária, pois as mesmas estão sobre a tutela do INCRA, garantidas para o fim de reassentamento. Dispensando apenas o que diz respeito, pagamento para domínio e ocupação da terra por dez anos para titulação definitiva. Portanto, não há uma incompatibilidade de direitos, haja vista apenas que as finalidades são diferentes, bem como o alvo de tal afetação das terras envolvidas. Vale destacar que destoam o rito de desapropriação e as peculiaridades no uso. Tais diferenças que de fato surtem efeito na destinação de tais terras: reforma agrária ou propriedade de remanescentes de quilombo.

⁹ SARMENTO, Daniel. (2008)

Em recente decisão judicial do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, na Apelação Cível nº. 2006.35.01.000324-8/GO, o Desembargador Hilton Queiroz, decidiu que não poderão ser destinadas terras para reforma agrária que contenham comunidades quilombolas. O magistrado declara que o “*imóvel rural denominado Fazenda Diadema encontra-se encravado na área de terras definida como sítio de valor histórico e patrimônio cultural do povo KALUNGA (...)*” e ainda quanto ao rito e a competência para a desapropriação “*Confirmada a situação do imóvel expropriando no âmbito da área delimitada para a comunidade dos quilombos denominada ‘Reserva Kalunga’, este fica subordinado ao processo desapropriatório de faculdade do Estado de Goiás, por força do estabelecido na LC nº 19/95.*”¹⁰.

Restringindo a competência do INCRA de desapropriação exclusivamente para os casos de reforma agrária. “Ocorre que o mencionado Decreto em seu art. 3º delegou ao INCRA a competência para ‘**identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras** ocupadas pelos remanescentes de quilombos’, **não abrangendo**, porém, **a faculdade de desapropriar** áreas ‘ocupadas pelos remanescentes das comunidades dos quilombos’.” (*Grifo nosso*).

Ainda na mesma decisão, a função social da propriedade não tem a finalidade econômica a que se refere a doutrina através da Teoria de Ihering, pois o território é imprescindível para manter o patrimônio social e cultural. Confirma-se: “*(...) a função social da propriedade dos quilombolas não é a produção, como no caso das propriedades rurais em geral, é a de preservação das comunidades quanto à sua organização social e cultural (...)*”. Demonstra, assim, que ambas as finalidades de desapropriação por utilidade pública não colidem, a partir da análise das condições das terras pleiteadas.

As terras indígenas possuem apenas a princípio a precedência sobre as terras dos quilombolas, por as ocuparem desde épocas imemoráveis. Estas terras são bens públicos federais e de posse permanente e de usufruto exclusivo dos índios, o que dá um caráter intangível a estas terras, restringindo a presença dos não índios. A antiguidade é um critério de peso.

10 TRF1, DJU 13 mar. 2007, AP 2006.35.01.000324-8/GO, Rel. Min. Hilton Queiroz.

Porém, ainda segundo estudos e preceitos da ciência antropológica, os grupos indígenas podem migrar e se estabelecer em novas áreas por motivos variados: busca de novas áreas para cultivo, dinamismo econômico em área pretérita, doenças do homem branco, etc. Desde as primeiras expedições indianistas, já era constatado o caráter nômade de grupos primitivos. Então o critério de antiguidade é interpretado, *strictu sensu*, num comparativo com uma grande área geográfica, da qual necessita os índios para sobreviverem. Ao contrário dos remanescentes quilombolas, que face sua maior ligação com a comunidade local, necessitam uma área geográfica menor.

Dada à situação especialíssima, pode ocorrer que a comunidade quilombola tenha se instalado num espaço deixado em aberto pela ocupação indígena. Nesse caso, a política indianista brasileira poderia optar pela permanência dos quilombolas (co-usufruto), desde que se comprove a situação de paz e a concordância das comunidades indígenas.

Conforme, assevera Leandro Mitidieri, o legislador executivo fez uma “*opção jurídico-política*”¹¹, no tratamento desta questão, conforme art. 11, do Decreto nº. 4.887/2003:

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. (Grifo nosso)

O texto da lei já oferece um balizador quando invocam outras instancias do governo, bem como os interesses de Estado. Portanto, pela leitura da carta constitucional, ainda que, de forma sistemática, as terras indígenas têm “prioridade”. O costume, como fonte do direito, elegeu o critério metajurídico da ocupação mais antiga. Fale-se em costume, pois este era baseado no art. 507, do Código Civil de 1916, utilizado ainda por evocação dos termos do Enunciado nº. 239 do CEJ/CJF.

A miscigenação e a confusão de usos e costumes também devem ser apreciadas, haja vista que ambos os grupos têm seu patrimônio cultural tutelado pelo Estado, o que os coloca, neste aspecto, no mesmo patamar na formação do povo brasileiro.

¹¹ MITIDIERI, (sem data)

As áreas de proteção ambiental ou de interesse ambiental representam direito difuso a que todos têm de um meio ambiente saudável e equilibrado. As áreas que assim o concentram representam também área de conservação da fauna e da flora e para fins de pesquisa científica. A presença humana nestes locais, por demais, é nociva. Contudo, o território é algo inerente a própria existência comunidade quilombola e o que exige a concordância prática no caso de superposição de destas áreas são as suas peculiaridades. Pois, a interdependência destas comunidades com o meio ambiente é intrínseca e raramente requer o reassentamento daqueles.

A mesma leitura se faz no caso das terras indígenas, pois o IBAMA, como órgão responsável pelo Meio Ambiente, que por sua vez, esta elencada como hipótese de superposição com terras de remanescentes quilombolas, conforme o art. 11, do Decreto nº. 4.887/2003. Com a mesma preocupação de sustentabilidade das comunidades e conciliação dos interesses do Estado.

Há gama de legislações ambientais que regulamentam a matéria, haja vista se tratar de competência da União, dos Estados e dos Municípios. Por exemplo, a Lei Federal nº. 9.985/2000, que dispõe sobre Unidades de Conservação, regula o caso concreto de comunidades que se encontrem a áreas de preservação ambiental. Contudo, se tal lei fosse usada subsidiariamente, fatalmente seria considerada como inconstitucional, por ser limitadora do art. 68 da ADCT. Aquela lei federal se aplicaria as comunidades caiçaras ou ribeirinhas que vivem economicamente em região de interesse ambiental. Não se aplica as comunidades quilombolas, por suas peculiaridades e, por conseguinte, a relação destas com o meio ambiente. Quando há uma cumplicidade muito maior e a própria consciência preservacionista vinculada a sobrevivência da comunidade. O que, em regra, afasta, a materialidade do conflito entre a superposição de terras de preservação ambiental de remanescentes quilombolas.

Talvez a que suscite menos dúvidas, sejam as terras que margeiam a área de fronteira, a que se remete a questão de segurança nacional, hoje pode traduzir-se na soberania (CF, art. 1º, I) – um dos pilares da República Federativa do Brasil. Os tempos de paz em que vivem o Brasil permitem certa tranquilidade em áreas fronteiriças, que não faz perder em nada o patrulhamento na área de fronteira. Pois da mesma forma que as forças militares têm

prerrogativas que a permitem adentrar em reservas indígenas, o mesmo ocorrerá em terras ocupadas pelas comunidades quilombolas.

Não é inconciliável este direito fundamental coletivo (dignidade da pessoa humana) com o Princípio da Soberania que é necessário para garantir a segurança e paz necessária a qualquer direito fundamental. A ponderação quanto a terras de remanescentes quilombolas em áreas de fronteira é analisada nos casos em se exige penetração em situações que invocam a presença de tropas armadas. Por exemplo, os casos que lei (Lei nº. 6.001/73 – Estatuto do Índio) garante o trânsito de Forças Armadas ou áreas de preservação permanente auxiliarão na defesa do território.

Portanto, não há que se falar em conflito, mas há uma valorização de determinados valores que oscilam entre a necessidade de soberania e a conservação do território dos remanescentes de quilombos que garante sua sobrevivência.

Recentemente, foi a apresentado o Projeto de Decreto Legislativo nº. 44 de 2007, de autoria do Deputado Federal Valdir Colatto, que propõe a suspensão da aplicação do correspondente decreto regulamentar. Citam elementos de ordem legal como exorbitância do poder regulamentar do decreto executivo, desrespeito ao devido processo legal e desrespeito ao princípio da isonomia (presença de privilégio odioso). Estes elementos são apenas subterfúgios que se utiliza o parlamentar, representante de uma casta, que preconiza postergar por mais tempo, além dos 20 anos desde a promulgação da Constituição Federal, a efetivação dos direitos das comunidades de remanescentes quilombolas. De qualquer forma, a validade de tal projeto de lei foi rechaçada pelo Grupo de Trabalho do Ministério Público Federal pelos argumentos de que: o decreto não cria direito, apenas regulamenta a matéria; efetiva o artigo 68 da ADCT e ratifica o compromisso do Brasil junto a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT¹². Conforme determina o artigo 14.2.: “*as medidas que sejam necessárias para determinar as terras que os povos interessados ocupam tradicionalmente e garantir a proteção efetiva dos seus direitos de propriedade e posse*”.

VII. Conclusão

¹² Convenção 169 da OIT que determina “*as medidas que sejam necessárias para determinar as terras que os povos interessados ocupam tradicionalmente e garantir a proteção efetiva dos direitos de propriedade e posse.*”

A Constituição da República ao garantir expressamente o direito à propriedade dos remanescentes de quilombos dá mais um passo para concluir o processo de abolição da escravidão e reparar a dívida histórica. O legislador atacou o problema de forma incisiva o que suscita muitas controvérsias, mais por interesses contrariados, que por lacunas jurídicas, que são placidamente solucionadas na própria constituição. Pois sua forma direta de declarar o direito dispensa maiores técnicas hermenêuticas de interpretação ou norma legal para aplicabilidade.

O texto da lei garante o direito à posse aos remanescentes antes da desapropriação por meio da propositura da ação. Trata-se de um direito fundamental, ao qual corresponde um tratamento peculiar, conforme dispões o art. 5º, § 1º: “*as norma definidoras dos direitos e garantias individuais têm aplicabilidade imediata*”. Garantida a posse, os proprietários têm garantida a respectiva indenização, respeitando o direito à propriedade.

Apenas os proprietários assim constituídos na forma da lei, fazem jus a indenização. O pleito por estes perante instancia judicial não deve prosperar se reivindicar as terras ocupadas, pois o constituinte originário já solucionou tal mérito.

O Art. 68 da ADCT infere o Princípio da Dignidade Humana, pois não só se restringe só ao bem imóvel. Pois o território contém as condições para o exercício dos costumes, crenças, e valores. Assim, permite a evolução daquele grupo humano e as formas que esse se sustente e perpetue como patrimônio cultural brasileiro.

A força da lei que reconhece o direito de propriedade tem o condão de reconhecer juridicamente uma situação fática constituída e com efeitos que retroagem.

Desde a Constituição Federal, até o decreto-lei, o que o sistema jurídico procura é solucionar através da função social da propriedade a injustiça histórica decorrente da escravidão no Brasil. Evidente que o direito a propriedade e os direitos conexos a estes devem ser preservados em nome da segurança jurídica. O que o Estado, em sua função tríplice deve se preocupar e amparar todos os interesses envolvidos; cercar-se de que todo o conhecimento técnico possível e permitir que a norma constitucional de fato atinja aqueles a que se destina e promover a paz social.

VIII. Referências bibliográficas

BALDI, César Augusto. **Comunidades quilombolas e o seu reconhecimento jurídico**. In: Direitos humanos na sociedade cosmopolita. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BERNARDES, Juliano Taveira. Da Função Social da Propriedade Imóvel. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4573>, em 12/02/2009.

Ministro Nelson Jobim diz que STF decidirá sobre Alcântara. *Jornal O Globo*, Seção *O País*, dia 6 de fevereiro de 2009.

MITIDIERI, Leandro, **Remanescentes de Quilombos, índios, Meio Ambiente, e Segurança Nacional: ponderação de interesses constitucionais**. Disponível em: http://www.cpisp.org.br/acoes/upload/arquivos/PonderacaodeInteressesConstitucionais_LeandroMitidieri.pdf, sem data.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32ª Edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil, Direito das Coisas**, Vol. 4, 1ª Edição, Rio de Janeiro, 2006.

Partilha de Terras Provoca polêmica: direito à posse de terrenos em Mangaratiba divide opiniões. *Jornal O Globo*, Seção *O País*, dia 21 de junho de 2007.

PIOVESAN, Flávia e SOUZA, Douglas Martins de. **Quilombos na Perspectiva da Igualdade Étnico-Racial Raízes, Conceitos, Perspectivas**. In: Ordem jurídica e igualdade étnico-racial. Brasília: SEPPIR, 2006.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Parecer contrário ao Projeto de Lei nº. 44/2007, de autoria do Dep. Federal Valdir Colatto, de 17 de setembro de 2007**.

SCHMMITT, Alessandra, TURATTI, Maria Cecília Manzoli, CARVALHO, Maria Celina Pereira de. **Atualização do Conceito de Quilombo: identidade e território das definições teóricas**. *Ambiente e Sociedade*, Ano V, nº. 10 – 1º semestre de 2002.

SARMENTO, Daniel. **Garantia do Direito à Posse dos Remanescentes de Quilombos antes da Desapropriação**, de 9 de outubro de 2006. Disponível em: http://www.cpisp.org.br/acoes/upload/arquivos/AGarantiadoDireitoaPosse_DanielSarmiento.pdf, em 12/02/2008.

TEDINO, Gustavo e SCHREIBER, Anderson. **Garantia da Propriedade no Direito Brasileiro**. *Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VI, n.º. 6* – Junho de 2005.

TRF 1ª Região, DJU 13 mar. 2007, Apelação Cível 2006.35.01.000324-8/GO, **Relator:** Des. Federal Hilton Queiroz – 4ª Turma.

TRF 2ª Região, DJU 15 ago. 2006, Apelação Cível 1998.51.01.009932-4, **Relator:** Des. Federal Guilherme Calmon – 6ª Turma.

TRF 4ª Região, DJU 25 mar. 2008, Agravo de Instrumento 2008.04.00.010160-5, **Relatora:** Des. Federal Maria Lúcia Luz Leiria – 3ª Turma.