SÉRIE

2

Manual de Atuação

6ª Câmara de Coordenação e Revisão

RECONHECIMENTO DE DIREITOS TERRITORIAIS DE COMUNIDADES QUILOMBOLAS

Ministério Público Federal

RECONHECIMENTO DE DIREITOS TERRITORIAIS DE COMUNIDADES QUILOMBOLAS

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Raquel Elias Ferreira Dodge
Procuradora-Geral da República

Luciano Mariz Maia
Vice-Procurador-Geral da República

Humberto Jacques de Medeiros
Vice-Procurador-Geral Eleitoral

Julieta Elizabeth Fajardo Cavalcanti de Albuquerque
Ouvidora-Geral do MPF

Oswaldo José Barbosa Silva
Corregedor-Geral do MPF

Alexandre Camanho de Assis
Secretário-Geral

Cláudia Roque
Secretária-Geral Adjunta

Ministério Público Federal
6ª Câmara de Coordenação e Revisão

RECONHECIMENTO DE DIREITOS TERRITORIAIS DE COMUNIDADES QUILOMBOLAS

Manual de Atuação, 2

Brasília - DF
MPF
2018

© 2018 - Ministério Público Federal
Todos os direitos reservados ao Ministério Público Federal

Disponível também em:
<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/manual-de-atuacao>

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)

B823r

Brasil. Ministério Público Federal. Câmara de Coordenação e Revisão, 6.

Reconhecimento de direitos territoriais de comunidades quilombolas / 6ª Câmara de Coordenação e Revisão, Populações Indígenas e Comunidades Tradicionais ; coordenação Maria Luiza Grabner. – Brasília : MPF, 2018.

213 p. – (Série manual de atuação ; 2)

Disponível também em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/manual-de-atuacao>.

1. Quilombola – Brasil. 2. Territorialidade – Brasil. 3. Identidade cultural – Brasil. 5. Ministério Público Federal – competência. Brasil. Ministério Público Federal. Câmara de Coordenação e Revisão, 6. II. Título. III. Série.

CDD 305.8036

Elaborado por Juliana de Araújo Freitas Leão – CRBI/2596

Promoção
6ª Câmara de Coordenação e Revisão – Populações Indígenas e Comunidades Tradicionais
GT Quilombos

Coordenação
Maria Luiza Grabner

Organização
Maria Luiza Grabner, Deborah Stucchi, Míriam de Fátima Chagas

Redação
Alexandre Silva Soares, Cristina Nascimento de Melo, Deborah Stucchi, Débora Paleo Mourão, Fabiana Keylla Schneider, Fernando Sanchez de Souza, Leandro Mitidieri Figueiredo, Lívia Nascimento Tinôco, Lucas Aguilar Sette, Maria Luiza Grabner, Míriam de Fátima Chagas, Ticiana Andrea Sales Nogueira, Walter Claudius Rothenburg

Projeto - P0078 do Grupo de Trabalho Quilombos da 6ª CCR-MPF
Alexandre Silva Soares, Antonio Marcos da Silva de Jesus, Clodoaldo Saboia Lima, Cristina Nascimento de Melo, Deborah Macedo Duprat Britto Pereira, Deborah Stucchi, Fabiana Keylla Schneider, Fernando Sanchez de Souza, Grazielle Tonon Barbado, Kamilla dos Santos Dourado, Karina Costa Recedive, Leandro Mitidieri, Lilian Miranda Machado, Lívia Nascimento Tinôco, Lucas Aguilar Sette, Maria Luiza Grabner, Míriam de Fátima Chagas, Monique Ganime Ferraz, Nathália Mariel Ferreira de Souza Pereira, Rebeca Ariel Aparecida de Campos Ferreira, Roberto Moreira de Almeida, Rodrigo Teixeira Pontes, Ticiana Andrea Sales Nogueira, Walter Claudius Rothenburg.

Planejamento visual, revisão e diagramação
Secretaria de Comunicação Social

Normalização Bibliográfica
Coordenadoria de Biblioteca e Pesquisa (Cobip)

Procuradoria-Geral da República
SAF Sul, Quadra 4, Conjunto C
Fone (61) 3105-5100
70050-900 - Brasília - DF

www.mpf.mp.br

Sobre os autores

Com objetivo de contextualizar os autores deste Manual, segue breve apresentação de cada um, em ordem alfabética, no âmbito de suas carreiras acadêmicas e das trajetórias profissionais no Ministério Público Federal.

Alexandre Silva Soares – Procurador da República, lotado na Procuradoria da República no Maranhão (São Luís). Mestre em Direito e Instituições do Sistema de Justiça pela Universidade Federal do Maranhão. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Maranhão.

Cristina Nascimento de Melo – Procuradora da República, lotada na Procuradoria da República no Mato Grosso (Cuiabá). Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília.

Débora Paleo Mourão – Assessora jurídica na Procuradoria Regional da República da 3ª Região (São Paulo/SP). Pós-graduada em Direito Processual Civil (Especialização Lato Sensu), pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (Cogeae/PUC) e pós-graduada em Direito Público (Especialização Lato Sensu) pela Escola Superior do Ministério Público Estado de São Paulo. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo/SP.

Deborah Stucchi – Analista do MPU/Perícia/Antropologia na Procuradoria da República em São Paulo desde 1995. Doutora em Ciências Sociais, mestre em Antropologia Social e graduada em Ciências Sociais pela Universidade Estadual de Campinas (Unicamp).

Fabiana Keylla Schneider – Procuradora da República, lotada na Procuradoria da República no Rio de Janeiro. Especialista em "Ministério Público no Regime Democrático de Direito", pela Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná. Especialista em "Direito Aplicado ao Ministério Público Federal", pela Escola Superior do Ministério Público da União e Especialista lato sensu em "Direito Processual: grandes transformações", pela Universidade do Sul de Santa Catarina. Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Londrina.

Fernando Sanchez de Souza – Analista do MPU/Perícia/Economia. Pós-graduado em Gestão Pública pela Fundação Getúlio Vargas (FGV) e Pós-graduado – Especialização em Economia de Empresas, pela Universidade Católica de Brasília (UCB). Graduado em Ciências Econômicas.

Leandro Mitidieri Figueiredo – Procurador da República, lotado na Procuradoria da República no Município de São Pedro da Aldeia/RJ. Professor da Universidade Federal Fluminense, mestre em Direito Constitucional ainda pela Universidade Federal Fluminense e especialista em Direito Constitucional pela Universidade de Pisa – Itália. Coordenador do Grupo de Trabalho Regularização Fundiária de Unidades de Conservação da 4ª CCR-MPF.

Lívia Nascimento Tinôco – Procuradora da República, lotada na Procuradoria da República em Sergipe (Aracaju). Especialista em Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável pela Universidade de Brasília. Coordenadora do Grupo de Tra-

balho Revitalização do Rio São Francisco da 4ª CCR-MPF.

Lucas Aguilar Sette – Procurador da República, lotado na Procuradoria da República no Município de Concórdia/SC. Pós-graduado pela Escola Superior do Ministério Público da União – VII Curso de Ingresso e Vitaliciamento para Procuradores da República.

Maria Luiza Grabner – Procuradora Regional da República, lotada Procuradoria Regional da República da 3ª Região (São Paulo/SP). Graduada em Direito, especialista e mestre em Direito – Área de Concentração em Direitos Humanos, pela Universidade de São Paulo (USP). Coordenadora do Grupo de Trabalho "Quilombos" da 6ª CCR do MPF ("Populações Indígenas e Comunidades Tradicionais"), desde 2003.

Míriam de Fátima Chagas – Analista do MPU/Perícia/Antropologia na Procuradoria Regional da República da 4ª Região (Porto Alegre/RS) desde 1995. Doutora e mestre em Antropologia Social, graduada em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).

Ticiana Andrea Sales Nogueira – Procuradora da República, lotada na Procuradoria da República Polo Petrolina/Juazeiro (Petrolina/PE). Especialista em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco e mestre em Direito Administrativo pela mesma Universidade.

Walter Claudius Rothenburg – Procurador Regional da República, lotado na Procuradoria Regional da República da 3ª Região (São Paulo/SP). Mestre e doutor em Direito pela UFPR, pós-graduado em Direito Constitucional pela Universidade de Paris II.

Sumário

Apresentação 9

PARTE I. Fundamentos conceituais dos direitos territoriais das comunidades quilombolas

Introdução 14
1. Reconhecimento de direitos quilombolas como promoção da cidadania pluriétnica ... 23
a. Interpretação, representação e transmissão de conhecimentos: Do ontem ao hoje . 23
b. Identidade e territorialidade: a contribuição de estudos antropológicos 33
c. Efeitos do trabalho interdisciplinar no combate ao desrespeito social 44
2. A Convenção 169 da OIT e sua aplicação em defesa dos direitos territoriais das comunidades tradicionais quilombolas: a consulta e o consentimento livre, prévio e informado como direito fundamental 54
a. A Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) 58
b. A consulta e o consentimento livre, prévio e informado contemplados na Convenção 169 da OIT 67
3. A consulta livre, prévia e informada no Judiciário brasileiro 73

PARTE II. A titulação das terras de quilombos em diferentes contextos institucionais

1. Intervenções nos procedimentos de identificação, reconhecimento e titulação de territórios quilombolas 86
2. A titulação em terras públicas 92

PARTE III. Execução da política territorial destinada às comunidades quilombolas e a atribuição dos órgãos federais

1. A Fundação Cultural Palmares: Certificação de autoatribuição. Finalidade. Efeitos 106
2. Incra: Procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos 108
3. A contratação de laudos antropológicos pelo Incra. Parecer da Procuradoria Federal . 111
4. Face orçamentária da política pública destinada à regularização fundiária das terras das comunidades remanescentes de quilombos 114

PARTE IV. Atuações do Ministério Público Federal e as experiências em defesa da proteção da posse e da titulação das terras quilombolas

1. Instrumentos para a defesa da posse das terras quilombolas a cargo do Ministério Público Federal **126**
a. A defesa da posse quilombola **126**
2. Iter administrativo com base no Decreto nº 4.887/2003 e o acompanhamento do Ministério Público Federal..... **130**
3. Fluxograma das atividades ministeriais em cotejo com as fases administrativas do procedimento de identificação, reconhecimento e titulação dos territórios quilombolas. **132**
4. Atuações dos Ministérios Públicos e as competências concorrentes **134**
5. Jurisprudência sobre posse e propriedade de territórios quilombolas **135**
a. Decisões em âmbito nacional: **135**
b. Decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH)..... **147**

PARTE V. Desafios à efetivação dos direitos territoriais quilombolas

1. Liberdade de associação, titularidade coletiva e registro público das terras quilombolas **168**
2. Atos administrativos referentes ao Licenciamento ambiental: Portaria Interministerial nº 60/2015 e Instruções Normativas FUNAI nº 2/2015, IPHAN nº 1/2015 e FCP nº 1/2015. ..**171**
3. Indenização e demais providências decorrentes da regularização territorial de comunidades remanescentes de quilombo: o tratamento de terceiros não quilombolas ocupantes do território. Possibilidades de indenização de títulos individuais de quilombolas **176**
4. Incidência de impostos sobre territórios quilombolas: ITR e IPTU..... **178**
5. A atuação das Câmaras de Conciliação da AGU..... **184**
6. O debate sobre a constitucionalidade do Decreto nº 4887/2003, a experiência da arguição de inconstitucionalidade nº 5005067-52.2013.404.0000/TRF4 e o princípio da vedação do retrocesso **188**
a. Os quilombos na Constituição da República e na legislação **188**
b. O Decreto nº4.887/2003 ..... **189**
c. Arguição de inconstitucionalidade 5005067-52.2013.404.0000 – TRF da 4ª Região.... **190**
d. Outras experiências: TRF5 e TRF2..... **192**
e. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3239 - STF..... **194**
f. Não autonomia do decreto **199**
g. Autoatribuição..... **201**
h. Princípio da vedação do retrocesso..... **201**
7. O critério do "marco temporal" e a comprovação da posse quilombola..... **203**

Apresentação

A proposição inicial, que articula a matéria compilada no presente Manual, refere-se à exposição e à análise das principais práticas de inclusão legal e atuações institucionais que vêm resultando do reconhecimento dos direitos socioterritoriais das comunidades quilombolas dispostos constitucionalmente, em 1988. A sistematização de uma série de conhecimentos se mostrará útil por ser fundamental ao enfrentamento de várias das questões práticas, conceituais e normativas que vêm sendo apresentadas no empenho de efetivação desses direitos, com foco no art. 68, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT): "Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras, é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes títulos respectivos.".

Sobretudo, o texto constitucional, ao utilizar diretamente a expressão quilombos em mais de um de seus artigos[1], inaugurou a oportunidade de a sociedade brasileira observar como o acesso a esses direitos lança seus reflexos na possibilidade de incremento de uma cidadania que a todos alcance no país.

Nessa direção, temos como objetivo geral abordar os aspectos que interessam ao fortalecimento do que tem sido realizado em prol da promoção desses direitos das comunidades quilombolas. Para tanto, precisaremos tratar o conjunto de questões, atribuições e entendimentos firmados que permitam que a devida aplicação dos direitos dessas comunidades seja compreendida como imprescindível ao adequado funcionamento do Estado brasileiro, como democrático e socialmente justo.

Em específico, objetivamos conhecer os muitos desafios que a aplicação desses direitos tem demandado, uma vez que ela não decorre de algo automático, sendo também fruto de reflexões e experiências socialmente acumuladas. Nesse propósito, os textos que compõem o presente Manual incluem diversos autores que, a partir de sua experiência profissional, detalham a trajetória jurídica e social do reconhecimento dos direitos das comunidades quilombolas.

Ainda, a composição do Manual agrega o formato que lembra uma coletânea de artigos, uma vez que encadeados e escritos em caráter que articula as dimensões prática e analítica.

Essa característica, além de acompanhar a própria dinâmica dos assuntos atinentes, auxilia a proposição de um panorama reflexivo à temática dos direitos territoriais das comunidades de quilombos, inclusive por ser matéria intrincada, tanto pelos desafios apresentados quanto pelas demandas de troca interdisciplinar.

Nesse sentido, cumpre mostrar como, a partir dos resultados e alcance do referido reconhecimento jurídico, tem sido possível identificar que a própria busca por assegurar os direitos territoriais dessas comunidades é capaz de combater arrai-

1 Em referência à proteção do patrimônio cultural brasileiro, tem-se, no art. 216 da Constituição Brasileira, a seguinte previsão: "§ 5º Ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos."

gadas práticas de exclusão que incidem no seu dia a dia.

Ainda que existam várias abordagens, já desenvolvidas na específica temática das terras de quilombos, precisaremos destacar as experiências concretas e os desafios enfrentados para a consolidação dos direitos constitucionais como sendo os que podem nos ensinar a romper com os vários limites de compreensão e distorções produzidas que dificultam sua concretização.

Hoje, com a real consideração da rica experiência sociocultural que concerne às comunidades quilombolas, já é passível revelar que a busca por acessar tais direitos socioterritoriais expressa socialmente uma luta histórica pelo direito à dignidade humana.

Com esse entendimento, objetivamos realçar que o reconhecimento jurídico dos direitos territoriais dos "remanescentes das comunidades de quilombos" é fundamental à construção de uma sociedade de direitos igualitários.

Cabe, ainda, referir que o presente Manual foi elaborado enquanto pendente de conclusão o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 3239-STF), sobre o Decreto nº 4.887/2003, o que ofereceu uma oportunidade de garantirmos nos textos uma abordagem dessa circunstância judicial, porém, independente do desenlace do referido julgamento, ocorrido com decisão favorável à constitucionalidade do referido decreto, em 8 de fevereiro de 2018, o tratamento analítico e os apontamentos realizados no conjunto do trabalho transcenderam tal situação para configurar uma obra mais ampla coadunada em reunir conteúdos sólidos ao aprimoramento e à defesa de direitos socioculturais de coletividades étnicas.

Muitos aspectos do debate nacional sobre os direitos dos povos quilombolas surgiram ou ganharam força no âmbito da 6ª CCR/MPF seja em razão da intensa produção intelectual de seus membros, seja pela criação de novos espaços de diálogo ou pela qualificação dos já existentes. Nas duas vertentes, destacam-se Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira e Daniel Sarmento, cujas contribuições se encontram refletidas e podem ser largamente reconhecidas nos textos a seguir apresentados. A ambos o agradecimento dos autores pelo empenho na efetivação deste projeto e o reconhecimento quanto à grandeza do aporte intelectual e humanista oferecido à causa dos direitos das comunidades quilombolas.

O reconhecimento dos autores estende-se, ainda, a Gustavo Kenner de Alcântara, secretário-executivo da 6ª CCR/MPF, e a Luciano Mariz Maia, coordenador da 6ª CCR/MPF. O primeiro empenhou-se por completo para a consecução deste trabalho, ao desvencilhar o emaranhado de exigências institucionais, que permitiu direcionar a energia ao trabalho de produzir; também forneceu material de pesquisa e deu indicações sempre valiosas, valendo-se da sua expertise na área. O segundo empenhou-se com seu notório conhecimento, lucidez e comprometimento habitual, para que as necessidades do projeto fossem continuamente atendidas.

Por fim, na linha dos reconhecimentos, queremos dedicar este Manual às comunidades remanescentes de quilombos do Brasil que, com seus exemplos de luta e persistência por um mundo mais iguali-

tário, fortalecem e alimentam nossa alma para seguir adiante, sempre. Que façam deste trabalho o melhor uso como instrumento de novas conquistas.

Em suma, pelo arrazoado de debates, conceitos, fundamentos e ações instauradas, poderemos observar como vem se processando o melhor entendimento acerca do asseguramento da aplicação desses direitos constitucionais, abrindo o campo de visão para contemplar as necessidades dessas comunidades quilombolas enquanto coletividades interligadas ao valor de seu pertencimento territorial.

Maria Luiza Grabner
Procuradora Regional da República
Coordenadora do GT Quilombos da
6ª Câmara de Coordenação e Revisão – MPF

São Paulo, fevereiro de 2018.

I

Fundamentos conceituais dos direitos territoriais das comunidades quilombolas

Introdução

Deborah Stucchi

A iniciativa de realizar o Manual de Atuação: reconhecimento de direitos territoriais de comunidades quilombolas[1] resulta da análise de dados levantados no âmbito do inquérito civil nº 1.00.00.000991/2010-55, instaurado em 18 de novembro de 2009, por decisão do Grupo de Trabalho Quilombos, Povos e Comunidades Tradicionais da 6ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, com objetivo de conhecer melhor a situação das políticas públicas territoriais dirigidas às comunidades remanescentes de quilombos no Brasil.

Os dados obtidos com as investigações confirmaram a percepção dos membros do Ministério Público Federal e das assessorias antropológicas sobre as deficiências e insuficiências na execução dessas políticas por parte do Estado. Mais ainda, o movimento quilombola e seus representantes fizeram chegar à Instituição as notícias sobre o acirramento de conflitos nas comunidades, com o relato de ameaças, agressões e aumento da violência contra líderes e membros das comunidades quilombolas[2].

Por sua atuação, o Ministério Público Federal entrou em contato com tal realidade em audiências públicas e diligências aos locais de conflito e, por intermédio das assessorias antropológicas, como resultado das interlocuções, visitas e levantamentos de campo vinculados aos estudos demandados pela Instituição. Também, nos espaços e campos de trabalho desses agentes públicos, os sujeitos de direitos territoriais e culturais, em várias partes do Brasil, têm encontrado oportunidade para aprimorar as possibilidades de luta pela defesa e proteção dessas terras, suas formas peculiares de uso, ocupação e acesso, incluindo os direitos regidos pelo costume e pela tradição.

Com o agravamento da conjuntura, tendo em vista as crescentes violações de direitos positivados na Constituição Federal e em tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, o GT Quilombos reuniu seus membros com o objetivo de refletir criticamente e escrever sobre

1 O presente manual foi concluído por ocasião da retomada do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3239, ajuizada em 2004, pelo Partido Democratas (DEM), contra o Decreto nº 4.887/2003, que regulamentou o procedimento administrativo para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos, que o partido político pretendeu impugnar. A partir do início do julgamento, em 2012, contavam-se três votos proferidos pelos ministros do Supremo Tribunal Federal, com distintas posições: o ministro relator Cezar Peluso, em 2012, votou pela inconstitucionalidade do referido decreto. A ministra Rosa Weber, em 2015, abrindo divergência ao ministro relator, votou pela constitucionalidade, e o ministro Dias Tofolli, em 2017, votou pela constitucionalidade do Decreto nº 4.887/2003, condicionando ao marco temporal o acesso aos direitos territoriais, salvo em casos de esbulho ou ato ilícito que suspenda a posse. Já o resultado do julgamento, retomado e encerrado em 8 de fevereiro de 2018, por maioria de votos, conferiu placar favorável à constitucionalidade do Decreto nº 4.887/2003. O resultado favorável acentua o valor reflexivo do presente trabalho, enriquecido pela abrangência de conceitos e princípios passíveis de aplicação em diferentes contextos formais. Para o inteiro teor dos respectivos votos, exarados, ver os seguintes *links* de acesso: (http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/1459_ADI3239_Voto.pdf) (http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI3239RW.pdf) (http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI3239DT.pdf). A respeito dos demais votos, ver informativo do STF nº 890, (http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo.htm).

2 Entre 2011 e 2015, registraram-se duas mortes de lideranças quilombolas no Brasil; em 2016, oito mortes e, até outubro de 2017, quatorze mortes – ao menos, seis relacionadas aos conflitos fundiários, segundo dados da Coordenação Nacional da Associação das Comunidades Negras Rurais Quilombolas (Conaq) veiculados pelo Instituto Socioambiental (ISA). A propósito ver: (https://www.socioambiental.org/pt-br/noticias-socioambientais/violencia-contra-quilombolas-dispara-em-2017).

a realidade social, institucional e sobre o contexto formal de execução desses direitos.

O material reunido e as reflexões propostas neste trabalho permitiram reconhecer que o momento histórico é de potencializar a atuação ministerial no caminho das oportunidades, a despeito dos empecilhos formais explicitados nas ações de governo, dos embates diretos ocorridos no campo, da violência com motivação fundiária, do preconceito e da discriminação, bem como das várias decisões governamentais com o risco de subalternizar esses direitos, seus sujeitos e seus defensores. Trata-se, pois, de explicitar argumentos, de fortalecer interpretações e de produzir uma leitura retrospectiva e prospectiva que observa e destaca os percursos validados e os caminhos do trabalho conjunto, que são efetivos e emblemáticos.

O panorama refletido nos autos do inquérito civil reuniu e consolidou os elementos dispersos na realidade – formais, políticos, institucionais – e forneceu as bases para concluir que a redução dos recursos empenhados para o custeio das ações destinadas à regularização de terras quilombolas e a ineficiência da aplicação desses recursos têm impactado negativamente comunidades quilombolas em vários estados brasileiros, vitimadas por novas e crescentes invasões territoriais agravadas pela falta de Relatórios Técnicos de Identificação e Delimitação (RTID) ou mesmo pela ausência do pagamento das indenizações a ocupantes de boa-fé relacionados nos RTIDs já publicados[3].

As decisões orçamentárias do governo central repercutem diretamente no engessamento da atuação do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Incra) para a efetivação da política territorial quilombola. Dados do Instituto de Estudos Socioeconômicos (Inesc) indicam redução de 94% nos recursos disponíveis entre os anos de 2010 e 2017. Nesse período, para o reconhecimento e a indenização de territórios quilombolas, de R$ 64 milhões o orçamento sofreu queda para R$ 4 milhões, perda que impactou o andamento de 1.675 processos administrativos no órgão fundiário federal, que havia expedido 168 títulos de propriedade, até 2017.

A ação denominada ***apoio ao desenvolvimento sustentável de comunidades quilombolas, povos indígenas e comunidades tradicionais*** que, em 2017, estava orçada em pouco mais R$ 1 milhão, foi zerada para 2018[4]. Também, 87% dos processos iniciados no Incra ainda não tiveram os RTIDs publicados. Nove das trinta Superintendências Regionais do Incra, responsáveis pela condução dos processos de regularização fundiária, em 2017, tiveram à disposição recursos inferiores a R$ 10 mil.

---

3 Para notícias sobre invasões a terras quilombolas agravadas pela paralisação dos processos de titulação, acessar: (https://www.diariodoamapa.com.br/cadernos/cidades/quilombolas-denunciam-invasao-de-terras-e-ameacas-de-morte/),(http://www.redebrasilatual.com.br/cidadania/2013/07/reintegracao-de-posse-preocupa-comunidade-quilombola-em-ubatuba-1880.html), (https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2017/12/21/comunidades-quilombolas-no-ma-se-recusam-a-pagar-taxa-de-uso-a-fazendeiros.htm), (https://www.brasildefato.com.br/2018/01/15/2017-foi-sangrento-aponta-balanco-da-comissao-pastoral-da-terra/).

4 Os números apresentados objetivam apenas exemplificar que as reduções orçamentárias para as ações referidas à promoção de políticas públicas de direitos humanos refletem a tendência do Brasil. O texto de Fernando Sanchez de Souza, na parte III do manual, analisa detalhadamente a evolução dos recursos orçamentários disponibilizados para ações destinadas à regularização fundiária das comunidades de quilombo, no período compreendido entre 2004 e 2017.

Segundo análise da Comissão Pró-Índio, o menor orçamento foi o da Superintendência Regional de Alagoas, que contou com R$ 3.948,00 para encaminhar dezessete processos. Representantes do órgão fundiário admitem *dar andamento apenas ao que é mais urgente e evitar abrir novas frentes de trabalho*[5].

Se os impactos dos sucessivos cortes orçamentários destinados à implementação de direitos territoriais das comunidades quilombolas são a realidade no momento da edição deste material, o iminente risco é que as políticas públicas relacionadas ao tema sejam ameaçadas no futuro. Concorre para isso a Emenda Constitucional nº 95/2016, proposta pelo Poder Executivo e aprovada pelo Congresso Nacional, limitando, por vinte anos, o teto de gastos públicos, com cortes nas áreas de assistência social, saúde, educação e outras despesas primárias da União. A EC 95 simboliza o próprio conceito dos programas e medidas de austeridade implantados no Brasil, à semelhança de modelos adotados em países da Europa e outras partes do mundo, em momentos de crise econômica.

As chamadas medidas de austeridade, conforme entendimento explicitado pela Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento, que publicou o Relatório 2017 denominado Beyond Austerity: towards a global new deal, definem-se pela implantação de programas de reforma estrutural e condicionalidades que limitam gastos do governo e afetam a oferta adequada de serviços sociais[6]. O Relatório Sobre o Impacto da Política Econômica de Austeridade nos Direitos Humanos, publicado pela Plataforma Brasileira de Direitos Humanos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais (Dhesca)[7] aponta que elas aprofundam desigualdades sociais e ameaçam direitos econômicos, sociais e culturais.

Entendimento semelhante foi expresso pela procuradora federal dos Direitos do Cidadão do Ministério Público Federal, Deborah Duprat, que, em outubro de 2017, apresentou à procuradora-geral da República, Raquel Dodge, argumentos que sustentam a inconstitucionalidade da EC nº 95/2016[8], objeto de, ao menos, seis Ações Diretas de Inconstitucionalidade[9] e sugeriu ajuizamento de ADI perante o Supremo Tribunal Federal.

A tendência de limitar ou suspender ações, políticas e programas por meio de cortes orçamentários complementa-se, nesse cenário, por decisões políticas e administrativas emanadas do poder central que restringem o acesso a direitos territoriais às comunidades remanescentes de quilombos. A esse respeito, os exemplos são eloquentes, alguns dos quais bem detalhados no *Relatório das Violações de Direitos contra Comunidades Quilombo-*

5 Ver estudo completo publicado pela Comissão Pró-Índio em: (http://comissaoproindio.blogspot.com.br/2017/06/direitos-ameacados-orcamento-do-Incra.html).
6 Para matéria que reporta, inclusive, o voto contrário do Brasil à resolução da ONU para monitorar os impactos das políticas fiscais sobre os direitos humanos no país, acessar: (http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2017/03/1869055-por-austeridade-brasil-vota-contra-resolucao-de-direitos-humanos-na-onu.shtml).
7 Acessar o relatório em: (http://austeridade.plataformadh.org.br/files/2017/11/publicacao_dhesca_baixa.pdf).
8 O inteiro teor da representação está disponível em: (http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/temas-de-atuacao/direitos-humanos/atuacao-do-mpf/conjunto-de-argumentos-pela-inconstitucionalidade-da-ec-95-2016).
9 Ver notícia publicada na página do STF detalhes sobre cada uma das ADIs propostas contra a Emenda Constitucional nº 95/2016 (http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=349227).

las[10], publicado pelo Conselho Nacional de Direitos Humanos (CNDH)[11] em dezembro de 2017. Do quadro geral e das conclusões apontadas por referido relatório, destacam-se:

a) o Ofício nº 1356/2016 da Casa Civil da Presidência da República, que orientou sobre a impossibilidade das assinaturas de decretos de desapropriação enquanto pendente de julgamento a ADI 3239/2004;

b) a postergação das assinaturas de 24 decretos declaratórios de terras quilombolas retidos na Casa Civil;

Várias alterações[12] em áreas sensíveis para a execução de políticas públicas fizeram-se sentir com a reforma ministerial realizada por meio da Medida Provisória nº 726/2016, transformada na Lei nº 13.341/2016[13], que extinguiu o Ministério das Mulheres, da Igualdade Racial, da Juventude e dos Direitos Humanos e o Ministério do Desenvolvimento Agrário. As competências do primeiro foram submetidas ao Ministério da Justiça e da Cidadania e as do segundo foram incorporadas pelo Ministério do Desenvolvimento Social e Agrário, criado pela transformação do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome.

A centralização das instâncias com responsabilidade fundiária sob o comando direto do Executivo Federal emoldura a crise no acesso aos direitos humanos: o Decreto nº 8.865, de 29/9/2016[14], deslocou o Incra e cinco Secretarias do Ministério do Desenvolvimento Agrário para o Gabinete da Casa Civil da Presidência da República, a ela subordinando a administração das políticas de reforma agrária, promoção do desenvolvimento sustentável da agricultura familiar e delimitação das terras dos remanescentes das comunidades dos quilombos.

---

10 O relatório, publicado em 2017, teve a participação de Gustavo Kenner Alcântara, procurador da República e secretário- executivo da 6ª CCR, como membro participante das missões do GT Quilombola do CNDH. Acesso ao relatório das missões e das recomendações encontra-se em: (http://www.mdh.gov.br/sobre/participacao-social/cndh/relatorios/copy_of_RelatorioGTQuilombola_finalpsplenria1112017_versomesadiretora_14122017.pdf).

11 A Lei nº 12.986/2014 (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12986.htm) define a estrutura organizacional do Colegiado e prevê que seja integrado pelo procurador-geral da República. A Portaria CNDH nº 11/2016 define a composição do Colegiado para o biênio 2016-2018.

12 Na NOTA TÉCNICA, expedida pela 6ª Câmara de Coordenação e Revisão – Populações Indígenas e Comunidades Tradicionais/MPF, aos 19/7/2017, consta manifestação em relação ao prosseguimento dos processos de demarcação e titulação de terras ocupadas por comunidades quilombolas (Documento PGR-00234657/2017 NOTA TÉCNICA). O documento, dirigido à Casa Civil da Presidência da República, solicitava que fosse suspensa a orientação dada pelo órgão – por meio de sua Nota da Subchefia de Assuntos Jurídicos – SAJ nº 2.897/2016 – AF, no sentido de que as demarcações fossem interrompidas, por tempo indefinido, até o desfecho do julgamento da ADI 3.239-DF e que alegava a inconstitucionalidade formal e material do Decreto nº 4.887/2003. A referida Nota Técnica contestou o posicionamento da Casa Civil, enfatizando que o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) é, em si, suficiente para assegurar a demarcação de titulação de terras quilombolas, cabendo ao Decreto nº 4.887/2003 o papel de norma de Direito Administrativo, que busca garantir meios e modos de execução do ditame constitucional, sem natureza constitutiva de direitos ou deveres, reforçando-se, pois, o seu caráter formal e materialmente constitucional, tal como assentado no voto da ministra do STF, Rosa Weber, no julgamento da ADI 3.239-DF. Ademais, a Nota Técnica consignou que o § 1º, do art. 5º, da Constituição preconiza que "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata" e que eventual suspensão dos procedimentos administrativos representaria não só uma afronta ao próprio Decreto nº 4.887/2003, como uma intolerável ofensa ao direito fundamental à razoável duração do processo, inclusive administrativo (CR, art. 5º, LXXVIII), bem como à própria presunção de que as normas em geral ingressam no ordenamento jurídico com presunção de conformidade à Constituição. Por fim, a Nota Técnica defende a natureza vinculante do ato de emissão de títulos de propriedade para as comunidades quilombolas e do dever do Poder Público na demarcação desses territórios, citando, para tanto, o compromisso internacional assumido pelo Brasil ao promulgar a Convenção nº 169 da OIT (1989), sobre povos indígenas e tribais (no que se incluem as comunidades quilombolas) e farta jurisprudência nacional.
Confira a íntegra da nota aqui: (http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/Quilombolas_PGR002346572017.pdf).

13 Para o inteiro teor da Lei nº 13.341/2016 acessar: (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13341.htm).

14 Para o Decreto nº 8.865/2016, ver: (http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/2016/decreto-8865-29-setembro-2016-783670-publicacaooriginal-151148-pe.html).

As Medidas Provisórias nº 768/2017 e nº 782/2017 deram continuidade à reestruturação ministerial e, esta última convertida na Lei nº 13.502[15], de 1º de novembro de 2017, submeteu ao Gabinete da Casa Civil da Presidência a competência para delimitar as terras dos remanescentes das comunidades dos quilombos e determinar as suas demarcações, a serem homologadas por decreto.

Com efeito, a regularização das terras dos quilombos saiu da competência do Incra, foi para o Ministério da Educação e Cultura, voltou para o Incra e, finalmente, foi subordinada à administração da Casa Civil.

A história recente das políticas públicas voltadas à promoção de direitos das comunidades quilombolas não se resume às reformas ministeriais que atingiram os órgãos com competência para titular as terras. Outras estruturas de governo foram alteradas, como as que afetaram a Secretaria de Promoção de Políticas para a Igualdade Racial (Seppir) e a Fundação Cultural Palmares.

A Seppir foi criada em 2003, como secretaria especial, vale dizer como órgão de assessoramento direto ao presidente da República, pela Lei nº 12.288/2010. Com a Lei nº 12.314/2010, a Seppir passou a constituir a Presidência da República e seu status de ministério fortaleceu os objetivos de inserir no governo a discussão das questões relacionadas à população negra, de promover políticas públicas voltadas à promoção da igualdade racial, de enfrentar o racismo e de criar mecanismos de acesso da população negra às diversas esferas da vida social[16].

Em 2015, como resultado de reforma ministerial, a Seppir deixou de constituir a Presidência da República para integrar o Ministério das Mulheres, da Igualdade Racial e dos Direitos Humanos, com a Secretaria de Políticas para as Mulheres, a Secretaria de Direitos Humanos e a Secretaria Nacional de Juventude, onde permaneceu até as reformas de 2016, quando, então, a Seppir e o Conselho Nacional de Promoção da Igualdade Racial (CNAPIR) foram absorvidos pelo Ministério da Justiça e Cidadania.

As sucessivas reformulações, iniciadas em 2015, geraram críticas dos movimentos sociais relativas à perda de espaços no governo como reflexo da absorção da pauta ruralista pelo poder central. As mudanças ministeriais ocorridas anos consecutivos repercutiram de modo ainda mais expressivo: a Seppir, de secretaria, então subordinada ao Ministério da Justiça e Cidadania, foi transferida para o Ministério dos Direitos Humanos, como apêndice repleto de cargos vagos, onde foi paralisada por falta de recursos materiais, humanos e orientação política.

As alterações institucionais encontravam-se em pleno curso na época da edição deste material e a tendência apontava para o desmantelamento de órgãos de governo especializados no enfrentamento

15 A composição definida pela Lei nº13.502/2017 pode ser acessada em: (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/Lei/L13502.htm).

16 Segundo Milton Santos, a criação da SEPPIR, estaria sustentada no tripé das lutas dos movimentos sociais, das lutas internacionais pela superação do racismo e da decisão do governo brasileiro de criar uma Secretaria Especial dedicada a promover às políticas de promoção de igualdade racial. Ver publicação intitulada Promovendo a Igualdade Racial para um Brasil sem Racismo, 2016 no *link*: (http://www.seppir.gov.br/arquivos/seppir-promovendo-a-igualdade-racial-para-um-brasil-sem-racismo.pdf).

das questões relativas à desigualdade racial. No tocante à proposta orçamentária para 2018, previa-se corte de 34% na dotação inicial de recursos, em relação ao exercício anterior, para o Programa 2034, destinado às políticas de promoção da igualdade racial.

A Fundação Cultural Palmares (FCP) reuniu competências de âmbito cultural, vinculada ao Ministério da Cultura e, após breve período com atribuições fundiárias, nos anos 2000, incumbiu-se de emitir os certificados de autodefinição necessários à instauração de procedimento administrativo no Incra. Desde a sua criação, o órgão foi acometido pela falta de estrutura pessoal e administrativa para a execução dos trabalhos, que envolvem orientação jurídica às comunidades e manifestação em procedimentos de licenciamento ambiental que muito afetam os direitos de posse das comunidades. Organizações sociais vêm denunciando a política de desmonte que vitima a FCP, com a extinção de cargos comissionados, a falta de reposição de vagas por aposentadoria e o foco da atuação limitado a incentivar publicações e a promover eventos culturais. Em 2017, a Fundação Cultural Palmares certificou 133 comunidades de quilombo e, desde 1988, mais de 1.500.

Proporcionalmente mais relevante mostra-se a atuação do Ministério Público Federal no contexto institucional em que os critérios técnicos obrigatórios aos RTIDs, cujos parâmetros de execução foram estabelecidos pelo Decreto nº 4.887/2003 e regulamentados pela Instrução Normativa nº 57/2009 do Incra, encontram-se cada vez mais sujeitos às decisões políticas centralizadas no Gabinete da Casa Civil da Presidência da República.

O cenário no momento da publicação deste Manual refletia o acentuado retardo da elaboração dos RTIDs pelo Incra, da publicação das portarias de reconhecimento e declaração dos limites das terras quilombolas, assim como da emissão dos títulos de propriedade. Ainda, verificava-se a letargia da Fundação Cultural Palmares no cumprimento de suas atribuições e o virtual esmaecimento da Seppir na interlocução com os movimentos sociais. No entanto, ao mesmo tempo, o STF influenciava o futuro das políticas territoriais destinadas às comunidades de quilombos encerrando o julgamento da ADI 3239/2004 com decisão favorável à constitucionalidade do Decreto nº 4.887/2003.

O inexorável fortalecimento da luta quilombola por dignidade e cidadania com o julgamento pelo STF, o impacto das decisões de governo acerca da execução das políticas de Estado para os assuntos fundiários e de direitos humanos em face dos interesses divergentes fortemente representados no Parlamento e politicamente bem articulados: eis os principais ingredientes dos desafios a serem enfrentados pelo GT Quilombos e pela 6ª CCR nos próximos anos, bem como pelo MPF como um todo. As bases de tal enfrentamento vêm sendo construídas por observação atenta, acompanhamento ativo, atuação reflexiva, colaborativa e comprometida com a democracia e a justiça social.

Nesse complexo cenário de mudanças políticas e institucionais, a coordenação deste Manual não abandonou as proposições mais pragmáticas referentes à atuação do Ministério Público Federal, repre-

sentadas nas partes II, III e IV, em que se objetiva auxiliar o leitor, à semelhança dos guias de percurso, a manejar e a mover-se em meio ao emaranhado de regulamentações, atribuições e competências formais de cada um dos órgãos envolvidos no processo de regulamentação fundiária em favor das comunidades remanescentes de quilombo.

A execução da política territorial quilombola, nos termos da regulamentação vigente no momento de publicação deste Manual, estava sujeita à manifestação do Iphan, do Ibama/ICMBio, da SPU, da Funai, do Conselho de Defesa Nacional e da Fundação Cultural Palmares, cuja tramitação está descrita e articulada, na parte II, pela contribuição de Leandro Mitidieri Figueiredo, que também trata das especificidades da titulação de quilombos em terras públicas, a saber, terrenos de marinha, marginais de rios, ilhas e lagos; unidades de conservação, áreas de segurança nacional, faixa de fronteira e terras indígenas, bem como em terras devolutas e terras de propriedades dos estados, do Distrito Federal ou dos municípios.

A tramitação regular dos procedimentos administrativos de reconhecimento e titulação das terras de quilombo é apresentada com clareza nos artigos de Lívia Nascimento Tinôco e Fernando Sanchez de Souza, na parte III deste Manual, respectivamente sobre as competências da Fundação Cultural Palmares e do Incra. Cristina Nascimento de Melo, na mesma parte do Manual, discorre sobre a possibilidade de contratação de estudos antropológicos pelo Incra como alternativa para conferir o andamento de procedimentos de identificação paralisados por escassez de recursos humanos ou dar início a processos que aguardam por prazos prolongados o momento de começar os trabalhos. A alternativa mencionada, mesmo sujeita a efeitos secundários indesejados, com o adequado acompanhamento do órgão fundiário, a atenção dos órgãos fiscalizadores e o controle social representado pela participação da comunidade quilombola, potencializa a ampliação do modelo de trabalho.

No contexto de ameaça a direitos territoriais, sociais, econômicos e humanos, a parte IV propõe-se a expor exemplos e experiências de atuação do Ministério Público Federal destinados a defender e a proteger a posse e a titulação. Nesse aspecto, quer-se ressaltar a importância de buscar meios de defesa do território no contexto de crescente imposição de dificuldades e barreiras à titulação. Alexandre Silva Soares enumera e detalha os instrumentos a cargo do Ministério Público em defesa da posse e da titulação de terras quilombolas, com o benefício adicional de disponibilizar à população interessada parâmetros de conteúdos e de formas para modular expectativas e resultados da atuação ministerial.

Ainda na parte IV, ressalta-se a relevância da exposição didática por Lívia Nascimento Tinôco sobre a sequência administrativa do procedimento de titulação, com base no Decreto nº 4.887/2003 e o fluxograma de atividades do Ministério Público Federal, em cotejo com as fases dos processos de reconhecimento e titulação, com vistas ao acompanhamento pari passu dessas atividades. No mesmo contexto, estão debatidas as possibilidades de atuação coordenada dos Ministérios Públicos

na defesa dos direitos territoriais e as competências concorrentes da União, estados e municípios na regularização das terras dos quilombos, tão claramente apresentadas por Walter Rothenburg e Lívia Tinôco. O último texto da Parte IV traz a jurisprudência brasileira e as decisões da Corte Interamericana dos Direitos Humanos nos embates sobre a posse e a propriedade de territórios quilombolas, respectivamente compilados por Maria Luiza Grabner, Débora Paleo Mourão e Ticiana Andrea Sales Nogueira.

Entretanto, com o objetivo de refletir sobre desafios, mais ou menos rotineiros e mais ou menos complexos, situados na vida real das comunidades quilombolas e no âmbito da atuação ministerial em defesa dos direitos territoriais quilombolas, este Manual propõe-se também a debater questões situadas ao largo do percurso administrativo para a emissão dos títulos de propriedade *stricto sensu*. Tais desafios, com potencial impacto na posse e uso desses territórios, e alguns modos possíveis de entendimento são tratados na parte V deste Manual.

Walter Rothenburg discute a liberdade de associação como garantia constitucional frente à emissão do título coletivo, o registro público dessas terras. Lucas Aguilar Sette, por sua vez, discorre sobre a indenização a terceiros ocupantes, em decorrência da regularização territorial quilombola e sobre a possibilidade de indenização de títulos individuais de proprietários quilombolas para fins de regularização fundiária.

Maria Luiza Grabner discute o impacto de atos administrativos federais sobre a posse de territórios de comunidades quilombolas em procedimentos de licenciamento ambiental de empreendimentos, que impõem medidas e prazos que restringem direitos. Walter Rothenburg debate sobre a incidência de Imposto Territorial Rural e Imposto Territorial Urbano sobre territórios quilombolas. Lucas Aguilar Sette apresenta, também na parte V, análise crítica sobre a eternização de demandas nas Câmaras de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF) para a resolução de conflitos relativos aos territórios quilombolas.

Walter Rothenburg e Leandro Mitidieri contribuem, em artigos individuais, com importantes reflexões acerca da não aplicabilidade da tese do marco temporal à posse quilombola, do debate sobre a constitucionalidade do Decreto nº 4.887/2003 e do princípio da vedação do retrocesso social.

O material apresentado nas partes II, III, IV e V deste Manual segue fundamentado pelos dois textos de abertura constantes da parte I. A contribuição de Míriam Chagas é abordar as políticas de reconhecimento, no âmbito dos direitos territoriais quilombolas, como parte central da política de dignidade do cidadão. A autora mapeia, ainda, como o trabalho cotidiano e o pensar colaborativos entre o direito e a antropologia podem produzir efeitos sobre a realidade social, no modelo em que, afinal de contas, foi concebido este Manual.

No segundo texto da Parte I, Maria Luiza Grabner discorre de maneira cuidadosa sobre uma das bases mais relevantes sobre as quais se assentam os direitos territoriais das comunidades quilombolas, a saber, a Convenção 169 da OIT. No mesmo campo de discussão, situa a consulta e o consentimento livre, prévio e informado

como direito fundamental, debate seguido pela significativa compilação, realizada por Fabiana Schneider, de casos enfrentados pelo Judiciário brasileiro, com decisões relevantes influenciadas pela Convenção 169 da OIT.

A conclusão do Manual resume, de maneira objetiva, os indicativos considerados fundamentais, lançados ao longo dos textos, para o aprimoramento da defesa dos direitos territoriais das comunidades remanescentes de quilombos no Ministério Público Federal.

Considerando as dificuldades estruturais para a consolidação de direitos territoriais dos quilombos, o significativo número de procedimentos paralisados no Incra e outros órgãos do Governo Federal, a vertiginosa redução de números e metas alcançados no período compreendido entre 2010 e 2017, os cortes orçamentários das pastas relacionadas aos direitos humanos e a submissão da execução da política fundiária ao centro do Poder Executivo, urge intensificar a atuação coordenada do MPF para buscar meios de garantir a efetivação das políticas públicas de regularização de terras quilombolas e a salvaguarda do direito prescrito pelo art. 68 do ADCT.

Para melhor enfrentar as dificuldades referidas ao longo dos textos e experimentadas no cotidiano, o presente Manual foi idealizado com o fito de subsidiar e de fortalecer ações institucionais coordenadas visando à garantia dos direitos territoriais assegurados às comunidades remanescentes de quilombos no Brasil. Como ocorre com toda a produção intelectual posta à disposição dos cidadãos por meios impresso e eletrônico, em que a comunicação é cada vez mais ágil, é vocação deste Manual também alcançar outras parcelas da sociedade brasileira, interessadas no assunto, especialmente as comunidades remanescentes de quilombo, a quem se destinam os esforços de trabalho deste pequeno grupo de pessoas.

Assim, para encerrar esta breve introdução e entregar a palavra aos autores, seguem as premissas básicas que norteiam este Manual: 1) são assegurados pela Constituição Federal os direitos territoriais dos povos quilombolas e os direitos socioculturais a eles associados são valores a serem respeitados como riqueza na construção da nação brasileira, tendo em conta a pluralidade sociocultural e ambiental que representam; 2) os Tratados e Convenções Internacionais assinados pelo Brasil são instrumentos de proteção dos direitos territoriais válidos e representam compromisso do Estado brasileiro perante a comunidade internacional, devendo ser acionados em defesa das comunidades remanescentes de quilombos.

1. Reconhecimento de direitos quilombolas como promoção da cidadania pluriétnica

Míriam de Fátima Chagas

a. Interpretação, representação e transmissão de conhecimentos: Do ontem ao hoje

Cerca de três décadas atrás seria improvável encontrar na história jurídica oficial uma direta referência à experiência quilombola com a preocupação de garantir o exercício da cidadania relativa ao acesso de direitos territoriais. Tal ausência diz respeito a realidades que impactam a sociedade brasileira e que remontam à época colonial[17], na qual as terras de quilombos eram alvejadas pelo sistema de repressão escravagista como sendo lugares perigosos e objetos de aniquilação[18].

Desse enquadramento colonial se propagou uma série de citações negativas que, evidentemente, pouco ou nada dizem do significado que teriam os próprios quilombolas desses lugares. Aliás, o que o ideário desse período nos expõe é precisamente o viés repressivo de várias práticas, tidas como legais, que confrontavam seres humanos em seu próprio direito de existir, atacando sua integridade física, identidade e pertencimento social.

Neste ponto, cabe recuar no tempo para sublinhar que um dos ardis do regime escravagista foi a subtração da informação da etnia do escravizado, inclusive separando e dispersando geograficamente as pessoas com um mesmo pertencimento identitário, em diferentes localidades, com interesse de forçar que elas não pudessem exercer sua identidade. Quer dizer, pretendeu-se atingir e desfigurar o próprio campo da existência humana que está diretamente relacionado à formação das identidades sociais, uma vez que estas últimas estão na base da convivência dos grupos e de suas trocas sociais[19].

---

17 Ver sobre o assunto: WEIMER, Rodrigo de Azevedo. Cidadanias e liberdades no Sul do Brasil nas décadas finais do século XIX. In: MÜLLER, C. CHAGAS, M. *Dinâmicas de Cidadania*. Abordagens etnográficas sobre a diversidade. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2010, p. 21-46.

18 Entre as definições correntes desse período, há a que resultou da consulta ao Conselho Ultramarino de Portugal, de 2 de dezembro de 1740, que refere o quilombo como: "Toda habitação de negros fugidos que passem de cinco, em parte despovoados, ainda que não tenha ranchos levantados, nem se achem pilões neles." Ver Revista Brasileira de Geografia, out.-dez, 1962, p. 79. Ver também outras definições presentes em Alvarás e Provisões da época colonial, a exemplo do Alvará de 3 de março de 1741 e Provisão de 6 de março de 1741.

19 Esse ponto hoje é fortemente considerado pelos manifestantes das políticas afirmativas, pois tal realidade forçada precipitou uma série de perdas identitárias, como se entende por meio das palavras do senhor Geam Fábio da Conceição do Nascimento que expõem: "Já perdi pelo meu sobrenome, que era para eu ter um sobrenome africano e tenho um sobrenome português." Manifestação registrada em Ata da Audiência Pública da Comissão de Educação, Cultura e Desporto da Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina (Alesc), para tratar de questões relacionadas à discriminação racial e ações afirmativas em Santa Catarina, realizada em 19 de novembro de 2002.

Lopes (1988), refere que um dos sentidos da palavra quilombo é "originário do quimbundo significando 'união', ou 'reunião de acampamentos.'".[20] Diante desse sentido, de valorização da união quilombola, é importante assinalar que tal reunião também chegou, por Ordem Real, de 1741, a ser apontada como uma desordem criminosa, em função do que seria o "excesso de se juntarem em quilombos". Mas qual seria o sentido de nos preocuparmos em recuperar tal histórico?

O conhecimento dos documentos desse período nos permite revelar o porquê de até o presente ser tão necessário identificar e romper com esse ideário repressivo que ficou relacionado ao imaginário social perpetuando-se impresso sob diferentes formas e em diferentes épocas. Tal esclarecimento nos serve até mesmo para entender o que pode significar o valor de se fazer representar a si mesmo como membro de uma comunidade quilombola mediante outros significados.

Silveira (2013),[21] ao citar Acórdão do Superior Tribunal de Justiça, relativo ao Quilombo da Marambaia, refere o Voto do ministro Luiz Fux para destacar a necessidade de se problematizar o antigo imaginário que reduz os quilombos aos espaços de fuga:

> É isso que está no nosso imaginário, assim como quando a gente pensa em trabalho escravo ou situação análoga à de escravo: nós só enxergamos quando há a corrente e a bola de ferro no pé. Mas diz mais: A restituição do aspecto quilombola residiria na transição da condição de escravo para a de camponês livre, independentemente das estratégias utilizadas para alcançar esta condição: fuga, negociação com os senhores, herança, entre outras. Com essa definição, o elemento da fuga é mais um entre outros a ser considerado. E diz o Min. Luiz Fux: A Constituição de 88, ao consagrar o direito à terra dos remanescentes de quilombos, não o fez tomando com base os quilombos unicamente como locais de negros fugitivos, mas sim referindo-se – e aí vem ele – ao uso segundo os costumes e tradições das comunidades negras.

A necessária compreensão do advento de um novo paradigma constitucional afasta o que foi replicado por repetidas definições que foram absorvidas pela própria historiografia oficial, pelo simples fato de que nesses suportes não encontraremos uma preocupação específica quanto a fazer uma interlocução com os sentidos de reconhecimento territorial a partir das novas balizas legais. Nessas balizas, as terras de quilombos são consideradas como signos positivos de vida organizada, que referem ao aspecto comunitário da ocupação, inclusive, pela importância do vínculo sociohistórico das comunidades dos quilombos.

---

20 LOPES, Nei. ***Bantos, Malês e Identidade Negra***. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988, p. 139-140.

21 Manifestação do procurador regional da República Dr. Domingos Sávio Dresh da Silveira, em Corte Especial do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Notas da Sessão do dia 28 de novembro de 2013, referente à Arguição de Inconstitucionalidade nº 5005067-52.2013.404.0000/TRF4-Tribunal Federal da 4ª Região-Evento 46.

Nessa direção, a qualidade de institucionalização dos mandamentos constitucionais está expressa na atualidade pelo Decreto Presidencial nº 4.887/2003, que define as terras de quilombos, afirmando que:*"§ 2º São terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos as utilizadas para a garantia de sua reprodução física, social, econômica e cultural"*.

Assim, a defesa dos direitos quilombolas permite o reconhecimento desses aspectos de reprodução sociocultural, sendo importante firmar compreensões a fim de esclarecer e evitar qualquer desvirtuamento que esmoreça ou impeça a promoção desses direitos à luz do presente marco constitucional.

Nos trinta anos de plataforma constitucional, antropólogos e juristas contribuíram em disponibilizar seus estudos e recursos analíticos ao atual Sistema de Justiça, inclusive, no intuito de reverter e superar o viés pretérito que tomava as terras de quilombos como foco de desordem, local alvo de perseguição.

No plano jurídico, decisões judiciais começaram a ser proferidas nesse intuito de superação das óticas ultrapassadas, a exemplo do texto de Acórdão proferido,[22] que ao afirmar a constitucionalidade do Decreto nº 4.887/2003, já em sua Ementa refere a necessidade de "superação da antiga noção de quilombo como mero ajuntamento de negros fugidos", ao contrário do que fora disseminado pela história oficial.

Devido às novas disposições constitucionais, também em relação ao significado que assume, o termo quilombo vem auxiliando, sobremaneira, a intensidade da contextualização histórico-antropológica e que é capaz de nos aproximar de uma outra imagem que não aquela do quilombo do enquadramento escravocrata.

Nesse sentido, Maurício Pessuto (2006)[23] ressalta ser de grande valia os estudos antropológicos que permitem apurar a vinculação sócio-histórica da comunidade com o seu território ocupado. Além disso, para o autor, nessa matéria, é preciso enfrentar um consequente debate interdisciplinar a ponto de que sejamos capazes de mostrar a realidade pesquisada em sua profundidade.

Nesse trabalho interdisciplinar, tratou-se de romper com noções ultrapassadas que impediam que o Estado enfrentasse o problema do não reconhecimento da pluralidade sociocultural e histórica presente no País.

Nesta direção de se visualizar as terras de quilombos em sua representatividade étnica e socioterritorial, o ponto de convergência alcançado diz respeito ao entendimento de que, quanto mais conhecemos a experiência histórica das comunidades quilombolas, mais aumentamos as chances de efetivação do reconhecimento territorial que lhes é devido.

A aproximação com esse conhecimento importa em muito no sentido de cooperar com o reconhecimento jurídico-constitucional em toda a sua abrangência e relevância. Em muitos contatos que se estabelecem com os sujeitos das comunidades quilombolas

22 Acórdão relativo à Arguição de Inconstitucionalidade nº 5005067-52.2013.404.0000/TRF4-Tribunal Federal da 4ª Região.

23 PESSUTO, Maurício. O Direito dos Remanescentes das comunidades dos Quilombolas às Terras Ocupadas e a Atuação do Ministério Público Federal. ***Boletim Informativo Nuer***, Florianópolis, v. 3, n. 3, p. 287-289, 2006.

pode-se ouvir entendimentos de que, sim, é preciso fortalecer nossa capacidade de cada vez mais conhecermos a experiência histórica quilombola para bem conseguir defender seus direitos. Uma visão lógica, sobre a pertinência desse conhecimento, oferece-se mediante a seguinte indagação: *"Mas como é que vamos lutar por algo que não se conhece? Que nos foi negado?"*[24]

A busca por ampliar os recursos de leitura dessa experiência histórica enseja um trabalho decisivo para nos habilitarmos numa prática de atuação que se qualifica com tal conhecimento. Por isso, hoje, ao buscarmos nos aprofundar no conhecimento da história afro-brasileira, é preciso considerar como ela também está intrinsecamente relacionada com a identidade cultural e com a territorialidade das comunidades quilombolas.

Sobre a envergadura dessa tarefa, Beckhausen (1996)[25] recupera que o desafio hoje ainda é que: "estes grupos não recebem um reconhecimento adequado por parte do Estado. Existe uma forte tendência a não encarar esses grupos como diferenciados, desconstituindo seus pleitos e vulgarizando suas reivindicações." (p. 285).

Assim, é fundamental a reflexão sobre como acolher essas reivindicações de forma a não alijá-las por meio de utilização de pressupostos, de terminologias e de vocabulários impeditivos da interpretação e comunicação adequada, inclusive sobre a importância nessa matéria do reconhecimento das identidades socioculturais.

Para oferecermos tratamento a essa consideração, cumpre nos cientificarmos de como evoluímos ao parâmetro de proteção dos direitos socioculturais considerando o reconhecimento do pertencimento cultural como expressão de uma adequada implementação dos direitos territoriais quilombolas. Nessa direção, contamos com os esclarecimentos do Voto proferido pela Ministra Rosa Weber (2015), do Supremo Tribunal Federal.[26]

> Na questão do reconhecimento da propriedade definitiva das terras ocupadas pelos remanescentes das comunidades dos quilombos, convergem as dimensões da luta pelo reconhecimento – expressa no fator de **determinação da identidade de grupo** – e da demanda por justiça socioeconômica, de caráter redistributivo – compreendida no fator de medição e demarcação das terras. (Grifo original, p. 33)

Nessa linha, do papel destacado que exercem as identidades sociais, podemos compreender o porquê de ser o critério de autoatribuição da identidade tão valorizado no reconhecimento de direitos relativos à proteção de específicos modos de ser e de existir. É o que novamente é passível de ser confirmado a partir do exposto, pela referida ministra do STF, em seu Voto:

---

24 Manifestação da senhora Gislene Nascimento Moura, professora de história e participante da organização União de Negros e Negras Pela Igualdade (Unegro), apresentada em junho de 2014, município de Não-Me-Toque, Rio Grande do Sul, em junho de 2014.

25 BECKHAUSEN, Marcelo. A questão quilombola e o ordenamento jurídico brasileiro. ***Boletim Informativo Nuer***, Florianópolis, v. 3, n. 3, p. 283-286, 2006.

26 Voto proferido em 25 de março de 2015, a favor da constitucionalidade do Decreto nº 4.887/2003, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade do Decreto nº 4.887/2003, ADI 3239/2004.

> Nesse contexto, **a eleição do critério da autoatribuição não é arbitrário, tampouco desfundamentado ou viciado**. Além de consistir em método autorizado pela antropologia contemporânea, estampa uma **opção de política pública legitimada pela Carta da República**, na medida em que visa à **interrupção do processo de negação sistemática da própria identidade aos grupos marginalizados**, este uma **injustiça em si mesmo**. (Grifos originais, p. 33)

Assim, com a preocupação de evidenciar os parâmetros necessários à garantia de justiça social, a magistrada do STF salienta afirmações sobre qual é a abordagem adequada para tratar a questão quilombola:

> A devida compreensão da problemática posta se beneficia das **reflexões** desenvolvidas pela renomada filósofa Nancy Fraser ao caracterizar o mundo pós-queda do Muro de Berlim como aquele no qual às **clássicas** demandas fundadas na redistribuição, adicionam-se aquelas ligadas à luta por reconhecimento. **Reconhecimento** e **distribuição**, portanto, seriam os **dois vetores da busca da justiça social na sociedade contemporânea**. (Grifos originais p. 33)

Ao se apoiar no pensamento da citada filósofa, Nancy Fraser, que contempla uma visão de justiça preocupada com a inter-relação entre a privação econômica e o desrespeito cultural, a ministra do STF ainda nos alerta para a necessária conciliação entre a concepção do reconhecimento cultural e a da igualdade social, pois ambas estão se sustentando reciprocamente no contexto da sociedade pluriétnica.

Em relação ao que sintetiza tais valores fundamentais de reconhecimento jurídico na sociedade atual, ainda vale referir Axel Honneth (2003),[27] que, no quadro dessa filosofia das relações jurídicas modernas, mostra-nos como ocorreram desenvolvimentos históricos que fizeram migrar para o direito uma nova forma de reciprocidade, como mútuo respeito, para além das formas de reconhecimento como a estima social e o amor.

Ademais, nesse ingresso da dimensão moral do reconhecimento, o referido autor realça que a obediência às normas jurídicas se caracteriza na medida em que as pessoas se reconhecem reciprocamente com igual dignidade e na medida em que o reconhecimento de direitos se deixa conceber como signo de um respeito social, de modo que estes "fazem surgir nele (o ser humano) a consciência de poder se respeitar a si próprio, porque ele merece o respeito de todos os outros." (HONNETH, 2003, p. 195).

Também, a análise de Taylor (2000),[28] busca situar essas transformações, mostrando que elas estão ligadas à passagem de valores da sociedade da honra para a sociedade da

27 HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento*: a gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Editora 34, 2003.
28 TAYLOR, Charles. A politica do reconhecimento. In: _____. *Argumentos Filosóficos*. São Paulo: Edições Loyola, 2000, p. 241-274.

igual dignidade. Assim, nessa transição de valores, da honra à dignidade igual, desponta a moderna "política do reconhecimento". Nessa política, que relaciona reconhecimento e identidade, os valores da igualdade e da diferença são como faces de uma mesma moeda, uma vez que, quando o reconhecimento é aplicado à esfera pública, ele se dá sob a forma de duas políticas – do direito à igualdade e do direito à diferença, mas ambas apoiadas em uma concepção moderna de potencial universal de formar e definir a própria identidade.

Nesse sentido, para o referido pensador, numa política de universalismo, que destacou a igual dignidade de todos os cidadãos,[29] o que deve ser evitado a qualquer custo seria a existência de uma cidadania desigual: "Pessoas que são impedidas pela pobreza de fruir o máximo de seus direitos de cidadania são consideradas, dessa perspectiva, relegadas a um status de segunda classe, o que requer uma ação corretiva." (TAYLOR, 2000, p. 250).

Contudo, Taylor afirma que uma questão crucial eclode quando a política da igual dignidade supõe princípios universais e que são traduzidos pela política da diferença como um modo hegemônico de forçar somente as culturas minoritárias a assumirem uma forma que lhes é alheia (p. 254).[30] Neste ponto, a política da diferença, muito embora comungue da mesma ideia de que todos os seres humanos são dignos de respeito, estaria a exigir mais do que almejar o reconhecimento, mas que a própria política da dignidade original não seja "cega às diferenças".

Nessa discussão, que envolve princípios de justiça social, os juristas e estudiosos têm apontado para a atual política do reconhecimento da identidade no sentido de observar como por meio dela o Estado moderno tem respondido à questão do reconhecimento da diversidade cultural. Diferentemente de outros modelos sociais, em que a diferença é hierarquizada e estratificada em castas,[31] os desafios apresentados pela moderna gramática moral do reconhecimento é de que ela venha a enfrentar as formas de injustiça e reconhecimento negado, também, de grupos sociais cujo pertencimento cultural é fundamental à constituição identitária.

Um detalhamento desse assunto, também relativo aos benefícios da cooperação social, é desenvolvido por Guedes Pires (2013).[32] Esse autor nos apresenta como têm sido articuladas as concepções conflitantes:

> Como apontam as críticas comunitaristas, somente o pertencimento a determinada cultura permite aos seus membros realizar sua autonomia

29 Como aponta Taylor (2000), essa concepção de dignidade, condizente à feição da sociedade democrática e no seu sentido universalista e igualitarista, permite que se fale da dignidade inerente a todos os seres humanos: a dignidade do cidadão.

30 Para Taylor (2000), a pauta crítica que a política da diferença apresenta, a exemplo da crítica comunitarista, entra em conflito com um tipo de proposta liberal relativa à política igualitária, quando esta é apresentada apenas como medida temporária, como discriminação reversa, até que os pratos da balança voltem a se equilibrar para aqueles grupos que historicamente estiveram em desvantagem social em função de discriminação.

31 Ver sobre o assunto: DUMONT, Louis. *O Individualismo:* uma perspectiva antropológica da ideologia moderna. Rio de Janeiro: Rocco, 1985.

32 GUEDES PIRES, Carlos Rogério. Povos indígenas, Patrimônio Cultural Imaterial e Politica do reconhecimento. In: ROSADO, R. M; FAGUNDES, L. F. C (Org.). ***Presença Indígena na Cidade Thuiawuré Ymã Mág Tetã***.: reflexões, ações e políticas. Porto Alegre: Gráfica Hartmann, 2013. p. 176-193.

> através de escolhas informadas, [...]. Kymlicka sustenta que a atribuição de direitos diferenciais a determinados grupos sociais não implica necessariamente na revogação da neutralidade liberal em relação às concepções conflitantes de vida boa. Em verdade, a pertença a um determinado contexto cultural pode ser assimilada a um bem primário (primary goods), um desses recursos dos quais podemos dizer que todos necessitam, qualquer que seja a sua concepção particular do bem (WEINSTOCK, 2002). (GUEDES PIRES p. 181)

Essa análise de Guedes Pires nos estimula a pensar sobre quais seriam os recursos fundamentais, nos termos da promoção da maior cooperação social, que são emanados do devido reconhecimento dos direitos das comunidades quilombolas e de que toda a sociedade se beneficia.

Tendo como pano de fundo os desafios enfrentados no reconhecimento de uma sociedade pluriétnica, por certo, também importa ter em mente que o contexto do reconhecimento desses direitos implica em nos apropriarmos dessa visão mais abrangente que pensa no valor das formas societárias capazes de fortalecer o conjunto social.

Em que pese se possa avançar mais nesse debate,[33] ao já historiarmos e contarmos com tais elementos analíticos da filosofia do direito e da sociologia jurídica do Estado de Direito, pode-se consolidar o entendimento de que a própria busca por reconhecimento jurídico compõe o pilar do respeito social que garante e que permite o reconhecimento dos direitos socioculturais.

O marco constitucional, que assegura o reconhecimento do pertencimento cultural, é avaliado por Duprat (2007),[34] nos seguintes termos:

> Já agora, passados quase vinte anos da promulgação da constituição de 1988, não se coloca mais em dúvida que o Estado Nacional é pluriétnico e multicultural, e que todo o direito, em sua elaboração e aplicação, tem esse marco como referência inafastável. (p. 9).

Igualmente Hessel (2004),[35] ao fazer referência a inserção do art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, observa os novos parâmetros de valorização do reconhecimento da dimensão pluriétnica e condizentes à efetivação dos princípios fundamentais de cidadania e dignidade da pessoa humana:

> Na atualidade, observa-se um crescente interesse da comunidade acadêmica, dos diversos órgãos estatais e da sociedade em geral no debate acerca dos diferentes aspectos relativos à identidade dos segmentos

33 Ver CHAGAS, Míriam. A política do reconhecimento dos "remanescentes das comunidades dos quilombos". ***Horizontes Antropológicos***, Porto Alegre, ano 7, n. 15, p. 209-235, jul. 2001.
34 DUPRAT DE BRITO PEREIRA, Deborah Macedo. ***Pareceres jurídicos:*** direito dos povos e das comunidades tradicionais. Manaus: UEA, 2007
35 HESSEL, Carmem Elisa. Prefácio In: GOMES DOS ANJOS, José Carlos; BAPTISTA DA SILVA, Sérgio (Org.). ***São Miguel e Rincão dos Martiminianos***. Ancestralidade Negra e Direitos Territoriais. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2014.

> formadores da nação brasileira, bem como na compreensão de sua dimensão pluriétnica e multicultural. Sobretudo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, pela qual, rompendo-se com a visão etnocêntrica e assimilacionista até então vigente, estabeleceram novos parâmetros jurídicos ao tema, direcionados ao respeito e à valorização da diversidade. Em consequência, grupos sociais participantes do processo de formação nacional, como comunidades negras e indígenas, passaram à categoria de sujeitos de direitos relativos à identidade étnica, de natureza transindividual, a serem protegidos e garantidos pelo Estado. (HESSEL, 2004, p. 7).

Deborah Duprat (2002), igualmente, analisa esse patamar de direitos étnicos a que se refere a Constituição, sublinhando o exercício pleno dos direitos de identidade própria:[36]

> A Constituição de 1988 representa, assim, uma clivagem em relação a todo o sistema constitucional pretérito, ao reconhecer o Estado brasileiro como pluriétnico e multicultural, assegurando aos diversos grupos formadores dessa nacionalidade o exercício pleno de seus direitos de identidade própria. E, ao conferir aos remanescentes das comunidades de quilombos a propriedade das terras por eles ocupadas, faz isso à vista da circunstância de que os territórios físicos onde estão esses grupos constituem-se em espaços simbólicos de identidade, de produção e reprodução cultural, não sendo, portanto, algo exterior à identidade, mas sim a ela imanente. Se assim o é, trata-se, a toda evidência, de norma que veicula disposição típica de direito fundamental, por disponibilizar a esses grupos o direito à vida significativamente compartilhada, por permitir-lhes a eleição de seu próprio destino, por assegurar-lhes, ao fim e ao cabo, a liberdade, que lhes permite instaurar novos processos, escolhendo fins e elegendo os meios necessários para a sua realização, e não mais submetê-los a uma ordem pautada na homogeneidade, onde o específico de sua identidade se perdia na assimilação ao todo. É, ainda, o direito de igualdade que se materializa concretamente, assim configurada como igual direito de todos à afirmação e tutela de sua própria identidade. (DUPRAT, 2002, p.285).

Ainda, Duprat (2002) afasta qualquer tipo de imposição em relação aos "remanescentes das comunidades de quilombos" se fazerem representar a si próprios:

36 DUPRAT, Deborah. Algumas Breves Considerações sobre o Decreto 3912. In: O'DWER, Eliane Cantarino. ***Quilombos:*** identidade étnica e territorialidade. Rio de Janeiro: FGV/ABA, 2002. p. 281-290.

> Neste sentido, nenhuma maioria, sequer por unanimidade, pode legitimamente decidir sobre a violação de um direito de uma minoria naquilo que diz respeito à sua própria identidade. Mais uma vez valendo-nos da lição de Ferrajoli (2011:90), à vista do princípio da igualdade que se realiza com respeito à diferença, 'nenhuma maioria pode decidir em matéria de direitos por conta dos demais, tanto mais quando a minoria tem interesses ligados à sua diferença'. (DUPRAT, 2002, p. 285-286).

A partir dessa análise, observa-se que pretender desconsiderar a própria autorrepresentação das comunidades quilombolas, na afirmação de sua especificidade cultural, coloca-se na contramão do reconhecimento das identidades etnicamente diferenciadas, bem como da própria efetivação de seus direitos.

Nesse horizonte dos fundamentos da sociedade pluriétnica, que asseguram proteção jurídica aos modos de vida específicos, Cureau (2003)[37] refere que a Constituição de 1988 protegeu os bens integrantes do patrimônio cultural não porque seriam portadores de beleza artística, arquitetônica ou paisagística, mas por serem detentores de "referência à identidade, à ação, à memória" dos grupos que formaram a sociedade brasileira. Segundo afirma, o interesse artístico pode estar presente, mas não é ele que dita a necessidade de proteção especial, já que tais bens não constituem o fim da ação de tutela do patrimônio cultural, mas o pressuposto dessa ação.

Ainda, Cureau, citando Paul Ricoeur, observa que a proteção ao patrimônio cultural é meio de se expressar um dever de memória:

> Diz a Constituição Federal que os bens culturais são portadores de referência à memória. Isso significa que eles expressam um "dever de memória", que é, "essencialmente, a obrigação de transmitir, de ensinar, de contar à geração seguinte, de tal sorte que a história continue sob o signo da instrução", no dizer de Paul Ricoeur. (CUREAU, 2003, p. 191)

A referida autora prossegue realçando a importância de que o reconhecimento atente para o valor de uma trajetória histórica formadora da própria identidade:

> Também são portadores de referência à identidade, conforme a Carta vigente. A identidade é dinâmica. É um processo, um movimento. Segundo Daniel Sibony, ao dizer "eis minha identidade", estamos dizendo "eis minha trajetória, que será minha identidade, mais tarde, quando eu passar o bastão aos que me seguirem". (CUREAU, 2003, p. 191)

37 CUREAU, Sandra. Algumas notas sobre a proteção do patrimônio cultural. *Boletim Científico da ESMPU*, Brasília, ano II, n. 9, p. 189-195, out./dez. 2003.

Mediante tais visões de proteção jurídica, tem sido possível interpretar e assegurar os sentidos de formação identitária das comunidades quilombolas e que passam por essa transmissão de uma memória coletiva e social.

Nesta direção, Silveira (2013)[38] sustenta em relação ao assunto:

> Quando pensamos em patrimônio cultural, logo pensamos em quadros, museus, estátuas e nos mobilizamos rapidamente, nos horrorizamos e no que nos cabe defendemos a sua proteção. Entretanto há uma expressão, há um monumento que expressa a cultura do País, que está posto no jeito de organizar a vida, no jeito de partilhar e organizar atividades econômicas, de viver comunitariamente a propriedade. Isso vale para índios e vale para quilombos. É por isso que com muita felicidade, Des. Paulo, o Min. Ayres Britto ao julgar a Raposa Serra do Sol disse naquela assentada que a terra é para os índios, e eu diria a terra é para os quilombos, para os descendentes quilombolas, ela é um totem horizontal, ela é essencial para que continuem existindo enquanto expressão da nacionalidade. E, portanto, é disso que se trata quando se pensa os artigos 215 e 216, quando se afirma ou não a constitucionalidade do Decreto nº 4.887. Portanto não há nenhuma novidade nessa prática do Decreto nº 4.887, ele é sim a forma como o poder público, o Estado organizou a tarefa, o dever que a Constituição lhe impôs de identificar e titular as terras dos descendentes de quilombos.

Sobretudo, observa-se que, para alcançar a efetividade no empenho da regularização das terras de quilombos, é necessário que a sociedade possa perceber, que ao incorporar e ao reconhecer essa herança cultural, está agregando um valor de convivência humana, uma vez que o modo de inclusão comunitária, experimentada nas terras de quilombos, mostra-nos que a reprodução dessas formas de existência oferecem respostas altamente satisfatórias sobre a necessidade humana de se relacionar e cooperar socialmente.

Essa compreensão e reconhecimento de uma dinâmica identitária representa o cerne da política contemporânea da dignidade do cidadão e que torna fundamental que grupos sociais sejam considerados dignos de respeito em seus próprios termos de autorrepresentação. Ao contrário, se, no espaço democrático do respeito social, as comunidades quilombolas não venham a ser assim consideradas, há como consequência negativa a própria obstrução do exercício da sua cidadania.

Dessa maneira, a preocupação é de que possamos garantir a compreensão do valor inestimável de novos e adequados padrões de representação, de interpretação e de transmissão de conhecimentos que realmente nos tornem capazes de reconhecer tais direitos territoriais. Essa pertinente atenção, a um só tempo, dá conta de valorizar a base de con-

38

vivência comunitária quilombola, bem como propiciar, com isso, o próprio incremento do fundamental espaço de respeito social de que necessita toda sociedade empenhada em concretizar os valores democráticos.

b. Identidade e territorialidade: a contribuição de estudos antropológicos

O novo vocabulário estabelecido no texto constitucional relativo aos direitos étnicos e culturais passou a requerer a contribuição antropológica, inclusive na tarefa de tradução e visualização das razões e aspectos que afetam os direitos socioculturais. Sabemos que, na visão antropológica, os significados e o que representam não se oferecem por meio da apresentação de respostas antecipadas ou imediatas. A preocupação é com a descrição densa das situações em que esses significados são produzidos, até mesmo categorialmente, e que permitem transportar aos marcos de entendimento discursivo uma imagem daquilo que o "outro" incorpora como valor.[39]

Nesse aspecto, Bandeira (1988)[40] salienta que até a Constituição de 1988 nenhum dispositivo legal havia forjado o acesso à terra aos negros no Brasil. A Lei de Terras de 1850 é conhecida como viabilização de uma apropriação fundiária que visava fundamentalmente dar suporte a projetos baseados na entrada de imigrantes europeus no país. Nesse sentido, Bandeira refere ao "embranquecimento" do território colonial:

O negro e o índio são 'os outros' na terra branca devoluta do Estado.

> [...] Aos negros, porém, o Estado não assegura direito à territorialidade enquanto negros. O acesso ao espaço é mediado pelo branqueamento social. (BANDEIRA, 1988, p. 23)

Nessa pesquisa, realizada no oeste do estado de Mato Grosso (Vila Bela), a autora considera que a busca por liberdade e a existência coletiva livre identificou os negros na resistência à escravidão. No seu caso de estudo, essa busca e existência definiu uma identidade étnica dos pretos em relação aos brancos (BANDEIRA, 1988, p. 33). A autora também relacionou que, anteriormente a seu estudo, uma série de outros estudos já tinham sido realizados com comunidades negras rurais.[41] Esses estudos mostraram que em todos eles o dado empírico que vinha à tona era que a identidade étnica do negro brasileiro se relacionava sobremaneira à base geográfica. Ela diz o seguinte:

39 Ver AUGÉ, Marc. ***O sentido dos Outros***. Petrópolis: Vozes, 1999.
40 BANDEIRA, Maria de Lurdes. ***Território Negro em espaço Branco***. São Paulo: Ed. Brasiliense, 1988.
41 Comunidades do Cedro (BAIOCCHI, 1983), em Goiás; Ivaporunduva (QUEIROZ, 1983), em São Paulo; Castainho (MONTEIRO, 1985), em Pernambuco; Campinho da Independência (GUSMÃO, 1979), no Rio de Janeiro; e Bom Jesus (SOARES, 1981), no Pará.

> A territorialidade, como entidade geográfica historicamente associada por negros e brancos à identidade de grupos negros no Brasil, é uma novidade e uma especificidade das comunidades rurais de negros. A territorialidade negra, inequívoca aos negros e aos brancos, configura uma situação específica de alteridade, de cujo prisma refratam alguns aspectos encobertos das relações raciais. [...] A posse da terra, independente das suas origens patrimoniais, se efetiva pelas comunidades enquanto sujeito coletivo, configurando um grupo étnico. A apropriação coletiva é feita por negros organizados etnicamente, como sujeito social. (BANDEIRA, 1988, p. 22).

Tanto os estudos de Maria de Lourdes Bandeira (1988) como os de Ilka Boaventura Leite (1991) salientam como podemos entender antropologicamente a concepção de território dessas comunidades. Segundo tal perspectiva, o mérito de eleger a categoria território como conceito que mereça destaque está na sua condição de referencial analítico que rompe com o viés de invisibilidade dos direitos territoriais comunitários, pois o antigo viés reiteradamente não levou em conta o que as inscrições territoriais, geográficas e simbólicas podem estar indicando enquanto entradas privilegiadas ao estudo da produção social do espaço e sua relação com a formação das identidades sociais.

Igualmente, Alfredo Wagner de Almeida (1995),[42] ao realizar um mapeamento de terras em conflito no Norte do Brasil, apresenta um mapa temático com certas categorias que emergiram de sua análise, como as terras de preto, de santo, de índio, da igreja, entre outras. Para o autor, essas terras recebem a seguinte definição:

> Tal denominação compreende aqueles domínios doados, entregues ou adquiridos, com ou sem formalização jurídica, por famílias de ex-escravos. Abarca também concessões feitas pelo Estado a tais famílias, mediante a prestação de serviços guerreiros. Os descendentes destas famílias permanecem nestas terras há várias gerações sem proceder o formal de partilha, sem desmembrá-las e sem delas se apoderarem individualmente. (ALMEIDA, 1995, p. 213)

Essa definição, fundamentada principalmente em sistemas de uso comum da terra, realça como tal uso foi considerado por algumas análises, de caráter economicista, como fadado ao desaparecimento no interior da expansão do capitalismo no campo. Contudo, segundo Almeida (1995), as fronteiras instituídas pelo ordenamento estatal, sob o estatuto classificatório de região, não coincidem necessariamente com o traçado dessas fronteiras étnicas constituidoras de apropriações territoriais distintas:

42 ALMEIDA, Alfredo Wagner. *Carajás*: a guerra dos mapas. Belém: Seminário Consulta, 1995.

> Pode-se dizer nesse sentido, que é colidente e externa aos segmentos camponeses e aos povos indígenas, cuja existência coletiva configura territórios específicos (terras de uso comum, terras indígenas, "posses itinerantes", terras apropriadas em caráter contingencial ou permanente por grupos domésticos que exercem formas de cooperação simples), resultados de práticas de afirmação étnica e política. Há, pois, uma contradição básica entre região instituída e a constituição desses referidos territórios. (ALMEIDA, 1995, p. 35)

Nesse sentido, o autor cunha a expressão "guerra dos mapas", nos termos das fronteiras instituídas do ponto de vista estatal ao qual contrapõem-se práticas de afirmações étnicas. Para Almeida, as representações cartográficas sugerem, então, o controle territorial em tensão continuada ou mesmo beligerante com as formas de ocupação tradicionais. No interior dessa "guerra dos mapas" estariam também em cena inúmeras comunidades tradicionais que construíram nessas áreas suas territorialidades históricas.

Para Carvalho (1996)[43], há uma deliberada ausência de uma representação geográfica oficial que seja relativa à territorialidade negra. Neste sentido, o autor coloca que a geografia das comunidades negras tradicionais brasileiras demanda uma visibilidade cartográfica etno-histórica reveladora da densidade histórica que comporta sua ocupação territorial:

> A questão importante aqui, é ressaltar a profundidade das conexões históricas entre comunidades negras do Novo Mundo, as quais conformam um enorme texto cultural (mítico, lingüístico poético e musical) que correu paralelamente e em diagonal aos assim chamados movimentos civilizatórios oriundos da Europa, os quais são celebrados, diariamente nas escolas como se fossem parcela majoritária e praticamente exclusiva da formação de nossas populações. (CARVALHO, 1996, p. 34)

Assim, desde as primeiras abordagens antropológicas sobre o tema das terras dos quilombos, percebe-se a preocupação em afastar e dissolver estereótipos que desenham uma imagem cristalizada sobre a territorialidade quilombola, bem como sobre a invisibilidade jurídica dessa territorialidade.[44]

Uma coletânea de artigos dirigiu-se a elaborar uma atualização sobre a realidade socio-histórica dos quilombos, afastando óticas muito arraigadas no campo do direito, da historiografia tradicional e meios de comunicação. Assim, o debate constante da apresentação de uma publicação da Associação Brasileira de Antropologia faz referência a um documento redigido por ocasião de um Seminário das Comunidades Remanescentes de

43 CARVALHO, J. J.; DORIA, S. Z.; OLIVEIRA JR, A. N. (Org.). *O Quilombo do Rio das Rãs*. Histórias, tradições, lutas. Salvador: Editora da Universidade Federal da Bahia, 1996.

44 CHAGAS, Míriam de Fátima. Da invisibilidade jurídica aos direitos de coletividades: Fazer antropológico em terra de quilombos. In: ZHOURI, Andréa (Org.). *Desenvolvimento, reconhecimento de direitos e conflitos territoriais*. Brasília-DF: ABA, 2012, p. 255-297.

Quilombos, realizado em Brasília em outubro de 1994, que tratava da abrangência do significado do termo sob a seguinte perspectiva:

> Um exemplo disso é o termo "remanescente de quilombo", instituído pela Constituição de 1988, que vem sendo utilizado pelos grupos para designar um legado, uma herança cultural e material que lhes confere referência presencial no sentimento de ser e pertencer a um lugar e a um grupo específico. Contemporaneamente, portanto, o termo Quilombo não refere a resíduos ou resquícios arqueológicos de ocupação temporal ou de comprovação biológica. Também não se trata de grupos isolados ou de uma população estritamente homogênea. Da mesma forma nem sempre foram constituídos a partir de movimentos insurrecionais ou rebelados mas, sobretudo, consistem em grupos que desenvolveram práticas cotidianas de resistência na manutenção e reprodução de seus modos de vida característicos e na consolidação de um território próprio. A identidade desses grupos não se define pelo tamanho e número de seus membros, mas pela experiência vivida e as versões compartilhadas de sua trajetória comum e da continuidade enquanto grupo. Neste sentido constituem grupos étnicos conceitualmente definidos pela antropologia como um tipo organizacional que confere pertencimento através de normas e meios empregados para indicar afiliação ou exclusão. (O'DWYER, 1995, p. 2).[45]

As pesquisas antropológicas seguiram traduzindo para os universos textuais de referência formal que os quilombolas, mesmo com passado histórico, em que se marcava a ferro e a fogo o corpo do escravo, conseguiram reproduzir o quilombo para além do afã de tentarem reduzi-lo ao enquadramento criminal.

Nessa nova leitura, a experiência do quilombo, sob a visão de uma organização comunitária voltada à inclusão, é resultante de uma resposta do direito local dos próprios quilombolas no cumprimento de exigências de convívio comunitário para criar um local de trabalho, de sociabilidade e de religiosidade para qualquer pessoa com desejo de se responsabilizar pelo uso da liberdade nele conquistada.

Nesse parâmetro de conhecimento, as terras de quilombos estão relacionadas a uma imagem muito distinta do sentido impingido pelo que fora a repressão imposta pelo regime de exploração do trabalho escravo. Em que pese essa realidade ter perdurado, a capacidade de as pessoas se reunirem nessas terras também permaneceu, de modo que, hoje, podemos compreender os intensos significados que entre as comunidades assumiu a sua luta por liberdade.

45 O'DWYER, Eliane Cantarino. ***Boletim da ABA - Terras de Quilombos***. Rio de Janeiro: ABA-UFRJ, 1995.

Evidente, é essa luta que a Constituição reconhece, tanto que no art. 68 a titularidade é destacada no plural, enquanto "remanescentes das comunidades de quilombos", representando socialmente a memória social de uma história coletiva que é propositiva por fazer valer disposições humanitárias gestadas em comunidade, o que também constituiu a base de uma territorialidade etnicamente diferenciada.

Assim, para atualmente detalharmos os elementos de constituição de um espaço territorial comunitário, precisamos analisar os nexos sociais que o sustentam enquanto um território de pertencimento que seja capaz de promover a reprodução física e cultural. Segundo Leite (1990),[46] para entendermos essa reprodução precisamos detalhar as seguintes dimensões de pertencimento:

> A terra sugere uma base física, o lugar sobre o qual a existência do grupo torna-se possível, seja para residir, encontrar, produzir ou permanecer por algum tempo. Local onde podem ocorrer vários tipos de inserção. O território inscreve limites, indica a presença de fronteira concreta, simbólica ou ambas. Torna visível o grupo na dimensão espaço/tempo. Indica a unidade na diversidade. E territorialidade pode ser vista como uma relação, um jogo, um tipo de experiência que constrói a subjetividade, porque baseada numa linguagem, num tipo de vivência coletiva que constrói um ou vários tipos de poder. Sua possibilidade de concretização plena se dá através da ação, de dimensão quase sempre política. (LEITE, 1990, p. 9)

Ainda, nessa direção de aproximação do significado desse pertencimento, auxilia-nos também mais uma caracterização de Leite (1991)[47] sobre a constituição de um território negro:

> Um espaço demarcado por limites, reconhecido por todos que a ele pertencem, pela coletividade que o conforma. Um tipo de identidade social, construído contextualmente e referenciado por uma situação de **igualdade na alteridade**. O território seria, portanto, uma das dimensões das relações interétnicas, uma referência do processo de identificação coletiva. Imprescindível e crucial para a própria existência do social. (LEITE, 1991, p. 40-41, grifo original)

Como forma de fortalecer tal entendimento, trazemos a visão de Alfredo Wagner de Almeida (1987/1988)[48] que, em artigo seminal, discorre sobre o que caracteriza o sistema de posse comunal:

---

46 LEITE, Ilka Boaventura. Terra, território e territorialidade: três dimensões necessárias ao entendimento da cidadania do negro no Brasil. *Seminário América 500 anos de dominação*. Florianópolis, UFSC, 1990.
47 LEITE, Ilka Boaventura. Território negro em área rural ou urbana – algumas questões. *Textos e debates. Terras e Territórios de Negros no Brasil*, Florianópolis, Nuer-UFSC, Ano 1, n. 2, 1991, p. 39-46.
48 ALMEIDA, Alfredo Wagner. Terras de Preto, Terras de Santo e Terras de Índio: posse comunal e conflito. *Humanidades*, Brasília, UNB, Ano 6, n. 15, p. 42-48, 1987/1988.

> Fatores étnicos, a lógica da endogamia e do casamento preferencial, as regras de sucessão e demais disposições, que porventura reforcem a indivisibilidade do patrimônio daquelas unidades sociais, representam um obstáculo a que a terra seja livremente colocada no mercado. (p. 43).

No corroborar dessa visão, Leite e Mombelli (2005) realçam a seguinte compreensão:

> É importante nessa etapa distinguir de modo inequívoco, **terra** e **território**. Quando nós, antropólogos, falamos em território, estamos fazendo referência a um espaço vivido e de amplas significações para a existência e sustentabilidade de um grupo de parentes próximos e distantes que se reconhecem como um todo por terem vivido ali por várias gerações e por terem feito deste espaço um lugar com um nome, com uma forte referência no imaginário do grupo, compondo as noções de pertencimento e de auto-adscrição. Trata-se, portanto, de um espaço conquistado pela permanência, pela convivência e que vem sendo identificado por todos como seu, ou seja, pelos de dentro e também pelos de fora, de tal modo que o próprio sujeito só se reconhece através da projeção nesse espaço – lugar marcado e demarcado, domesticado pela nomeação e pelo amplo reconhecimento - ganha a importância de uma tradicionalidade ao servir de suporte para a existência de um grupo de pessoas aparentadas pela afinidade e consanguinidade ou até mesmo por afiliação cosmológica. Ambos, terra e território, podem também ter sido perdidos, em contextos de expropriação, situações de esbulho, desapropriações e outros casos. (LEITE; MOMBELLI, 2005, p. 52, grifo original)[49].

A importância dessa qualidade de relação territorial evidencia-se por meio da preocupação existente entre os comunitários quilombolas para que esse modo de ligação e ocupação venha a ser transmitido aos seus descendentes de geração a geração.

Nesse sentido, para coletividades quilombolas a relação com sua história territorial se dá enquanto um território social que nutre uma identidade cultural que fortalece a vida em comunidade. Essa identidade como comunidade quilombola interliga-se à história das terras e das memórias coletivas sobre "o tempo dos escravos". Tal sentido de reprodução comunitária é exposto em estudo antropológico[50] que realça a resistência que representa essa territorialidade:

---

49 LEITE, Ilka Boaventura; MOMBELI Raquel. As perícias antropológicas realizadas pelo NUER e as lutas por reconhecimento e titulação das Terras de Quilombos. *Boletim Informativo do NUER - Territórios quilombolas, Reconhecimento e Titulação de Terras*, Florianópolis, v. 2, n. 2, p. 45-58, 2005.

50 FERNANDES, Ricardo; BRUSTOLIN, Cíndia; TEIXEIRA, Luana. Relatórios Antropológicos – São Roque. *Boletim Informativo Nuer*, Núcleo de Estudos sobre Identidade e Relações Interétnicas, Nuer, UFSC, Florianópolis, v. 3, n. 3, p. 131-185, 2006.

> A forma como estes e outros entrevistados descrevem e analisam sua própria inserção social e histórica, articulando aspectos pontuais com abordagens genéricas sobre o 'tempo dos escravos', revela que a identidade local está assentada em uma forte dimensão comunitária. Ou seja, o reconhecimento da relação de continuidade entre o tempo dos escravos' e o tempo presente é derivado da experiência comunitária construída ao longo do tempo. Trata-se, como veremos no decorrer deste capítulo, de uma experiência que, em todos os tempos, apresenta uma dimensão territorial fundamental. Afinal, a comunidade São Roque construiu ao longo dos últimos cento e cinquenta anos seu território de liberdade e sobre ele organizou um modo de vida próprio e suas estratégias de reprodução cultural. (FERNANDES; BRUSTOLIN; TEIXEIRA, 2006, p .156)

Ainda, esse estudo antropológico sublinha essa específica ocupação comunitária mediante o que corresponde aos padrões de descendência e de residência, assim caracterizados:

> A análise, em São Roque, do regime de trocas matrimoniais e dos padrões de descendência e residência entre os escravos e seus descendentes, em São Roque, revela que o sistema de parentesco é constitutivo de uma noção específica de comunidade. Isto é, a comunidade de São Roque é estabelecida, em grande medida, pelo alcance do sistema de parentesco. Como vimos, as principais características deste sistema são: 1) endogamia local, com incorporação de afins (assinaturas) 'de fora'; 2) descendência familiar englobada por foco no tempo dos escravos; 3) residência com predomínio de famílias extensas sobre sistema de grotas [...]. (FERNANDES; BRUSTOLIN; TEIXEIRA, 2006, p. 162).

Esse relatório, da Comunidade São Roque-RS, ainda deixou explícito como a forma de ocupação comunitária esteve longe de corresponder à lógica de apropriação documental: sendo que os comunitários sofreram muitos anos com a supervalorização de uma lógica cartorial e que relutava, ou mesmo se opunha em fazer valer os direitos de ocupação tradicional:

> É preciso entender que a terra para esses descendentes de escravos não representava, e não representa, uma forma de apropriação privada como hoje compreendida pelo direito civil brasileiro. Como descrito no sistema de grotas, os moradores se "governavam" dentro de uma vasta área de terras em que figurava a possibilidade de se mover no território. O pertencimento a determinada família garantia a reconstrução da casa e a

> utilização das áreas para plantio dentro da grota. (FERNANDES; BRUSTOLIN; TEIXEIRA, 2006, p. 172).

Sobre essa forma de relação e pertencimento territorial, lê-se no Relatório Antropológico de São Roque/RS:

> O ser "filho de Pedra Branca" pressupõe não apenas ter nascido, morado no local ou ser parente, mas ter a comunidade e o espaço físico como lugar de pertencimento. Isto é, não estar apenas na condição de explorador como é o caso dos "de fora" que não se inserem no sistema de trocas, pelo contrário, privilegiam a exploração dos recursos naturais e humanos ali existentes. (FERNANDES; BRUSTOLIN; TEIXEIRA, 2006, p. 136).

De modo abrangente, pelo que descrevem estudos antropológicos, as terras de quilombos remetem a um lugar de referência de vida organizada para o sustento do grupo comunitário, onde tem direito sobre a terra quem zela por ela, usando-a coletivamente no trabalho cotidiano para que esta seja transmitida às futuras gerações.

A amplitude dessa visão nos mostra uma concepção de territorialidade que ancora características de reciprocidade, com trocas que se estabelecem numa configuração socioterritorial que não toma a terra como mero alvo de extração predatória de matérias-primas, mas, ao contrário, resguarda-a, protegendo-a sob um modo de vida.

Nesse aspecto, Mello (2012)[51] vai ao encontro da percepção de uma ética territorial destas comunidades, que reivindicam seus direitos quilombolas, na medida em que ele salienta a dimensão constitutiva de uma territorialidade que representa formas alternativas de gestão do espaço e da vida. Em seu estudo, Mello trata as narrativas comunitárias, conferindo a elas especial relevo no registro dessa memória histórica reveladora do que foi silenciado sobre:

> O desfrute do corpo da escrava, a ameaça de morte do homem negro, os castigos, as reprimendas e os açoitamentos, os bailes divididos por cordas e aqueles reprimidos, as vacinas, as repressões, as práticas discriminatórias, os estigmas associados à cor, as crias colocadas para trabalhar, as privações, as humilhações, a marginalização. (MELLO, 2012, p. 235)

O autor, ainda, situa o contraste dessa narrativa histórica, advinda de memória, com o esforço deliberado de reprimi-la, nos seguintes termos:

> A nação brasileira, em sua versão liberal, foi imaginada com **esquecimento voluntariamente provocado** pela destruição de arquivos que con-

51 MELLO, Marcelo Moura. *Reminiscências dos Quilombos*: território da memória em uma comunidade negra rural. São Paulo: Terceiro Nome, 2012. 267 p.

> tivessem registros sobre a escravidão. O que sobrevive não é o conjunto daquilo que existiu no passado, mas uma escolha efetuada pelas forças operantes no desenvolvimento temporal do mundo e da humanidade, seja pelos indivíduos dedicados à ciência do passado e da passagem do tempo:os historiadores. Sobre a queima de documentos decretada por Rui Barbosa, Cunha comenta: 'O mito da perda e da impossibilidade da história nacional seria, a partir de então, constantemente realimentado. A imagem trágica do fogo que apagara o passado transformara-se, ao mesmo tempo, em uma narrativa de salvação e redenção, ao projetar a nação do futuro. Haveria de se reescrever a história não só a partir da imaginação, mas, sobretudo, de um necessário esquecimento. [...].'(MELLO, 2012, p. 234, grifo original)

Neste ponto, de um descortinamento do que ficou velado, Mello considera as narrativas acerca da constituição territorial da comunidade estudada de modo a apontar para a existência dos territórios da memória, que expressam a centralidade do "papel assumido pela memória na dinâmica identitária", bem como são capazes de expressar e traduzir as marcas deixadas pela escravidão (p. 156).

Assim, para se chegar na abordagem dessa territorialidade específica, que se interliga a uma trajetória histórica, é necessário compor a escuta sobre essas narrativas dolorosas e se abrir ao estudo de outros lócus de apreensão das relações territoriais, como os domínios da religiosidade e do sobrenatural (SALAINI, 2012).[52]

Nesse aspecto, de tradução do pertencimento territorial, a obra de Barcellos (2004)[53] é emblemática. Esse estudo abordou intensas relações da vida comunitária que articulam os domínios do parentesco, da ritualidade religiosa (Festa do Maçambique/Nossa Senhora do Rosário), sob um território ocupado historicamente, no litoral norte do Rio Grande do Sul. A relação das pessoas com seu pertencimento territorial torna-se fundamental por interligar uma gama de aspectos e valores que compõem sua organização social e que referem a convivência do grupo, conformando-se como um espaço social de constituição e formação de identidade. Barcellos faz a seguinte observação em relação ao que caracteriza o território como elemento de identidade étnica:

> Eles caracterizam-se mais por fluxos e comunicações interterritoriais e sempre que as perdas de terras cria barreiras ao trânsito entre segmentos comunitários, o grupo étnico sente-se privado de seus meios de existência. Assim, o território é o que fornece a um tempo elementos de uma identidade étnica e condições de reprodução. Em Morro Alto a proprieda-

52 SALAINI, Cristian Jobi. ***A Janela do Relatório:*** variabilidade, criatividade e reconhecimento social em contextos de perícia antropológica. Tese (Doutorado em Antropologia Social) – Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012.

53 BARCELLOS, Daisy Macedo de. et. al. ***Comunidade Negra de Morro Alto***. Historicidade, Identidade e Territorialidade. Porto Alegre: Editora da UFRGS/Fundação Cultural Palmares, 2004.

> de legal da terra é decisiva para a continuação de sua presença culturalmente específica cuja riqueza deve ser garantida como patrimônio cultural. (BARCELLOS, 2004, p. 414)

Na leitura dessa pesquisa, vê-se a especificidade de uma relação de reverência à terra fundamentada no respeito ao "chão das casas", onde estão enterrados os ancestrais, sendo eles consagrados em memória e respeito a eles. Nessa inter-relação, na qual assume importância voltar para "morrer na terra", os vínculos territoriais e sociais emergem com um significado e um valor de compartilhamento recíproco, também sob a máxima: "a gente come da terra e a terra come a gente".

Assim, como o significado da terra-corpo, as paisagens e topografias envolvem uma história comunitária das terras que nesses suportes são passíveis de registro e que seguem permeando as suas referências de vida. Ao encontro desses suportes, o estudo de Barcellos destaca as narrativas comunitárias como sendo reveladoras da verdade histórica dessas terras:

> Depois de entrar em contato com essas narrativas compreende-se porque para a comunidade a sua "verdadeira história" não está contada, pois ela, sua história viva na memória, não dissocia de suas lembranças o sofrimento e a "crueldade que ficou de fora" da narrativa oficial sobre a apropriação de suas terras. O sentido profundo, social, moral e histórico, que essas narrativas assumem, nos alerta que a sua memória histórica, vista sob seus olhos, aprofunda este dilema como sendo muito mais que uma negação estrita do acesso à terra, mas que encontra sua significação na impossibilidade mesma de manter sua condição de existência. O sentido compartilhado que é dado a esta experiência, produtora de referências de identidade social, expressa-se na sua dor devido ao preconceito, no desapontamento de não se verem incluídos na história nacional, do Rio Grande do Sul, ao mesmo tempo, não abdicam de sua própria historicidade, e encontram força nela para apontar caminhos do orgulhar-se de si mesmo. Historiar como eles viveram esse processo, a dimensão de resistência quilombola de suas referências identitárias, os leva a falar do sofrimento, do desvalor, do "não valer nada" aos olhos dos outros. (BARCELLOS et al., 2004, p. 370)

Ou seja, buscar entender essas relações territoriais exige também que se revele a "história de crueldade" incidente nessas terras, a ponto de elas serem referidas também como a "terra sofrida", significando que elas são concebidas como também incorporando substancialmente o próprio sentimento de sofrimento das comunidades. Por isso, em seu valor heurístico, a memória territorializada se constitui chave de leitura que interpreta

o sofrimento experimentado pelas comunidades quilombolas na sua luta em manter sua presença em espaços territoriais que lhes correspondem.

O aspecto significativo da elaboração desses estudos antropológicos consiste em que se possa visualizar que, apesar da incidência de um sistema desumano, foram os próprios oprimidos pela história colonial que ainda deram conta e procuraram estabelecer entre si convivência e relações cooperadas, organizando-se localmente entre seus próprios pares de reunião, e, com isso, transformando as terras de quilombos em um lugar de direitos instituídos pelo valor da sociabilidade grupal. Essa realidade permite constatar que, muito embora tantas vezes ignorados ou desprezados em seus direitos de cidadania, pelo lado da sua luta libertária as comunidades quilombolas não abriram mão de viver conforme disposições de humana civilidade de que sempre foram portadoras.

Tal aprofundamento da abordagem antropológica, além de habilitar leitura inédita das experiências socioterritoriais de comunidades quilombolas, que se uniram para praticar inclusão social, mostra-nos que o desafio de administração de justiça é valorizar esse conhecimento disponível sobre os modos de vida das comunidades quilombolas e sobre as reais necessidades em que vivem tais pessoas.

Na direção de mudar padrões de interpretação obsoletos, têm sido os estudos e as pesquisas aprofundadas responsáveis por novas abordagens que permitem uma aproximação com outras imagens das terras de quilombos. Tal trabalho emblemático de aproximação com a experiência histórica dos quilombolas resulta em descortinar os sentidos da realidade vivida ao longo de um processo mais amplo de uma luta por liberdade, inclusive das diferentes formas de buscá-la.

A tarefa de descrever como essas comunidades se constituíram mediante seus vínculos com a história quilombola envolve a explicitação de subsídios que acabam mostrando o quão é totalmente impróprio, também temerário, querer atualmente partir de sentidos dicionarizados, enviesados ou que pretendam fixar definição com base em requisitos de caracterização exclusiva ou mesmo que se queira impor datas, em uma linha de tempo, para que somente assim se possa configurar o sentido, o alcance e a dimensão de seus direitos territoriais.

Mesmo que diante de definições retrógradas não se possa ou não se tenha conseguido ocultar totalmente a expressão da história territorial quilombola, que, por vezes, chega a aparecer nas próprias entrelinhas do que se tentou invisibilizar, é importante afirmar que não se mostra adequado apenas recorrer ao que se tinha anteriormente registrado ou documentado em termos de uma história oficial ou cartorial, uma vez que hoje já conhecemos os tantos encobrimentos que elas produziram, inclusive por serem os próprios instrumentos que foram utilizados para ignorar os direitos das comunidades quilombolas. O desafio de transpô-las requer uma espécie de atividade à contraluz que permite apontar que faz parte do próprio processo ter que reconsiderar o que os registros passados intencionaram ocultar ou deixaram sombreado sobre a força da reunião quilombo-

la e como essa própria existência e resistência comunitária se configura como um documento a comprovar e mostrar os modos de ocupação das terras quilombolas.[54]

Nesse sentido, o esforço de trabalho, resultante de um novo paradigma de conhecimento e reconhecimento, também mostra o imprescindível papel das comunidades quilombolas na vida do país, inclusive, para que saibamos como a história de seu pertencimento territorial é capaz de ancorar experiências de sociabilidade humana decisivas à manutenção de todo um convívio social. Tornar exequível essa tarefa, conferida pelo texto constitucional, faz-nos entender que os sujeitos de direito, referidos como remanescentes dessas comunidades quilombolas, existem por essa reunião comunitária que passa a ser reconhecida e valorizada enquanto capacidade desses grupos de realizar sua reprodução física e cultural, ao mesmo tempo em que representam a civilidade de um modo de vida fundamental à intensidade e à dinâmica de cidadania de toda a sociedade abrangente.

c. Efeitos do trabalho interdisciplinar no combate ao desrespeito social

Maia (2015),[55] em sua reflexão sobre o papel da perícia antropológica, afirma o seu caráter de relevância e de sua aplicação no direito:

> Uma perícia antropológica se torna exigência quando os fatos sociais, por sua complexidade, para serem compreendidos requererem um conhecimento especializado do saber antropológico, em estudo que evidencie um fazer antropológico, relatado os achados de um modo que resulte a demonstração da reconstrução do mundo social do grupo pesquisado, na perspectiva do grupo, com registros de sua cosmovisão, suas crenças, seus costumes, seus hábitos, suas práticas, seus valores, sua interação com o meio ambiente, suas interações sociais recíprocas, suas ordens internas, a organização grupal, fatores que geram concepção de pertencimento, entre outros. (MAIA, 2015, p. 48).

O escopo da elaboração de estudos e laudos antropológicos tem recebido atenção no sentido de se constituírem como um trabalho de referência no que tange à defesa dos direitos socioculturais.[56]

Isso vale ao conjunto dos direitos das coletividades, sendo que tal valorização pode ser ilustrada, por exemplo, mediante Nota Técnica nº 07/2017, expedida pela 6ª Câmara de

54 ARRUTI, José Maurício. Por uma história à contraluz: as sombras historiográficas, as paisagens etnográficas e o mocambo. *Revista Palmares*, n. 1, 1996, p. 71-96.
55 MAIA, Luciano Mariz. O papel da perícia antropológica na afirmação dos direitos dos índios. In: OLIVEIRA, João Pacheco; MURA, Fábio; SILVA, Alexandra Barbosa. *Laudos antropológicos em perspectiva*. Brasília: ABA, 2015, p. 48-76.
56 Ver CASTILHO, Ela Wiecko V. de. A Atuação dos antropólogos no Ministério Público Federal. In: LEITE, Ilka Boaventura (Org.). *Laudos periciais antropológicos em debate*. Florianópolis: Nuer-ABA, 2005.

Coordenação e Revisão – Populações Indígenas e Comunidades Tradicionais/MPF[57] Essa Nota Técnica nº 07/2017 afirmou, no caso posto em exame, que "o estudo antropológico é fundamental para comprovação concreta do atendimento dos pressupostos constitucionais para se concluir se a área é (ou não) tradicionalmente ocupada", tal como preconizou o ministro Carlos Ayres de Britto, no voto condutor do ***leading*** case Raposa Serra do Sol (Pet. 3.338).

Relembra, ainda, a Nota Técnica nº 07/2017 que mais recentemente o E. Supremo Tribunal Federal, no bojo das ACOs nº 362 e 366, debruçou-se novamente sobre a questão, reafirmando que a metodologia de identificação da terra indígena é a propriamente antropológica, pela qual se demonstram concretamente os pressupostos constitucionais para concluir se a área é tradicionalmente ocupada pelos índios. Na oportunidade, ressaltou o ministro Roberto Barroso, em seu voto, que a teoria das capacidades institucionais impõe que o profissional do Direito se guie pela autocontenção, de modo que evite o avanço sobre análise de questões estritamente técnicas, cabendo a ele se limitar a garantir a observância do devido processo legal, pelo que foi acompa- nhado, nesse ponto, pelo ministro Ricardo Lewandowski, que ainda pontuou ser a Antropologia uma ciência: "É uma Ciência porque tem método próprio, um objeto específico e baseia suas conclusões em dados empíricos".

Igualmente, em relação à extensão e ao rigor de laudo antropológico,[58] realizado em um conjunto de oito comunidades quilombolas[59] no Vale da Ribeira/SP, Vieira (2000)[60] avalia sua importância em termos do esclarecimento expoente ofertado pelo citado estudo:

> Produzido com fim de constituir-se, notadamente, como documento apto a instruir membros do Ministério Público Federal com argumentos antropológicos necessários a permitir a atuação institucional em prol da defesa dos direitos das comunidades quilombolas, o que confere um predicado expoente ao presente trabalho é justamente o fato de ter alcançado trazer novas luzes para um tema eriçado de dificuldades indo por isso muito além de um estudo de caso, para constituir-se em tema de referência na matéria. (VIEIRA, 2000, p. 41)

O referido alcance dessas novas referências de pesquisa se insere nos avanços trazidos pelas pesquisas antropológicas, e que tanto auxiliam a elucidação de contextos sociais, até para se suplantar comentários arraigados no desconhecimento.

---

57 A referida Nota Técnica nº 07/2017 teve por objeto a análise da antijuridicidade da Portaria MJ nº 683/2017, que "tornou nula" a Portaria MJ nº 581, de 29 de maio de 2015, que reconheceu a tradicionalidade da Terra Indígena Jaraguá, localizada nos municípios de São Paulo e Osasco/SP. Confira a íntegra da Nota aqui: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/anexoMS23770.pdf>.

58 Tal estudo antropológico foi elaborado, à época, pela seguinte equipe de antropólogos: Adolfo Neves de Oliveira Junior, Deborah Stucchi, Miriam de Fátima Chagas e Sheila Brasileiro.

59 Comunidades Negras de Ivaporunduva, São Pedro. Pedro Cubas, Sapatu, Nhunguara, André Lopes, Maria Rosa e Pilões.

60 VIEIRA, Isabel Groba. Apresentação. In: ***Negros do Ribeira:*** reconhecimento étnico e conquista do território. 2. ed. São Paulo: ITESP Páginas & Letras – Editora Gráfica, 2000. (Cadernos do ITESP 3).

Vimos que, para reconhecer o digno valor da existência comunitária quilombola, precisou-se de uma aproximação ao fenômeno das terras de quilombos que nos liberasse não somente de uma linguagem e definições ultrapassadas, inclusive calcadas em um imaginário colonial persecutório, mas de como conseguir visualizá-la como representando uma diversidade cultural de espaços de inclusão comunitária. No considerar do pleno valor dessa existência social plural se viabiliza o próprio reconhecimento oficial das terras de quilombos, porém que depende da completa ruptura com um viés impróprio, que, de antemão, desqualifica os quilombolas e suas terras, como pessoas e lugares suspeitos (BRUSTOLIN, 2009).[61]

Em seu estudo inovador, Brustolin (2009) alerta sobre a permanente suspeita que incide nas identidades quilombolas como sendo um grande problema que impede que se consiga atingir os efeitos de regularização das terras quilombolas. Para a autora, tal expediente funciona como subterfúgio que oculta a desconsideração dos pleitos comunitários na medida em que os atrela e os empurra a terem que se justificar sob périplos de comprovações, a serem sempre reapresentadas. Tal estratagema, além de pretender protelar, desviando os requerimentos ao circuito de identificação de uma pretensa fraude, ainda mascara e impede que não se toque no ponto nevrálgico que envolve a injustiça social relativa à hierarquia da propriedade no país e de como essas terras são cobiçadas no mercado de exploração territorial.

Esses estudos advertem, para quem atua na defesa de direitos quilombolas, que se precisa estar muito atento para a recorrente utilização de subterfúgios que tentam esvaziar os direitos quilombolas. Assim, se, por um lado, a defesa desses direitos implica num movimento concreto de reconhecimento jurídico, visando garantir a existência física e cultural dos agrupamentos sociais quilombolas, por outro, o descrédito a eles lançado, na arena das disputas de direitos territoriais, tem sido um problema que dificulta sua aplicação.

Na prática, os reivindicantes dos direitos socioculturais enfrentam o risco de serem acusados ou serem tomados como bodes expiatórios de situações que geram controvérsias e conflitos de interesses, a fim de que sejam desmoralizados ou mesmo desmobilizados na assertividade que empregam para afirmar suas identidades sociais. O uso de palavras depreciativas, como a de pseudo-quilombola, encobre, de fato, uma defesa de interesses que ficam sem enunciação responsável, pois a intenção é transferir para as pessoas reivindicantes qualquer responsabilidade por sua realidade de exclusão.

Em tal intento, antes mesmo de se procurar compreender mais profundadamente o que essas pessoas estão apresentando como sendo seus direitos, associam-se imagens de falsidade e perigo visando minar de antemão a imagem dos sujeitos enquanto interlocutores legítimos.

---

61 BRUSTOLIN, Cíndia. ***Reconhecimento e desconsideração:*** a regularização fundiária dos territórios quilombolas sob suspeita. Tese (Doutorado em Sociologia) – Programa de Pós-Graduação em Sociologia, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2009.

Além disso, os questionamentos das expressões de autoatribuição da identidade quilombola, que emolduram rejeições e preconceitos infundados, implica tentar desconsiderar e destituir da comunidade sua própria identidade, ou seja, sua própria dignidade de ser. Dessa negação pode decorrer o esvaziamento ou a própria supressão da garantia democrática dos sujeitos serem vistos como dignos de respeito ao estarem reivindicando e se fazendo representar no espaço público.

Com o olhar acurado de pesquisas antropológicas, torna-se possível verificar, em diferentes contextos, como mecanismos negação ou invisibilização das expressões de pertencimento sociocultural vêm sendo utilizados como meio de impingir desrespeito e danos aos agrupamentos quilombolas que passam a ser obstruídos e impedidos no exercício de sua cidadania.

Nessa direção, também a referida persistência do antigo imaginário colonial e seus correlatos de desrespeito social têm sido confrontados por intermédio de adequadas leituras e interpretações que enfocam a promoção de direitos fundamentais, tornando possível o desvelamento de como se produzem efeitos deletérios ao se atingir um fundamento da identidade: o se sentir digno de respeito.

No combate de tais desqualificações nefastas se incrementam as reflexões e as ações institucionais que possam desenvolver compreensões necessárias que consigam romper com a recusa a se considerar a importância da participação das comunidades quilombolas nos espaços de representação social.

O fruto de debates e visões interdisciplinares revelou a necessária visão que incorpora as terras de quilombos como espaços de inclusão altamente decisivos para a reprodução societária do próprio país.

Como referiu Dallari (1994),[62] o diálogo começou a se consolidar no transcorrer da cooperação estabelecida entre as disciplinas acadêmicas, comunidades, movimentos e agentes institucionais.

Nesse diapasão, um dos avanços obtidos no plano jurídico é a visão exposta no Decreto nº 4.887/2003, em especial, quando nele são reconhecidos direitos aos remanescentes de quilombos em função da "opressão histórica sofrida".

No Voto da ministra do STF Rosa Weber (2015),[63] podemos ir ao encontro desse precioso entendimento:

> Na medida em que eficazes na concretização do direito fundamental que pretendem viabilizar, não podem ser tidos como inválidos perante a ordem constitucional os critérios para caracterização dos remanescentes das comunidades dos quilombos adotados no Decreto 4.887/2003, que refletem, inclusive, o estado da arte da antropologia contemporânea. (WEBER, 2015, p. 40)

62 DALLARI, Dalmo de Abreu. Argumento Antropológico e Linguagem jurídica. In: SILVA, Orlando Sampaio. et al. ***A Perícia Antropológica em Processos Judiciais***. Florianópolis: UFSC, 1994,p. 103-114.

63 Voto proferido em 25 de março de2015, a favor da constitucionalidade do Decreto nº 4.887/2003, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade do Decreto nº 4.887/2003, ADI 3239/1996.

Logo após a Constituição de 1988, vários teóricos do direito já começaram a se manifestar sobre essa dimensão interpretativa do art. 68. Silva (1996)[64] chegou a resgatar como o art. 68 esteve presente nacionalmente entres os debates constituintes. O autor remonta textualmente o contexto de ingresso desse artigo na Constituição brasileira, referindo que, ao longo dos debates constituintes, a questão das comunidades negras iniciou-se como parte das questões relacionadas ao capítulo da cultura, no entanto o regimento original foi modificado e as matérias atinentes passaram a ter a configuração de dispositivo transitório atípico. O autor aportou ao debate as seguintes considerações:

> O texto de um enunciado legal, é apenas parte da Norma Jurídica, que representa o resultado de uma atividade – a Hermenêutica Jurídica – que só é dada aos juristas executar com fidedignidade, sem qualquer tipo de pretensão ou vaidade jurídica. Se não fosse assim, qualquer professor de português, filólogo ou linguista poderia ser jurista, coisa que não ocorre. Não obstante, numa perspectiva aberta, que aliás adoto, devemos lançar mão sempre de contribuições profícuas, em um exercício interdisciplinar, de outros campos teóricos, como é o caso da antropologia, história, sociologia, ciência política, dentre outras. (SILVA, 1996, p. 25)

É nesse horizonte do diálogo interdisciplinar entre as lentes antropológicas e as jurídicas que equívocos também são dissipados, na busca por ultrapassar o que se mostra refratário à institucionalização de direitos constitucionais. Direitos estes que primam pela inclusão numa sociedade pluricultural, cuja premissa concerne à busca de visibilidade desses grupos sociais e de seu lugar no espaço de representação cidadã.

O texto constitucional vigente destaca essa importância da ocupação comunitária na garantia da própria reprodução física e cultural da comunidade. Quer dizer, a existência de comunidades quilombolas ao longo de muitos séculos, dentro de regimes de ocupação específicos, demandou que essas terras fossem objeto de regularização.

Contudo, a tarefa é difícil, pois se comunidades pudessem atender às exigências formais de comprovação de propriedade privada, não teria a própria Constituição previsto um dispositivo protetivo específico que contemplasse a situação de ocupação de comunidades remanescentes de quilombos. Tal previsão legal, inclusive, assenta-se justamente no reconhecimento de que essas comunidades, na maioria sem escolarização, estiveram historicamente alijadas dos recursos que dão acesso à linguagem jurídica cartorial.

De Certeau (2000)[65] refere a imposição da escrita em detrimento do sistema de sentido de expressão oral, esse último permanentemente descredibilizado e colocado como menor. Porém, a história e as formas de ocupação que encontramos entre as comunidades pesquisadas dependem do sistema de expressão oral para serem visualizadas, uma

64 SILVA, Dimas Salustiano da. Apontamentos para compreender a origem e propostas de regulamentação do Artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias de 1988. ***Boletim Informativo Nuer***, Núcleo de Estudos sobre Identidade e Relações Interétnicas, Florianópolis, v. 1, n. 1, p. 11-27, 1996.

65 DE CERTEAU, Michel. ***A escrita da história***. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1982.

vez que os relatos comunitários estão ancorados e encontram ressonância em uma tradição cultural específica. Desconsiderá-la por ser um registro que se constitui em outras bases, em outro sistema de sentido, seria negar e desacreditar o meio pelo qual esses relatos transmitem de geração a geração a interpretação dos acontecimentos e relações territoriais.

Como ficariam as comunidades se a história de suas terras fosse considerada unicamente pelos "registros" documentais oficiais? Ver como aceitável somente aquilo que está registrado no estrito âmbito do comprovável pela prova escrita pode impedir a efetivação dos direitos dessas comunidades.

Ademais, a memória coletiva existente nas comunidades fica disponível nas marcas históricas deixadas no território na medida em que, até mesmo, os nomes das comunidades são emblema de como essa história de expressão oral é fortemente territorializada. Ou seja, as lembranças dos antepassados e espaços de vivência emergem quando os membros da comunidade descrevem sua relação e vínculos com aquele espaço territorial. Considerar o que abarca essa visão é o que nos permite compreender com acuidade a reivindicação territorial dessas comunidades. A falta de registros escritos não deve se sobrepor aos sentidos de ocupação de uma comunidade que se sente pertencente ao seu lugar de vivência.

Um método de validação de uma reivindicação territorial que não leve em conta esse sentimento de pertencimento acaba por desautorizar tal meio de transmissão e registro dessa história territorial, registro esse diferenciado, mas não menos válido.

Portanto, os pleitos territoriais ligados às ocupações tradicionais dão visibilidade às concepções de direito que não descarnam as pessoas de sua história comunitária, mas que, no entrechoque com percepções de individualismo proprietário, pode se sobrepor apenas o interesse de querer saber se as pessoas têm, ou não, um título de propriedade.

Nesse ponto, sobre o que contemplam os direitos territoriais dos remanescentes de comunidades de quilombos, é novamente elucidativo o Voto proferido pela desembargadora Federal Maria Lúcia Luz Leiria,[66] que, tratando da aplicação do art. 68 da Constituição Federal, relata o seguinte: "b) onde a Constituição instituiu 'usucapião' utilizou a expressão 'aquisição de propriedade', ao contrário do art. 68-ADCT, que afirma o 'reconhecimento da propriedade definitiva'".

Nesse entendimento, a forma de proteção às continuidades sócio-históricas da ocupação de uma coletividade depende do respeito aos seus vínculos comunitários entre as pessoas com o lugar que vitaliza sua reprodução física e cultural.

Numa visão articulada, a preservação do meio ambiente também não se opõe às ocupações tradicionais. Ambas estão interligadas, reverberando o mesmo valor social que permite a manutenção da vida em coletividade, ao encontro dos princípios de bem comum. Nesse aspecto, Silva (1996)[67] trata dos direitos "dos remanescentes de comunidades

66 Processo 2008.70.00.00.0158-3/TRF/4ª Região.

67 SILVA, Dimas Salustiano. ***Constituição democrática e diferença étnica no Brasil:*** um exercício constitucional-concretista face o problema do acesso à terra pelas comunidades remanescentes dos quilombos. 1996. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1996.

de quilombos", como referindo simultaneamente: "direitos culturais na medida que constituem um tipo de patrimônio cultural brasileiro (art. 216 da CF de 1988); direitos econômico-sociais de democratização fundiária, porque concessivo de propriedade; direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. (p IX)."

Também, no plano jurídico, Rocha (2008)[68] atenta para o valor de articulação presente numa perspectiva socioambiental. O autor destaca o processo "do direito ecológico ao direito ambiental", discorrendo sobre o atual quadrante do Direito Ambiental:

> O ponto de convergência é justamente o reconhecimento do direito ao meio ambiente como direito coletivo dos povos, em uma perspectiva pluralista, fundada na jusdiversidade. A perspectiva socioambiental é elaborada, portanto, em primeiro lugar, no campo da ecologia política. Ao projeto socioambiental fluem populações tradicionais extrativistas, indígenas, pequenos agricultores, movimentos de defesa do consumidor, correntes holísticas, feministas, pacifistas, movimentos pró-moradia, sindicatos e diversos outros atores sociais. Mas a abordagem socioambiental do direito implica necessariamente em uma reformulação teórica do direito ambiental." (ROCHA, 2008, p. 36)

A competência dessa interpretação legal mostra uma visão sistêmica da incorporação de valores coletivos voltados à ocupação quilombola integrando-a num mesmo patamar com o valor de preservação do meio ambiente e ao pertencimento cultural.

O impacto positivo da compreensão sistemática e de valorização do conhecimento antropológico,[69] se faz sentir, por exemplo, no referido Voto, da magistrada Maria Leiria (referido ao processo 2008.70.00.00.0158-3), cujo sentido da expressão "remanescentes das comunidades de quilombos" é exposto em consideração ao conhecimento desenvolvido nas outras disciplinas e que se apresentam como interlocutoras fundamentais ao esclarecimento de aspectos culturais e sócio-históricos. No Voto são estabelecidas as seguintes balizas:

> 5. Quilombolas. Conceito que não pode ficar vinculado à legislação colonial escravocrata, tendo em vista que: a) a historiografia reconhece a diversidade cultural e de organização dos quilombos, que não constituíam apenas de escravos fugidos; b) a Associação Brasileira de Antropologia estabeleceu, com base em estudos empíricos, um marco conceitual, a servir de base para o tratamento jurídico; c) o dispositivo constitucional, de caráter nitidamente inclusivo e de exercício de direitos não pode ser interpretado à luz de uma realidade de exclusão das comunidades

68 ROCHA, João Carlos de Carvalho. Meio Ambiente e Pessoa Humana. In: ***Direito ambiental e transgênicos: princípios fundamentais da biossegurança***. Belo Horizonte: Editora Del Rey, p. 7-41, 2008.

69 Ver FRAZÃO, Germano Crisóstomo. Os artigos 215 e 216 da Constituição Federal e a visão antropológica do conceito de cultura. ***Revista da Procuradoria da República***, Brasília, n. 7, p. 32-37, 1996.

> negras; d) os remanescentes não constituem "sobra" ou resíduo de situações passadas, quando o comando constitucional constitui proteção para o futuro; e) fica constatada a diversidade de posses existentes, por parte das comunidades negras, desde antes a lei de terras de 1850, de que são exemplos as denominadas "terras de santo", "terras de índios" e "terras de preto".

Ademais, nos termos dessa decisão proferida, expõe-se o entendimento que adverte sobre problemas de uma leitura equivocada que queira restringir temporalmente a aplicação do art. 68 para "agrupamentos de negros fugitivos que tivessem se mantido desde a abolição da escravatura até o advento da Constituição de 1988".

Ainda, para a referida magistrada: "Esta interpretação, a par de esvaziar completamente o texto transitório, não condiz com a realidade histórica e social do país".

Essa perspectiva crítica nos mostra como inconcebível que se precise comprovar os direitos dos remanescentes condicionando-o a um "achado" geográfico do quilombo, ou o que seria a terra onde originalmente existiu um quilombo. Absurdo seria deixar de pesquisar os vínculos sócio-históricos e culturais dessas comunidades, enquanto "remanescentes de comunidades de quilombo", pois hoje se trata de interpretar direitos constitucionais, e não de perseguir um número x ou y de quilombolas ou encontrar sua localização a fim de destruí-los.

Neste ponto, não prospera qualquer pretensão de querer identificar "onde foi o quilombo", uma vez que o reconhecimento dos referidos "remanescentes" se dá em função dos vínculos socioculturais e históricos que os atuais comunitários têm com as antigas comunidades de quilombo.[70]

Nessa adequada interpretação, decide-se, considerando o equívoco de se pretender estabelecer temporalmente um período centenário para a ocupação dos titulares dos direitos quilombolas. As tentativas de querer estabelecê-lo receberam críticas contundentes quando da edição do Decreto nº 3.912/2001, que chegou a querer fixar um período de ocupação, para as comunidades, de 1888 a 1988, mas foi descartado em sua inconstitucionalidade, tal como afirmou Duprat (2002):[71]

> A disposição é evidente inconstitucional. Registre-se de início, que o Inciso I contém, certamente, um erro material, ao referir-se ao ano de 1988 como data da ocupação de terra por quilombos, se como tal se pretende ter em conta a definição legal que remonta a 1740, por se tratar de situação que não mais revela, quer no plano dos fatos, quer no plano do direito. (DUPRAT, 2002, p. 282-283)

70 VEIGA RIOS Aurélio Virgílio. Quilombos: Raízes, conceitos e perspectivas. ***Boletim Informativo Nuer***, Núcleo de Estudos sobre Identidade e Relações Interétnicas, Florianópolis, v. 1, n. 1, 1996.

71 DUPRAT, Deborah. Algumas Breves Considerações sobre o Decreto 3912. In: O'DWER, Eliane Cantarino. ***Quilombos***: identidade étnica e territorialidade. Rio de Janeiro: FGV/ABA, 2002, p. 281-290.

Tal esclarecimento não permite que se queira interpretar erroneamente os direitos socioculturais, sob pena de se incorrer na mesma impropriedade de querer usar como parâmetro algo que seja descabido simplesmente porque não compõe o atual patamar constitucional.

Assim, em se coadunando com uma visão interpretativa condizente, cumpre propagar entendimentos sobre o que foi incluído na plataforma constitucional como sendo receptivo aos direitos socioculturais e que até então eram deixados de lado ou incompreendidos pelos aparatos administrativos-jurídicos.

A força dessa compreensão reside em promover o afastamento dos estereótipos que fazem com que as imagens do ideário escravista perdurem como álibi presente para a criminalização dessas comunidades (LEITE, 2007),[72] bem como de evitar formas de negação de direitos pela mera incapacidade e indisposição em conhecer realidades que, inclusive, tornaram-se visíveis em maior profundidade por meio de estudos já realizados mediante pesquisa antropológica. Essa compreensão também tem sido um meio promissor para mostrar uma pluralidade e riqueza de imagens de convivência comunitária e capacidades de reprodução de modos de vida.

Para que o reconhecimento do valor humano dessa convivência se inscreva nas análises, até mesmo além do que importa ser tratado no plano da compreensão cognitiva de terminologias e definições, são fundamentais os entendimentos sobre o que as pessoas historicamente fizeram para se incluir. Ou seja, é preciso olhar para as formas de inclusão beneficiárias da experiência quilombola e finalmente enxergá-las como parte do grande esforço humanitário para afastar o quadro de indignidade advindo da linha de expropriação e exploração escravagista.

Aumentam as chances de alcance desse reconhecimento de direitos na medida em que as instituições e agentes responsáveis se autonomizem das imagens coloniais e percebam o alto benefício societário da experiência de inclusão quilombola, já existente e disponível socialmente como forma de dar continuidade a um legado histórico e sociocultural que virtuosamente impediu maior descalabro de exclusão na sociedade brasileira. Sobretudo, essas perspectivas permitem hoje considerar a efetivação desses direitos territoriais não como um problema, mas como um impulso responsável na vida democrática do País.

Assim, considerar as necessidades dessa específica ocupação comunitária dos grupos quilombolas, oportuniza que os agentes estatais desenvolvam suas competências administrativo-jurídicas no reconhecimento de direitos territoriais, visando incorporar os avanços democráticos que representam o reconhecimento dessas comunidades quilombolas.

---

72 LEITE, Ilka Boaventura. Humanidades insurgentes: conflitos e criminalização dos quilombos. In: RIFIOTIS, Theophilos; YRA, Tiago H. (Org.). ***Educação em Direitos Humanos***. Florianópolis: EDUFSC, 2008a. p. 89-114.
Também ver: LEITE, Ilka Boaventura. As políticas afirmativas e o revival da mestiçagem no Brasil. In: ZANINI, Maria Catarina Chitolina (Org.). ***Por que raça?*** Breves reflexões sobre a questão racial no cinema e na antropologia. Santa Maria: Ed. da UFSM, 2007. p. 131-150.

O compromisso estatal, de evitar quaisquer das formas de objetificação ou negação das expressões sociais de pertencimento cultural, confirma aos sujeitos de que é muito bem-vinda sua participação na arena legítima de representação pública: o espaço da cidadania. É de sua permanente promoção que dependerá o efetivo reconhecimento dos direitos territoriais quilombolas.

Muito embora tentativas de sua obstrução, para a realidade concreta de existência e de resistência dessas comunidades quilombolas, esse profícuo compromisso tem sido fundamental, uma vez que faz cumprir o projeto de sociedade consignado constitucionalmente.

Em suma, tal reconhecimento de direitos territoriais representa e viabiliza habilidades devidas aos sujeitos e agentes responsáveis em combater decisivamente o que ameaça o valor da dignidade humana. É o que vale dizer sobre a história de luta quilombola: "Não há luta mais digna do que devolver um pouco de dignidade."[73]

73 Manifestação de membro da comunidade quilombola da Invernada dos Negros, Santa Catarina. Ver MOMBELLI, Raquel. ***Visagens e profecias:*** ecos da territorialidade quilombola. Tese (Doutorado em Sociologia) – Programa de Pós-Graduação em Sociologia, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009.

2. A Convenção 169 da OIT e sua aplicação em defesa dos direitos territoriais das comunidades tradicionais quilombolas: a consulta e o consentimento livre, prévio e informado como direito fundamental[74]

Maria Luiza Grabner

Introdução

Não há como deixar de iniciar o presente estudo sem ressaltar a fundamental importância da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT)[75] para a proteção dos direitos dos "povos indígenas e tribais"[76] de todo o mundo, desde a sua adoção em 1989 até os dias atuais.

Se num primeiro momento a OIT preocupou-se com os povos indígenas e tribais como representantes de parte da força de trabalho nos domínios coloniais – enquanto desalojados de seus habitats tradicionais e expostos a formas de trabalho de que se ocupa essa agência especial – após a criação das Nações Unidas, em 1945, esses povos mereceram o

74 O presente artigo consiste numa versão resumida e atualizada dos capítulos 2 e 4 da dissertação de mestrado da autora Maria Luiza Grabner, intitulada "Conhecimentos Tradicionais: proteção jurídica e diálogo intercultural", apresentada em 2009 à banca examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como exigência parcial para a obtenção do título de mestre em Direitos Humanos, sob a orientação do professor doutor Dalmo de Abreu Dallari, tendo sido ao final aprovada com indicação de publicação.

75 A Organização Internacional do Trabalho (OIT) foi uma das organizações internacionais que se criaram em 1919 ao final da Primeira Guerra Mundial. É a "instituição mundial responsável pela elaboração e supervisão das Normas Internacionais do Trabalho. Ao trabalhar junto aos 178 países membros, a OIT busca garantir que as normas do trabalho sejam respeitadas tanto em seus princípios como na prática." Presentemente, a OIT pertence ao Sistema das Nações Unidas, tendo se convertido na sua primeira agência especializada em 1946. Dentre vários temas enfrentados pela OIT, destaca-se o combate à discriminação para a promoção do trabalho decente, incluindo-se aí a igualdade de gênero, os povos indígenas e tribais, a proteção da maternidade, entre outros. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Acerca de la OIT*. Disponível em: <http://www.ilo.org/global/About_the_ILO/lang--es/index.htm>. Acesso em: 7 out. 2008.

76 A Convenção 169 da OIT não define o que sejam "povos indígenas e tribais". Prefere, ao invés, descrever em seu art. 1º as características de cada grupo, que podem grosso modo ser chamadas de "tradicionais" no sentido que lhes empresta a doutrina especializada. A propósito, a 6ª CCR/MPF firmou entendimento por meio do Enunciado 17 a saber: "As comunidades tradicionais estão inseridas no conceito de povos tribais da Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho", criado no XIV Encontro Nacional da 6ª CCR em 5/12/2014. (Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/dados-da-atuacao/atos-do-colegiado/enunciados>. Acesso em: 15 fev. 2017)

reexame e aprofundamento de sua peculiar condição, do ponto de vista econômico, social e cultural.[77]

Para tanto, foi elaborado um primeiro Convênio, nº 107, em 1957, que é considerado o primeiro no âmbito da OIT e também no âmbito internacional a tratar especificamente dos direitos das "populações indígenas e tribais."[78]

Nada obstante seu pioneirismo indiscutível, em tentar codificar num instrumento legal de âmbito internacional os direitos fundamentais desses povos, a Convenção 107 partia de pressupostos integracionistas e paternalistas cuja aplicação se mostrava cada vez mais obsoleta no mundo moderno.[79]

Outro ponto fraco dessa Convenção era a ausência de previsão da participação dos próprios indígenas e povos tribais nas decisões sobre desenvolvimento – tomadas com exclusividade pelos Estados Partes – capazes de lhes afetar diretamente.[80]

No entanto, pouco a pouco foram sendo questionadas tais premissas por esses grupos que, graças a uma tomada de consciência acerca de seus direitos de identidade cultural, aliados aos movimentos sociais de vários matizes que eclodiram nas décadas de 1960 e 1970 e graças também a maior participação crescente das organizações indígenas no plano internacional, deram ensejo à revisão da Convenção 107, por meio da adoção em junho de 1989 do Convênio 169 sobre "Povos Indígenas e Tribais", com uma filosofia totalmente diferente da Convenção antecessora.[81]

De acordo com a própria OIT, no Convênio 169 foi assumida uma atitude geral de respeito pelas culturas e formas de vida dos povos indígenas e tribais reconhecendo que eles têm direito a uma existência permanente, durável, e a um desenvolvimento em função de suas próprias prioridades.[82]

Coerente com essa nova postura relacionada com a preservação e sobrevivência dos sistemas de vida dos povos indígenas e tribais, é adotado no texto do documento o termo "povos" em vez do termo "populações" utilizados na anterior Convenção 107.[83]

---

77 Cf. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. ***Antecedentes***. Disponível em: <http://www.ilo.org/public/spanish/indigenous/background>. Acesso em: 7 out. 2008.

78 "A OIT tem trabalhado com os povos indígenas e tribais desde o decênio de 1920 e é responsável pelos primeiros instrumentos internacionais que trataram exclusivamente dos direitos desses povos. A atividade da OIT no âmbito dos povos indígenas e tribais se divide principalmente em duas categorias: adoção e supervisão de normas e assistência dos povos indígenas e tribais e aos Estados". Tais considerações foram retiradas do site oficial da ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. ***Pueblos Indigenas y Tribales***. Disponível em: <http://www.ilo.org/indigenous/lang--es/index.htm>. Acesso em: 7 out. 2008. Com a aprovação pela Assembleia Geral da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, em setembro de 2007, mais este importantíssimo documento veio se somar aos documentos produzidos no âmbito da OIT, de importância para os povos indígenas e tribais assim arrolados, no seu conjunto: Convenção 169; Convenção 29, de 1930, sobre trabalho forçado; Convenção 111, de 1958, sobre discriminação no emprego e ocupação; Convenção 182, de 1999, sobre as piores formas de trabalho infantil; e a Declaração da OIT relativa aos princípios e direitos fundamentais no trabalho.

79 Cf. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. ***Antecedentes***, cit.

80 Cf. Id., ibid.

81 Cf. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. ***Antecedentes***, cit.

82 Cf. Id., ibid.

83 Cf. consta em Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales – un manual, em tradução livre do espanhol, "Nas negociações prévias a sua adoção se chegou à conclusão de que dito termo era o único que poderia utilizar-se para descrever os grupos indígenas e tribais. Após árduos debates, prévios à adoção do Convênio, se acordou finalmente que o único termo adequado era o de "povos", "...pois refletia corretamente a visão que ditos povos têm de si mesmos e a identidade que o Convênio revisado devia reconhecer-lhes". ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. ***Autodeterminacion***. Disponível em: <http://www.ilo.org/public/spanish/standards>. Acesso em: 11 out. 2008.

O movimento que deu origem a essa alteração terminológica partiu, ao que consta, dos próprios povos indígenas e tribais que, ao se fortalecerem na luta por sua identidade étnica, cultural, econômica e social, passaram a rejeitar serem chamados de "populações", termo este que denotaria "transitoriedade e contingencialidade", na contramão das reivindicações de respeito pela existência e permanência de suas culturas.[84]

Ao contrário, o termo "povo" abarcaria "segmentos nacionais com identidade e organização próprias, cosmovisão específica e especial relação com a terra que habitam", sendo o único apropriado para descrever os grupos indígenas e tribais, detentores de tais atributos.[85]

Para Dalmo Dallari, outra causa de grande imprecisão inclusive nas legislações, é a expressão "nação", que do mesmo modo que "populações", não deve ser utilizada no sentido de "povo". Segundo o autor, o termo "nação" está mais adequado a contemplar uma "comunidade de base histórico-cultural", não sendo o adequado para qualificar a situação jurídica exigida, dentro de uma teoria geral do Estado, para configurar um dos elementos essenciais à existência do Estado Moderno, como é o caso do elemento material "povo".[86]

Interessante notar que, nada obstante a preocupação da OIT revelada com o reconhecimento do direito à existência e à continuidade das formas de vida indígenas e tribais de que é a adoção do termo "povo" sua mais explícita expressão, a própria Convenção 169 tratou logo em seu art. 1º (item 3) de ressalvar que a acepção adotada para o termo "povo" em seu texto "não deverá ser interpretada no sentido de ter implicação alguma no que se refere aos direitos que possam ser conferidos a esse termo no direito internacional".

Sendo assim, cabe novamente perguntar qual o sentido do termo "povo" no Direito Internacional? É menos equívoco do que aquele analisado em relação às teorias de formação do Estado Moderno?

Fábio Konder Comparato[87] chama a atenção para o fato de que vários documentos internacionais, v.g., Carta das Nações Unidas e o Pacto sobre Direitos Civis e Políticos, apresentam uma variação terminológica a respeito do assunto, utilizando o termo "povo" ao lado de outros termos como "nação", "grupos" e "minorias", não restando claro sua exata acepção.

De acordo com o mesmo autor, se os povos são titulares de direitos humanos, entre eles o direito à autodeterminação, necessário se faz precisar-lhe o objeto e também o sujeito de tais direitos coletivos. Todavia, pondera que

> O conceito de povo, no direito internacional, ainda não alcançou uma definição consensual. A dificuldade maior para se chegar a tanto consiste em distinguir, com suficiente nitidez, povo de Estado. O direito internacional regula, desde há muito, o reconhecimento oficial de Estado ou de

84 Cf. "Introdução". In: ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenção nº 169 sobre povos indígenas e tribais em países independentes e Resolução referente à ação da OIT sobre povos indígenas e tribais*. 3. ed. Brasília: OIT, 2007, p. 9.
85 Cf. Id, ibid., p. 9-10.
86 Id., ibid., p. 84-85.
87 COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 392.

> governos, mas ignora ainda um processo formal de reconhecimento da identidade de povos.[88]

E sugere[89]:

> Para efeitos hermenêuticos, a regra mais prudente é considerar o termo povo como uma context-dependent notion, como propôs um autor[90]. Efetivamente, o vocábulo pode assumir três sentidos distintos, conforme o contexto da proposição normativa: ele pode significar toda a população de uma colônia ou território ocupado; a totalidade dos cidadãos de determinado Estado; ou um grupo minoritário deste, com as características que a doutrina empresta à noção de minoria no texto do artigo 27 do pacto sobre Direitos Civis e Políticos de 1966 (nota 5 do original: Vejam-se os comentários ao artigo 27 do Pacto, no capítulo 17º supra), a saber: um grupo social numericamente inferior, mas não politicamente dominante, dotado de características étnicas, religiosas ou lingüísticas estáveis, nitidamente diversas do restante da população.[91]

Dessa forma, manteve-se a Convenção 169 da OIT ao largo da delicada questão, até o presente não enfrentada adequadamente também por outros documentos tanto no plano interno quanto no plano internacional, do direito político desses povos à "autodeterminação" (diferente de "livre determinação", como mais adiante abordaremos), sobretudo quando ocupantes de territórios tradicionais situados dentro das fronteiras de Estados Nacionais.

Limitou-se, portanto, à aceitação da dimensão histórica do conceito de "povo", aproximando-se, assim, da noção de "minoria" de que trata o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, como referido anteriormente, da mesma forma como o fez a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas de 13 de setembro de 2007, que reconhece direitos aos indígenas, "como povos ou como pessoas".

Outra mudança fundamental trazida pelo Convênio 169 foi o reconhecimento de que esses povos e suas organizações tradicionais devem estar estreitamente envolvidos na planificação e execução dos projetos de desenvolvimento que os afetem e também em todas as medidas adotadas para aplicar o próprio Convênio.

Temos aqui, sem sombra de dúvida, o primeiro momento de afirmação, no plano internacional e, de maneira vinculante, de um direito humano fundamental dos povos indígenas e de outras comunidades tradicionais ou "tribais", qual seja, o direito de consulta prévia, e o decorrente direito de consentimento livre, prévio e informado (CLPI) ou con-

88 Id., ibid., p. 391-392.
89 Id., ibid., p. 393.
90 Id., loc. cit. nota 4 do original: O Professor James Crawford da universidade de Sidney, na obra coletiva por ele organizada. CRAWFORD, James (Org.). ***The rights of people***. Oxford: Clarendon Press. 1993. p. 165 e seguintes.
91 Id., ibid., p. 393.

sentimento prévio e fundamentado (como referido na Convenção da Diversidade Biológica (CDB) e internacionalmente conhecido como PIC (Prior Informed Consent), de especial importância para salvaguarda de todos os demais direitos dessas comunidades.

Portanto, a partir de seu reconhecimento nos tratados da OIT e em especial na Convenção 169, o direito à consulta livre, prévia e informada e o consentimento livre, prévio e informado, passaram a ser incorporados a vários outros documentos internacionais, influenciando também as legislações de âmbito nacional e regional, inclusive em relação ao Brasil.

Assim, a Convenção 169 da OIT demonstrou não só o seu grande potencial de "influir na lei positiva de países das Américas" mas também de "melhorar a relação de poder nos diálogos entre governos nacionais e povos indígenas e tribais."[92]

a. A Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT)

Como antes referido, a Convenção 169 da OIT revisou e invalidou, para os países signatários, a Convenção 107, de 1957, sendo, presentemente, o mais importante documento de política internacional, vinculante, que trata especificamente dos direitos dos povos indígenas e tribais.

Apesar das limitações que seu texto impõe, sobretudo, em relação às aspirações de uma plena capacidade de autodeterminação desses povos, a Convenção 169 configura, ao nosso ver, um arranjo de tolerância admirável em sua essência.

Esse Convênio, apesar do tempo decorrido desde a sua adoção pela Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho, em 27 de junho de 1989, encontra-se ainda aberto à ratificações pelos Estados-Membros da OIT, o que vem acontecendo paulatinamente. A propósito, as mais recentes ratificações da Convenção 169 ocorreram em 25 e 30de agosto de 2010 pela Nicarágua e República Centroafricana, respectivamente.[93] Entre os principais países latino-americanos que ainda não ratificaram a Convenção 169 da OIT encontram-se o Uruguai e o Panamá.[94]

Atualmente, vinte e dois países ratificaram a Convenção 169 e mesmo aqueles que não o fizeram muitas vezes o utilizam como base para os debates e adoção de políticas nacionais relativas aos povos indígenas e tribais.

O Brasil ratificou o Convênio 169 da OIT ao depositar o instrumento de ratificação perante o diretor executivo da OIT em 25 de julho de 2002. O Congresso Nacional aprovou o seu texto por meio do Decreto Legislativo nº 143 de 20/6/2002. Finalmente, por meio do

92 O efeito do convênio nº 169 até a atualidade. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Disponível em: <http://www.ilo.org/public/spanish/indigenous/standard/super2.htm>. Acesso em: 7 out. 2008.
93 REPORTE REGIONAL Colômbia/Costa Rica/Guatemala/Chile: Convenio num. 169 de la OIT sobre Pueblos Indigenas y Tribales em Paises Independientes y la consulta previa a los pueblos indigenas em proyectos de invérsion. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Disponível em: < http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_507556.pdf>. Acesso em: 1º mar. 2017.
94 Cf. Id, ibid, p. 15.

Decreto presidencial nº 5.051, de 19/4/2004 foi promulgada no Brasil a Convenção 169 da OIT.[95]

Com o objetivo de proteger e promover os direitos de cerca de 370 milhões de pessoas dos povos indígenas e tribais no mundo[96], tal Convênio estabelece um conjunto de normas internacionais mínimas sobre temas prioritários, tais como direitos sobre a terra, acesso aos recursos naturais, saúde, educação, formação profissional, condições de emprego e contatos entre fronteiras.

Diante da extensão dos temas abordados na Convenção 169 da OIT e não descurando da visão holística que deve nortear quaisquer estudos sobre os povos indígenas e outras comunidades tribais, mas atentos aos objetivos precípuos desse trabalho, permitimo-nos não esgotar sua análise, elegendo, ao invés, aqueles aspectos que nos parecem mais relevantes para compreensão da matéria proposta – proteção dos direitos territoriais tradicionais quilombolas – e também para a proteção mais efetiva dos direitos daqueles grupos na sua integralidade.

Importante desde logo situar o alcance da Convenção 169, identificando os sujeitos de direito que visou ela proteger: os povos indígenas e tribais.

Logo na **Parte 1**, "Política Geral", art. 1º, item 1, trata a Convenção de descrever as características apresentadas pelos "povos" que são alcançados por seus dispositivos e que podem ser assim sintetizadas: 1) os que possuem estilos de vida tradicional; 2) possuem cultura e maneira de viver diferentes das de outros setores da população nacional, por exemplo, suas formas de vida, línguas, costumes etc.; 3) apresentam organização social própria e costumes e leis tradicionais.[97]

As três características acima seriam comuns tantos aos povos indígenas quanto aos povos por ela denominados "tribais". Em relação aos povos indígenas o texto da Convenção acrescenta a característica que mais os diferencia, qual seja, a continuidade histórica de vida em uma determinada região na época da conquista ou da colonização ou do estabelecimento das atuais fronteiras estatais.

Entre os princípios que adota, importantíssimo para a proteção desses grupos é o princípio da autoidentificação, o que significa dizer que o critério considerado fundamental para definição dos titulares dos direitos contemplados na Convenção 169 é "a sua consciência da identidade indígena ou tribal"[98], ao qual se seguem os critérios objetivos elencados no art. 1º, suprarreferido.

---

95 Cf. MAGALHÃES, Edvald Dias (Org.). ***Legislação indigenista brasileira e normas correlatas***. 3. ed. Brasília: Funai/CGDOC, 2005. 700 p. Ainda de acordo com essa fonte, a Convenção 169 entrou em vigor internacional em 5/9/1991 e para o Brasil em 25/7/2003, nos termos do seu art. 23.

96 Sabe-se que "há mais de 5.000 diversos povos indígenas que vivem em cerca de 70 países no mundo. Ao redor de 70% vivem na Ásia e no Pacífico, a maioria em zonas rurais. Com frequência não têm controle sobre o território e seus recursos, e enfrentam altos níveis de discriminação e pobreza", conforme OIT Enlinea. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. ***About the ILO***. Disponível em: <www.ilo.org./global/about_the_ilo>. Acesso em: 7 out. 2008.

97 Cf. consta em ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. ***Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales*** - un manual, cit., em tradução livre do espanhol, "Alcance".

98 Cf. item 2, art. 1º da Convenção 169 da OIT. In: Direitos humanos: Documentos internacionais, cit., p. 127.

Para aprofundar a reflexão sobre o alcance dos conceitos e direitos abarcados pela Convenção 169 da OIT, recomendamos a leitura da obra "Convenção 169/OIT e os Estados Nacionais" disponível no site da 6ª CCR/MPF <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/convencao-169-da-oit_web.pdf>, acesso em 15/02/2017. A propósito seguem trechos selecionados do artigo de autoria de Deborah Duprat[1] constante da fundamental obra:

"Um primeiro olhar sobre a Convenção n. 169 causa algum desconforto, a começar pelos seus destinatários. É que, nesse campo, ela praticamente reproduz as expressões de que se valeu a sua antecessora, a Convenção n. 107: indígenas, tribais e semitribais[32] ; ou seja, persiste na utilização de termos coloniais e de definições aparentemente fixas.

A perplexidade, no entanto, não resiste ao avanço da leitura, pois, imediatamente após conceituar, em seu artigo 1º, item 1, povos tribais[33] e povos "considerados indígenas"[34], estabelece, no item 2, que ´a consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos quais se aplicam as disposições da presente Convenção.´

Dois aspectos devem ser imediatamente retidos. O primeiro é que tanto a definição de povos indígenas como a de povos tribais são bastante abertas, contentando-se com um único vetor: organização social, cultural, econômica e política que os distinga, total ou parcialmente, de outros setores da sociedade envolvente. E o segundo é que o elemento definitório central é a consciência da identidade pelo próprio grupo. Há aqui um efeito real e simbólico de dimensões impressionantes: devolvem-se aos diversos grupos as expressões com que foram cunhados pelo Estado nacional/colonial, para que delas se apropriem e as ressignifiquem." (DUPRAT, p.62-63)

[...]

"Portanto, e à vista do vetor de que se vale a Convenção n. 169 – organização social, cultural, econômica e política que os distinga, total ou parcialmente, de outros setores da sociedade envolvente –, os grupos, e apenas eles, hão de dizer se se compreendem sob as grandes rubricas povos indígenas e povos tribais. No Brasil, o Decreto n. 6.040, de 7 de fevereiro de 2007, que institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais, orienta-se pela mesma compre-

ensão, valendo-se, no entanto, de uma única classificação para abranger a clientela, que, na Convenção n. 169, desdobra-se em duas. Os incisos I e II do artigo 3º do decreto merecem ser transcritos:

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.

Ambos os dispositivos, a despeito de não enunciarem expressamente, têm inspiração óbvia na Convenção n. 169 e não deixam dúvidas sobre a abertura do conceito ali inscrito. A ressalva a povos indígenas e quilombolas no inciso II, por contarem com disciplina constitucional, é evidência suficiente de que a definição vai além deles. De resto, a Comissão Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais conta, em sua composição, com representantes, entre outros, de comunidades de fundo de pasto, quilombolas, faxinais, pescadores, seringueiros, ciganos, indígenas, caiçaras, quebradeiras de coco babaçu.´

A Convenção n. 169, no Brasil, aplica-se a todos esses grupos e a tantos outros que se apresentem sob o único vetor que normativamente os aproxima: organização social, política e cultural distinta da sociedade de grande formato[42]. São muitos, sim. O direito apenas os invisibilizou por longo tempo[43]. Chegou a hora de conhecê-los e reconhecê-los como sujeitos de direitos. E, por isso, é preciso convidá-los a falar. Talvez seja esse o último espaço a ser de fato conquistado."(DUPRAT, p.65-66)

(NOTAS) – "32 Estes últimos definidos como aqueles ´cujas condições sociais e econômicas correspondem a um estágio menos adiantado que o atingido pelos outros setores da comunidade nacional´.

33 Aqueles 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´.

34 ´pelo fato de descenderem de populações que habitavam o país ou uma região geográfica pertencente ao país na época da conquista ou da colonização ou do estabelecimento das atuais fronteiras nacionais e que, seja qual for a sua situação jurídica, conservam todas as suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas, ou parte delas´.

42 Estão sob exame dos órgãos do executivo, por exemplo, pretensões territoriais de comunidades ribeirinhas, extrativistas e geraizeiras. Também há legislação municipal e estadual que contempla quebradeiras de babaçu (art. 196 da Constituição do Maranhão, além de várias leis municipais), comunidades de fundo de pasto (art. 178 da Constituição baiana e Lei n. 12.910/2013 da Bahia) e faxinalenses (Lei n. 3.446/1997 do Paraná). No âmbito do Judiciário, além de várias decisões que determinam a consulta prevista na Convenção n.169 a povos indígenas e quilombolas, começa a haver a determinação de que outros povos e comunidades sejam consultados. Na ação movida pelo Ministério Público Federal contra o Estado do Amazonas (processo n. 0006962-86.2014.4.013200), a juíza da 1ª vara federal do Amazonas, Jaiza Maria Pinto Fraxe, concedeu a liminar ´para determinar a suspensão dos efeitos do Decreto n. 32.875, de 10 de outubro de 2012 (que declarou de utilidade pública área destinada a construção de pólo naval); suspensão imediata de todas as medidas atinentes ao projeto de implantação do Complexo Naval Mineral e Logístico, enquanto não realizada a consulta prévia, livre e informada das comunidades tradicionais ribeirinhas que vivem na região, nos termos dos artigos 6 e 15 da Convenção nº 169/OIT´. Consta da decisão o seguinte trecho: ´Portanto, comunidades tradicionais não são definidas por algum tipo de rol fechado, tratando-se de qualquer grupo humano com traços culturais peculiares, sistemas de manejo que respeitam os ciclos da natureza, mediante utilização de conhecimentos herdados de gerações passadas, que assim se declarem, não cabendo ao Direito negar-lhe identidade, a pretexto de preenchimento de cadastros e formulários definidos por quem não pertence a esses grupos.´ O Superior Tribunal de Justiça, na Reclamação 17.224/PA, referendou a necessidade de consulta aos povos indígenas e tribais atingidos pela Usina Hidrelétrica São Luiz do Tapajós. (g.n.)

43 Convenção n. 169 contém expresso reconhecimento desse dado já em seu preâmbulo: ´observando que, em diversas partes do mundo, esses povos não têm condições de gozar de seus direitos humanos fundamentais na mesma medida que o resto da população dos Estados nos quais vivem [...] ´."

_____

1 DUPRAT, D. A Convenção n. 169 da OIT e o direito à consulta prévia, livre e informada. In: DUPRAT, D. (Org.). ***Convenção n. 169 da OIT e os Estados Nacionais***. Brasília, ESMPU, 2015, p. 53-78.

Outro princípio importante é o do autogoverno, que expressa a possibilidade reconhecida pela Convenção 169 da OIT de os povos indígenas e tribais assumirem o controle de suas instituições, formas de vida e desenvolvimento econômico com vistas à manutenção de sua diversidade cultural, sobretudo no tocante à manutenção de suas identidades, línguas e religiões, dentro do âmbito dos Estados onde moram. Tal capacidade está expressamente reconhecida no Preâmbulo da Convenção 169 sobre Povos Indígenas e Tribais e vem complementada por outros dispositivos que atribuem aos governos o dever de respeitar a identidade social e cultural, os costumes e tradições e as instituições desses grupos.

> Quer dizer, muito embora o Convênio 169 reconheça essa legítima aspiração dos povos indígenas e tribais ao controle de todos os acontecimentos que lhe dizem respeito, estabelece claros limites ao exercício desses direitos, ao submetê-los à soberania dos Estados nacionais onde residem, bem ainda à compatibilidade de seus costumes e instituições com o sistema jurídico nacional e direitos humanos internacionalmente reconhecidos. Tais limites, entre outros, foram claramente colocados no texto da Convenção no art. 8º, item 2 (trata dos costumes e do direito consuetudinário); art. 9º, item 1 (trata dos métodos tradicionais de repressão de delitos); e art. 27, item 3 (trata da criação de instituições e meios tradicionais de educação).

Em verdade, pela sua própria estrutura a OIT é uma instituição baseada na organização e no diálogo, daí a ênfase particular nesses instrumentos para a elaboração de estratégias que deem respaldo aos povos indígenas na sua luta para alcançarem uma vida digna. Assim, o Convênio é tido no âmbito dessa organização como "uma plataforma para a ação e para o diálogo"[99], capaz de garantir aos povos indígenas e tribais pelo menos que sejam ouvidos, suas prioridades respeitadas e suas culturas reconhecidas, garantindo-

99 Cf. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Acerca de la OIT, Pueblos indígenas y tribales*. Disponível em: <www.ilo.org/global/about_the_ilo>. Acesso em: 7 out. 2008.

-lhes que participem da gestão de suas vidas e destinos próprios. Dessa forma, há um entendimento por parte dos dirigentes da OIT, de que a interpretação do conceito político de autodeterminação refoge ao seu âmbito de competência, tanto que a ele não se fez menção na Convenção 169[100].

Quanto à aplicação do sistema dos direitos humanos e liberdades fundamentais vem ela expressa no art. 3º da Convenção 169 da OIT: aos povos indígenas se aplica o sistema de proteção dos direitos humanos e liberdades fundamentais, sem qualquer discriminação, incluídos os direitos contidos na própria Convenção. Dúvida alguma há, portanto, de que se encontram tais direitos inseridos no sistema universal de direitos humanos, pertencente ao ramo do Direito Internacional dos Direitos Humanos. A compreensão da temática indígena como temática de direitos humanos[101] é importantíssima, pois propicia o diálogo intercultural com as sociedades nacionais e também com a comunidade internacional na busca dos consensos possíveis. Nesse passo, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas tem grande importância para o fortalecimento dessa concepção como veremos mais adiante em tópico próprio.

Já na **Parte 2** a Convenção ocupa-se integralmente do direito desses povos às terras ou territórios que ocupam, tratando do regime de posse e propriedade, da utilização e proteção dos recursos naturais, da consulta e participação no caso de prospecção ou exploração de recursos minerais, vedação ao despejo forçado, inclusão em programas agrários nacionais etc.

O tema envolvendo o direito dos povos indígenas e tribais a suas terras e territórios comportaria uma obra à parte, tantas e tamanhas suas implicações para todos os demais direitos concernentes a esses grupos. No entanto, limitar-nos-emos aqui a ressaltar alguns aspectos positivos incorporados pela Convenção 169 da OIT. Inicialmente, a Convenção reconhece e atribui o dever aos Governos signatários de "respeitar a importância especial que para as culturas e valores espirituais dos povos interessados possui a sua relação com as terras ou territórios, ou com ambos, segundo os casos, que eles ocupam ou utilizam de alguma maneira e, particularmente, os aspectos coletivos dessa relação" (art. 13, item 1). Assim, a par de reconhecer a especificidade da relação desses grupos com as terras que habitam, ainda reconhece o aspecto coletivo desse direito (o que não exclui os direitos individuais a serem exercidos de acordo com seus costumes), conceituando, ademais, terras de uma maneira ampla, de modo a abarcar também o conceito de território que, segundo o item 2 do art. 13, "abrange a totalidade do *habitat* das regiões que os povos interessados ocupam ou utilizam de alguma forma".

Relembramos aqui, que a manutenção e proteção dos conhecimentos tradicionais dos povos indígenas e tribais está estritamente vinculada à possibilidade de permanecerem nas terras que tradicionalmente ocupam, tanto em face de seus aspectos materiais (re-

100 Cf. Id. Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales - Un manual, cit., p. 9.
101 Cf. YAMADA, Erika Mami. A Declaração da ONU sobre povos indígenas e a soberania brasileira. *Notícias Socioambientais-Brasil*, p. 3, 15 set. 2008. Disponível em: <http://www.socioambiental.org/NSA/detalhe?id=2743>. Acesso em: 26 jun. 2009.

cursos naturais) quanto em relação aos seus aspectos intangíveis (identidade cultural, espiritualidade etc.).

Portanto, a Convenção tem como um dos seus princípios mais importantes aquele que impede que os povos indígenas e tribais sejam trasladados à força de suas terras. O deslocamento dos povos interessados das terras que ocupam é medida excepcional que apenas ocorre quando se mostre absolutamente indispensável, e dependerá, em qualquer hipótese, do "consentimento dos mesmos, concedido livremente e com pleno conhecimento de causa" (art. 16, item 2). Nesse caso, o deslocamento implicará sempre nos seguintes direitos aos povos trasladados: a) direito de regresso quando possível; b) reassentamento segundo procedimentos adequados; c) destinação de terras de igual qualidade e equivalente título; d) indenização por qualquer perda ou dano.

De outra parte, a Convenção reconhece aos povos interessados os direitos de propriedade e de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam, atribuindo aos Governos o dever de demarcá-las e protegê-las, instituindo os procedimentos que se mostrem adequados no âmbito do Sistema Jurídico Nacional (art. 14, itens 1, 2 e 3). Todavia, não define o que sejam "terras tradicionalmente ocupadas", muito embora seu conceito já se encontre bem delineado, inclusive na doutrina pátria. Segundo magistral lição de José Afonso da Silva[102], ao comentar o art. 231, § 1º da Constituição Federal de 1988, que utiliza idêntica expressão, "terras tradicionalmente ocupadas" não revela uma relação temporal, ou seja,

> não significa uma ocupação imemorial. Não quer dizer, pois, terras imemorialmente ocupadas, ou seja: terras que eles estariam ocupando desde épocas remotas que já se perderam na memória e, assim, somente estas seriam as terras deles [...] O tradicionalmente refere-se, não a uma circunstância temporal, mas ao modo tradicional de os índios ocuparem e utilizarem as terras e ao modo tradicional de produção, enfim, ao modo tradicional de como eles se relacionam com a terra, já que há comunidades mais estáveis, outras menos estáveis, e as que têm espaços mais amplos em que se deslocam etc. Daí dizer-se que tudo se realize segundo seus usos, costumes e tradições.

Em relação aos recursos naturais, os povos indígenas e tribais, por meio de seus conhecimentos tradicionais sobre os recursos da natureza, têm contribuído, através dos tempos, para a conservação da diversidade biológica, razão pela qual tanto o meio ambiente quanto os recursos naturais das terras que ocupam têm a sua relevância reconhecida pela Convenção que atribui aos Governos o dever de protegê-los. O art. 15, item 1, incumbe-se de aclarar o conteúdo do direitos dos povos interessados sobre os recursos naturais de suas terras e territórios, o que significa o direito de participação na utilização, administração e conservação de ditos recursos. A título de comparação, a Declaração das

102 Cf. SILVA, José Afonso da., op. cit., p. 716.

Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas atribui direitos de maior extensão aos povos interessados sobre os recursos naturais existentes nas terras por eles tradicionalmente ocupadas e que envolve o direito de possuir, utilizar, desenvolver e controlar as terras, territórios e respectivos recursos (art. 26).

Ressalte-se que a preservação da economia tradicional[103], com seus conhecimentos, inovações e práticas características, depende necessariamente da preservação de outros direitos fundamentais dos povos interessados, sobretudo do direito à terra e à utilização dos recursos naturais, aliás, imprescindíveis a seu bem-estar e à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

Todavia, para realização de todos esses direitos, necessariamente inter-relacionados, a Convenção 169 adota como princípios fundamentais a consulta e o consentimento livre, prévio e informado e a participação dos povos interessados, em relação à formulação e à execução de toda e qualquer medida proposta para efetivação dos direitos contemplados em seu texto.

Para terminar esta sucinta análise da Convenção 169, importante relembrar, mais uma vez o que parece ser a principal filosofia desse convênio, qual seja, estabelecer um processo de diálogo e cooperação entre os Governos e a Organização Internacional do Trabalho (OIT), visando influenciar a legislação e as práticas nacionais no tocante aos direitos dos povos indígenas e tribais, sempre com sua participação. Para permitir a operacionalização desse processo de diálogo, conta a OIT com uma série de procedimentos que compõem os mecanismos de supervisão dos convênios e estão elencados nos arts. 22 e 23 de sua Constituição, a saber, as "memórias" e "queixas" que são enviadas periodicamente pelos Governos à OIT após o exame e comentários das organizações de empregadores e de trabalhadores mais representativa do país interessado.

Com tais relatos, encerramos a análise desse importantíssimo documento de Direito Internacional dos direitos humanos, destinado à proteção dos povos indígenas e tribais, esclarecendo, apenas, que no documento da CEACR (Comissão de Experts e Aplicação de Convênios e Recomendações da OIT) há também uma série de indagações ao Governo brasileiro a respeito do cumprimento dos preceitos fundamentais da Convenção 169 sobre a participação, a consulta e o consentimento livre, prévio e informado, e que, dada a relevância do tema para os objetivos deste trabalho, serão abordados a seguir, em tópico específico.

103 Cf. consta em ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales – un manual, cit., em tradução livre do espanhol, "Economias Tradiconales", p. 50: "As economias tradicionais destes povos estão ameaçadas por vários fatores: desapropriação e perda dos direitos sobre a terra, redução e degradação da terra disponível e em alguns casos, a proibição de utilizar os recursos naturais e de acessá-los, assim como as exigências de mercado. Privados dos recursos básicos para suas economias tradicionais, estes povos se tornam cultural e economicamente vulneráveis".

b. A consulta e o consentimento livre, prévio e informado contemplados na Convenção 169 da OIT

Pode-se dizer, que a consulta e participação dos povos indígenas e tribais interessados e o decorrente direito de decidirem sobre suas próprias prioridades de desenvolvimento configuram-se em verdadeiros princípios, pelos quais se devem nortear a interpretação das disposições da Convenção 169 e demais documentos jurídicos que as invoquem.[104]

Assim, os direitos de participação, de consulta e de consentimento livre, prévio e informado são considerados verdadeiros princípios fundamentais da Convenção 169 da OIT.[105] Neles se encontra o cerne, a nosso ver, do diálogo intercultural proposto por esse documento internacional para a proteção dos direitos dos povos indígenas e tribais, sendo que já tivemos a oportunidade de analisar, tanto no plano teórico quanto no plano prático, seus méritos e limitações, sobretudo no tocante à aplicação de tais princípios no Brasil.

Compartilhamos aqui, do entendimento de que a "consulta" e o "consentimento livre, prévio e informado (CLPI)" podem ser considerados espécies do "processo participativo" (mas não se confundem com a mera participação)[106] e que, no âmbito da Convenção 169 da OIT são utilizados indistintamente ou mesmo como designações de fases de um mesmo processo[107], cujo momento culminante é a obtenção do consentimento propriamente dito, de forma livre, prévia e informada. O regramento básico destes dois direitos encontra-se no art. 6º, item 1, letra "a" e item 2, da Convenção 169.

Já o termo "participação", encontrado em vários dispositivos da Convenção, é utilizado para designar o meio pelo qual os povos interessados podem influir na formulação, aplicação e avaliação de planos e programas de desenvolvimento nacional e regional capazes de lhes afetar diretamente, de modo a garantir a eleição das próprias prioridades e, assim, o exercício de um controle mínimo sobre seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural. O regramento básico desse direito encontra-se posto no art. 6º, item 1, letras "b" e "c" e no art. 7º, item 1, todos da Convenção 169.

Importante desde logo referir que, tal como no âmbito do Direito Ambiental, mais especificamente da Convenção sobre a Diversidade Biológica (CDB), a aplicação desses direitos é complexa, havendo grande dificuldade de estabelecer o seu conteúdo diante da

104 Cf. Id., ibid.

105 Cf. "O que é e o que não é o direito de consulta livre prévia e informada", op. cit., "Em nível jurisprudencial, o mencionado direito de consulta prévia, também chamado de consentimento livre, prévio e informado (CLPI) tem sido reconhecido e aplicado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, no âmbito regional. No âmbito nacional, tem sido frequentemente aplicado pela Corte Constitucional da Colômbia e a Corte Suprema da Bolívia". O mesmo artigo traz interessante observação no sentido de que "já existe uma experiência internacional, sobretudo na América do Sul que permite identificar um conjunto de práticas que não se prestam à aplicação e o exercício do direito de consulta livre, prévia e informada prevista nos artigos 6º, 7º e 15." (g.n.). In: Consulta livre, prévia e informada na Convenção 169 da OIT. Especial produzido pelo Instituto Socioambiental – ISA, em parceria com a Rainforest Foundation Norway – RFN. Disponível em: <http://www.socioambiental.org./inst/esp/consulta_previa>. Acesso em: 13 jan. 2009.

106 Cf. "O que é e o que não é o direito de consulta livre, [...] op. cit.

107 Esse não é o entendimento mais consentâneo com as origens do conceito do Consentimento Livre Prévio e Informado (CLPI), que tem especificidades que a "consulta" em si não apresenta. Por exemplo, a questão da negativa do consentimento é prevista no regime do CLPI adotado na Convenção sobre a Diversidade Biológica (CDB). Entende-se que os líderes comunitários podem revogar inclusive o consentimento por razões legítimas e de boa-fé.

variedade de situações que se colocam envolvendo diferentes Estados e grupos indígenas e outros grupos tradicionais.[108]

De qualquer sorte, examinando os preceitos antes mencionados, no tocante aos direitos de consulta e consentimento livre, prévio e informado, podemos apontar, de maneira esquemática, os seguintes elementos estruturais, a saber: "quem" deve consultar e "quem" deve ser consultado (ou consentir); "quando" essa consulta (ou consentimento) deve acontecer; e "como" devem ser realizados tais procedimentos de consulta e consentimento livre, prévio e informado.

Os "interessados" na realização desses direitos, evidentemente, são os povos indígenas e tribais, que vierem a ser afetados "diretamente" por determinadas "medidas administrativas ou legislativas". Menciona, ainda, o texto da Convenção, que, ao aplicar as disposições nela contidas, os "governos" deverão consultar os "povos interessados", por meio de suas "instituições representativas" e mediante "procedimentos apropriados" (cf. letra a, item 1, do art. 6º).

O item 2, do mesmo art. 6º, por sua vez, acrescenta um requisito de "modo", ou seja, as consultas a serem realizadas com fundamento na Convenção 169 deverão ser efetuadas de "boa-fé e de "maneira apropriada às circunstâncias". A par desses elementos estruturais, o mesmo dispositivo traz uma limitação aos direitos de consulta e de consentimento livre, prévio e informado, ao dispor que, na sua realização, deverão ter como objetivo alcançar-se um "acordo" ou conseguir o "consentimento" acerca das medidas propostas. Significa dizer que, no âmbito da Convenção 169 da OIT não dispõem os "povos interessados" da possibilidade de se oporem, radicalmente, ou dizer "não", simplesmente, às medidas legislativas e administrativas que lhe são propostas pelos Estados nacionais.[109]

Importa ainda anotar que, além dos artigos já mencionados, os direitos de consulta e consentimento livre, prévio e informado são ainda mencionados em outros dispositivos

---

108 Segundo a metodologia da própria OIT, não podem ser consideradas compatíveis com os princípios do CLPI: 1) A consulta prévia não se reduz a mera informação, "a informação pertinente, clara, oportuna e imparcial deve subsidiar a adoção de qualquer decisão produzida no processo de consulta, mas isso por si só não é o suficiente para caracterizá-lo. A consulta não é um evento, é um processo de decisão e, nessa medida, a informação tem um caráter instrumental no seu desenvolvimento"; 2) O direito de consulta prévia não pode ser compreendido como um evento, uma reunião ou um encontro. Seu reconhecimento e aplicação implicam, necessariamente, a existência de um processo mutuamente acordado, com tempo suficiente e recursos próprios para sua execução. O processo de consulta deve ser anterior à adoção de uma decisão pública e deve ser levada em conta na motivação a opinião dos diretamente afetados; 3) A consulta pública não equivale literalmente à participação. A OIT tem sido cuidadosa em diferenciar o conceito genérico de participação da id concreta da consulta prévia. "Não é adequado pensar que a existência de espaços permanentes de participação para representantes dos povos indígenas e tribais em colegiados como conselhos e comitês de representação cidadã, satisfaça o cumprimento da obrigação de consulta prévia sobre qualquer decisão adotada em ditos colegiados"; 4) O Estado não pode delegar a execução do processo de consulta prévia a particulares. "O Poder Legislativo ou Executivo conforme seja o caso, é o único interlocutor legítimo dos povos interessados num processo de consulta prévia" onde estão em jogo "uma discussão de prioridades políticas" e não uma "negociação de bens privados"; 5) A consulta não é direito de veto, mas isso não significa ausência de poder vinculante. In: O que é e o que não é o direito de consentimento livre, prévio e informado", op. cit.

109 Cumpre aqui ressalvar que no XIII Encontro Nacional da Sexta Câmara de Coordenação e Revisão do MPF, realizado em 2013 na cidade de João Pessoa/PB, foi reiterada conclusão do XII Encontro Nacional, realizado em 2012, sobre a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que, entre outras determinações, prevê consulta livre, prévia e informada a povos indígenas e tribais "cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente". Para a 6ª Câmara, "o veto [dos povos indígenas e tribais] tem caráter vinculante e definitivo nos casos de risco de danos irreversíveis e irreparáveis à integridade física e cultural dos povos e comunidades afetadas. Nos demais casos, deverão ser apresentados argumentos que enfrentem as razões do veto". Disponível em: (http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/6a-camara-do-mpf-define-enunciado-sobre-indenizacao-a-ocupantes-de-terras-indigenas). Acesso em: 1º mar. 2017.

da Convenção, mas referidos a situações específicas, como é o caso do art. 16, que exige o consentimento livre, prévio e informado dos povos interessados em caso da necessidade de seu traslado das terras que ocupam, bem ainda o art. 15 que exige a consulta aos povos interessados no caso de prospecção ou exploração dos recursos existentes em suas terras.[110]

De maneira geral, os direitos de consulta e consentimento livre, prévio e informado podem ser exercidos sempre que se apresentem projetos, planos, programas e políticas, bem ainda propostas de medidas legislativas que possam atingir diretamente os povos interessados, como : emendas à CF; legislação agrária e ambiental; programas e serviços de educação e saúde; planos e programas de desenvolvimento nacional e regional; projetos de desenvolvimento; programas de reassentamento; programas de formação profissional especial; planejamento e administração de serviços de saúde e educação; criação de normas e instituições de educação especial; medidas de preservação e revitalização das línguas indígenas, entre outros tantos.

De outra parte, relembramos que a Convenção 169 pela própria natureza do organismo do qual emana, a OIT (Organização Internacional do Trabalho) – com sua estrutura tripartite, vocacionada para a negociação e a busca de consensos – proporciona aos povos interessados e aos Estados onde moram, antes uma plataforma para a ação e para o diálogo. Aliás, tal objetivo maior está expresso no art. 6º, item 2, já referido, no qual fica claro que a consulta ali prevista se destina a alcançar um acordo ou à obtenção do consentimento livre e fundamentado. Nesse passo, se de um lado a Convenção 169 não prevê expressamente o direito de veto por parte dos povos indígenas e tribais, por outro lado, o art. 4º, item 2 do seu texto, estabelece que não se poderá adotar medidas especiais em relação aos povos interessados que sejam contrárias aos desejos expressos livremente por esses povos interessados.[111] Portanto, aos Estados também não é dado o direito de imposição unilateral das medidas que possa entender cabíveis em determinado caso. A busca de uma solução consensual se impõe em qualquer hipótese.[112]

No mais, os processos de consulta e de consentimento livre, prévio e informado devem efetuar-se de boa-fé, com respeito ao princípio da representatividade e mediante

---

110 No caso de traslado de população a decisão estatal está condicionada não apenas à consulta prévia dos povos afetados, mas também ao seu consentimento prévio. A Convenção nº 169 da OIT prevê expressamente essa hipótese no artigo mencionado. No caso Saramaka vs. Suriname, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, com base no artigo 32.2 da Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas, decidiu que o consentimento é imprescindível em caso de megaprojetos que possam afetar o modo de vida dos povos indígenas. A Corte Constitucional da Colômbia possui diversos julgados no sentido da imprescindibilidade do direito à consulta e ao consentimento livre, prévio e informado que podem fornecer subsídios para uma melhor interpretação e aplicação destes direitos no Brasil.

111 Decisão proferida em 18/1/2018 pela 3ª Vara Federal de Manaus (TRF1), nos autos da ação civil pública nº 1001605-06.2017.401.3200 ajuizada pelo MPF em face da Funai e da União Federal, reconheceu a necessidade de consentimento prévio e vinculante do povo Waimiri-Atroari, nos termos do art. 6º da Convenção 169/OIT. Esclarece que "possuindo efeito vinculante, a consulta ganha a faceta de consentimento sem o qual o empreendimento não pode ser realizado na esfera administrativa". A resenha desse caso se encontra no item 3 da Parte I do presente Manual, referido como "Caso 5". Confira a íntegra da ACP no *link*: <http://www.mpf.mp.br/am/sala-de-imprensa/docs/acp-waimiri-atroari-violacoes>.

112 Na mesma linha, o artigo "O que é e o que não é o direito de consulta livre, prévia e informada", segundo o qual "O artigo 4º, nº 2 da Convenção 169 deixa assente a necessidade de se estabelecer consensos entre as iniciativas dos Estados e os interesses dos povos, outorgando natureza vinculante ao conteúdo das consultas sobre medidas especiais". In: Consulta livre, prévia e informada na Convenção 169 da OIT, cit.

procedimentos adequados[113], como referido expressamente no texto da Convenção. Consulta de boa-fé é aquela que respeita os direitos, os interesses, os valores, as necessidades, as dificuldades da parte consultada. Deve adaptar-se às especificidades de cada grupo e às circunstâncias de cada caso. Praticamente, pode-se dizer que o "procedimento apropriado" a que tantas vezes se refere a Convenção 169, sem contudo definir a expressão, apenas terá seus contornos delineados diante do caso concreto[114], pautado principalmente pelo princípio ético da boa-fé.

Quanto à representatividade, apresenta-se como uma das questões mais complexas a se enfrentar na formulação da consulta e do consentimento livre, prévio e informado, principalmente em se tratando de povos indígenas e tribais, titulares de direitos coletivos e com sistemas tradicionais de representação, que variam de grupo para grupo. Como a representatividade é um elemento essencial da consulta e do CLPI, da correta identificação dos titulares dos direitos em jogo depende a legitimidade dos respectivos processos levados a cabo pelas partes interessadas.

Em relação a esse tema, é preciso considerar que a própria Convenção 169, em vários de seus artigos, garante aos povos indígenas e tribais o respeito à sua identidade social e cultural, aos seus costumes e tradições e às suas instituições. No entanto, nada impede que, a par das instituições tradicionais sejam adotadas por esses grupos outras estruturas contemporâneas, tais como associações, eleição de dirigentes, conselhos etc. O importante é que tais instâncias representativas detenham poder de decisão, segundo o costume e tradição desses povos. Ressalva-se desde já que, embora os indígenas disponham de estatuto jurídico diferenciado, muitos aspectos são comuns às demais comunidades tradicionais. Nesse sentido, as referências que seguem são exemplificativas e nos auxiliam na reflexão de questões similares já enfrentadas por especialistas. Senão vejamos:

Para o antropólogo Beto Ricardo[115], que abordou a questão em artigo intitulado "Quem fala em nome dos índios", a pergunta aparentemente tão simples é de difícil resposta. Segundo o autor,

> Especialmente após a promulgação da nova Constituição Federal em 1988, cresceu em várias regiões do país a formalização de organizações indígenas, com diretorias eleitas em assembleias, estatutos registrados em cartório e contas bancárias próprias. Trata-se, a rigor, da incorporação, por alguns povos indígenas, de mecanismos de representação polí-

113 Para tanto, de fundamental importância os "protocolos de consulta" elaborados pelos povos e comunidades interessadas, acerca dos quais já há vasto material disponível no site da 6ª CCR/MPF, disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/protocolo-de-consulta-dos-povos-indigenas>.

114 De interesse para o presente Manual destacamos aqui o Protocolo de Consulta Quilombola, elaborado por comunidades remanescentes de quilombo que vivem em doze comunidades quilombolas no município de Santarém/PA, organizadas por meio da Federação das Organizações Quilombolas de Santarém (FOQS). Nessa publicação é explicado de forma esquemática o processo de elaboração do referido "protocolo", segundo a organização social desses grupos. Acesso à íntegra do documento pelo *link*: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/protocolo-de-consulta-dos-povos-indigenas/docs/PROTOCOLO_CONSULTA_WEBmin.pdf>.

115 RICARDO, Carlos Alberto. Quem fala em nome dos índios? (II) In: INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. *Povos indígenas no Brasil: 1991-1995*. Carlos Alberto Ricardo Editor: São Paulo, 1996, p. 90-94.

> tica por delegação, para poder lidar com o mundo institucional, público e privado, da sociedade nacional e internacional e tratar de demandas territoriais (demarcação e controle de recursos naturais), assistenciais (saúde, educação, transporte e comunicação) e comerciais (colocação de produtos no mercado).

O autor refere ainda que, àquela altura, no âmbito local predominavam as instituições políticas tradicionais (tais como, Casa dos Homens, Conselho de Velhos etc.) que têm eficácia reguladora sobre as interferências externas, resistindo às imposições de funcionários de agências governamentais que estão sempre à procura de um "chefe" com quem tratar.[116] Identifica, ainda, uma dificuldade dos índios brasileiros construírem formas estáveis e permanentes de representação de interesses (diferentemente dos indígenas de outros países latino-americanos, como Bolívia, Equador etc.) devido a sua "base profundamente diversa e dispersa". No entanto, entende fundamental o reconhecimento e a valorização dessas formas indígenas que podem apresentar características "locais", "faccionais" ou "descentralizadas" de se organizar e representar, em face mesmo dos direitos de consulta, previstos também na CF, citando, inclusive a importância de que sejam realizadas *in loco*, "garantindo condições adequadas de expressão em língua nativa" o que "aumenta a probabilidade de se saber o que realmente um determinado povo indígena está pensando e querendo".[117]

Também a questão da "tutela" prevista no Estatuto do Índio, embora se encontre totalmente superada em face do disposto nos arts. 231 e 232 da Constituição Federal e da Convenção 169 da OIT, muitas vezes se coloca, internamente, como empecilho para que os povos indígenas possam diretamente, por meio de seus representantes tradicionais, exercer os seus direitos, inclusive no tocante à outorga de consentimento livre, prévio e informado.

Nesse passo, foi elaborada, em 2006, uma "Solicitação Direta Individual" pela Comissão de Experts e Aplicação de Convênios e Recomendações (CEACR) da OIT, anotando o recebimento da primeira memória elaborada pelo Governo brasileiro com a participação da Fundação Nacional do Índio (Funai), solicitando uma série de esclarecimentos e fazendo recomendações sobre o cumprimento dos dispositivos da Convenção. Dentre elas, percebe-se uma especial preocupação com a manutenção, na legislação infraconstitucional, da tutela legal da União sobre os povos indígenas, encarecendo aquela Comissão que a novel legislação em matéria indígena, ainda em fase de consolidação, leve em conta tais

116 Cf. Id., ibid., p. 91.

117 A questão da "estabilidade" nas relações com os indígenas brasileiros foi abordada da seguinte maneira pelo antropólogo Eduardo Viveiros de Castro em entrevista ao Jornal O Estado de São Paulo, de 20/4/2008: "[...] para os indígenas, cada ser é um centro de perspectivas no universo. Se eles fizessem ciência, certamente seria muito diferente da nossa, que de tão inquestionável nos direciona a Deus, ao absoluto, a algo que não podemos refutar, só temos de obedecer. Os índios não acreditam na ideia de crer, são indiferentes a ela, por isso nos parecem tão pouco confiáveis (risos). No sermão do Espírito Santo, padre Antonio Vieira diz que seria mais fácil evangelizar um chinês ou um indiano do que o selvagem brasileiro. Os primeiros seriam como estátuas de mármore, que dão trabalho para fazer, mas a forma não muda. O índio brasileiro, em compensação, seria como a estátua de murta. Quando você pensa ela está pronta, lá vem um galho novo revirando a forma." In: Aliás: a semana revista. p. J4-J5. Entrevista concedida a Flávio Pinheiro e Laura Greenhalgh.

incompatibilidades, proporcionando aos povos indígenas a necessária assistência e proteção tanto da Funai quanto do Ministério Público Federal, de forma alternativa ao modelo da tutela prevista no Estatuto do Índio (item 11 da solicitação da CEACR).[118]

Ainda em relação ao procedimento de consulta previsto no art. 6º da Convenção, a Comissão de Experts, a que já nos referimos anteriormente, houve por bem solicitar informações sobre a maneira como tem sido realizada no Brasil, se respeitados os seus requisitos fundamentais (prévia, por meio das instituições representativas dos povos indígenas e mediante procedimentos apropriados). Em relação à consulta prevista no art. 15 da Convenção 169, a Comissão de Experts reconhece a complexidade da matéria e manifesta preocupação com eventual prejuízo aos interesses dos povos indígenas por ocasião da autorização de medidas de prospecção minerária e de outros recursos existentes em terras indígenas.

Do exposto pode-se aquilatar o grau de importância que se confere, dentro da OIT, aos direitos de consulta e consentimento livres, prévios e informados estampados na Convenção 169, configurando, a nosso ver, verdadeiros direitos fundamentais dos povos indígenas e outras comunidades tradicionais, tais como as quilombolas, na linha da argumentação já desenvolvida. Apenas adiantamos que o elemento nuclear do princípio da dignidade humana que confere a nota da fundamentalidade a tais direitos reside, justamente, em bens e valores referidos à autonomia e à autodeterminação desses povos. Razão pela qual não concordamos com quem lhes atribui caráter meramente instrumental ou procedimental ou, ainda, de meio ou ferramenta de defesa do conjunto de outros direitos "materiais" dos povos indígenas e comunidades tradicionais[119]. Estas denominadas "garantias" fundamentais são, na verdade, autênticos direitos subjetivos, já que umbilicalmente ligadas aos direitos fundamentais, bem como por assegurarem aos seus titulares a possibilidade de exigir dos poderes públicos o respeito e a efetivação destes. Além do que, permitir-se aos povos interessados expressarem-se na esfera pública e participarem na esfera política, por si mesmo, confere-lhes dignidade e proporciona-lhes visibilidade perante os demais membros da sociedade nacional.

118 Cf. Relatório do grupo de experts/CEACR, 2006, op. cit.
119 É o caso de certa passagem do artigo "O que é e o que não é o direito de consulta livre, prévia e informada na Convenção 169 da OIT", op. cit.

3. A consulta livre, prévia e informada no Judiciário brasileiro

Fabiana Keylla Schneider

A Convenção OIT nº 169 possui efeito vinculante sobre o ordenamento jurídico brasileiro diante de seu nítido conteúdo normativo de direitos humanos. Goza, portanto, de ***status* materialmente constitucional**. Ela garante aos "povos indígenas e tribais" a proteção de direitos humanos de natureza econômica, social e cultural e de direitos difusos e coletivos reconhecidos internacionalmente. É parâmetro interpretativo da Convenção Americana de Direitos Humanos e fundamento dos principais casos julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em matéria socioambiental, sistema do qual a República Federativa do Brasil é parte.

Esses fatores lhe garantem ainda status normativo supralegal em âmbito interno, em face dos precedentes do Supremo Tribunal Federal (RE 466.343 e HC 87.585) que determinaram a supralegalidade dos tratados de direitos humanos frente à norma infraconstitucional. Significa dizer que a Convenção OIT nº 169 tem índole e nível constitucional, e, portanto, é norma que possui aplicação imediata.

Desde a ratificação (19/6/2002, por meio do Decreto Legislativo nº 142/2002) e a promulgação (Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004) da Convenção OIT nº 169 pela República Federativa do Brasil, temos visto uma afirmação bastante incipiente nos tribunais nacionais sobre a consulta livre, prévia e informada.

Nos últimos anos, todavia, diversas decisões de primeira e segunda instâncias têm demonstrado avanços do tema no Judiciário (com destaque aos Tribunais Regionais Federais da 1ª e da 4ª Regiões), o que é essencial para que a afirmação do direito em questão, notadamente no contexto de desconhecimento do conteúdo normativo da Convenção OIT nº 169 pelos órgãos da Administração Pública.

Vejamos alguns desses casos:

CASO 1: POLO NAVAL DE MANAUS

No ano de 2015, a Terceira Turma do TRF da 1ª Região, sob relatoria do desembargador Federal Ney Bello, manteve decisão de primeira instância que determinou a "suspensão de todas as medidas atinentes ao projeto de implantação do Complexo Naval Mineral e Logístico, enquanto não realizada a consulta livre, prévia e informada das comunidades tradicionais ribeirinhas que vivem na região, nos termos dos artigos 6 e 15 da Convenção nº 169/OIT."

O acórdão proferido no agravo de instrumento nº 0031507-23.2014.4.01.0000/AM seguiu assim ementado:

> PROCESSUAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DESAPROPRIAÇÃO. IMPLANTAÇÃO DO PÓLO NAVAL DE MANAUS/AM. COMUNIDADES RIBEIRINHAS. CONSULTA PRÉVIA. OBRIGATORIEDADE. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CONVENÇÃO INTERNACIONAL. BRASIL. PAÍS SIGNATÁRIO. OBSERVÂNCIA. PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL COMPLEXA. NECESSIDADE.
> 1. Não foram infirmados no presente recurso os fundamentos da decisão agravada, que deram azo à determinação de que tanto a União quanto o Incra não realizassem nenhuma transferência de seus imóveis, a qualquer título, para o Estado do Amazonas, além da proibição de retirar ou remover as comunidades ribeirinhas de suas terras durante o curso da ação civil pública em trâmite no Juízo de origem.
> 2. Para a implantação do Pólo Naval no Estado do Amazonas, faz-se necessária a observância às normas supralegais – Convenção 169 da OIT, Convenção da Diversidade Biológica e Declaração Universal Sobre a Diversidade Cultural, da qual o País é signatário –; constitucionais – artigos 215 e seu § 1º, 216, 231 e 232 –; e infraconstitucionais referentes à proteção dos direitos inerentes às populações tradicionais.
> 3. A ausência de consulta prévia e livre e consentimento claro das comunidades tradicionais envolvidas no processo expropriatório torna a implantação ilegal e ilegítima.
> 4. Nas informações prestadas pelo Juízo de origem constata-se que a ação civil pública encontra-se conclusa para decisão em razão do Estado do Amazonas ter pugnado, na fase de especificação de provas, pela produção de prova pericial complexa, para fins de realização de exame, vistoria por parte de engenheiros ambientais e antropólogos, com o fito de serem fixados quais seriam os impactos a serem sofridos pelas comunidades ribeirinhas supostamente afetadas pela implantação do Pólo Naval e ainda, se haveria comunidade diretamente afetada pelo empreendimento.
> 5. Diante do quadro fático apresentado, afigura-se necessária a manutenção da decisão agravada.
> 6. Agravo de instrumento da União não provido.
> O caso ganha relevância ao tratar especificamente de comunidades ribeirinhas protegidas pela Convenção OIT n. 169.

CASO 2: PROJETO PORTUÁRIO NA GRANDE ÁREA DO MAICÁ

Em maio de 2016, o desembargador Federal Souza Prudente, ao analisar o Agravo de Instrumento 0027843-13.2016.4.01.0000/PA, manteve decisão liminar proferida nos autos da ação civil pública 00377-75.2016.4.01.3902/Santarém, que determinou a

> suspensão do procedimento de licenciamento ambiental do terminal portuário da EMBRAPS – EMPRESA BRASILEIRA DE PORTOS DE SANTARÉM LTDA, na grande área do Maicá e de qualquer ato visando o empreendimento, até que seja demonstrada a efetiva realização de do procedimento de consulta livre, prévia e informada às populações quilombolas e tradicionais situadas na sua área de influência direta.

Segundo o relator:

> Com efeito, conforme bem consignou o juízo monocrático, a consulta prévia, livre e informada às comunidades quilombolas e às demais populações tradicionais, localizadas na área de influência direta do empreendimento em referência não se efetivou, em manifesta violação às normas da mencionada Convenção 169/OIT, fato esse, inclusive, expressamente confessado pela agravante, em sua peça recursal, na dicção de que essa consulta estaria sendo feita, como condicionante do licenciamento ambiental do empreendimento descrito nos autos.
> De ver-se, porém, que, em se tratando de consulta prévia, a sua realização haverá de preceder o próprio ato de autorização do empreendimento, hipótese não ocorrida, na espécie, não se podendo admitir a sua inclusão como mera condicionante a ser cumprida durante o respectivo licenciamento ambiental, por se tratar de condição sine qua non para a sua realização [...]

A decisão foi confirmada, à unanimidade, pela Quinta Turma do TRF da 1ª Região, em 3 de maio de 2017.

Importante destacar que o desembargador Souza Prudente registra que a realização de consulta prévia há de preceder o próprio ato de autorização do empreendimento. Ou seja, a mera intenção de se construir empreendimento em área que interfira no modo de vida de uma comunidade tradicional já é marco temporal inicial para a realização da consulta livre, prévia e informada.

E de outra forma não poderia ser. Do contrário, não seria prévia.

Nesse sentido, com base na Convenção Americana, na Convenção OIT nº 169, na Convenção de Viena sobre os Tratados, nas decisões socioambientais interamericanas, na jurisprudência internacional e nos princípios e costumes de direitos humanos, a Corte

Interamericana de Direitos Humanos determinou no caso Sarayaku Vs. Equador que, em respeito aos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais dos povos indígenas, o Estado deve consultar os povos sempre que qualquer medida for suscetível de atingi-los.

A Corte é taxativa sobre o momento dessa consulta: deve ocorrer em todas as fases de um projeto, incluindo as fases de seu planejamento, e sempre antes que uma medida ou ato legislativo ou administrativo for passível de afetá-los:

> B.4 A obrigação do Estado de garantir o direito à consulta do Povo Sarayaku161. [...] Esta Corte tem declarado que os tratados de direitos humanos são instrumentos vivos, cuja interpretação deve considerar a evolução dos tempos e as condições de vida atuais. Tal interpretação evolutiva é consistente com as regras gerais de interpretação previstas no artigo 29 da Convenção Americana e na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Neste sentido, este Tribunal tem afirmado que ao dar interpretação a um tratado não se tomam em conta apenas os acordos e instrumentos formais relacionados com este (artigo 31.2 da Convenção de Viena), mas também o sistema dentro do qual se insere (artigo 31,3 do mesmo instrumento). Da mesma forma, o Tribunal tem considerado que ele poderia "abordar a interpretação de um tratado sempre que esteja diretamente relacionada com a proteção dos direitos humanos em um Estado-Membro do sistema interamericano", embora este instrumento não seja do sistema regional de proteção. A este respeito, a corte tem interpretado o artigo 21 da Convenção, à luz da legislação nacional sobre os direitos dos membros dos povos indígenas e tribais nos casos da Nicarágua, Paraguai e Suriname, por exemplo, bem como tomando em conta a Convenção N º 169 (tradução livre)
>
> Artigos 13 a 19 da Convenção se referem aos direitos dessas populações sobre suas terras e territórios "e os artigos 6, 15, 17, 22, 27 e 28 regulam as diferentes hipóteses nas quais devem ser aplicadas a consulta prévia, livre e informada nos casos em que se prevêem medidas suscetíveis de afetá-los. Vários Estados-Membros da Organização dos Estados Americanos, por meio de sua legislação interna e pelos seus mais altos tribunais têm incorporado as normas acima. [...] (tradução livre)
>
> Além disso, vários tribunais nacionais dos Estados na região, que ratificaram a Convenção n º 169 têm se referido ao direito à consulta prévia em conformidade com as suas disposições. Nesse sentido, cortes superiores da Argentina, Belize, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Equador, Guatemala, México, Peru e Venezuela têm indicado a necessidade de respeitar as regras de consulta prévia e da Convenção. Outros tribunais de países que não ratificaram a Convenção N º 169 têm se referido a necessidade de realizar consultas prévias com as comunidades indígenas, au-

tóctones ou tribais, sobre qualquer medida administrativa ou legislativa que lhes afeta diretamente, bem como a exploração de recursos naturais em seu território. Assim, se observa uma evolução jurisprudencial semelhante por parte de tribunais superiores dos países da região, como o Canadá ou os Estados Unidos da América, ou de fora da região como Nova Zelândia. Ou seja, a obrigação de consulta, além de ser uma regra convencional, também é um princípio geral do direito internacional. [...]
166. A obrigação de consultar as comunidades e povos indígenas e tribais sobre toda medida administrativa ou legislação que afete seus direitos reconhecidos na regulamentação nacional e internacional, bem como a obrigação de garantir os direitos dos povos indígenas à participação nas decisões de questões que afetam seus interesses, têm relação direta com a obrigação geral de garantir o livre e pleno exercício dos direitos reconhecidos na Convenção (artigo 1.1) (tradução livre).
[...]
167. Considerando que o Estado deve garantir esses direitos à consulta e participação em todas as etapas de planejamento e desenvolvimento de um projeto que pode afetar o território em que se situa uma comunidade indígena ou tribal, ou outras direitos indispensáveis à sua sobrevivência como povo, esses processos de diálogo e de consenso devem realizar-se a partir dos estágios iniciais de desenvolvimento ou planejamento da medida proposta, de modo que os povos indígenas possam realmente participar e influenciar o processo de tomada de decisão, de acordo com as normas internacionais . [...] Neste sentido, o Estado deve garantir que os direitos dos povos indígenas não sejam negligenciados em qualquer atividade ou acordo que façam com particulares ou em momentos de decisão política que afetem seus direitos e interesses. Assim, nesse caso, o Estado deve realizar tarefas de fiscalização e controle na aplicação, e implementar, quando apropriado, maneiras eficazes de fazer cumprir esse direito por meios judiciais competentes [...].
B.5 A implementação do direito à consulta no caso do povo Sarayaku
177. A corte estabeleceu que, para garantir a participação efetiva de membros de um povo ou comunidade indígena nos planos de desenvolvimento ou de investimento dentro de seus territórios, o Estado tem o dever de consultar ativamente a comunidade, de maneira informada e de acordo com seus costumes e tradições, como parte de comunicação permanente entre as partes. Além disso, as consultas devem ser feitas de boa-fé, mediante procedimentos culturalmente apropriados e deve ter como fim chegar a um acordo. Além disso, consultar o povo ou da comunidade, de acordo com suas próprias tradições, nos estágios iniciais de dos planos de desenvolvimento ou de investimento e não apenas quando surge a ne-

cessidade de obter a aprovação da comunidade, se este for o caso. O Estado deve garantir que os membros da aldeia ou a comunidade estejam ciente dos benefícios e riscos potenciais, para que eles possam avaliar se aceitam o plano de desenvolvimento ou investimento proposto. Finalmente, a consulta deve levar em conta as práticas tradicionais dos povos ou de decisão a nível comunitário. O não cumprimento desta obrigação, ou realizar a consulta sem observar as características essenciais envolvem a responsabilidade internacional dos Estados.

178. Equivale então a determinar a forma e sentido em que o Estado tem a obrigação de garantir o direito à consulta do povo Sarayaku e se os atos da concessionária, que o Estado indicou como formas de "socialização" ou de busca de "entendimento", satisfazem critérios mínimos e os requisitos essenciais de um processo de consulta válida à comunidades indígenas sobre os seus direitos de propriedade comunal e identidade cultural. Para isso, deve analisar os fatos recapitulando alguns dos elementos essenciais do direito de consulta, tendo em conta as normas e a jurisprudência interamericana, a prática dos Estados e a evolução do direito internacional. A análise será feita na seguinte ordem: O caráter prévio da consulta, b) a boa fé e o propósito de chegar a um acordo, c) consulta adequada e acessível; d) o estudo de impacto ambiental, e, e) consulta informada.

179. Necessário esclarecer que, é dever do Estado e não dos Povos Indígenas demonstrar efetivamente que no caso concreto todas as dimensões do direito de consulta prévia foram efetivamente garantidas.

a) A consulta deve ser realizada em caráter prévio

180. Em relação ao momento em que se deve realizar a consulta, o artigo 15.2 do n º da Convenção 169 afirma que "os governos deverão estabelecer ou manter procedimentos através dos quais devem consultar os povos interessados, a fim de determinar se os interesses deles poderiam ser prejudicados, e em que medida, antes de empreender ou autorizar qualquer programa de prospecção ou exploração dos recursos existentes em suas terras. "Neste caso, o Tribunal observou que se deve consultar, de acordo com suas próprias tradições dos povos indígenas, nos estágios iniciais de desenvolvimento ou plano de investimento e não apenas quando surge a necessidade de obter a aprovação da comunidade, se fosse o caso, pois o alerta precoce permite tempo suficiente para a discussão interna dentro das comunidades e para dar uma resposta adequada ao Estado.

181. A este respeito, a Comissão de Peritos da OIT estabeleceu, ao considerar uma queixa alegando violação pela Colômbia da Convenção 169 da OIT, que a exigência de consulta prévia implica que deve ser feita an-

> tes de se tomar a medida ou se fazer o projeto que é suscetível de afetar as comunidades, incluindo as legislativas e que as comunidades afetada sejam envolvidas o mais cedo possível no processo. No caso de consulta prévia à adoção de uma medida legislativa, os povos indígenas devem ser consultados com antecedência em todas as fases de regras de produção, e essas consultas não devem ser limitadas às propostas.
> 187. Deve-se ressaltar que a obrigação de consultar é de responsabilidade do Estado, de modo que o planejamento e a condução do processo de consulta não é um dever que pode ser evitado através da delegação a uma empresa privada ou de terceiros, muito menos na mesma empresa interessada em explorar recursos no território objeto de consulta à comunidade. O Tribunal tem como uma garantia de não-repetição, que no eventual caso em que se pretende realizar atividades ou projetos de exploração ou extração de recursos naturais, ou planos de investimento ou desenvolvimento de qualquer outra índole que impliquem afetação do território Sarayaku ou aspectos essenciais de sua visão de mundo ou de sua vida e identidade cultural, o povo Sarayaku deve ser prévio, adequado e efetivamente consultados, em plena conformidade com as normas internacionais aplicáveis à matéria.
> 300. O Tribunal observa a este respeito que os processos de participação e consulta devem ser realizados de boa-fé em todas as fases de preparação e planejamento de qualquer projeto desta natureza (tradução livre, grifamos)
> É de se rememorar que a República Federativa do Brasil reconheceu a competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos – COIDH, ou seja, está vinculada às normas presentes nos documentos da Comissão Interamericana de Direitos Humanos – CIDH e na jurisprudência da COIDH, conforme se verifica pelo art. 1º do Decreto nº 4.463/2002:
> Art. 1º É reconhecida como obrigatória, de pleno direito e por prazo indeterminado, a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969, de acordo com art. 62 da citada Convenção, sob reserva de reciprocidade e para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998. [grifado]

CASO 3: PROJETO DA UHE SÃO LUÍS DO TAPAJÓS

Em sede de suspensão de liminar e de sentença (autos nº 1745/PA), o então ministro presidente do STJ, Felix Fischer, decidiu pela continuidade dos estudos preliminares para o projeto da UHE. Entretanto, ao final, registrou que:

> Nada obstante, entendo que, para se dar fiel cumprimento aos dispositivos da Convenção, o Governo Federal deverá promover a participação de todas as comunidades, sejam elas indígenas ou tribais, a teor do seu art. 1º, que podem ser afetadas com a implantação do empreendimento, não podendo ser concedida a licença ambiental antes da sua oitiva.

Assim, para fins de projeto de usina hidrelétrica, o ministro Felix Fischer condicionou a concessão da respectiva licença ambiental à realização da consulta prévia de todas as comunidades, indígenas ou tribais, nos termos da Convenção OIT nº 169.

CASO 4: PROJETO DA UHE TELES PIRES

Em 5 de dezembro de 2016, após anos de litígio, ao julgar o recurso de apelação na ação civil pública de autos nº 3947-44.2012.4.01.3600/MT, a Quinta Turma do TRF da 1ª Região, sob relatoria do desembargador federal Souza Prudente, manteve a decisão de primeira instância que suspendeu o licenciamento da UHE Teles Pires, até que seja realizada a consulta livre, prévia e informada.

CASO 5: CONSTRUÇÃO DA BR-174 (MANAUS-BOA VISTA) DURANTE O REGIME MILITAR

DECISÃO PROFERIDA em 18/1/2018 pela 3ª Vara Federal de Manaus (TRF1) nos autos da ação civil pública nº 1001605-06.2017.401.3200 ajuizada pelo MPF em face da Funai e da União Federal, onde se pleiteou, dentre uma série de outros pedidos, a concessão de provimento jurisdicional que declare a violação de direitos fundamentais do povo Waimiri-Atroari (Kinja), em razão da construção da BR-174 (Manaus – Boa Vista) durante a época do regime militar e que condene o Estado Brasileiro a adotar medidas de reparação. Requereu-se, ademais, que os réus se abstenham de adotar qualquer medida legislativa ou administrativa que tenha impacto sobre o território Waimiri-Atroati ou de realizar empreendimentos na área se não houver o consentimento prévio e vinculante do povo Waimiri-Atroari, nos termos do art. 6º da Convenção nº 169/OIT, bem como se abstenham de promover a incursão de militares na área sem o prévio consentimento do povo Waimiri-Atroari, a ser obtido nos termos do art. 6º da Convenção nº 169/OIT e vedação da condução de assuntos referentes a direitos indígenas do povo Waimiri-Atroari por agentes e órgãos militares.

Em sede de tutela de urgência e especificamente com relação ao pedido de que as rés se abstenham de realizar empreendimentos na área se não houver o consentimento prévio e vinculante do povo Waimiri-Atroari, nos termos do art. 6º da Convenção nº 169/OIT, a magistrada entendeu que assiste razão ao MPF.

Fundamentou a decisão esclarecendo que o direito de consulta assume diferentes graus de influência sobre a decisão governamental, chegando a possuir ou não efeito vinculante. Sem o efeito vinculante, a consulta refere-se à tomada de opinião da comunidade sobre determinado tema, de forma que a oposição do grupo não obsta a realização do empreendimento, sendo necessária a efetivação de medidas compensatórias para aquele povo. Possuindo efeito vinculante, a consulta ganha a faceta de consentimento, sem o qual o empreendimento não pode ser realizado na esfera administrativa.

Para a magistrada, da redação do item 2 do art. 6 da Convenção 169 da OIT sobressai o comando de que o objetivo da consulta aos povos indígenas é chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas proposta. Para ela, fica claro que o fim da consulta é obter um consentimento, ou seja, uma autorização da comunidade afetada, até mesmo porque a "Declaração das Nações Unidas sobre o Direito dos Povos Indígenas" também traz disposição semelhante à Convenção 169 da OIT, em seus artigos 18 e 19.

Orientando-se pela jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, deferiu-se parcialmente a tutela de urgência pretendida, sob o fundamento de que, como regra, o dever de consulta não tem natureza vinculante, não obstante deva sempre ser levado em consideração, até mesmo diante da necessidade de medidas mitigadoras. Contudo, quando o empreendimento na terra indígena for capaz de causar impacto em grande escala no território (tais como atividade de mineração e instalação de hidrelétricas), a obrigação do Estado não é apenas de consulta, mas de obter o consentimento daquele povo, sem que isso signifique se está subjugando os projetos estatais ao livre arbítrio das comunidades indígenas, uma vez que a própria Constituição ressalva a possibilidade de que nenhuma lesão ou ameaça a direito será excluída da apreciação do Poder Judiciário.

Confira a íntegra da ACP em: <http://www.mpf.mp.br/am/sala-de-imprensa/docs/acp-waimiri-atroari-violacoes>.
Confira íntegra da decisão judicial em: <http://www.mpf.mp.br/am/sala-de-imprensa/docs/decisao-liminar-acp-waimiri-atroari-ditadura>.

CASO 6: EMPREENDIMENTO RESIDENCIAL CIDADE JARDIM (RIO TAPAJÓS-PARÁ)

Decisão proferida em 15/1/2018 pela 2ª Vara Federal Cível e Criminal da SSJ de Santarém-PA nos autos da ação civil pública n.º 1000398-97.2017.4.01.3902 ajuizada pelo MPF em face do ESTADO DO PARÁ, MUNICÍPIO DE SANTARÉM e SISA SALVAÇÃO EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA - ME, versando sobre o licenciamento ambiental do empreendimento Residencial Cidade Jardim, que culminou na expedição da Licença Prévia SEMMA n.º 022/2017 e Licença de Instalação SEMMA nº 037/2017, na qual se sustenta a ocorrência de

danos socioambientais em desfavor do Lago do Juá, do rio Tapajós e pescadores tradicionais da região.

Em suma, o Ministério Público alegou – além de inúmeras irregularidades no licenciamento ambiental do empreendimento e evidências de atos de improbidade administrativa (objeto de ação civil pública e ação penal própria) –, que a retirada, pelo empreendimento, de cobertura vegetal está gerando o assoreamento e dano ambiental tanto ao Lago do Juá, quanto ao Rio Tapajós, causando impactos socioambientais, especialmente sobre os pescadores artesanais que se utilizam para o exercício de sua atividade de subsistência, do Lago do Juá.

Nesse sentido, sustentou, ainda, o MPF, que a Convenção 169 da OIT impõe a realização de consulta prévia, livre e informada às populações tradicionais, razão pela qual o empreendimento não pode prosseguir.

Em sede de liminar e especificamente com relação ao pedido de que as rés observem a consulta livre, prévia e informada às populações tradicionais impactadas pelo empreendimento, o magistrado entendeu que assiste razão ao MPF, fundamentando a decisão no sentido de que as disposições da Convenção 169 da OIT se aplicam aos ribeirinhos e pescadores tradicionais, através de uma análise conjugada do artigo 1º, 1. "a", da Convenção, com os arts. 215, §1º e 216 da CF/88.

Evidenciou, que no caso em análise, houve o não cumprimento do disposto na mencionada Convenção, ressaltando que o procedimento da consulta livre, prévia e informada deve ser adotado antes de qualquer conduta administrativa e não se confunde com a audiência pública relativa ao procedimento de licenciamento ambiental, exigível nos casos em que previsto significativo impacto ambiental (prevista no art. 3º da Resolução CONAMA nº 237/1997).

Em suma, deferiu parcialmente os pedidos liminares, ressaltando-se a determinação para que a requerida Salvação Empreendimentos Imobiliários LTDA se abstenha de realizar qualquer intervenção na área objeto da ação (Residencial Cidade Jardim) com o fito de implantação do empreendimento, inclusive com suspensão imediata da venda de lotes, até que seja providenciada a regularização do licenciamento ambiental junto à Secretaria Estadual de Meio Ambiente e Sustentabilidade do Pará (Semas), mediante elaboração de Estudo de Impacto Ambiental e o respectivo Relatório de Impacto Ambiental e consulta livre, prévia e informada com os pescadores artesanais afetados a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho.

Confira a íntegra da ACP por meio do *link* da notícia: <http://www.mpf.mp.br/pa/sala-de-imprensa/noticias-pa/mpf-e-mppa-ajuizam-acao-conjunta-para-cancelamento-das-licencas-concedidas-a-buriti-imoveis-em-santarem>.
Confira a íntegra da decisão por meio do *link* da notícia: <http://www.mpf.mp.br/pa/sala-de-imprensa/noticias-pa/justica-suspende-licencas-para-obra-de-residencial-que-assoreou-o-lago-jua-em-santarem>.

Os precedentes judiciais não se exaurem aqui. Outros casos relevantes já foram apreciados pelos tribunais, podendo ser notada uma tímida tendência à efetivação do direito dos povos tradicionais à consulta livre, prévia e informada, quando medidas administrativas possam lhes afetar diretamente.

Além do desafio de fortalecer a consolidação do respeito ao direito à consulta livre, prévia e informada, outros tantos pontos referentes à consulta se mostram presentes a desafiar a atuação do Ministério Público brasileiro. Destaco dois:

O primeiro deles é alargar o espectro das decisões judiciais para que passem a contemplar a forma como a consulta há de ser realizada, conforme precedentes firmados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, ou seja, seguindo o tradicional e peculiar modo de decisão de cada uma das comunidades afetadas, no tempo demandado por esse modo e de acordo com o protocolo de consulta por elas mesmas construído.

O segundo desafio é lidar com o famigerado instituto da suspensão de segurança, que tem sido utilizado como instrumento viabilizador de empreendimentos econômicos em detrimento dos direitos dos povos tradicionais. Não raras vezes, decisões judiciais que examinaram proficuamente complexos casos são suspensas por decisões proferidas em suspensão de segurança pouco esclarecedoras das razões que a fundamentam.

II

A titulação das terras de quilombos em diferentes contextos institucionais

1. Intervenções nos procedimentos de identificação, reconhecimento e titulação de territórios quilombolas

Leandro Mitidieri Figueiredo

A intervenção ou participação de outros órgãos e entidades – e até de outros interessados e afetados – no procedimento de regularização de terras quilombolas esteve presente em todas as regulamentações.

O anterior Decreto nº 3.912/2001 previa:

> 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;
> IV – delimitação das terras consideradas suscetíveis de reconhecimento e demarcação;
> V – parecer jurídico.
> § 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 – Incra e outros órgãos e entidades da Administração Pública Federal ou empresas privadas, de acordo com a natureza das atividades.
> § 3º Concluído o relatório técnico, a Fundação Cultural Palmares – FCP o remeterá aos seguintes órgãos, para manifestação no prazo comum de trinta dias:
> I – Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – IPHAN;
> II – Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA;

> III – Secretaria do Patrimônio da União – SPU;
> IV – Fundação Nacional do Índio – FUNAI;
> V – Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – Incra.

Já no atual Decreto nº 4.887/2003 é previsto:

> 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.

Essas intervenções e participações almejam a cooperação entre os órgãos e entidades públicas federais, dos vários setores envolvidos, assim como a consideração por todos os interesses envolvidos, estando contidas em um sentido amplo de devido processo legal (art. 5º, incisos LIV e LV, da CR), oportunizando um contraditório não só àqueles que possam vir a ser privados dos seus bens, mas também aos representantes desses outros interesses que possam vir a ser afetados.

Ainda, a participação no procedimento de todos os setores interessados está em consonância com o que o filósofo alemão Jürgen Habermas chamou de agir comunicativo, na obra Teoria do Agir Comunicativo[1], de 1981, que se refere ao entendimento discursivo entre sujeitos capazes de falar e agir. Agir comunicativamente é relativizar as enunciações diante da possibilidade de que a validade delas seja contestada por outros atores. Essa disposição para a relativização pressupõe o reconhecimento dos outros participantes da comunicação.

Para uma ideia do papel de cada órgão ou entidade no procedimento, é bom ter em conta que a nomenclatura deles frequentemente muda, de modo que o importante é verificar suas atribuições.

1 HABERMAS, Jürgen. *Teoria do Agir Comunicativo* 1: racionalidade da ação e racionalização social. Tradução Paulo Astor Soethe. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

A. Iphan

A participação do Iphan representa a atenção à questão do patrimônio histórico e cultural no procedimento. Prevê a Constituição da República:

> Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.
> § 1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.
> [...]
> § 1º O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.
> [...]
> § 5º Ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos.

Já o Decreto nº 4.887/2003 prevê:

> 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.
> 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.

A Lei nº 12.288/2010 – Estatuto da Igualdade Racial reforça:

> Art. 18. É assegurado aos remanescentes das comunidades dos quilombos o direito à preservação de seus usos, costumes, tradições e manifestos religiosos, sob a proteção do Estado.
> Parágrafo único. A preservação dos documentos e dos sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos, tombados nos termos do § 5º do art. 216 da Constituição Federal, receberá especial atenção do poder público.

A atuação do Iphan (ou de qualquer que seja a entidade do setor de patrimônio cultural) deveria ser de grande relevo na regularização quilombola, por meio dos instrumen-

tos do tombamento e do registro. Mas, como ressalta Beatriz Accioly Vaz, no trabalho Quilombos e Patrimônio Cultural: reflexões sobre direitos e práticas no campo do patrimônio[2]:

> Apesar das previsões normativas contidas na legislação relacionada à temática patrimonial que diz respeito à questão quilombola, até o presente, pouco se caminhou no campo das práticas e políticas do Iphan a esse respeito. O Estatuto da Igualdade Racial de 2010 (Lei nº 12.288 de 20 de julho de 2010) reafirma a importância do tombamento dos 'documentos e sítios detentores de reminiscências dos antigos quilombos', contudo, não existe ainda no âmbito do Iphan nenhuma normativa que trate sobre essa temática e essa questão permanece sem resolução, com vários processos de tombamento de quilombos em aberto e uma conceituação de 'quilombos' ultrapassada. É sintomático dessa situação o fato de apenas dois quilombos, não mais ocupados por quilombolas, terem sido tombados até hoje - dentre os doze processos já abertos no Iphan para tombamento de quilombos - a Serra da Barriga, antigo Quilombo dos Palmares, e os 'Remanescentes do antigo Quilombo do Ambrósio', não ocupados atualmente por populações que se reconhecem como quilombolas, ou remanescentes de quilombo, mas territórios historicamente consagrados como lugares em que existiram quilombos, na concepção mais restrita do termo.

Assim, sendo o caso de existirem reminiscências históricas dos antigos quilombos, deve-se provocar a atuação da entidade do setor de patrimônio cultural.

B. Ibama/ICMBio

A preocupação aqui é com a questão ambiental, em especial com a sobreposição das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos com unidades de conservação constituídas.

O Decreto nº 4.887/2003 prevê que o Incra e o Ibama tomarão as medidas cabíveis visando garantir a sustentabilidade dessas comunidades, conciliando o interesse do Estado. A questão da referida sobreposição será tratada em tópico específico, mas é de ressaltar aqui que a entidade a ser ouvida hoje, no tocante a unidades de conservação, é, nos termos da Lei nº 11.516/2007, o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio), que detém a atribuição de:

2 VAZ, Beatriz Accioly. ***Quilombos e patrimônio cultural:*** reflexões sobre direitos e práticas no campo do patrimônio. Rio de Janeiro: Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, 2014, p. 80.

> I – executar ações da política nacional de unidades de conservação da natureza, referentes às atribuições federais relativas à proposição, implantação, gestão, proteção, fiscalização e monitoramento das unidades de conservação instituídas pela União;
> II – executar as políticas relativas ao uso sustentável dos recursos naturais renováveis e ao apoio ao extrativismo e às populações tradicionais nas unidades de conservação de uso sustentável instituídas pela União;

C. SPU

A Secretaria de Patrimônio da União manifestar-se-á no que interessar ao Patrimônio Imobiliário da União.

A manifestação é motivada pelo interesse de conservação dos imóveis da União, mas também pelas atribuições de regularização do domínio desses bens, de modo que a regularização de terras quilombolas em bens imóveis da União será concluída pela SPU.

Ainda, dentro da atribuição da SPU de regularização dominial, combinada com a atribuição de incorporação de bens ao patrimônio da União, é de especial relevo a verificação da validade de títulos de propriedade sobre as terras objeto da regularização quilombola. No procedimento atual, o estudo da cadeia dominial, com a verificação do destaque válido do patrimônio público, é feito pelo Incra, mas pode contar com a colaboração da SPU.

D. Funai

A Funai manifesta-se no que interessar às questões indígenas, notadamente em outro caso de sobreposição que é o de terras quilombolas e terras indígenas.

E. Conselho de Defesa Nacional

Nos termos do art. 91 da Constituição da República, o Conselho de Defesa Nacional é órgão de consulta do presidente da República nos assuntos relacionados com a soberania nacional e a defesa do Estado Democrático. Substituiu o Conselho de Segurança Nacional criado pela Carta de 1937 e mantido nas posteriores.

É composto pelos membros natos: vice-presidente da República, presidente da Câmara dos Deputados, presidente do Senado Federal, ministro da Justiça, ministro de Estado da Defesa, ministro das Relações Exteriores, ministro do Planejamento e os comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica.

Entre outras funções, compete ao Conselho de Defesa Nacional propor os critérios e condições de utilização de áreas indispensáveis à segurança do território nacional e opinar sobre seu efetivo uso, especialmente na faixa de fronteira e nas relacionadas com a preservação e a exploração dos recursos naturais de qualquer tipo (art. 91, § 1º, inciso III).

No Decreto nº 4.887/2003, a manifestação do Conselho dar-se-á em relação ao que afetar áreas de segurança nacional, como a faixa de fronteira.

F. FCP

A Fundação Cultural Palmares tem especial atuação na certificação da autodefinição da comunidade, a ser inscrita no seu Cadastro Geral. Após, acompanha todo o procedimento. É o que se extrai do Decreto nº 4.887/2003:

> 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.

2. A titulação em terras públicas

O direito de propriedade dos remanescentes de quilombos sobre suas terras é um direito constitucional fundamental, necessário para assegurar existência digna, livre e igual. É direito coletivo conferido em função da qualidade da comunidade de remanescente de quilombos. Nesse diapasão, o título da propriedade somente pode ser coletivo e pro indiviso. O direito também é inalienável, indisponível, imprescritível e impenhorável (art. 17 do Decreto nº 4.887/2003), à semelhança do que ocorre com as terras indígenas (art. 231, § 4º, CR).

A norma do art. 68 do ADCT emana do poder constituinte originário, que é ilimitado, incondicionado e primário, ou seja, que tudo pode. Essa norma tem o condão de reconhecer a propriedade das terras, sendo o processo administrativo, e eventualmente o judicial, declaratório desse direito, com efeitos retroativos (*ex tunc*). Nessa linha, a posse da comunidade, mesmo antes de concluída a regularização, é de boa-fé e com base em justo título, fundada no direito de propriedade, o que a protege de demandas tanto possessórias como reivindicatórias. O reconhecimento da propriedade da comunidade, traço peculiar desse direito, também equivale a uma aquisição originária para todos os efeitos civis, suplantando quaisquer direitos anteriormente adquiridos pelos remanescentes com base nos mesmos fundamentos, como o reconhecimento de "Terras de Preto".

Nada obstante, prevaleceu no âmbito federal o entendimento da necessidade de desapropriação das áreas. Os direitos incidentes sobre terras de quilombo, se não forem nulos, não estiverem prescritos, não tiverem sofrido pronunciamento de comisso ou não tiverem perdido a eficácia, serão desapropriados mediante indenização, por interesse social, com fundamento no art. 13 do Decreto nº 4.887/2003. Apesar de se tratar de desapropriação para fins de proteção do patrimônio cultural brasileiro (216, § 1º, CR), chegou-se a pensar na adoção da desapropriação para fins de reforma agrária (art. 184, CR), concluindo-se pela adoção da chamada desapropriação por interesse social genérico, com base na Lei nº 4.132/1962[3].

Esse introito é necessário para a análise de todas as situações seguintes, de modo que, sendo o direito de propriedade dos remanescentes de quilombos sobre suas terras um direito constitucional fundamental, oriundo do poder constituinte originário, sua efetivação, ou seja, o procedimento de regularização, não encontrará óbice, exceto se em choque com interesse protegido por norma da mesma natureza.

Nesse caso de colisão entre direitos constitucionais fundamentais, não haverá outra solução que não a chamada ponderação de interesses. A ponderação (balancing) consiste em balancear e sopesar os elementos em conflito, sendo, em um caso concreto, mitigada ou preterida a proteção jurídica de um interesse em favor de outro, acabando por confundir-se com a atividade de interpretação jurídica.

3 FIGUEIREDO, Leandro Mitidieri. ***Populações tradicionais e meio ambiente:*** espaços territoriais especialmente protegidos com dupla afetação. Convenção n. 169 da OIT e os Estados Nacionais. Brasília: ESMPU, 2015, p. 213.

A ponderação "é exatamente a alternativa à subsunção", podendo haver nesta a aplicação concomitante de duas normas sopesadas, balanceadas ou equilibradas. A decisão da ponderação deve ser norteada pela: a) pretensão da universalidade, em que a solução a que se chega deve poder ser generalizada para todas as outras situações semelhantes, pois não amparada em convicções pessoais; b) busca da concordância prática, harmonizando-se os elementos de modo que nenhum seja excluído da solução; c) construção do núcleo essencial dos direitos fundamentais, sendo os direitos fundamentais protegidos em alguma medida contra soluções arbitrárias e abusivas[4].

A. Terrenos de marinha, marginais de rios, ilhas e lagos

Consta do Decreto nº 4.887/2003 que:

> 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.

O decreto parece se referir aos "terrenos de marinha e seus acrescidos" e aos "lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais", que são bens da União, nos termos do art. 20, inciso III e VII, da Constituição da República. Isso porque é sobre esses bens que a SPU poderá tomar medidas para a expedição do título. A possibilidade de domínio particular sobre esses bens é tema extremamente complexo.

A regra geral em termos de alienação de bens públicos da União é de que a alienação – mediante ato do presidente da República, precedida de parecer da SPU quanto à sua oportunidade e conveniência – ocorrerá quando não houver interesse público, econômico ou social em manter o imóvel no domínio da União, nem inconveniência quanto à preservação ambiental e à defesa nacional, no desaparecimento do vínculo de propriedade (art. 23, § 1º, da Lei nº 9.636/1998).

Sobre os terrenos de marinha, dispõe o art. 49, § 3º, do ADCT, que "A enfiteuse continuará sendo aplicada aos terrenos de marinha e seus acrescidos, situados na faixa de segurança, a partir da orla marítima". Se não foi mera imprecisão redacional, fica a impressão de que a ideia era o legislador definir a faixa de segurança, de modo a se saber os terrenos de marinha e seus acrescidos que estariam dentro e fora dessa faixa. Não houve essa definição e se pode concluir que os terrenos de marinha e seus acrescidos correspondem às zonas submetidas ao regime enfitêutico de que fala o art. 12 da Lei nº 9.636/1998, não sendo possível a transferência do domínio pleno dos imóveis situados neles.

4 BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 31.

Quanto às marginais de rios, ilhas e lagos, deve-se destacar o entendimento jurisprudencial contido na Súmula nº 479 do STF, no sentido de que "as margens dos rios navegáveis são domínio público, insuscetíveis de expropriação e, por isso mesmo, excluídas de indenização". No STJ, a Segunda Turma adota entendimento de que a Constituição Federal aboliu expressamente a dominialidade privada dos cursos de água, terrenos reservados e terrenos marginais, ao tratar do assunto em seu art. 20, inciso III (RESP 200900000382, de 2011). A Primeira Turma, por sua vez, mitiga o entendimento da Súmula nº 479 do STF, quando comprovado que o particular possui justo título sobre a área desaproprianda (AGRESP 201200043210, de 2012).

Pelo Decreto nº 4.887/2003, como se vê claramente, não há óbice à titulação de terras quilombolas em terrenos de marinha, marginais de rios, ilhas e lagos federais, devendo apenas o título ser expedido por meio da SPU. É que, examinadas as complexidades e controvérsias sobre a possibilidade de domínio sobre os referidos bens públicos federais, deve-se situar a questão no seu âmbito adequado, que é o constitucional.

Com efeito, o constituinte estipulou os bens da União no art. 20, abolindo a dominialidade privada sobre eles, mas, ato contínuo, no mesmo momento constituinte originário, estipulou o direito de propriedade dos remanescentes de quilombos sobre suas terras. A mera previsão geral de que terrenos de marinha, marginais de rios, ilhas e lagos são bens da União não pode representar óbice à previsão específica da titularidade quilombola (exceto se envolvido outro interesse constitucional, caso em que é perfeitamente viável a ponderação, como se verá no próximo tópico).

Não foi outro o entendimento do STJ no caso da comunidade quilombola da Marambaia, local de base da Marinha do Brasil, em que não representou óbice à regularização o fato de se tratar de bem da União, terreno de marinha e de afetação ao uso especial:

> ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. TERRENO DE MARINHA. ILHA DA MARAMBAIA. COMUNIDADE REMANESCENTE DE QUILOMBOS. DECRETO N.º 4.887, DE 20 DE NOVEMBRO DE 2003, E ART. 68 DO ADCT.
>
> 1. A Constituição de 1998, ao consagrar o Estado Democrático de Direito em seu art. 1º como cláusula imodificável, fê-lo no afã de tutelar as garantias individuais e sociais dos cidadãos, através de um governo justo e que propicie uma sociedade igualitária, sem nenhuma distinção de sexo, raça, cor, credo ou classe social. 2. Essa novel ordem constitucional, sob o prisma do dos direitos humanos, assegura aos remanescentes das comunidades dos quilombos a titulação definitiva de imóvel sobre o qual mantém posse de boa-fé há mais de 150 (cento e cinquenta) anos, consoante expressamente previsto no art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. 3. A sentença proferida no bojo da ação civil pública n.º 2002.51.11.000118-2, pelo Juízo da Vara Federal de Angra dos Reis/RJ (Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro – Poder Judiciário, de 29 de março

> de 2007, páginas 71/74), reconheceu a comunidade de Ilhéus da Marambaia/RJ como comunidade remanescente de quilombos, de sorte que não há nenhum óbice para a titulação requerida. 4. Advirta-se que a posse dos remanescentes das comunidades dos quilombos é justa e de boa-fé. Nesse sentido, conforme consta dos fundamentos do provimento supra, a Fundação Cultural Palmares, antiga responsável pela identificação do grupo, remeteu ao juízo prolator do decisum em comento relatório técno-científico contendo [...] "todo o histórico relativo à titularidade da Ilha de Marambaia, cujo primeiro registro de propriedade fora operado em 1856, junto ao Registro de Terras da Paróquia de Itacuruçá, em nome do Comendador Joaquim José de Souza Breves, que instalou no local um entreposto do tráfico negreiro, de modo que, ao passar para o domínio da União, afetado ao uso especial pela Marinha, em 1906, já era habitado por remanescentes de escravos, criando comunidade com características étnico-culturais próprias, capazes de inseri-los no conceito fixado pelo artigo 2° do indigitado Decreto 4.887/03". 5. A equivocada valoração jurídica do fato probando permite ao STJ sindicar a respeito de fato notório, máxime no caso sub examinem, porque o contexto histórico-cultural subjacente ao thema iudicandum permeia a alegação do recorre de verossimilhança. 6. Os quilombolas tem direito à posse das áreas ocupadas pelos seus ancestrais até a titulação definitiva, razão pela qual a ação de reintegração de posse movida pela União não há de prosperar, sob pena de por em risco a continuidade dessa etnia, com todas as suas tradições e culturas. O que, em último, conspira contra pacto constitucional de 1988 que assegura uma sociedade justa, solidária e com diversidade étnica. 7. Recurso especial conhecido e provido. (STJ, Resp 200700474295, Benedito Gonçalves, 2009)

No caso do Quilombo da Marambaia (que, em verdade, também envolvia questão de segurança nacional, já que se trata de base naval, tema a ser tratado no próximo tópico), foi expedido Título de Reconhecimento de Domínio Coletivo e Pró-indiviso, em nome da Associação dos Remanescentes de Quilombo da Ilha da Marambaia, em 8 de dezembro de 2015[5].

A menção é importante apenas porque foi cogitada a regularização na forma de Concessão de Direito Real de Uso resolúvel, que transfere direitos reais da propriedade e pode ser transmissível por ato inter vivos e causa mortis, prevista no art. 7º do Decreto-Lei nº 271/1967 e no art. 18, § 1º, da Lei nº 9.636/1998, aplicável nos casos de imóveis situados em terrenos de marinha e acrescidos, por serem áreas inalienáveis. A não concordância da comunidade, apoiada pelo Ministério Público Federal, fez prevalecer a tese da exigência

5 Trata-se do mesmo instrumento utilizado pela Instituto de Terras do Pará (Iterpa) – a exemplo do título expedido em favor da Comunidade de Remanescentes de Quilombos Camiranga, em 16 de janeiro de 2002).

de titulação (art. 68 do ADCT) e, ao final, foi expedido o Título de Reconhecimento de Domínio Coletivo e Pró-indiviso, com valor e eficácia de escritura pública, nos termos do art. 7º do Decreto-Lei nº 2.375/1987.

B. Unidades de conservação constituídas, áreas de segurança nacional, faixa de fronteira e terras indígenas

Já quanto a unidades de conservação constituídas, áreas de segurança nacional, faixa de fronteira e terras indígenas, o Decreto nº 4.887/2003 dispõe:

> 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.

No referido art. 11 vê-se a previsão de uma solução diferente em relação à propugnada no art. 10, estudado no tópico anterior. Aqui se prescreve a tomada das medidas cabíveis visando garantir a sustentabilidade das comunidades quilombolas, conciliando o interesse do Estado. Essa conciliação nada mais é do que a ponderação, justamente por estarem em jogo interesses constitucionais.

Vale discorrer sobre os aspectos de cada conflito aventado pelo art. 11 do Decreto nº 4.887/2003, mas adiante-se que a fórmula para solução da colisão sempre observará as regras já declinadas: a) pretensão da universalidade, não amparada em convicções pessoais, repelindo-se radicalismos e fundamentalismos de que a nobreza de um interesse o colocaria acima dos demais; b) busca da concordância prática, com concessões recíprocas, partindo-se da ideia de que não há direito absoluto e não sendo nenhum interesse excluído da solução; c) construção do núcleo essencial dos direitos fundamentais envolvidos, de modo a preservá-lo no resultado final.

Em termos práticos, é dizer que não existe uma fórmula prévia e que cada caso prático admitirá uma solução específica, construída com todos as partes e interessados, os órgãos e entidades públicos representantes dos interesses em jogo e o Ministério Público. As bases mínimas para todas as soluções é a garantia de que as terras quilombolas serão regularizadas, mas a comunidade sofrendo as restrições indispensáveis à preservação dos outros interesses constitucionais em jogo. Por fim, a forma dessa conciliação também não é predeterminada, podendo constar nas condições do título, no plano de manejo de uma unidade de conservação, em um termo de ajustamento de conduta, em um acordo de pesca etc.

B.1. terras de quilombos e unidades de conservação constituídas[6]

Quanto à sobreposição com unidades de conservação, é preciso entender que quilombolas e outras populações tradicionais não podem ser transformados em ameaças ao meio ambiente fundamentalmente em razão de uma esquizofrenia do Estado brasileiro que, por um lado, reconhece esses povos como fatores imprescindíveis à preservação do meio ambiente, mas, por outro lado, patina entre as concepções do preservacionismo e do conservacionismo, chegando a professar a fé no mito da natureza intocada, em detrimento das visões do socioambientalismo, mais modernas e mais compatíveis com a realidade brasileira.

É inconcebível o choque entre direitos dos povos tradicionais e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, pois não há choque entre proteção cultural e proteção ambiental, pertencendo todos esses bens jurídicos em jogo ao conceito amplo de meio ambiente.

Todavia, encarada a questão como um choque, trata-se de uma colisão entre direitos constitucionais fundamentais a ser resolvida pela ponderação, em que a concordância prática representará restrições necessárias para compatibilizar o direito das comunidades quilombolas com os objetivos da unidade, mas descartando-se a realocação ou o reassentamento.

A compatibilidade entre comunidades tradicionais e meio ambiente já foi afirmada pelo Supremo Tribunal Federal no caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol. Foi consignada a compatibilidade seja no caso de área de conservação (uso sustentável), seja no de preservação ambiental (proteção integral), pugnando-se pela dupla afetação, pecando apenas a Corte Suprema ao estabelecer a unilateral "administração do competente órgão de defesa ambiental":

> A RELAÇÃO DE PERTINÊNCIA ENTRE TERRAS INDÍGENAS E MEIO AMBIENTE. Há perfeita compatibilidade entre meio ambiente e terras indígenas, ainda que estas envolvam áreas de "conservação" e "preservação" ambiental. Essa compatibilidade é que autoriza a dupla afetação, sob a administração do competente órgão de defesa ambiental.[7]

Registre-se, por outro lado, que, na chamada "parte das condicionantes" do mesmo acórdão, restou ressaltada a participação das comunidades e da Fundação Nacional do Índio (Funai):

> (viii) o usufruto dos índios na área afetada por unidades de conservação fica sob a responsabilidade do Instituto Chico Mendes de Conservação da

6 FIGUEIREDO, Leandro Mitidieri. ***Populações tradicionais e meio ambiente:*** espaços territoriais especialmente protegidos com dupla afetação. Convenção n. 169 da OIT e os Estados Nacionais. Brasília: ESMPU, 2015, p. 238.
7 Pet 3388 / RR, Min. CARLOS BRITTO, 19/03/2009 – caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol.

> Biodiversidade; (ix) o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade responderá pela administração da área da unidade de conservação também afetada pela terra indígena com a participação das comunidades indígenas, que deverão ser ouvidas, levando-se em conta os usos, tradições e costumes dos indígenas, podendo para tanto contar com a consultoria da FUNAI.

Está posto, pois, que o caminho é a dupla afetação. Nestes termos também a 4ª Câmara de Coordenação e Revisão, do Ministério Público Federal, no 19º Encontro Nacional de Meio Ambiente e Patrimônio Cultural, realizado em 2012, deliberou:

> 8. Fazer uma leitura do art. 42 do SNUC conforme a CF e Convenção 169 da OIT, entre outras, para permitir a conciliação da presença das populações tradicionais em UCs de todas as categorias.
> 9. Afirmar a presença das populações tradicionais como agentes e aliados importantes na preservação/conservação e na utilização sustentável da biodiversidade brasileira.
> 10. Firmar a negociação com as populações tradicionais, mediante Consulta Previa Livre e Informada, como pressuposto para a criação das UCs de qualquer categoria e para a gestão compartilhada, ao invés do reassentamento compulsório.
> 11. Fomentar a instituição de programas específicos de apoio as populações tradicionais em UCs de uso sustentável.
> 12. A desafetação e a recategorização podem não ser as melhores soluções, portanto, quando possível, propor a dupla afetação.[8]

> Na mesma linha entendeu a 6ª Câmara de Coordenação e Revisão, do Ministério Público Federal, no XIV Encontro Nacional, realizado em 5 de dezembro de 2014:
> ENUNCIADO nº 22: Em casos de sobreposição territorial entre comunidades tradicionais e/ou unidades de conservação, é necessária a realização de estudo antropológico para contextualizar a dinâmica sociocultural.

> ENUNCIADO nº 25: Os direitos territoriais dos povos indígenas, quilombolas e outras comunidades tradicionais têm fundamento constitucional (art. 215, art. 216 e art. 231 da CF 1988; art. 68 ADCT/CF) e convencional (Convenção nº 169 da OIT). Em termos gerais, a presença desses povos e comunidades tradicionais tem sido fator de contribuição para a proteção do meio ambiente. Nos casos de eventual colisão, as categorias da Lei

8 Disponível em: <http://4ccr.pgr.mpf.gov.br/portlets/19o_encontro_nacional_-_sintese_deliberacoes_2.pdf>. Acesso em: 1º fev. 2013, às 9h15.

> 9.985 não podem se sobrepor aos referidos direitos territoriais, havendo a necessidade de harmonização entre os direitos em jogo. Nos processos de equacionamento desses conflitos, as comunidades devem ter assegurada a participação livre, informada e igualitária. Na parte em que possibilita a remoção de comunidades tradicionais, o artigo 42 da Lei 9.985 é inconstitucional, contrariando ainda normas internacionais de hierarquia supralegal.[9]

Exemplo prático de dupla afetação, com restrições mútuas, foi o Termo de Compromisso 14/2012, promovido pelo Ministério Público Federal de Tocantins, entre o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio) e a Associação das Comunidades Quilombolas do Rio Novo, Rio Preto e Riachão, em razão da sobreposição entre a terra quilombola da comunidade Mata Verde e a Estação Ecológica da Serra Geral do Tocantins, unidade de conservação de proteção integral (Procedimento Administrativo MPF/TO n. 1.36.000.001003/2006-56). No referido ajuste garantiu-se a permanência da comunidade na área e a prática de atividades tradicionais, quais sejam, agricultura de subsistência, extração de madeira e palha, exclusivamente com finalidade doméstica, extrativismo vegetal, pesca artesanal e coleta de seda do buriti. Em contrapartida, foram estabelecidas restrições, tais como proibição de agricultura mecanizada, introdução e ampliação de pastagens plantadas com gramíneas exóticas ao cerrado, atividade turística, caça e introdução de quaisquer espécies de plantas ou animais exóticas ao cerrado.

B.2. terras de quilombos e áreas de segurança nacional/faixa de fronteira[10]

O direito à paz é um direito fundamental de terceira geração. Já a segurança nacional não é propriamente um direito fundamental, mas um princípio fundamental da República, expressado pela soberania (art. 1º, inciso I, CR).

Pela ponderação, a segurança nacional não prevaleceria sobre o art. 68 do ADCT, na medida em que este veicula regra e princípio sucumbiria à regra. Mas o cerne da questão não é este. A Segurança Nacional fundamentou, historicamente, no mundo inteiro, atentados aos direitos fundamentais. No Brasil, temos como expressão disto, p. ex., a Lei de Segurança Nacional de 1935, da ditadura do Estado Novo, e a Lei de Segurança Nacional de 1983, da ditadura militar.

Dessarte, é da essência do Estado Democrático de Direito, no qual se constitui a República (art. 1º, caput, CR), que os direitos fundamentais não sucumbam em nome da Segurança Nacional, o que somente ocorre em caso de guerra declarada, quando até mesmo

9 Disponível em: <http://6ccr.pgr.mpf.mp.br/atuacao-do-mpf/enunciados/enunciados/>. Acesso em: 30 maio 2016, às 9h15.

10 FIGUEIREDO, Leandro Mitidieri. Remanescentes de Quilombos, Índios. Meio Ambiente e Segurança Nacional: Ponderação de interesses constitucionais. In: BRASIL. *Incra e os desafios para a regularização dos territórios quilombolas*. Algumas Experiências. Brasília: MDA-Incra, 2006, p. 67.

o mais importante dos direitos fundamentais é flexibilizado, sendo permitida a pena de morte (art. 5º, inciso XLVII, CR).

Nesse diapasão, em nenhuma hipótese poderá ser impedido o reconhecimento dos direitos dos remanescentes de quilombos por razões de segurança nacional. Isso não significa dizer que aqui a decisão da ponderação não deverá buscar a concordância prática, harmonizando os elementos de modo que a segurança nacional não seja totalmente excluída da solução. Essa harmonização é encontrada em diversos dispositivos legais aplicáveis aqui analogicamente. Assim é que florestas de preservação permanente poderão ser destinadas a auxiliar a defesa do território nacional (art. 3º, alínea "d", do antigo Código Florestal – Lei nº 4.771/1965); que as Forças Armadas assegurarão a proteção das terras indígenas (art. 34, Estatuto do Índio – Lei nº 6.001/1973); que as Forças Armadas poderão transitar pelas terras indígenas em casos especificados (art. 1º, Decreto nº 1.775/1996) etc., o que se aplica também a terras quilombolas.

B.3. terras de quilombos e terras indígenas[11]

O direito dos índios às suas terras tem a mesma natureza do direito dos remanescentes de quilombos. É um direito constitucional fundamental, de segunda geração e coletivo.

Há porém importantes distinções. O fundamento jurídico e histórico do direito dos índios é a ocupação originária, tradicional e imemorial de suas terras. Já o direito dos remanescentes decorre do fenômeno da formação de quilombos desde o final do século XVII e principalmente no século XVIII. As terras indígenas são bens públicos federais, sendo reconhecida a posse permanente e o usufruto exclusivo dos índios sobre elas, ficando a União como nua-proprietária (arts. 20, inciso XI, e 231, § 2º, CR). Já quanto às terras de quilombo, ocorre o reconhecimento da propriedade das comunidades remanescentes.

Os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras indígenas são nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, não gerando indenização, salvo quanto às benfeitorias derivadas de ocupação de boa-fé. Já os direitos incidentes sobre terras de quilombo, se não forem nulos, não estiverem prescritos, não tiverem sofrido pronunciamento de comisso ou não tiverem perdido a eficácia, serão desapropriados mediante indenização, por interesse social para fins de reforma agrária (art. 184, CR) ou para fins de proteção do patrimônio cultural brasileiro (216, § 1º, CR), tudo com fundamento no art. 13 do Decreto nº 4.887/2003, que fez uma opção jurídico-política questionável.

A eventual sobreposição de terras de quilombo sobre terras indígenas representará grave colisão. Essa antinomia aparente só pode ser solucionada pela ponderação de interesses. Mas não servirá nenhum dos parâmetros gerais, devendo ser buscado parâmetro especial, tomando como base a situação de fato específica, nos termos seguintes.

---

11 FIGUEIREDO, Leandro Mitidieri. Remanescentes de Quilombos, Índios. Meio Ambiente e Segurança Nacional: ponderação de interesses constitucionais. In: BRASIL. *Incra e os desafios para a regularização dos territórios quilombolas*. Algumas Experiências. Brasília: MDA-Incra, 2006, p. 64.

A ocupação dos índios é originária, tradicional e imemorial. Há presunção, baseada na História do Brasil, de que esta ocupação é anterior à dos remanescentes de quilombos. A ocupação mais antiga é elemento relevante para o Direito (art. 507, parágrafo único, CC/16, ainda utilizável, nos termos do Enunciado nº 239 do CEJ/CJF). Logo, apenas em função desse parâmetro de ponderação especial jurídico, com raízes em fundamentos metajurídicos, seria possível a solução da colisão, prevalecendo o direito dos índios sobre o das comunidades remanescentes. Mas, no final, temos dois direitos fundamentais constitucionais, de modo que excluir totalmente um deles não está em consonância com o estágio atual do constitucionalismo.

Não se pode olvidar que a decisão da ponderação deve buscar a concordância prática, ou seja, a harmonia dos elementos de modo que nenhum seja excluído da solução. Dessarte, a melhor solução é admitir-se a hipótese de sopeso do usufruto exclusivo dos índios sobre suas terras para permitir o cousufruto dos remanescentes de quilombos. Para que isso seja possível, de acordo com os princípios que norteiam a política indigenista brasileira, a convivência dessas comunidades deve ter se mostrado pacífica. Essa solução toma como base fato não raro que é o do índio com cônjuge não índio, em que não pode ser alegado o usufruto exclusivo para se proceder à extrusão ou "desintrusão" deste último, sendo plenamente legítima a permanência do não índio na terra indígena.

C. terras devolutas e terras de propriedade dos estados, do Distrito Federal ou dos municípios

Em relação a terras de propriedade de outros entes federativos que não a União, prevê o Decreto nº 4.887/2003:

> 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.

A competência para a regularização de terras quilombolas é de todos os entes federativos (ao contrário da regularização de terras indígenas, de competência privativa da União, nos termos do art. 67 do ADCT). A primeira regulamentação em âmbito federal ocorreu apenas em 2001, com o Decreto nº 3.912/2001, sendo que alguns estados adiantaram-se neste aspecto, como o estado do Pará, por exemplo, que em 1999 já tinha seu procedimento para a legitimação de posse das Terras dos Remanescentes das Comunidades dos Quilombos (Decreto Estadual nº 3.572 de 1999).

Segundo levantamento de 2008, apenas 18 estados possuem algum instrumento legal de regularização de terras de remanescentes de quilombos: Amapá, Bahia, Espírito Santo, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Pará, Paraíba,

Pernambuco, Piauí, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul, Santa Catarina, São Paulo e Sergipe.

Assim que verificada a incidência da terra quilombola sobre terra de outro ente federativo, é de se buscar que a regularização passe a tramitar de acordo com a legislação do estado, do Distrito Federal ou do Município, para o alcance da conclusão final, sem prejuízo do acompanhamento do Ministério Público Federal, que continua tendo atribuição concorrente, como entende a 6ª Câmara de Coordenação e Revisão:

> ENUNCIADO nº 19: O MPF, dentre outros legitimados, tem atribuição para atuar judicial e extrajudicialmente em casos envolvendo direitos de quilombolas e demais comunidades tradicionais, sendo a competência jurisdicional da justiça federal. Tal atribuição se funda no artigo 6º, inciso VII, alínea "c", e artigo 5º, inciso III, alínea "c", da Lei Complementar nº 75/93, no fato de que a tutela de tais interesses corresponde à proteção e promoçãodo patrimônio cultural nacional (artigos 215 e 216 da Constituição); envolve políticas públicas federais, bem como o cumprimento dos tratados internacionais de direitos humanos, notadamente da Convenção nº 169 da OIT. Criado no XIV Encontro Nacional da 6ªCCR em 5/12/2014.[12]

12 Disponível em: <http://6ccr.pgr.mpf.mp.br/atuacao-do-mpf/enunciados/enunciados/>. Acesso em: 30 maio 2016, às 9h15.

III

Execução da política territorial destinada às comunidades quilombolas e a atribuição dos órgãos federais

1. A Fundação Cultural Palmares: Certificação de autoatribuição. Finalidade. Efeitos

Lívia Nascimento Tinôco

A Fundação Cultural Palmares (FCP) nasceu em 22 de agosto de 1988, voltada para a promoção e preservação da arte e da cultura afro-brasileira. A fundação pública federal está vinculada à estrutura do Ministério da Cultura e tem a missão de promover a preservação dos valores culturais, sociais, e econômicos decorrentes da influência negra na formação da sociedade brasileira (Lei nº 7.668, de 22 de agosto de 1988). Com sede no Distrito Federal, a FCP possui as seguintes Representações Regionais, localizadas nos estados de Alagoas, Bahia, Maranhão, Rio de Janeiro/Espírito Santo e São Paulo.

No que diz respeito à política pública quilombola, a FCP é hoje responsável pela identificação dos remanescentes das comunidades dos quilombos, mas não mais pela identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras por elas ocupadas, tendo em vista que tal função foi transferida ao Incra com o advento do Decreto nº 4.887, de 20 de novembro de 2003.

Para fins da expedição da certificação às comunidades remanescentes de quilombos, a Fundação Cultural Palmares baseia-se na autoidentificação do grupo, tal qual previsto pelo Decreto nº 4.887/2003, preconizado pelo art. 68 ADCT, pela Convenção 169 da OIT, pelo Estatuto da Igualdade Racial (Lei nº 12.288/2010) e reconhecido pelo STF no julgamento da ADPF 186/DF sobre cotas nas universidades[1].

A certidão expedida pela FCP é inscrita no Cadastro Geral de Remanescentes das Comunidades dos Quilombos (Portaria nº 98/2007) e, com isso, possibilita que o Incra inicie as tarefas voltadas à identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação do território do grupo.

Entretanto, permanece a FCP com a tarefa de assistir e acompanhar o Incra em suas ações para proteção dos direitos socioculturais das comunidades quilombolas, bem como para subsidiar os trabalhos técnicos quando houver contestação ao procedimento administrativo de identificação e demarcação.

Como atividades prévias à expedição da certidão de autodefinição do grupo, a Portaria nº 98/2007 estabeleceu os seguintes procedimentos em seu art. 3:

1 Acesso ao *link* da ADPF 186/DF em: <redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>.

> I – A comunidade que não possui associação legalmente constituída deverá apresentar ata de reunião convocada para específica finalidade de deliberação a respeito da autodefinição, aprovada pela maioria de seus moradores, acompanhada de lista de presença devidamente assinada; II – A comunidade que possui associação legalmente constituída deverá apresentar ata da assembleia convocada para específica finalidade de deliberação a respeito da autodefinição, aprovada pela maioria absoluta de seus membros, acompanhada de lista de presença devidamente assinada; III – Remessa à FCP, caso a comunidade os possua, de dados, documentos ou informações, tais como fotos, reportagens, estudos realizados, entre outros, que atestem a história comum do grupo ou suas manifestações culturais; IV – Em qualquer caso, apresentação de relato sintético da trajetória comum do grupo (história da comunidade); V – Solicitação ao presidente da FCP de emissão da certidão de autodefinição.

Igualmente, tem a FCP as funções de comunicar ao Iphan, para fins de registro, tombamento, bem como qualquer outra forma de acautelamento e preservação, sobre quaisquer documentos e sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos, encontrados por ocasião dos procedimentos de identificação (Decreto nº 4.887/2003).

No curso de licenciamentos ambientais, por regência da Portaria Interministerial nº 60/2015, a FCP tem o poder-dever de pronunciar-se quando o empreendimento incida diretamente ou possa causar dano socioambiental nas áreas ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos. Cumprirá tal desiderato por meio de manifestação conclusiva sobre o EIA-RIMA, avaliando os impactos provocados pela atividade ou empreendimento em terra quilombola, bem como apreciando a adequação das propostas de medidas de controle e de mitigação decorrentes desses impactos. Cabe-lhe por certo realizar consulta prévia, livre e informada à comunidade quilombola, antes de realizar essa avaliação conclusiva e sugerir ou concordar com medidas de controle e mitigação de danos que porventura possam afetar a comunidade (Convenção OIT 169).

A FCP já emitiu mais de 2.547 certificações para comunidades quilombolas em todo o Brasil, conforme a Portaria nº 315, de 15 de dezembro de 2017. A certidão de autodefinição emitida pela Fundação Cultural Palmares não tem natureza constitutiva, isto é, ela não cria a partir dali uma comunidade quilombola. Seu efeito é meramente declaratório e, portanto, apenas atesta formalmente a preexistência de uma comunidade que se autorreconhece como remanescente de quilombos.

Por essa mesma razão, não se pode aceitar que apenas após a expedição da certidão pela FCP uma dada comunidade tenha acesso a políticas públicas para a satisfação dos seus direitos relacionados à saúde, educação, moradia, previdência e assistência social, assistência jurídica etc. Em verdade, o Estado brasileiro cria fórmulas e estratégias para se relacionar com as comunidades quilombolas, impondo a estas a adoção obrigatória de modelos que muitas vezes não correspondem às suas práticas, a exemplo da obrigatorie-

dade de criação de uma associação para o recebimento da titulação de seu território, mediante um título coletivo e pró-indiviso, inalienável, imprescritível e impenhorável. Cabe ao MPF acompanhar e velar pela integralidade dos direitos coletivos das comunidades quilombolas, mesmo antes da FCP expedir a certidão de autodefinição e mesmo antes de estar instituída sua associação, pois a existência de uma, claramente, não se confunde com a existência da outra.

2. Incra: Procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos

Fernando Sanchez de Souza

Sobre o tema a publicação REGULARIZAÇÃO DE TERRITÓRIO QUILOMBOLA PERGUNTAS & RESPOSTAS, disponibilizada no site: <http://www.Incra.gov.br/quilombola>, reúne detalhes sobre as fases do procedimento. Nesse endereço eletrônico consta o andamento dos processos de regularização dos territórios Quilombolas. Transcrevem-se a seguir excertos dessa obra de interesse do assunto.

A política de regularização fundiária quilombola tem sua regulamentação instituída pelo Decreto nº 4.887/2003. No âmbito federal, a política para quilombos está vinculada ao Programa Brasil Quilombola (PBQ), lançado em 2004 com o objetivo de consolidar os marcos da política de Estado para as áreas quilombolas. Como desdobramento, foi instituída a Agenda Social Quilombola (Decreto nº 6.261/2007), que agrupa as ações de diversos Ministérios voltadas às comunidades quilombolas, estruturadas em quatro eixos principais, quais sejam: 1) Acesso à Terra; 2) Infraestrutura e Qualidade de Vida; 3) Inclusão Produtiva e Desenvolvimento Local; e 4) Direitos e Cidadania.

O Incra é responsável pelo eixo Acesso à Terra. Incumbe ainda aos estados e municípios a devida participação nessa política, conforme sua legislação e atribuições específicas. Portanto, o Incra não é o único órgão responsável pela titulação dos territórios qui-

lombolas, como será visto no próximo item deste manual, inclusive com as sugestões para a atuação ministerial no acompanhamento e defesa dos interesses dessas comunidades.

Compete ao Incra titular os territórios quilombolas localizados em terras públicas federais ou que incidem em áreas de particulares (Decreto nº 4.887/2003). Para além do Incra, a Secretaria de Patrimônio da União (SPU) também é responsável por expedir título ou Contrato de Concessão de Direito Real de Uso (CCDRU) às comunidades quilombolas localizadas em áreas de sua gestão.

Concorre também aos estados e municípios expedirem os títulos às comunidades quilombolas que se localizam em terras de domínio estaduais e municipais, respectivamente. Os estados do Pará, Bahia, Maranhão, Mato Grosso do Sul, Piauí, Rio de Janeiro, São Paulo, Mato Grosso, Goiás, Espírito Santo, Sergipe, Rio Grande do Sul e Santa Catarina possuem leis específicas para regularizar os territórios quilombolas.

O passo a passo da titulação de territórios quilombolas está disponível em: <http://www.Incra.gov.br/passo_a_passo_quilombolas>, abordado com maiores detalhes em parte específica deste Manual com as seguintes etapas: 1) Autodefinição quilombola; 2) Elaboração do Relatório Técnico de Identificação e Delimitação (RTID); 3) Publicação do RTID; 4) Portaria de reconhecimento; 5) Decreto de desapropriação – os imóveis desapropriados serão vistoriados e avaliados conforme os preços de mercado, pagando-se sempre previamente e em dinheiro a terra nua, no caso dos títulos válidos, e as benfeitorias; e6) Titulação.

Para viabilizar financeiramente a execução dessa política pública, o Governo Federal tem incluído nas leis orçamentárias (art. 165 da Constituição Federal): Lei do Plano Plurianual e Lei Orçamentária Anual, programas e ações específicos.

Para o quadriênio 2016 a 2019, a Lei nº 13.249, de 13 de janeiro de 2016, que institui o Plano Plurianual da União, apresenta no Anexo I o Programa: 2034 – Promoção da Igualdade Racial e Superação do Racismo cujo objetivo 0987 declara: "Realizar a Regularização Fundiária das Comunidades Quilombolas, por meio da Identificação, Delimitação, Reconhecimento, Indenização das Benfeitorias e Imóveis, Desintrusão e Titulação dos Territórios Quilombolas.". Coerente com o art. 8º, § 1º da Lei do PPA 2016-2019, a Lei Orçamentária Anual (LOA) apresenta no rol das ações do Programa 2034 a Ação 210Z – Reconhecimento e Indenização de Territórios Quilombolas.

É pertinente observar que esse mesmo Programa e Ação constam do PPA 2012-2015 e nas LOAs desde 2012, respectivamente, com os mesmos nomes, objetivos, órgão responsável e Unidade Orçamentária Responsável.

Nessas regras orçamentárias consta que o Ministério do Desenvolvimento Agrário é o órgão responsável pela gestão desse objetivo e no detalhamento da ação a Unidade Orçamentária (UO) encarregada da execução é o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Incra), código orçamentário da UO 20201. Ocorre que com o advento da Medida Provisória nº 726, convertida na Lei nº 13.341, de 29 de setembro de 2016, a responsabilidade pela temática passou para a estrutura do Ministério do Desenvolvimento Social e

Agrário e o Decreto nº 8.865, de 29 de setembro de 2016, transfere a Secretaria Especial de Agricultura Familiar e do Desenvolvimento Agrário para a Casa Civil da Presidência da República e vincula o Incra a Casa Civil da Presidência da República, código orçamentário do órgão: 20101.

As informações detalhadas das ações e os valores das dotações orçamentárias e sua execução estão disponíveis para consulta em dados abertos no Sistema Integrado de Planejamento e Orçamento do Governo Federal (Siop): <https://www1.siop.planejamento.gov.br/acessopublico/?pp=acessopublico&rvn=1>. Ainda sobre os dados da execução orçamentária e financeira o Portal da Transparência do Governo Federal disponibiliza consulta no endereço: <http://transparencia.gov.br/PortalComprasDiretasPesquisaAcaoFavorecido.asp?Ano=2016&codigoAcao=210Z&codigoFuncao=21> da execução da despesa até o nível da ordem bancária (OB), que é o documento contábil registrado no Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal (Siafi) de autorização do pagamento da despesa com a identificação do beneficiário.

Em consonância com o Planejamento Estratégico do MPF no escopo de dar transparência aos membros, servidores e a toda a sociedade civil da programação e execução orçamentária do Governo Federal, de ações relacionadas à temática da Sexta Câmara, estão disponibilizadas em seu site: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/orcamento-tematico> as informações sobre a execução do programa 2034 e da ação 210Z, bem como *link* com o site da Transparência do Governo Federal, citado anteriormente.

3. A contratação de laudos antropológicos pelo Incra. Parecer da Procuradoria Federal

Cristina Nascimento de Melo

O laudo antropológico é a peça que formaliza o estudo técnico realizado no bojo do processo de titulação das terras quilombolas e tem por escopo a reconstrução da história da comunidade, estabelecendo os limites da ocupação tradicional.

Após a publicação da certidão de autodefinição da comunidade quilombola pela Fundação Cultural Palmares, e deflagrado o processo administrativo perante o Incra, inicia-se a realização do estudo antropológico.

Em razão do grande número de comunidades quilombolas que aguardam a realização dessa primeira etapa no processo de titulação e diante da crônica insuficiência de servidores do Incra lotados no setor de regularização fundiária, foi aventada a possibilidade de execução indireta dos estudos antropológicos por entidades privadas, ideia inicialmente afastada em parecer jurídico do órgão, em que pese a permissão genérica disposta no § 2º do art. 3º do Decreto nº 4.887/2003.[2]

O GT Quilombos posicionou-se, desde as primeiras discussões sobre o tema, veementemente pela possibilidade de contratação excepcional de antropólogos, uma vez configurada a situação de carência de servidores especializados, com base na Lei nº 8.745/1993, que define os parâmetros para a contratação temporária.

Posteriormente, o Incra reviu o posicionamento anterior, com base em novo parecer jurídico sobre o assunto (Parecer nº 97/2010/ECG/CGJ/PFE/Incra), e passou a admitir a contratação de entidades privadas para a realização dos laudos antropológicos.

Nesse momento, foram afastados os argumentos impeditivos da execução indireta dos estudos, resumidos, principalmente, na impossibilidade de terceirização de atividade fim da autarquia, o que afrontaria o art. 37, inciso II da Constituição Federal e o Decreto nº 2.271/1997.

Considerou-se que devido à natureza jurídica do relatório antropológico, como peça instrumental e complementar à atividade finalística de regularização fundiária dos territórios quilombolas, não haveria atribuições legais específicas dos servidores ocupantes do cargo de analista de desenvolvimento e reforma com formação em Antropologia, portanto, a terceirização não seria vedada.

2 Art. 3, § 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.

Como se sabe, o grupo técnico responsável pela elaboração do Relatório Técnico de Identificação e Delimitação (RTID) deve contemplar outros profissionais, já que outros elementos, além dos dados antropológicos, devem ser consignados no trabalho, tais como informações cartográficas, fundiárias, agronômicas, ecológicas, geográficas, socioeconômicas, históricas e etnográficas.

Dessa feita, não havendo coincidência de atividades desenvolvidas com as atribuições funcionais do servidor público, estaria permitida a contratação de serviço terceirizado, inclusive para apoio às atividades próprias do órgão ou da autarquia.

A partir daí, e sem prejuízo de eventuais outras medidas visando aumentar o quadro de servidores, houve por bem o Incra lançar o Edital de Licitação na modalidade de Pregão Eletrônico (nº 15, de 17/8/2011) cujo objeto foi a contratação de empresa especializada para elaboração de 158 Relatórios Antropológicos, divididos em 41 Lotes.

Contudo, superada a discussão quanto à legalidade da execução indireta dos laudos antropológicos, emerge a preocupação quanto à melhoria da qualidade técnica dos trabalhos executados, tendo em vista que as eventuais deficiências dos estudos os tornam vulneráveis a contestações, inclusive judiciais, o que pode dificultar e atrasar o processo de titulação respectivo.

Nessa linha, foi firmado o Acordo de Cooperação Técnica (ACT) em 19/10/2011 entre Associação Brasileira de Antropologia (ABA) e o Incra com o objetivo de fortalecer os trabalhos de regularização fundiária dos territórios quilombolas desenvolvidos pelo Incra, de modo que, desde então, a ABA vem acompanhando e avaliando os relatórios antropológicos contratados pelo Incra, visando garantir a qualidade dos trabalhos realizados.

Por outro lado, a qualidade técnica dos laudos antropológicos pode impactar o exercício do direito ao reconhecimento. Revestindo-se o laudo de caráter simbólico, figura como primeiro (e possivelmente único) instrumento produzido pelo Estado sobre comunidade quilombola em questão, já que a Fundação Palmares, em que pese ser a primeira a emitir um documento formal de reconhecimento, a certificação, não elabora nenhum estudo minudente sobre a vivência, cultura e constituição da comunidade quilombola certificada.

É o laudo antropológico que possui, assim, a tormentosa missão de estabelecer as interconexões entre o direito e a antropologia, afastando a ótica de autossuficiência do direito. Constrói, assim, as pontes entre o mundo jurídico e a realidade social. Nos dizeres de Ela Wiecko Wolkmer de Castilho (2005, p. 54) a Antropologia tem, indubitavelmente, algo a interpretar em contraste a uma ótica temporal linear de imemorialidade e que é incapaz de perceber a tradicionalidade em termos de prática cultural.

Ante o exposto, figura como uma possível atuação do procurador da República, ao acompanhar o processo de titulação de comunidade quilombola, verificar, inicialmente, se o laudo da comunidade será feito pelo Incra de modo direto ou por terceiros, mediante contratação (precedida por licitação) ou celebração de convênios e parcerias.

No caso de execução indireta, vislumbra-se especial necessidade de acompanhamento da elaboração dos laudos, diante das particularidades aqui apresentadas.

Em havendo representações específicas, apontando problemas na execução dos estudos, é possível recorrer à interlocução entre Incra e ABA para revisão dos estudos e melhoria do laudo antropológico. Em alguns casos, pode-se também recorrer ao trabalho complementar do setor pericial em Antropologia do Ministério Público Federal, de modo a evitar, por exemplo, que o laudo seja omisso quanto a demandas relevantes para a comunidade (a título de exemplo, omissão de áreas conflituosas ou de relevante valor econômico).

Esse acompanhamento por parte do procurador da República ressalta a intercessão dialógica de campos semânticos diversos (Direito e Antropologia), além de ser demonstrativo da atuação preventiva e promocional do Ministério Público que, não raro, fica em segundo plano diante do enorme número de demandas trazidas ao membro do MPF e da configuração já padronizada de atuação institucional – repressiva, quantificável e reativa.

REFERÊNCIA

CASTILHO, Ela Wiecko Wolkmer de. A atuação dos antropólogos no Ministério Público Federal. In: LEITE, Ilka Boaventura. *Laudos Periciais Antropológicos em debate*. Florianópolis: Nova Letra, Coedição Nuer, ABA, 2005. p. 53-58.

4. Face orçamentária da política pública destinada à regularização fundiária das terras das comunidades remanescentes de quilombos

Fernando Sanchez de Souza

Políticas públicas admitidas na agenda governamental necessitam de recursos monetários a fim de enfrentar a realidade vivida pelos cidadãos objeto da intervenção pública.

Quantificar esses valores requer a inserção no modelo constitucional orçamentário como explica Oliveira[3] (2013):

> A doutrina especializada costuma apresentar o modelo constitucional orçamentário como um modelo de planejamento e implementação de projetos, programas e políticas públicas calcado na ideia de pôr em movimento um sistema orçamentário condizente com a vinculação do planejamento operacional (LOA) ao planejamento tático (LDO) e deste ao planejamento estratégico (PPA), que seria o modelo racional e ideal de atuação estatal a ser perseguido. (OLIVEIRA, 2013, p.296)

Consentâneo com esse argumento, o Relatório de Pesquisa do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada[4](2014) aponta que o orçamento pode ser considerado um dos pilares da política pública e que a institucionalização de uma política não pode prescindir de uma inserção articulada e consistente nas peças de planejamento e orçamento.

Reafirma esse Relatório do Ipea que a Constituição Federal de 1988 estabelece os instrumentos fundamentais para viabilizar o processo de planejamento governamental: 1) o PPA; 2) a LDO; e 3) a LOA.

Indica ainda que a Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), art. 48, apresenta esses instrumentos como mecanismos viabilizadores da transparência na gestão fiscal que permitem a participação popular em seus processos de elaboração e discussão.

Com propriedade, o Relatório registra que as atividades de planejamento e de orçamento federal, de administração financeira federal, de contabilidade federal e de contro-

3 OLIVEIRA, Weder de. *Curso de responsabilidade fiscal:* direito, orçamento e finanças públicas. Belo Horizonte. Fórum. 2013.

4 INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA – IPEA. *Planejamento, Orçamento e a Promoção da Igualdade Racial:* reflexões sobre os planos plurianuais 2004-2007 e 2008-2011. Relatório de Pesquisa. Brasília: Ipea, 2014.

le interno do Poder Executivo Federal são organizadas sob a forma de sistemas segundo a Lei nº 10.180, de 6 de fevereiro de 2001.

Segundo Oliveira (2013, p. 652; 654; 657) o novo modelo do PPA, a partir de 2012 nos termos da exposição de motivos do Projeto de Lei do PPA 2012-2015, registra: O principal objetivo da proposta do PPA 2012-2015 é atribuir um caráter estratégico para o Plano, criando condições efetivas para a formulação, a gestão e a implementação das políticas públicas. Nessa perspectiva, o Plano passa por uma revisão na sua estrutura para garantir que o planejamento constitua uma atividade de previsão e coordenação das ações de governo, estabelecendo uma relação de integração e não de sobreposição ao Orçamento [...]. A nova estrutura do PPA permite ainda comunicar à sociedade os principais objetivos de governo e suas respectivas metas de maneira mais simples, bem como propicia o aprimoramento do diálogo com os entes federados e a sociedade civil.

Essa mudança de paradigma se expressa no texto da Lei nº 12.593/2012 do PPA 2012-2015 e da Lei nº 13.249/2016 do PPA 2016-2019, das quais reproduzimos excertos que demonstram essas mudanças:

> Lei nº 12.593/2012
>
> Art. 2º O planejamento governamental é a atividade que, a partir de diagnósticos e estudos prospectivos, orienta as escolhas de políticas públicas.
> Art. 3º O PPA 2012-2015 é instrumento de planejamento governamental que define diretrizes, objetivos e metas com o propósito de viabilizar a implementação e a gestão das políticas públicas, orientar a definição de prioridades e auxiliar na promoção do desenvolvimento sustentável.
>
> Lei nº 13.249/2016
>
> Art. 2º O PPA é instrumento de planejamento governamental que define diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada, com o propósito de viabilizar a implementação e a gestão das políticas públicas.
> [...]
> Art. 5º O PPA 2016-2019 reflete as políticas públicas e orienta a atuação governamental por meio de Programas Temáticos e de Gestão, Manutenção e Serviços ao Estado, assim definidos:
> I – Programa Temático: organizado por recortes selecionados de políticas públicas, expressa e orienta a ação governamental para a entrega de bens e serviços à sociedade;

Conforme Oliveira (2013, p. 654-657), o PPA 2012-2015 apresenta inovações em sua estrutura iniciada com a visão de futuro mais focada que a anterior e cita o seguinte texto da exposição de motivo: a Visão de Futuro é o ponto de partida orientador do planejamento do destino da Nação, no geral, e da ação governamental em particular. A Visão de Futuro aponta para o objetivo maior do país, estabelecendo o que se espera como um retrato nacional, assim reconhecido pelo povo brasileiro e por toda a comunidade internacional. Assim, a Visão é um ideal possível de ser alcançado, que demanda a soma de esforços de todos.

O programa temático expressa no PPA a agenda de governo organizada pelos temas das políticas públicas e orienta a ação governamental. Esse programa se desdobra em objetivos e iniciativas. A iniciativa declara as entregas à sociedade de bens e serviços, resultantes da coordenação de ações orçamentárias e outras: ações institucionais e normativas, bem como da pactuação entre entes federados, entre Estado e sociedade e da integração de políticas públicas.

A iniciativa é um atributo do Programa Temático que norteia a atuação governamental e estabelece um elo entre o Plano e o Orçamento. As ações orçamentárias são criadas a partir das iniciativas. Para cada inciativa podem corresponder uma ou mais ações orçamentárias.

Pesquisa efetuada nas seguintes fontes de informação: 1) Sistema Integrado de Planejamento e Orçamento (Siop); 2) Portal do Senado Federal <https://www12.senado.leg.br/orcamento/loa>; e 3) Sistema Integrado de Administração Financeira e Orçamentária do Governo Federal (Siafi), a respeito das leis orçamentárias e execução da despesa pública, permite identificar que, no período de 2004 a 2018, o montante dos recursos monetários destinados pelos governos desse interstício demonstram qual o interesse em pautar na agenda política as questões fundiárias pertinentes à regularização das terras das Comunidades remanescentes de quilombos no Brasil.

QUADRO 1. Valores nominais de ações orçamentárias destinadas a regularização de territórios quilombolas

EXERCÍCIO	AUTORIZADO	EMPENHADO	LIQUIDADO	PAGO
2004	14.009.868	1.460.548	1.460.548	1.218.842
2005	18.425.563	2.137.826	2.137.826	2.028.578
2006	32.754.295	8.676.033	8.676.033	6.161.699
2007	30.001.274	7.034.954	2.802.327	2.796.679
2008	41.103.042	4.140.941	2.902.000	2.901.516

EXERCÍCIO	AUTORIZADO	EMPENHADO	LIQUIDADO	PAGO
2009	38.616.425	5.289.273	4.675.478	4.675.478
2010	53.559.000	30.425.487	13.948.786	13.659.853
2011	30.221.628	29.598.221	25.976.539	25.975.350
2012	64.333.333	47.643.936	6.200.824	6.197.664
2013	48.100.000	46.697.126	13.212.973	8.668.237
2014	30.400.000	29.998.468	16.694.541	16.550.156
2015	29.500.000	18.146.174	6.876.201	6.029.252
2016	8.003.248	7.717.218	6.221.017	5.992.996
2017	4.920.000	4.751.001	4.250.092	3.637.049
2018(1)	2.845.239	56.999	27.255	13.440

Fonte: Siop e Tesouro Gerencial.
(1) valores consultados em 20/2/2018.

Apresenta-se no quadro a seguir resumo dos valores destinados às ações orçamentárias referentes à regularização das terras quilombolas no Brasil.

O quadro anterior revela que, a partir de 2016, a dotação orçamentária e a execução do orçamento vêm sendo reduzidas aos menores valores da série histórica de 2004 a 2018 e que o montante do orçamento autorizado para 2018, R$ 2.845.239,00, é o menor dessa série, redução nominal de 79,7% em relação a 2004 e de 91% em valores reais considerando a inflação medida pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA) publicado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Para o ano de 2018, o total do orçamento autorizado subdivide-se em: despesas correntes, R$ 1.888.935,00 e despesas de capital, R$ 956.304, no grupo de natureza da despesa inversão financeira.

Cabe informar que essa redução expressiva do orçamento autorizado e da execução dessas despesas a partir de 2016 pode ser justificada em parte por dois fatores: 1) queda real das receitas federais em 2016; e 2) instituição do Novo Regime Fiscal pela Emenda Constitucional nº 95, de 15 de dezembro de 2016.

Também no quadro a seguir compilamos dados da execução do orçamento concernente ao orçamento autorizado, às despesas empenhadas, às despesas liquidadas e às despesas pagas incluídos os restos a pagar pagos no exercício, no período de 2004 a 2018. Evidenciamos ainda o índice percentual de execução orçamentária e o de execução financeira, que demonstram quanto do orçamento autorizado foi de fato executado.

QUADRO 2. Dados da execução do orçamento da regularização fundiária das áreas quilombolas

ANO	PROGRAMA	AÇÃO		ORÇAMENTO AUTORIZADO (A)	DESPESA EMPENHADA (B)	DESPESA LIQUIDADA (C)	EXECUÇÃO ORÇAMENTÁRIA (C)/(A)	DESPESA PAGA (D)	EXECUÇÃO FINANCEIRA (D)/(A)
2004	0138 – Regularização e gerenciamento da estrutura fundiária	0859 – Pagamento de indenização aos ocupantes das terras demarcadas e tituladas aos remanescentes de quilombos		11.664.124	0	0	0%	0	0%
		1642 – Reconhecimento, demarcação e titulação de áreas remanescentes de quilombos		2.345.744	1.460.548	1.460.548	62%	1.218.842	52%
		Total		14.009.868	1.460.548	1.460.548	10%	1.218.842	9%
2005	1336 – Brasil Quilombola	0859 – Pagamento de indenização aos ocupantes das terras demarcadas e tituladas aos remanescentes de quilombos		13.000.347	0	0	0%	0	0%
		1642 – Reconhecimento, demarcação e titulação de áreas remanescentes de quilombos		5.425.216	2.137.826	2.137.826	39%	2.028.578	37%
		Total		18.425.563	2.137.826	2.137.826	12%	2.028.578	11%
2006	1336 – Brasil Quilombola	0859 – Pagamento de indenização aos ocupantes das terras demarcadas e tituladas aos remanescentes de quilombos		30.000.000	6.583.396	6.583.396	22%	4.436.904	15%
		1642 – Reconhecimento, demarcação e titulação de áreas remanescentes de quilombos		2.754.295	2.092.638	2.092.638	76%	1.724.796	63%
		Total		32.754.295	8.676.034	8.676.034	26%	6.161.700	19%
2007	1336 – Brasil Quilombola	0859 – Pagamento de indenização aos ocupantes das terras demarcadas e tituladas aos remanescentes de quilombos		24.570.234	2.301.613	401.613	2%	401.613	2%
		1642 – Reconhecimento, demarcação e titulação de áreas remanescentes de quilombos		5.431.040	4.733.341	2.400.714	44%	2.395.067	44%
		Total		30.001.274	7.034.954	2.802.327	9%	2.796.680	9%
2008	1336 – Brasil Quilombola	0859 – Pagamento de indenização aos ocupantes das terras demarcadas e tituladas aos remanescentes de quilombos		33.672.722	0	0	0%	1.002.659	3%
		1642 – Reconhecimento, demarcação e titulação de áreas remanescentes de quilombos		7.430.320	4.140.941	2.902.000	39%	4.359.938	59%
		Total		41.103.042	4.140.941	2.902.000	7%	5.362.597	13%
2009	1336 – Brasil Quilombola	0859 – Pagamento de indenização aos ocupantes das terras demarcadas e tituladas aos remanescentes de quilombos		28.329.295	1.847.233	1.847.233	7%	2.747.233	10%
		1642 – Reconhecimento, demarcação e titulação de áreas remanescentes de quilombos		10.287.130	3.442.040	2.828.245	27%	3.829.708	37%
		Total		38.616.425	5.289.273	4.675.478	12%	6.576.941	17%
2010	1336 – Brasil Quilombola	0859 – Pagamento de indenização aos ocupantes das terras demarcadas e tituladas aos remanescentes de quilombos		43.559.000	25.875.325	10.665.100	24%	10.386.063	24%
		1642 – Reconhecimento, demarcação e titulação de áreas remanescentes de quilombos		10.000.000	4.550.163	3.283.686	33%	3.418.144	34%
		Total		53.559.000	30.425.488	13.948.786	26%	13.804.207	26%
2011	1336 – Brasil Quilombola	0859 – Pagamento de indenização aos ocupantes das terras demarcadas e tituladas aos remanescentes de quilombos		24.221.628	24.094.331	23.337.115	96%	38.826.377	160%
		1642 – Reconhecimento, demarcação e titulação de áreas remanescentes de quilombos		6.000.000	5.503.890	2.639.424	44%	3.268.644	54%
		Total		30.221.628	29.598.221	25.976.539	86%	42.095.021	139%
2012	2034 – Enfrentamento ao racismo e promoção da igualdade racial	0859 – Pagamento de indenização aos ocupantes das terras demarcadas e tituladas aos remanescentes de quilombos		46.956.432	43.177.033	4.093.929	9%	4.094.544	9%
		20T1 – Reconhecimento, delimitação, desintrusão e titulação de territórios quilombolas		6.000.000	4.466.903	2.106.895	35%	2.103.735	35%
		210Z – Reconhecimento e indenização de territórios quilombolas		8.333.333	0	0	0%	0	0%
		Total		61.289.765	47.643.936	6.200.824	10%	7.733.282	13%
2013	2034 – Enfrentamento ao racismo e promoção da igualdade racial	210Z – Reconhecimento e indenização de territórios quilombolas		47.486.397	46.697.126	13.212.973	28%	11.172.157	24%
2014	2034 – Enfrentamento ao racismo e promoção da igualdade racial	210Z – Reconhecimento e indenização de territórios quilombolas		30.400.000	29.931.557	16.694.541	55%	45.277.494	149%
2015	2034 – Enfrentamento ao racismo e promoção da igualdade racial	210Z – Reconhecimento e indenização de territórios quilombolas		29.500.000	18.146.174	6.876.201	23%	15.704.047	53%
2016	2034 – Promoção da igualdade racial e superação do racismo	210Z – Reconhecimento e indenização de territórios quilombolas		8.003.248	7.717.218	6.221.017	78%	20.488.221	256%
2017	2034 – Promoção da igualdade racial e superação do racismo	210Z – Reconhecimento e indenização de territórios quilombolas		4.920.000	4.751.001	4.250.092	86%	4.448.758	90%
2018	2034 – Promoção da igualdade racial e superação do racismo	210Z – Reconhecimento e indenização de territórios quilombolas		2.845.239	35.739	7.090	0%	10.380	0%

Fonte: Tesouro Gerencial e SIOP, consulta em 9/2/2018.
Obs: O total das despesas pagas incluem os restos a pagar pagos no exercício referente a exercícios anteriores.
Obs: O valor do orçamento autorizado da ação 210Z em 2013 e da ação 0859 em 2012 se referem aos valores informados no Quadro 3 do Relatório que fundamentou o Acórdão nº 2771/2014-TCU-Plenário, Processo TC010.705/2014-7.

Observa-se das informações do quadro 2 que os anos de maior execução do orçamento ocorreram em 2011, 2014, 2016 e 2017 e de execução financeira em 2011, 2014, 2015, 2016 e 2017, em percentuais superiores a 50%.

É apropriado informar que as ações orçamentárias vêm sendo desdobradas desde 2013 em Planos Orçamentários (PO). Esses Planos Orçamentários (PO) são descritos no Manual Técnico do Orçamento (MTO) de 2018[5] como uma identificação orçamentária de caráter gerencial (não constante da LOA), vinculada à ação orçamentária, que tem por finalidade permitir que tanto a elaboração do orçamento quanto o acompanhamento físico e financeiro da execução ocorram num nível mais detalhado do que o do subtítulo/localizador de gasto. Consentâneo com o PPA, referido Manual esclarece que a ação orçamentária integrará exclusivamente a LOA e que cada ação do orçamento está estruturada em programas orientados para a realização dos objetivos estratégicos definidos para o período do PPA. Apresentamos no quadro 3 a seguir dados do orçamento da ação 210Z ao nível de PO obtidos do Siop.

QUADRO 3. Programa 2034 – Promoção da Igualdade racial e superação do racismo
Ação 210Z – Reconhecimento e Indenização de Territórios Quilombolas

ANO	ÓRGÃO ORÇAMENTÁRIO	PLANO ORÇAMENTÁRIO		GRUPO DE DESPESA	DOTAÇÃO INICIAL	DOTAÇÃO ATUAL	EMPENHADO	LIQUIDADO	PAGO
2013	49000 - Ministério do Desenvolvimento Agrário	0003 - Regularização fundiária - Indenização das Benfeitorias e de Terras aos Ocupantes de Imóveis em Áreas Reconhecidas para as Comunidades Quilombolas		5 - Inversões Financeiras	25.000.000	42.600.000	42.526.991	10.674.837	6.143.431
		0004 - Regularização Fundiária - Reconhecimento, Delimitação, Desintrusão e Titulação de Territórios Quilombolas		3 - Outras Despesas Correntes	5.500.000	5.500.000	4.170.136	2.538.136	2.524.807
Total em 2013					**30.500.000**	**48.100.000**	**46.697.126**	**13.212.973**	**8.668.237**
2014	49000 - Ministério do Desenvolvimento Agrário	0003 - Regularização fundiária - Indenização das Benfeitorias e de Terras aos Ocupantes de Imóveis em Áreas Reconhecidas para as Comunidades Quilombolas		5 - Inversões Financeiras	25.000.000	25.000.000	24.850.500	13.257.029	13.257.029
		0004 - Regularização Fundiária - Reconhecimento, Delimitação, Desintrusão e Titulação de Territórios Quilombolas		3 - Outras Despesas Correntes	5.500.000	5.400.000	5.081.057	3.437.512	3.293.127
Total em 2014					**30.500.000**	**30.400.000**	**29.931.557**	**16.694.541**	**16.550.156**
2015	49000 - Ministério do Desenvolvimento Agrário	0003 - Regularização fundiária - Indenização das Benfeitorias e de Terras aos Ocupantes de Imóveis em Áreas Reconhecidas para as Comunidades Quilombolas		5 - Inversões Financeiras	25.000.000	25.000.000	14.331.663	3.823.639	3.213.173
		0004 - Regularização Fundiária - Reconhecimento, Delimitação, Desintrusão e Titulação de Territórios Quilombolas		3 - Outras Despesas Correntes	4.500.000	4.500.000	3.814.511	3.052.562	2.816.078
Total em 2015					**29.500.000**	**29.500.000**	**18.146.174**	**6.876.201**	**6.029.252**
2016	49000 - Ministério do Desenvolvimento Agrário	0003 - Regularização fundiária - Indenização das Benfeitorias e de Terras aos Ocupantes de Imóveis em Áreas Reconhecidas para as Comunidades Quilombolas		5 - Inversões Financeiras	5.000.000	5.000.000	4.985.456	4.212.778	4.000.882
		0004 - Regularização Fundiária - Reconhecimento, Delimitação, Desintrusão e Titulação de Territórios Quilombolas		3 - Outras Despesas Correntes	3.003.248	3.003.248	2.731.761	2.008.239	1.992.113
Total em 2016					**8.003.248**	**8.003.248**	**7.717.218**	**6.221.017**	**5.992.996**
2017	20000 - Presidência da República	0003 - Regularização fundiária - Indenização das Benfeitorias e de Terras aos Ocupantes de Imóveis em Áreas Reconhecidas para as Comunidades Quilombolas		5 - Inversões Financeiras	3.531.065	3.531.065	3.519.744	3.240.636	2.630.227
		0004 - Regularização Fundiária - Reconhecimento, Delimitação, Desintrusão e Titulação de Territórios Quilombolas		3 - Outras Despesas Correntes	568.935	1.388.935	1.231.257	1.009.456	1.006.822
Total em 2017					**4.100.000**	**4.920.000**	**4.751.001**	**4.250.092**	**3.637.049**
2018	20000 - Presidência da República	0003 - Regularização fundiária - Indenização das Benfeitorias e de Terras aos Ocupantes de Imóveis em Áreas Reconhecidas para as Comunidades Quilombolas		5 - Inversões Financeiras	956.304	956.304	0	0	0
		0004 - Regularização Fundiária - Reconhecimento, Delimitação, Desintrusão e Titulação de Territórios Quilombolas		3 - Outras Despesas Correntes	1.388.935	1.388.935	56.999	27.255	13.440
		EIND - Emenda Individual		3 - Outras Despesas Correntes	500.000	500.000	0	0	0
Total em 2018					**2.845.239**	**2.845.239**	**56.999**	**27.255**	**13.440**

Fonte: SIOP e Tesouro Gerencial, consulta em 14/2/2018.

5 BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Secretaria de Orçamento Federal. *Manual Técnico de Orçamento* – MTO. Edição 2018. Brasília, 2017.

Impende observar a recente alteração nas regras orçamentárias concernente à Emenda Constitucional nº 86, de 2015, que inseriu novas disposições nos arts. 165 e 166 da Constituição Federal, determinando a obrigatoriedade de execução das programações orçamentárias derivadas de emendas individuais.

Segundo Greggianin e Silva,[6] o orçamento impositivo traz a ideia de que a execução da Lei Orçamentária, no que tange às programações incluídas ou acrescidas por meio de emenda individual, é obrigatória, e não apenas facultativa. A execução orçamentária torna-se, portanto, um dever do gestor. Essa responsabilidade é afastada, evidentemente, quando forem comprovados impedimentos técnicos ou legais.

Ante a essas novas regras constitucionais, o Siop apresenta, a partir de 2016, no detalhamento do Plano Orçamentário, a denominação EIND (Emenda Individual) e ECOM (Emenda de Comissão). Verifica-se no quadro 3, anterior, a existência de Emenda Individual para o ano de 2018.

A propósito, a redução dos recursos orçamentários foi constatada nos Relatórios Anuais de Avaliação dos PPAs 2012-2015 e 2016-2019, encaminhados ao Congresso Nacional, relativos aos anos-base 2015 e 2016, concernente à avaliação do Programa 2034 – Promoção da Igualdade Racial e Superação do Racismo, Objetivo 0987 – Realizar a Regularização Fundiária das Comunidades Quilombolas, por meio da Identificação, Delimitação, Reconhecimento, Indenização das Benfeitorias e Imóveis, Desintrusão e Titulação dos Territórios Quilombolas.

Os quadros registrados nesses documentos demonstram que as metas quantitativas de titular áreas em benefício de comunidades quilombolas restou prejudicada alegando o seguinte: "Articulação de atores para implementação da meta; Compatibilização entre a programação orçamentária e financeira e o dimensionamento da meta; Adoção de medidas de gestão".

6 GREGGIANIN, Eugênio; SILVA, José de Ribamar Pereira. *O Orçamento Impositivo das Emendas Individuais:* Disposições da Emenda Constitucional nº 86, de 2015, e da LDO 2015. Consultoria de Orçamentos, Fiscalização e Controle. Brasília: Senado Federal, 2015.

IV

Atuações do Ministério Público Federal e as experiências em defesa da proteção da posse e da titulação das terras quilombolas

1. Instrumentos para a defesa da posse das terras quilombolas a cargo do Ministério Público Federal

Alexandre Silva Soares

a. A defesa da posse quilombola

Um dos aspectos mais frequentes da atuação do MPF em relação aos direitos das comunidades remanescentes de quilombos diz respeito aos conflitos possessórios nos quais elas estão envolvidas, antes da titulação dos seus territórios tradicionais. É frequente, inclusive, que o recurso à identidade comunitária relacionada à categoria quilombola apareça exatamente nos momentos em que o conflito se torna mais evidente e como forma de contraposição e organização face a esses embates[1].

Deve-se reconhecer em primeiro lugar que os conflitos possessórios com comunidades quilombolas, antes da titulação dos seus territórios tradicionais, podem assumir múltiplas formas e causas. O reconhecimento dessa pluralidade de origens e expressões é importante, pois não haverá via única de atuação do MPF. Não se trata apenas de resolver a disputa expressa no conflito possessório que, muitas vezes, representa apenas a eclosão de problemas relacionados à falta de titulação das terras da comunidade ou a disputa pelos recursos ambientais do território tradicional.

É necessário, pois, compreender a situação conflituosa, de forma a atuar não apenas no litígio possessório aparente, mas também em relação aos fatos que subjazem à relação entre a comunidade quilombola e aqueles com quem se dá a confrontação.

Muitas vezes, pois, ao lado da atuação possessória, é necessária a intervenção, inclusive judicial, em relação aos problemas principais que afligem a comunidade, como a omissão ou mora do Poder Público na identificação, delimitação e titulação dos territórios tradicionais. De fato, a falta de solução na atuação do Estado para cumprir as providências do Art. 68 do ADCT da CF/1988 pode ensejar que os conflitos apareçam sob a forma de uma disputa possessória.

Essa situação já ocorreu em diversos casos, podendo-se citar o da comunidade da Marambaia, no Rio de Janeiro, no qual o STJ reconheceu que a propositura de ações posses-

1 Sobre a definição das identidades em conflito, é interessante a leitura do texto do antropólogo Alfredo Wagner Berno de Almeida, chamado "Sematologia face a Novas Identidades". Acessível em: ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. Os quilombos e as novas etnias. Manaus: UEA Edições, 2011. Disponível em: <http://novacartografiasocial.com/livros/colecao-nova-cartografia-social/>.

sórias era uma forma de escamotear a natureza da disputa que existia, com base efetiva na titulação do imóvel em benefício dos seus ocupantes tradicionais[2].

Outro caso semelhante aconteceu na comunidade quilombola do Charco, no Maranhão. Os proprietários promoveram ação possessória, na qual pretendiam em verdade afastar as famílias dos locais de plantio, que eram utilizados há décadas em sistema de rodízio de plantação. A solução para o caso passou pela realização de acordo em audiência de conciliação judicial, após a intervenção do Incra e do MPF, na ação possessória, na qual se definiu um prazo para a conclusão dos estudos pertinentes à elaboração do Relatório Técnico de Identificação e Delimitação. Posteriormente, foi necessário o ajuizamento de ação civil pública, contra a autarquia, para que ela promovesse a conclusão do procedimento interno, inclusive com a obrigação de fazer impor a desapropriação da área identificada.

Assim, ao tomar conhecimento da situação, é recomendável, ao delimitar o objeto do inquérito civil a ser instaurado, ponderar se as investigações não se restringirão ao conflito possessório aparente, mas também à eventual mora do Poder Público na conclusão das providências voltadas à efetivação do art. 68 do ADCT da CF/1888, com a possibilidade da expedição de recomendações ou mesmo a propositura de ações coletivas em face do órgão responsável.

Ao lado do conflito possessório, associa-se frequentemente a mora estatal na titulação das terras tradicionalmente ocupadas. Essa inação, em regra, está relacionada às causas do conflito possessório. O proprietário ou empreendedor usa a ação possessória para suprimir a posse antes da titulação das áreas pelo Poder Público. Embora a questão étnica não se limite ao aspecto territorial, essa é uma dimensão vital para a reprodução do grupo de forma coletiva e essencial a ser solucionada a partir das providências do MPF[3]. Assim, é necessário verificar perante os órgãos competentes o andamento do procedimento de identificação, delimitação e titulação, os quais podem ser encontrados não apenas nos órgãos federais responsáveis, como o Incra e a SPU, mas também naqueles estaduais, como os seus Institutos de Terras.

Essas informações obtidas dos órgãos públicos competentes podem subsidiar os Inquéritos Civis em curso, dando margem ainda à intervenção mais qualificada do MPF nas ações possessórias relacionadas ao caso, bem como à propositura de ações coletivas voltadas à imposição de obrigação de fazer, para impor prazos para conclusão do procedimento ou mesmo a elaboração de relatórios antropológicos ou do Relatório Técnico de Identificação e Delimitação das Comunidades.

Os documentos e informações obtidos podem ser usados ainda nas ações possessórias em curso, sendo recomendável a solicitação de juntada pelo MPF, visando à defesa da posse tradicional, especialmente laudos técnicos produzidos (como o relatório antropológico), relatórios de vistorias, mapas e documentos cartográficos.

---

2 Foi o caso do Resp 931.060/RJ, de relatoria do Min. Benedito Gonçalves.

3 SARMENTO, Daniel. ***A garantia do Direito à posse dos Remanescentes de Quilombos antes da desapropriação***. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/Dr_Daniel_Sarmento.pdf>.

Quais informações são úteis? Ao Incra, pode-se solicitar cópia integral do procedimento aberto para a identificação, delimitação e titulação da comunidade; relatórios de vistoria no local; laudo sobre a situação do conflito, de natureza antropológica; laudo sobre a sobreposição das áreas em disputa, instruído com mapas, de modo a delimitar os espaços; manifestações da Fundação Cultural Palmares ou de Universidades, sobre a situação do conflito. Cabe salientar que a requisição de todos esses documentos não é obrigatória, havendo a possibilidade de se avaliar, a cada caso, quais deles são imprescindíveis ou a sua substituição por outros de semelhante valor probatório.

Em muitos casos, os órgãos fundiários e a Fundação Cultural Palmares não irão dispor de informações oficiais sobre a situação de conflito. A falta de informações oficiais é um problema recorrente para a elucidação de casos de litígios possessórios em territórios de comunidades quilombolas. São situações nas quais o conflito é relatado pelos envolvidos, porém ele não é adequadamente documentado, especialmente quanto ao seu aspecto coletivo e à dimensão étnica envolvida.

E, conquanto não seja possível uma tipificação dos conflitos possessórios que envolvem comunidades remanescentes de quilombos, pode-se pensar em algumas providências mínimas, a serem adotadas pelo MPF, sempre a depender das circunstâncias do caso concreto:

Atuação em Ações Possessórias – Nesses casos, deve-se observar em primeiro lugar a indispensabilidade da intervenção do MPF nas ações possessórias promovidas em desfavor da comunidade ou dos seus integrantes, seja em virtude de previsão na Lei Complementar nº 75/1993 (art. 6º, VII, b), seja no Código de Processo Civil (art. 178, III).

Contudo, deve-se observar que, na maioria dos casos, as ações possessórias são propostas contra integrantes individualizados da comunidade remanescente de quilombos. Essa situação não retira o caráter coletivo da demanda, hábil a ensejar a intervenção do MPF. De fato, a propositura de uma ação judicial pode causar repercussões coletivas no grupo, ainda que manejada contra um dos seus integrantes apenas. Essa seria uma manifestação individual de um conflito que, em sua complexidade, é coletivo. Poderia ele afetar a organização familiar e econômica de determinado grupo.

Em sendo assim, ainda que movida contra integrantes determinados da comunidade, deve-se considerar sempre esse litígio em uma dimensão coletiva, salvo manifestações em sentido contrário, a partir do levantamento de informações realizado pelo MPF em cada caso concreto, o que deverá ser esclarecido ao Juízo.

Outro aspecto a ser considerado diz respeito à competência para o julgamento das ações possessórias que envolvam as comunidades remanescentes de quilombos. Com efeito, deve-se observar que, em virtude da intervenção do Incra e da Fundação Cultural Palmares nesses feitos, na condição de assistentes ou de *amicus curiae*, mostra-se competente a Justiça Federal para o processo e julgamento dessas causas, com a intervenção do MPF. Há firme jurisprudência nesse sentido, especialmente no Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

Nos casos nos quais o Incra ou a FCP não se manifestarem no processo, é recomendável ao MPF comunicar a situação às autarquias, a fim de que os seus órgãos de representação judicial adotem as providências pertinentes à inclusão delas na relação processual.

A atuação do MPF, além da manifestação propriamente dita a ser oferecida nos autos do processo, pode ser enriquecida pela apresentação de documentos necessários, os quais, muitas vezes, não são trazidos pelas partes do processo ou mesmo pelo Incra ou Fundação Cultural Palmares. Esses, muitas vezes, limitam-se a apresentar arrazoados genéricos, sem analisar as peculiaridades do caso concreto. Assim, é importante a apresentação de elementos de prova ou a indicação de quais seriam eles e solicitar ao Juízo que os requisite a quem os detenha.

Ao lado desse aspecto, é extremamente importante a atuação ativa do procurador da República nas audiências de justificação, em ações possessórias, nas quais evidenciada a existência de interesses de comunidades de remanescentes de quilombos, inclusive a fim de demonstrar que não se está diante apenas de uma demanda de caráter patrimonial, enfatizando-se o aspecto étnico e coletivo.

Pelas mesmas razões, é importante a participação nas audiências de conciliação, esclarecendo-se nelas inclusive a impossibilidade de a comunidade abrir mão da posse das áreas que ocupem tradicionalmente, informando-se que eventual proposta nesse sentido pode violar texto constitucional e a Convenção 169 da OIT.

A atuação investigativa do MPF e a propositura de ações civis públicas - A participação mais relevante do MPF, no que tange aos conflitos possessórios de comunidades quilombolas diz respeito à apuração das razões que originam essas disputas, mediante a instauração de Inquéritos Civis Públicos.

É importante delimitar, logo na instauração do inquérito civil, que a apuração irá alcançar o conflito possessório, com suas causas, bem como a análise da possível mora da Administração Pública.

Cada uma dessas situações irá exigir, em primeiro lugar, uma análise das causas desse conflito, verificando-as na comunidade, especialmente com o auxílio de uma leitura antropológica. É importante que sejam coletadas provas a respeito da situação possessória, seja mediante a coleta da prova oral, em depoimentos tomados pelo MPF ou outras instituições, ou ainda com o recurso à produção de laudos antropológicos pelo corpo técnico do MPF ou instituições de ensino e pesquisa com expertise no tema, especialmente as Universidades locais, com enfoque nos cursos de Ciências Sociais.

2. *Iter* administrativo com base no Decreto nº 4.887/2003 e o acompanhamento do Ministério Público Federal.

Lívia Nascimento Tinôco

O procedimento administrativo de identificação, reconhecimento e titulação dos territórios quilombolas, previsto no Decreto nº 4.887/2003 e regulamentado pela Instrução Normativa nº 57/2009 do Incra[4] é longo e burocratizado. São inúmeras as fases a cumprir para chegar à titulação do território quilombola.

Em razão das atribuições constitucionais e daquelas fixadas na LC nº 75/1993, o MPF deve acompanhar o procedimento administrativo instaurado pelo Incra, zelando pela duração razoável do processo administrativo, sempre buscando a agilidade de cada uma das fases procedimentais.

Assim, é recomendável que, nas unidades do MPF em cada estado da Federação, sejam instaurados tantos procedimentos administrativos (PA) para acompanhamento dos processos de titulação de territórios quilombolas quantas sejam as comunidades quilombolas certificadas pela Fundação Cultural Palmares naquele Estado. A instauração do processo administrativo (PA) é a modalidade mais adequada a este desiderato, pois destina-se ao acompanhamento de políticas públicas, sem caráter de investigação cível ou criminal, e permite maior flexibilidade no prazo de tramitação.

Quando da instauração do procedimento administrativo, o membro do MPF deve comunicar o fato à comunidade quilombola, pois o art. 6º do Decreto nº 4.887/2003 assegura aos remanescentes das comunidades dos quilombos a participação em todas as fases do procedimento administrativo em curso no Incra, diretamente ou por meio de representantes por eles indicados, e é importante que a comunidade quilombola tenha ciência de que o MPF acompanha a tramitação perante o poder Executivo. Deve também dar ciência da instauração ao Incra e à Fundação Cultural Palmares.

É muito importante que o Incra realize, logo num primeiro momento, o levantamento e o cadastramento das famílias integrantes da comunidade quilombola. Em geral, o primeiro cadastramento pode sofrer contestações posteriores pela própria comunidade e nessas oportunidades é importante que qualquer revisão do cadastramento para inclusão ou exclusão de novos membros ou novas famílias ocorra mediante prévia realização de assembleia da associação quilombola.

---

4 Com a edição do Decreto nº 8.865, de 29 de setembro de 2016, as competências para a realização da reforma agrária, execução de políticas dirigidas aos agricultores familiares, a delimitação e a demarcação das terras das comunidades remanescentes de quilombos foram transferidas do Ministério do Desenvolvimento Social e Agrário para a Casa Civil da Presidência da República.

Após realizado o cadastramento, é recomendável que o membro do MPF faça contato com as lideranças da comunidade quilombola, buscando conhecer as demandas do grupo por políticas públicas (saúde, educação, habitação entre outros), o que pode dar ensejo à instauração de outros procedimentos administrativos ou inquéritos civis diversos daquele instaurado para acompanhar a titulação das terras quilombolas.

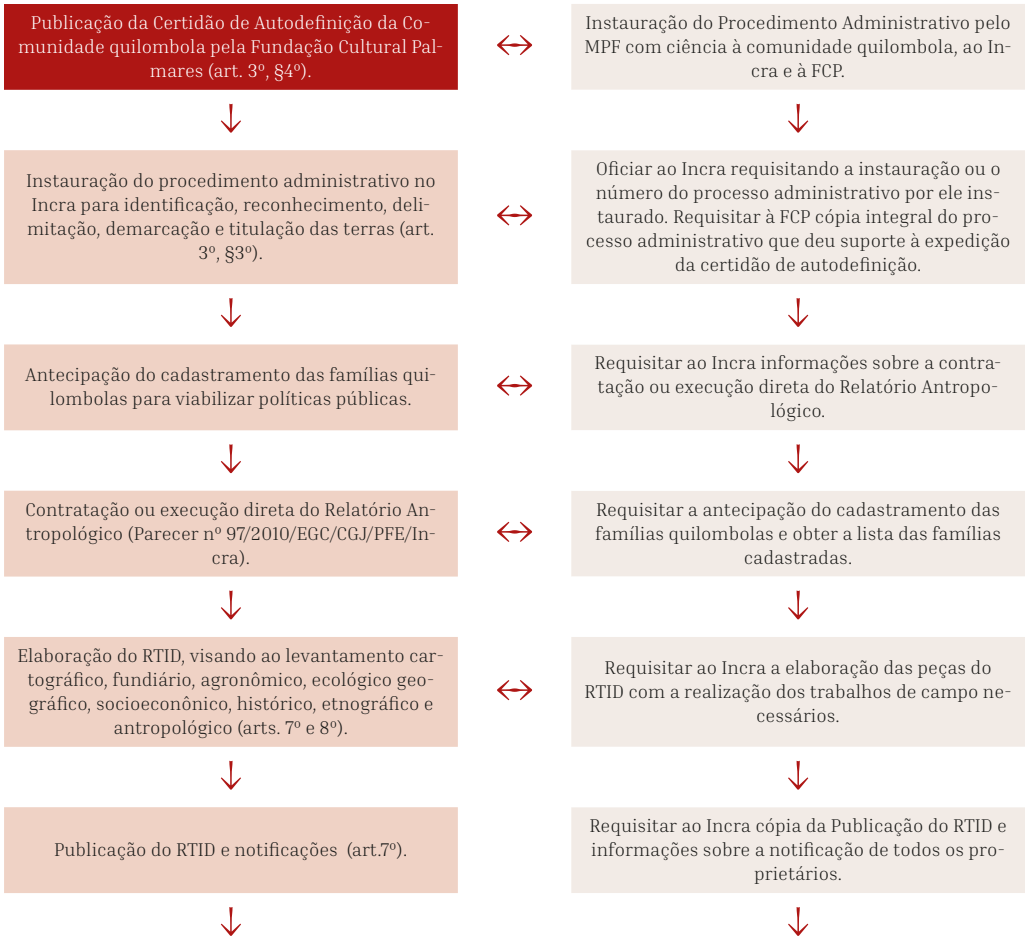
Sempre que possível, é interessante que o membro do MPF visite a comunidade quilombola para favorecer a aproximação com a comunidade e o melhor entendimento da realidade do grupo e de suas necessidades.

A realização do RTID cabe ao Incra, mas o Parecer nº 97/2010/EGC/CGJ/PFE/Incra permite a contração de empresa prestadora de serviços para a elaboração de uma de suas peças, qual seja, o laudo antropológico. É certo que os antropólogos do próprio Incra devem realizar o estudo antropológico das comunidades quilombolas, mas dada a escassez de antropólogos nos quadros do Incra, a autarquia tem realizado convênios com Estados ou diretamente promovido licitações para a contratação da confecção de laudos antropológicos. A Procuradoria Federal Especializada entendeu que o laudo antropológico tem natureza instrumental e complementar às atividades finalísticas de identificação e delimitação de territórios tradicionalmente ocupados por comunidades remanescentes de quilombos e, por isso sua terceirização é aceitável, até porque inexistem atribuições específicas para o cargo de Analista de Desenvolvimento Agrário com formação em antropologia.

A seguir apresenta-se o fluxograma do *iter* administrativo previsto no Decreto nº 4.887/2003, acompanhado da proposta de atuação do MPF durante o acompanhamento do processo de identificação, reconhecimento e titulação dos territórios quilombolas.

3. Fluxograma das atividades ministeriais em cotejo com as fases administrativas do procedimento de identificação, reconhecimento e titulação dos territórios quilombolas.

Livia Nascimento Tinôco



Fase de contestações no prazo de 90 dias (art. 9º).	Aguardar a fase de contestações.
Julgamento das contestações apresentadas e notificações aos contestantes. (art. 14, IN nº 57/2009)	Cobrar do Incra o atendimento à duração razoável da fase de julgamento das contestações e cópia de decisão que modifique o território decretado em razão de alguma contestação.
Fase de Recursos ao Conselho Diretor do Incra (30 dias a contar da notificação Art. 15 da IN nº 57/2009).	Aguardar o prazo da fase recursal.
Julgamento pelo Conselho Diretor do Incra (Art. 15, §§ 1º e 2º).	Oficiar ao Incra cobrando o atendimento à duração razoável da fase de julgamento dos recursos e a cópia de decisão que eventualmente dê provimento a algum recurso.
Publicação da Portaria do Presidente do Incra, reconhecendo os limites do território quilombola no DOU (art. 17 da IN nº 57/2009).	Juntar aos autos do PA a cópia da publicação da Portaria.
	Diligenciar para que a Casa Civil trabalhe em tempo razoável para a publicação do Decreto Presidencial.
Publicação do Decreto Presidencial de desapropriação.	Cobrar da Presidência da República e do Incra/Sede o repasse dos recursos à Superintendência Regional para as desapropriações.
Vistoria dos imóveis para avaliação do preço de mercado (art. 13).	Diligenciar para que a Procuradoria do Incra ajuíze as ações de desapropriação. Após, acompanhar as desapropriações como *custos legis*.
Ajuizamento das ações de desapropriação e imissão na posse (art. 13).	Zelar pela celeridade do cumprimento das imissões de posse, pagamento das indenizações de pequenos posseiros e desintrusão, segundo os acordos/pactos da comunidade quilombola com os posseiros.
Desintrusão (art. 14).	Requisitar cópia e juntar aos autos do PA o título concedido à comunidade quilombola e verificar se foi efetuado registro no Serviço Notarial do local do território.
Titulação mediante outorga de título coletivo, pró-indiviso e imprescritível à associação da comunidade quilombola, pelo Presidente do Incra (arts. 17 e 22).	Arquivamento do PA de acompanhamento da titulação do território quilombola.

4. Atuações dos Ministérios Públicos e as competências concorrentes

Walter Claudius Rothenburg e Lívia Nascimento Tinôco

O art. 68 do ADCT atribui genericamente ao Estado a incumbência de garantir a propriedade das terras ocupadas pelos remanescentes das comunidades de quilombos e emitir os respectivos títulos de propriedade. A expressão "Estado" obviamente não se refere aos estados-membros, pois não haveria sentido em restringir essa incumbência apenas a tais entes federados. Significa poder público e deve ser lida de acordo com o princípio federativo, a abranger todas as esferas (municipal, estadual e federal).

A existência de regulamentos federais justifica-se duplamente: enquanto disciplina geral do art. 68 do ADCT e enquanto disciplina específica do governo federal, mas sempre de natureza eminentemente administrativa.

A regulamentação em âmbito federal não exclui e nem poderia os órgãos locais (sobretudo os estaduais) de realizar, no âmbito de suas competências, os atos de regularização fundiária das terras de quilombos. Os estados podem, por exemplo regularizar o território quilombola mediante a concessão de suas terras públicas e também de terras devolutas estaduais incidentes sobre o território pleiteado. Municípios, que são sempre as unidades mais próximas das comunidades, e estados, que muitas vezes reúnem melhores condições do que o governo federal, não devem eximir-se de regularizar a situação fundiária dos respectivos remanescentes das comunidades de quilombos, inclusive arcando com eventuais indenizações. Atribuir esse ônus financeiro sempre à União, sem admitir a própria responsabilidade ou compartilhar o dever constitucional, afronta o princípio federativo.

Diversas competências materiais são comuns, ou seja, distribuídas a todos os entes da federação brasileira, sustentando a atuação também dos estados e municípios: proteger os bens de valor histórico e cultural (Constituição, art. 23, III); promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico (art. 23, IX); combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos (art. 23, X).

Ao se admitir a desapropriação como forma de garantir a propriedade das terras dos remanescentes das comunidades de quilombos, a legislação brasileira permite que também os municípios e estados, além da União, desapropriem por utilidade pública ou por interesse social; apenas a modalidade de desapropriação para reforma agrária é privativa da União (Constituição, art. 184).

Daí decorre a importância de o membro do MPF manter articulação também com estados e municípios ao tratar da matéria quilombola.

Para além da desapropriação, há inúmeras outras possibilidades de atuação de estados e municípios na implementação de outros direitos dessas comunidades, como elaboração de planos e programas para comunidades quilombolas, capacitação de produtores, apoio ao agronegócio familiar, controle de pragas e doenças (vegetal e animal), implantação de rede de água e esgoto, pavimentação de estradas, instalação de energia elétrica por parte das concessionárias do estado, assistência técnica e extensão rural, emissão de DAPs (Declarações de Aptidão), vistorias e avaliações de imóveis em auxílio ao Incra e muitas outras atividades.

5. Jurisprudência sobre posse e propriedade de territórios quilombolas

Maria Luiza Grabner e Débora Paleo Mourão

a. Decisões em âmbito nacional:

Primeiramente é de se esclarecer que há inúmeras ações civis públicas ajuizadas pelo Ministério Público Federal em face do Incra, contra a demora na conclusão dos procedimentos de regularização e titulação de territórios quilombolas. Na própria página da 6ª Câmara de Coordenação e Revisão há os números dessas Ações Civis Públicas, bem como o *link* para acompanhar o seu andamento[5]. Além dos casos acima, há inúmeras outras ações defendendo a posse quilombola propriamente dita, especialmente em face dos seus usos e costumes. Entre esses, selecionamos os que seguem:

- Decisões de 1ª instância:

Possessória – Liminar – Reintegração de Posse – Esbulho – Princípio da fungibilidade recursal – Bem imóvel rural – Prática de atos de domínio pelo réu – Aquisição de parte da área remanescente de quilombos – Decreto nº 4.887/2003 – Art. 68 do ADCT/CF – Comunidade quilombola – Laudo antropológico – Fundação Palmares – Procedência do pedido.

No presente caso, MARIA DA ANUNCIAÇÃO ajuizou a presente ação de manutenção de posse em face de ELPÍDEO CORRÊA NETO e sua esposa MARIA DAS DORES BUENO, todos

5 A informações podem ser acessadas em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/dados-da-atuacao/acoes-coordenadas/audiencia-publica-mpf-em-defesa-das-terras-quilombolas>.

qualificados. Alegou, em síntese, ser a legítima possuidora do imóvel rural, situado na localidade denominada "Canangue" em Padre Pinto, Rio Piracicaba/MG, composto de uma área de 314.400,00 metros quadrados, cujos limites e confrontações descreveu na exordial. Aduziu que em 10/05/2006 a parte requerida invadiu o referido imóvel: a) construindo e reformando cercas; b) pintando porteiras e postes; c) subtraindo peixes; d) colocando gado na plantação de eucalipto; d) causando reais prejuízos a parte requerente. Após tecer comentários sobre o fato e a legislação aplicável, requereu, ao final, a manutenção na posse do imóvel.

Ao analisar as provas, o MM. Juiz da Vara Única da Comarca de Rio Piracicaba/MG, Dr. Espagner Wallysen Vaz Leite, reconheceu que a área objeto do litígio é remanescente de quilombo, muito embora sem a devida formalização. Sustentou que, ao seu ver, o bem objeto da lide pertencia a duas famílias quilombolas: "família dos Anacretos" e "família dos Robertos", sendo que a primeira teria supostamente vendido parte do imóvel para o requerido. Ocorre que, além do réu não ter demonstrado de forma cabal que exercia a posse do bem, restou evidenciado que adquiriu área remanescente de quilombo, cuja proteção encontra guarida não só na Constituição Federal, como também no Decreto 4.887 de 20 de novembro de 2003. Ademais, em análise atenta dos depoimentos das testemunhas, ressaltou que a forma de vida conduzida no local onde não há "divisão de terra entre as famílias" é um indicativo de uma comunidade/sociedade composta por remanescentes de afrodescendentes escravizados, eis que era comum a convivência harmônica entre as famílias em uma gleba de terras, com divisão fática até mesmo sem barreira e/ou tapumes. Assim, confirmando a liminar, julgou procedente o pedido para reintegrar de forma definitiva a autora na posse do bem descrito na inicial. (Vara Única de Rio Piracicaba/MG, Juiz Espagner Wallysen Vaz Leite, autos n.º 055706000601-1, autora Maria da Anunciação, réus Elpídeo Corrêa Neto e sua esposa Maria das Dores Bueno, sentença de 1º/12/2015).

> Veja a íntegra da sentença em: <http://www.tjmg.jus.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8080845B34EA55015B35084DB212D8>.

- A ação civil pública ajuizada pela DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO contra a UNIÃO, Incra, FUNDAÇÃO PALMARES e M.P.C.F., com a finalidade de "resguardar o direito de posse da Comunidade Quilombola BATATEIRA (BA), impedindo-se que a UNIÃO conceda autorização/permissão de uso a [...] terceiros a fim de impedir qualquer ameaça a posse na faixa territorial da citada Comunidade a muito estabelecida na Ilha de Tinharé".

E em relação ao réu M.P.C.F foi requerida sua condenação para que se abstenha de promover novas tentativas violentas de compelir os comunitários a deixar o território que ocupam, bem como o pagamento de danos materiais pela derrubada de casas da comunidade e danos morais. Foi prolatada sentença que julgou a ação procedente para: a) condenar a União Federal a se abster de autorizar ou permitir que terceiros usem a área ocupada pela Comunidade Quilombola Batateira; b) condenar o réu M.P.C.F a: b1) não tur-

bar ou esbulhar a área em que vive a Comunidade Quilombola Batateira, sob pena de multa de R$5.000,00 (cinco mil reais), nos termos do art. 567 do CPC; b2) pagar indenização de R$20.000,00 (vinte mil reais) por danos materiais, conforme requerido na inicial; b3) pagar indenização de R$50.000,00 (cinquenta mil reais) por danos morais, conforme fundamentação. (1ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Itabuna/BA, Juiz Lincoln Pinheiro da Costa, autos n.º 5687-98.2011.4.01.3300, sentença de junho de 2017).

- **A ação de interdito proibitório nº 44-89.2012.4.01.3700, em trâmite perante a 3ª Vara Federal do Maranhão e ajuizada por José Aguiar Rodrigues e outros, representados pela Defensoria Pública da União no Maranhão, aduzindo que são remanescentes da Comunidade Quilombola Rural da Ilha de Camaputiua (MA).** Relatam os autores que os atos de turbação consistiram na irregular demarcação da área com registro em cartório, e que o réu tinha como objetivo levantar cercas na área de posse da comunidade. Informam que foram realizadas ocorrências policiais em face de trabalhadores rurais quilombolas. Ainda, que o réu ajuizou demanda de reintegração de posse contra trabalhador rural quilombola e que os autores vêm sendo constantemente ameaçados de terem suas posses esbulhadas pelo réu. Relatam, ainda, a doação de área para a construção de uma Igreja Evangélica e para a residência do Pastor. Em sede de liminar, o d. juiz Clodomir Sebastião Reis entendeu por bem deferir a ordem, sob o fundamento de que o Incra e pela Fundação Palmares ratificam a autoidentificação dos autores e, verificando que estes têm melhor posse que o demandado. (3ª Vara Federal do Maranhão, Juiz Clodomiro Sebastião Reis. PROCESSO N.: 44-89.2012.4.01.3700, CLASSE: 5122 -INTERDITO PROBITÓRIO, AUTOR: JOSÉ AGUIAR RODRIGUES E OUTROS, RÉU: VICENTE SANTOS SOUZA, ASSIST: INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA – Incra e FUNDAÇÃO CULTURAL PALMARES).

- <u>Decisões de Tribunais:</u>

CONSTITUCIONAL. CIVIL. ADMINISTRATIVO. TERRA. OCUPAÇÃO POR REMANESCENTES DE COMUNIDADE DE QUILOMBOS. ART.68 – ADCT. DECRETO Nº 4.887/2003. Incra. RTID. PROCESSO DE DEMARCAÇÃO DE TERRAS EM CURSO. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. DESCABIMENTO.

1. Segundo o que se extrai dos autos, os réus são pertencentes à **Comunidade de São Francisco do Paraguaçu, localizada no município de Cachoeira/BA** (a 100 km de Salvador), tendo sido considerada pela Fundação Cultural Palmares como remanescente das comunidades dos quilombos.

2. A solução da questão em exame, atinente ao suposto esbulho e à consequente reintegração de posse, repousa na definição sobre se de fato houve invasão de quilombolas à área de que a autora se alega proprietária, ou se essas terras na verdade já pertenciam à comunidade quilombola, estando assim submetidas à disciplina do art.68, do ADCT, verbis: "Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas

terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos."

3. A comunidade retratada nos autos está localizada na região conhecida como Recôncavo Baiano, assim descrita: "...O Recôncavo baiano é uma região brasileira de enorme influência africana. Para ali foram trazidos milhares de escravos, sobretudo para trabalharem na produção de cana de açúcar. Um estudo genético realizado em municípios da região confirmou o alto grau de ancestralidade africana na região. Foram analisadas pessoas da área urbana dos municípios de Cachoeira e Maragojipe, além de quilombolas da área rural de Cachoeira. A ancestralidade africana foi de 80,4%, a europeia 10,8% e a indígena 8,8%."

4. Conforme nos ensina a história acerca do surgimento dos quilombos, "...Ao que consta, o primeiro exemplo histórico de repressão a mocambos no Brasil ocorre na Bahia e por ordens do então governador-geral Brito de Almeida. Na década de 1580 notícias dão conta da existência de mocambos na região meridional do Recôncavo baiano (...) Já no início do século XVII, mais propriamente em 1601, muitos escravos "fogem dos engenhos e propriedades" e se aquilombam no Itapicuru.(...).". Além disso, desde o final do século XVII até o início do século XIX, "o tráfico negreiro permaneceu intenso para toda a Capitania baiana. Tendo por base vários estudos a respeito do tráfico transatlântico de africanos, Schwartz, por exemplo, estima que na última década do século XVII entraram anualmente para a Bahia de 8 a 9 mil escravos, O tráfico africano aumentou consideravelmente no século XVIII. Destaca-se ainda que entre 1750 e 1790 devido ao declínio da economia açucareira caracteriza-se igualmente uma depressão no volume do tráfico de africanos. O fato é que, no início do século XIX a massa escrava já iria constituir 1/3 de toda a população baiana que era de aproximadamente 500 mil habitantes. Nas regiões dos engenhos, por exemplo, o índice da população escrava alcançava 70%. (Gomes, Flávio dos Santos. "Mocambos, Quilombos e Palmares; a resistência escrava no Brasil Colonial". Estudos Econômicos. São Paulo, 17(2): 294-95).

5. De acordo com o que consignou o Incra, por meio de Relatório Técnico de Identificação e Delimitação - RTID, atualmente em fase de elaboração, "foram constatadas evidências de que o imóvel denominado Sítio Shangrilá, de propriedade da Sra. Rita de Cássia Salgado de Santana está inserido na sua totalidade no território tradicional quilombola de São Francisco do Paraguaçu; tal área é necessária à reprodução cultural, social e econômica da comunidade."

6. São bastante contundentes as informações colhidas aos autos, razão por que, mesmo nesta cognição perfunctória, seria de todo leviano querer desconsiderá-las, particularmente quando restou demonstrado nos autos a existência de grave conflito social subjacente à demanda possessória, bem como a existência de processo administrativo em curso para a demarcação e reconhecimento de área que, ao que tudo indica, se reputa tradicionalmente ocupada por remanescentes de comunidades de quilombos.

7. Ainda que se analise a demanda sob a ótica exclusiva dos artigos que regulamentam a posse no âmbito do Código de Processo Civil, não há como dar guarida à pretensão da

autora, pois, posse por posse, certamente a dos remanescentes dos quilombolas é mais velha, vez que remonta à época da escravidão, não havendo fundamento jurídico que autorize a reintegração de posse pretendida, ao menos nesta fase processual. A prova histórica baseada em livros sobre os primeiros conventos instalados no Brasil revela que a comunidade sobrevive na região há quatro séculos e guarda a identidade étnica quilombola, portanto, tempo superior às três décadas de posse da agravada.

8. Agravo de instrumento provido para, revogando integralmente a decisão liminar proferida em 1º grau, manter os agravantes na posse da área em discussão.

(AG 0045829-92.2007.4.01.0000 / BA, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL SELENE MARIA DE ALMEIDA, QUINTA TURMA, e-DJF1 p.423 de 3/12/2013)

- **PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. IMÓVEL INSERIDO EM ÁREA CUJA POSSE FORA ASSEGURADA À COMUNIDADE QUILOMBOLA DO SÃO FRANCISCO DO PARAGUAÇU. CONTROVÉRSIA ACERCA DA EFETIVA LOCALIZAÇÃO DO IMÓVEL.**

1 - Restando comprovado os requisitos constantes no art. 927 do CPC, afigura-se devida, na espécie, a reintegração de posse de imóvel objeto do litígio até que seja realizado, pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - Incra, o devido procedimento de delimitação e demarcação da área rural em discussão, a fim de comprovar se o imóvel está inserido em área destinada à Comunidade Quilombola do São Francisco do Paraguaçu.

2 - Agravo de instrumento provido.

(AG 0047308-57.2006.4.01.0000/BA, Rel. Desembargador Federal Souza Prudente, Rel. Conv. Juiz Federal Carlos Eduardo Castro Martins (Conv.), Quinta Turma, e-DJF1 p.87 de 24/4/2013)

- **CONSTITUCIONAL E CIVIL. AÇÕES CIVIS PÚBLICAS. ÁREA OCUPADA POR COMUNIDADE AUTODEFINIDA COMO REMANESCENTE DE QUILOMBOLAS. AFASTAMENTO DAS PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE ATIVA E DE FALTA DE INTERESSE DE AGIR DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. LIMITES AO DIREITO DE PROPRIEDADE DO PARTICULAR DURANTE O PROCESSO DE IDENTIFICAÇÃO E DELIMITAÇÃO DE TERRITÓRIO QUILOMBOLA. POSSIBILIDADE. APELAÇÃO IMPROVIDA.**

1. O Ministério Público Federal ajuizou duas ações civis públicas contra a ora apelante: a primeira (0002623-88.2012.4.05.8100 – AC576068-CE), em 23/3/12, buscando provimento jurisdicional que obrigasse a ré a se abster da prática de qualquer ato tendente à desocupação da área ocupada pela **Comunidade Boqueirão da Arara**, autodefinida como remanescente de Quilombolas, nos termos da Portaria nº 64/2012 do Ministério da Cultura e que se encontra em processo de estudos para aferir sua efetiva natureza jurídica pela Fundação Cultural Palmares; e a segunda (0008912-37.2012.4.05.8100 - AC576032-CE), em 14/6/12, objetivando que a ré se abstivesse da prática de qualquer ato tendente a alterar os marcos demarcatórios da referida comunidade, a obstar ou dificultar o acesso de seus

moradores às fontes de água existentes, ou a interferir no cotidiano da comunidade até a definição de sua natureza jurídica.

2. A sentença, analisando as ações conjuntamente, julgou procedentes os pedidos das duas ações para determinar que a ré "se abstenha de qualquer ato tendente à desocupação da área atualmente ocupada pela comunidade Boqueirão de Arara, bem como que se abstenha de qualquer ato tendente a alterar os marcos demarcatórios da propriedade, bem como de praticar qualquer ato tendente a obstar ou dificultar o acesso dos moradores da comunidade às fontes de água existentes na propriedade, ou a interferir de qualquer forma no cotidiano da comunidade Boqueirão de Arara, até definição da natureza jurídica da referida coletividade". Condenou, ainda, a ré em custas e honorários advocatícios, arbitrados em R$ 4.000,00 (quatro mil reais), abrangidas as duas ações civis públicas.

3. A ré apelou nas duas ações alegando, em preliminar, a ilegitimidade ativa e a falta de interesse de agir do Ministério Público Federal, ao argumento de que a qualidade de quilombola da comunidade constitui mera presunção, não conferindo legitimidade para a atuação do MPF. No mérito, sustenta, em síntese: (a) a inocorrência de atos ilegais, pois derrubou os casebres que não tinham condição mínima de habitação e o fez sem agressão à integridade física/psicológica de qualquer pessoa; (b) a ausência de alterações demarcatórias ou colocação de obstáculos para acesso à água, confirmado por meio de auto de constatação lavrado por oficial de justiça.

4. As preliminares de ilegitimidade ativa do Ministério Público Federal e de falta de interesse de agir não merecem guarida, pois a Nota Técnica nº 01/12 (fls. 15-27 da AC 576068-CE) comprova o despejo de moradores no Boqueirão da Arara – Caucaia/CE, comunidade em processo de autoidentificação como remanescente de quilombos, caracterizando uma situação de caráter transindividual e indivisível, constituído por um grupo étnico hipossuficiente.

5. O 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, prevê que a caracterização dos remanescentes das comunidades dos quilombos será atestada mediante autodefinição da própria comunidade. Como bem ressaltou o Incra, em sua replica à contestação, não cabe ao proprietário ou posseiro alegar a inexistência de remanescentes de quilombolas em suas terras, mas ao Incra que, na qualidade de executor do Programa Brasil Quilombola, nos termos do Decreto nº 4.887/2003 e Instrução Normativa nº 57, de 20/10/09, detém poderes para identificar e delimitar os territórios quilombolas por técnicos da autarquia.

6. No mérito, discute-se nestas ações se, na pendência do processo de declaração da condição de quilombola e da consequente demarcação das terras, é possível estabelecer limites ao exercício do direito de propriedade contra o proprietário do imóvel particular que supostamente poderá ser afetado pela demarcação.

7. Em constatação judicial, o Oficial de Justiça confirmou vários fatos narrados pelo MPF: a presença de segurança armada rondando a comunidade; o clima de intranquilidade presente por conta da situação de incerteza vivida por aquela comunidade, causado, em grande parte, pelo medo de expulsão, que se tornou ainda mais forte quando as casas foram demolidas; que as casas que foram derrubadas pela ré, sob a justificativa de que eram meros casebres desocupados e sem condições de moradia, eram habitadas por famílias identificadas.

8. Constatada a ocorrência de medidas tendentes a prejudicar comunidade autoidentificada como remanescente de quilombos, é legítimo o estabelecimento de limites ao direito de propriedade durante o processo de identificação e demarcação de território quilombola.

9. Apelação improvida.

(TRF5, AC 00089123720124058100 AL, Quarta Turma, Rel. Des. Fed. Emiliano Zapata Leitão, p. 22/1/2015, j. 20 de Janeiro de 2015).

- **AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TÍTULOS DE DOMÍNIO DE TERRAS DEVOLUTAS. TERRAS HISTORICAMENTE OCUPADAS POR QUILOMBOLAS. CONCESSÃO DE TUTELA ANTECIPADA. PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGAIS.**

1. Agravo de Instrumento contra a decisão que deferiu a antecipação de tutela, decretando a indisponibilidade de terras, objeto da ação originária, e determinado ao BNDES a suspensão de qualquer operação financeira em favor da agravante para o plantio de eucalipto ou produção de celulose nos municípios de São Mateus/ES e Conceição da Barra/ES.

2. Ação civil pública em que se persegue o desfazimento do negócio jurídico que alterou a titularidade do bem, a fim de possibilitar, em um segundo momento, o reconhecimento das terras (quilombolas) pelo critério da Lei Estadual nº 5.623, de 9 de março de 1998, sobre a propriedade definitiva da área ocupada por remanescentes das comunidades do quilombo em atendimento ao disposto no art. 68 da ADCT.

3. Descabido o argumento da imprescindibilidade de procedimento discriminatório prévio; tampouco a impossibilidade jurídica do reconhecimento judicial da natureza devoluta da terra ou da sua declaração como sendo área pública. Improcedente, de igual forma, a alegação de que a ação civil pública não se presta a discutir tutela de direito individual, quando a demanda, por via reflexa, envolve a proteção dos direitos das comunidades tradicionais (quilombolas), sendo a nulidade dos títulos de propriedade necessária para a concretização do direito fundamental de acesso às terras por elas ocupadas. Transcurso do tempo não autoriza a prescrição aquisitiva de bens públicos por particulares e, da mesma maneira, não se presta a convalidar atos nulos de transferência de domínio praticados ilegalmente, supostamente mediante fraude.

4. O *fumus boni iuris* compreende uma probabilidade inerente a toda cognição sumária quanto à procedência das alegações fáticas e jurídicas do demandante, não apenas no

que diz respeito ao direito material em si, mas também ao próprio ***periculum in mora*** e à prevalência do interesse do demandante sobre o interesse público.

5. Depoimentos prestados à Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI da Aracruz), indicando o ***modus operandi*** de suposta fraude: funcionários declaravam-se agricultores e, tão logo legitimada a posse, repassavam-na à empresa. Elementos de prova não impugnados pelo réu, ora agravante.

6. Interrupção da CPI por ordem do Tribunal de Justiça do Espírito Santo (TJES): inexistência de óbice que o juiz de uma ação civil pública considere como meio de prova as conclusões extraídas das diligências empreendidas na CPI. Decisão do TJES baseado no excesso de prazo das investigações e não na existência de irregularidades na apuração de documentos e oitiva de testemunhas.

7. Documentos no inquérito civil público suficientes para indicar o ***fumus boni iuris*** no que concerne à transferência duvidosa de direitos procedida por funcionários da empresa.

8. A ausência de conclusão dos estudos sobre a identificação das áreas ocupadas pelos quilombolas e o tempo transcorrido desde a legitimação da posse pela empresa não podem servir de fundamentos para permitir que a agravante, Fibria S.A., continue a dispor e receber recursos públicos para explorar uma terra, cuja ocupação, em princípio, deu-se de forma fraudulenta.

9. É considerada irreparável a lesão a direito se a compensação pecuniária, por si só, não for capaz de restabelecer plenamente a situação ***a quo***. A iminência do risco de dano irreparável é caracterizada em função do tempo regular, mas insuficiente para a conclusão do processo principal ou para a execução da decisão correspondente, buscando-se, em última análise, proteger o efeito prático da sentença na eventualidade de uma possível procedência do pleito judicial.

10. Ausência de contracautela. Necessário que o agravante demonstre possuir recursos para arcar não apenas com a restauração da área ocupada, garantindo o retorno ao ***status quo ante***, mas também meios de devolver aos cofres públicos os vultosos recursos federais investidos na atividade econômica explorada em área reconhecida como irregular (exemplificativamente: na modalidade direta - contrato 01216411 R$ 666.300.000,00; contrato 01223111 R$ 423.753.434,00; contrato 06210601 R$ 541.237.621,00; contrato 09201881 R$ 673.294.000,00, contrato 11544008 R$ 320.000.000,00, contrato 12544022 R$ 294.391.000,00 e contrato 13544007 R$ 499.302.000,00; na modalidade indireta, evolvendo instrumentos de renda variável R$ 1.820.000.006,00; operações indiretas de financiamento com recursos repassados pelo BNDES R$ 8.020.800,00; operações de financiamento à exportação no âmbito do Programa BNDES PS Subprograma Pré-Embarque R$ 24.000.000,00, R$ 20.000.000,01 e 15.000.000,01). Eventual reconhecimento da fraude na obtenção das terras invalida, por via reflexa, qualquer financiamento obtido junto à instituição financeira oficial, cujos investimentos são realizados com recursos públicos.

11. **Risco de dano permanente às comunidades tradicionais quando as áreas protegidas recebem uma destinação que descaracteriza por completo o cenário histórico original.**

12. Revogada a decisão que concedeu efeito suspensivo a este recurso. Agravo de Instrumento não provido.

(TRF2ª Região, AG 201400001006139 RJ, QUINTA TURMA ESPECIALIZADA, Rel. Desembargador Federal RICARDO PERLINGEIRO, p. 28/10/2014, j. 21 de Outubro de 2014)

***HABEAS CORPUS* - FURTO SIMPLES (ART. 155 DO CP). SUPOSTO FURTO DE 400 COCOS DO TERRITÓRIO ONDE RESIDE PARTE DA COMUNIDADE QUILOMBOLA NO MUNICÍPIO DE BREJO GRANDE/SE À BEIRA DO RIO SÃO FRANCISCO. CONDUTA MANIFESTAMENTE ATÍPICA. ÁREA SOB DOMÍNIO DA UNIÃO RECONHECIDAMENTE OCUPADA PELOS IMPETRANTES QUE DE LÁ RETIRAM SUA SUBSISTÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE SE FALAR EM CRIME DE FURTO POR NÃO SE TRATAR DE COISA ALHEIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. POSSIBILIDADE ANTE A ATIPICIDADE DA CONDUTA. - *Writ* concedido. Decisão unânime." (HC 2012312109/SE - TJSE, CÂMARA CRIMINAL, Relatora Des. Geni Silveira Schuster, j. 23/07/2012)**

No presente caso, foi impetrado pedido de *Habeas Corpus* em favor de JOSÉ VITAL BISPO (e outros) narrando-se que os pacientes são acusados de terem cometido o crime de furto de aproximadamente 400 (quatrocentos) cocos da área onde reside parte da **comunidade quilombola Brejão dos Negros, no povoado Resina, no município de Brejo Grande/SE**. Aduziram que existe cerca de 57 (cinquenta e sete) famílias que vivem há mais de 50 (cinquenta) anos no local e ali sobrevivem à custa da atividade pesqueira e do extrativismo vegetal. No entanto, a empresa NORCON adquiriu uma área na beira do Rio S. Francisco, no povoado Resina, com o objetivo de instalar um Resort, oportunidade em que retirou parte da população da área, porém não conseguiu retirar todas as famílias. Assim, a NORCON adquiriu um imóvel nos arredores do território quilombola no qual residem os pacientes, cercando a área, impossibilitando o acesso da população quilombola ao povoado Resina. Aduziram os pacientes que "(...) nesse contexto de conflito, os empregados dos proprietários do imóvel objeto da negociação com a NORCON, diante da resistência apresentada pela comunidade quilombola, passaram ao plano da violência, realizando, inclusive, a queima dos barracos em que residiam os moradores do povoado Resina. Como se não bastasse, tais pessoas denunciaram à Polícia Civil, que os ora pacientes teriam furtado 400 cocos de sua 'propriedade.'(...)" . Relata que quando da apresentação da defesa preliminar, os pacientes informaram ao Juízo e ao representante do Ministério Público Estadual que a área era alvo de discussão com o Incra e o MPF no Processo Administrativo nº 1.35.000.0000827/2007-27, onde se discutia a titularidade da mesma. Assegura que a ação foi tombada sob o nº 0000746-48.2010.4.05.8500 e tramitou perante a 2ª Vara Federal da Seção Judiciária de Sergipe e, ao final da lide, a sentença julgou procedente a demanda proposta pela União, assegurando que a comunidade quilombola "Brejão dos Negros", situada no Povoado Resina, possa continuar retirando seu sustento da área, a qual foi reco-

nhecida como sendo da União. Asseveraram que mesmo sabendo de toda a discussão jurídica acerca da propriedade do imóvel e dos coqueiros nela localizados, a ação penal foi seguindo seu curso, até que as partes se viram obrigadas a aceitar uma suspensão condicional do processo. Narram que, inexistindo controvérsia de que a terra onde se localiza a Resina, chamada de Fazenda Catarina para os que a cercaram, é de propriedade da União, não havendo dúvida que não houve qualquer conduta criminosa por parte dos pacientes vez que o extrativismo vegetal in natura das terras da União é conduta atípica, mormente em se tratando de região habitada por população remanescente de quilombos que tem direito constitucional ao título das terras que ocupam (art. 68 do ADCT).

A douta DESEMBARGADORA GENI SILVEIRA SCHUSTER (RELATORA) citando o magistrado quando da prolação da sentença no processo nº 0000746- 48.2010.4.05.8500 (da 2ª Vara Federal do Estado de Sergipe) também entendeu que "(...) se os moradores da comunidade Brejão dos Negros, no povoado Resina, podem ser enquadrados como remanescentes de comunidade de quilombo, como tudo leva a crer, eles já são os legítimos proprietários das terras ora ocupadas, sendo necessária apenas a formalização jurídica desse direito que lhes assiste. Portanto, cabe à União mantê-los nestas áreas, sem impor quaisquer restrições ao seu uso que inviabilizem a manutenção do seu tradicional estilo de vida.(...)" .

Assim, concluiu a Desembargadora, que assistia razão aos impetrantes, tendo em vista que, após uma análise acurada dos documentos acostados aos autos, restou provado que a área onde ocorreu o referido delito é de propriedade da União, sob o domínio dos acusados. Por fim, concedeu o *writ* e manteve a liminar anteriormente concedida, em favor dos pacientes, determinando o Trancamento da Ação Penal correspondente nº 200978100183, que ora tramita no Distrito Judicial de Brejo Grande, Comarca de Pacatuba/Se.

- Acórdão no Agravo de Instrumento n.º AI 0010275-59.2013.4.02.0000 que, por unanimidade, manteve decisão da primeira instância que negou o pedido de antecipação de tutela feito pela Jacarehi Empreendimentos Imobiliários e Agropecuários LTDA. O objetivo da empresa ao entrar com o recurso de agravo era interromper as obras que vinham sendo feitas pela Prefeitura de Petrópolis – em parceria com a União Federal –, no Quilombo da Tapera, em Itaipava (Petrópolis/RJ), por considerar que as intervenções, realizadas em parte do seu terreno, seriam ilegais.

Por unanimidade, os desembargadores da 5ª Turma do TRF2 acompanharam o argumento do MPF de que a imobiliária não é possuidora direta ou indireta do terreno, o que torna impossível, nesse caso, conhecer a ação de reintegração de posse.

O desembargador federal do TRF2, Marcelo Pereira da Silva, ressaltou em seu voto que a comunidade interessada está historicamente ligada à terra em disputa, o que está comprovado, inclusive, pelo fato de a própria empresa reconhecer que já há muitos anos

a presença dos descendentes dos escravos que compõem a comunidade em causa é admitida pelos proprietários, mediante a celebração de contrato de usufruto.

A disputa judicial já havia chegado ao Supremo Tribunal Federal (STF), através de um pedido de Suspensão de Liminar (SL n.º 711/RJ) interposto pelo MPF contra decisão proferida ainda no AI 0010275-59.2013.4.02.0000 onde o Relator Des. Fed. Raldênio Bonifácio Costa suspendeu os efeitos da decisão agravada atendendo ao pedido da Jacarehi Empreendimentos e "determinando-se a reintegração da agravante na posse do terreno objeto da lide até decisão final do feito principal".

O pedido de Suspensão de Liminar (SL n.º 711/RJ) foi acolhido pela Presidência do E. STF (Ministro Joaquim Barbosa), em 16/8/2013, oportunidade em que se atestou a existência da comunidade quilombola e julgou que há todos os requisitos para a permanência dessas pessoas na posse nos autos, determinando a suspensão da decisão proferida pelo Des. Fed. RALDÊNIO BONIFACIO COSTA, nos autos do AI 0010275-59.2013.4.02.0000, até o trânsito em julgado de sentença prolatada nos autos da Ação 0000038-71.2013.4.02.5106.

- Ações recentes pendentes de julgamento: sugestão de acompanhamento

ACP: n.º 0002791-95.2015.4.01.3703 - Vara Única da Subseção de BACABAL/MA

Ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal no Maranhão (MPF/MA) contra o governo do Maranhão, que recentemente construiu um presídio em área quilombola no município de Bacabal (MA) – a 240 km de distância da capital maranhense – e o Instituto de Colonização e Reforma Agrária (Incra) que deixou de proceder às medidas administrativas necessárias à identificação, reconhecimento, delimitação e titulação da área. A ação resulta da denúncia formulada pelo Centro de Cultura Negra do Maranhão (CCN-MA), em fevereiro de 2009.

Segundo a ação civil pública, a demora no processo de titulação pelo Incra facilitou a ação do Governo do Maranhão que, deliberadamente, ignorou os direitos tradicionais da comunidade e edificou uma unidade prisional na área reclamada.

Assim, o Ministério Público Federal requereu a condenação do Incra na obrigação de fazer consistente na conclusão do procedimento administrativo de identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação, desintrusão, titulação e registro dos territórios ocupados pela comunidade remanescente de quilombo Piratininga, inclusive, se necessária, a propositura de ação de desapropriação, em prazo a ser assinalado pelo Juízo; e a condenação do ESTADO DO MARANHÃO na obrigação de não fazer, consistente em abster-se da prática de esbulhar e/ou turbar o restante da área tradicionalmente ocupada pela comunidade remanescente de quilombo Piratininga, além da condenação ao ressarcimento pelos danos materiais e morais sofridos pela comunidade Piratininga a partir da construção do presídio e da imposição de obrigação de fazer, consistente na realização de projetos sociais e na ampliação de serviços públicos especialmente reclamados pela co-

munidade, como um centro de formação agrícola, tudo a ser decidido durante audiência judicial com a presença de lideranças e da sociedade civil (CCN/MA).

Resultados: indeferimento das medidas liminares.

- AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE ajuizada pelo MPF (Procuradoria da República no Amapá, petição inicial assinada pela Dra. Nicole Campos Costa) em face de CIMAIA ABDON LACERDA requerendo o retorno da comunidade quilombola Igarapé do Lago à área situada às margens do rio Vila Nova, no município de Santana/AP.

Trata-se de duas ações:

A primeira é uma ação rescisória que tramita no Tribunal de Justiça do Amapá e assinada em conjunto com o MP Estadual (autos n.º 0002468-83.2017.8.03.0000) requerendo a desconstituição da sentença prolatada na ação de reintegração de posse nº 2045-20.2017.8.03.0002 que tramitou na 2ª Vara Cível da Comarca de Santana. A petição inicial foi indeferida, sob o fundamento de ilegitimidade ativa do Ministério Público para subscrever a exordial. O Ministério Público Federal deu-se por ciente do inteiro teor da decisão terminativa proferida nos autos que concluiu pelo indeferimento da petição inicial, informando que já protocolizou recurso de agravo interno em face da referida decisão, em sede de litisconsórcio com o MPE, através do Sistema Tucujuris (on line), no dia 13/12/2017, cuja fotocópia impressa consta nos autos devidamente assinada. Por fim, **requereu a procuradora atuante no feito, Dra. Nicole Campos Costa, em 9/1/2018, que a fotocópia do agravo interno, inclusa aos autos físicos, também seja protocolizada no sistema manual de recebimento de petições, pois na segunda instância estadual o sistema processual, ao que se sabe, não é totalmente virtual, mas misto.**

A outra é a Reintegração de Posse nº 1000720-98.2017.4.01.3100 onde se aduz que a comunidade "Fica distante 110 quilômetros da cidade de Macapá e surgiu com a libertação dos escravos, em 1888, tendo como principal atividade a agricultura, pois o modo de vida e a organização da comunidade têm como referência o trabalho da terra, configurando, assim, a posse regular das terras há décadas. Entretanto, no ano de 2017 , a senhora CIMAIA ABDON LACERDA ajuizou ação de reintegração de posse que tramitou na Justiça Estadual, autos de nº 0002045- 20.2017.8.03.0002, alegando invasão de seu imóvel rural denominado "Fazenda Nazaré", situado no rio Igarapé do Lago, afluente no rio Vila Nova, no município de Santana-AP, perfazendo um total de 5.149 (cinco mil, cento e quarenta e nove) hectares. Ao final, a ação possessória foi julgada procedente, confirmando a liminar de reintegração, tendo como causa de pedir a posse civil e individual , cuja sentença transitou em julgado no dia 9 de agosto de 2017, e, por consequência, as pessoas que ocupavam a área (quilombolas) perderam sua terra, moradia e trabalho. Assim, objetivou o MPF: i) reintegrar a comunidade quilombola "Igarapé do Lago" na área litigiosa, situada no Igarapé do Lago, às margens do rio Vila Nova, município de Santana, confirmando a tutela liminar; e ii) condenar a requerida a pagar aos quilombolas esbulhados dano material e indenização dos frutos, valor este a ser apurado em sede de liquidação de sentença.

O MPF, por meio da procuradora Dra. Nicole Campos Costa, peticionou, em 16/11/2017, requerendo a apreciação urgente da tutela provisória de caráter liminar da ACP, com fundamento na posse coletiva quilombola, a fim de resguardar os direitos da comunidade remanescente de quilombo de Igarapé do Lago.

Resultado: pendente de apreciação o pedido de 16/11/2017.

b. Decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH)

Ticiana Andrea Sales Nogueira

Link da 6ª CCR resumos:

Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/dados-da-atuacao/acao-civil-publiva-1/jurisprudencia-da-cidh>.

Nesse *link*, é possível visualizar decisões da Corte Interamericana de Direito Humanos que tratam especificamente do direito de posse e da propriedade de grupo tribais, afrodescendentes e indígenas.[6]

CASO 1: COMUNIDADES AFRODESCENDIENTES DESPLAZADAS DE LA CUENCA DEL RIO CACARICA (OPERACIÓN GENESIS) VS COLOMBIA[7]

Victim(s):	Marino López y otros
Representantive(s):	Comisión Inter-eclesial de Justicia y Paz
Demanded Country:	
Summary:	Colombia
Keywords:	El caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado derivada de las violaciones de derechos humanos cometidas en el marco de la "Operación Génesis".
	Derecho internacional humanitario

Breve resumo: o caso em questão foi submetido em 25/7/2011 à jurisdição da CIDH pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em conformidade com os art. 51 e 61 da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Refere-se

6 Outras decisões constantes do *link* indicado tratam de indenizações e reconhecimento de direitos a grupos indígenas apenas tangenciando direitos inerentes a todos esses grupos e, portanto, como não são tão específicos não serão abordados no presente trabalho.

7 *Link* específico para a íntegra da jurisprudência citada: <http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=377&lang=e>.

à responsabilidade do Estado (Colômbia), por violações de direitos humanos cometidas pela denominada "Operação Genesis"[8], levada a cabo em zona próxima dos territórios das comunidades afrodescendentes de "la cuenca del rio Cacarica", Departamento de Chocó, que resultou na morte de Marino Lopez Mena e no deslocamento forçado de centenas de pessoas, muitas das quais eram membros das comunidades afrodescendentes que habitavam as margens do rio Cacarica. Foram alegadas: a) violação ao direito de propriedade coletiva de referidas comunidades sobre os territórios que têm possuído ancestralmente e que o Estado lhes reconheceu; b) explorações ilegais de recursos naturais e c) falta de investigação dos fatos e de sanção dos responsáveis, assim como falta de proteção judicial a respeito de tais fatos.

Trata-se, pois, de caso de deslocamento forçado de comunidade tradicional, com tortura e morte de um de seus integrantes, sendo que a impunidade já durava mais de quinze anos. O local dos fatos é considerado epicentro de luta armada na Colômbia – guerrilha, grupos paramilitares. Houve deslocamento de populações promovido pelo próprio Estado (militar).

Além de determinar a INVESTIGAÇÃO COMPLETA, imparcial e efetiva dos fatos que acarretaram o DESLOCAMENTO FORÇADO da comunidade tradicional afrodescendente, a Corte Interamericana determinou que o Estado garantisse o DIREITO DE LIVRE CIRCULAÇÃO E RESIDÊNCIA em suas terras, o REGRESSO livre e voluntário e a COMPENSAÇÃO pelo deslocamento forçado. RECONHECEU O DIREITO AO TERRITÓRIO TRADICIONAL. Importante destacar que a ação militar do Estado, embora reconhecida como ação de segurança nacional, não afastou o direito ao território tradicional e o retorno a ele.[9]

Seguem transcritos a seguir, os principais trechos do julgado em comento de importância ao presente capítulo:

1) Disposições relativas à Posse e à Propriedade:

> *217. El derecho a la vida ocupa un lugar fundamental en la Convención Americana, por ser el presupuesto esencial para el ejercicio de los demás derechos[416]. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho inalienable y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él. Esta protección activa del derecho a la vida*

8 Cf. pode ser lido no original da jurisprudência em comento, item 100: "Como se ha indicado, entre el 24 y el 27 de febrero de 1997 debía ejecutarse la operación de contrainsurgencia denominada "Operación Génesis" cuyo fin, de acuerdo a la Orden de Operaciones N° 004 Génesis", de las Fuerzas Militares de Colombia, Ejército Nacional, Brigada XVII era atatcar a la guerrilla en el área general del Río Salaquí y Río Truandó, para capturar y/o neutralizar a los integrantes del Bloque José María Córdoba y Cuadrilla de las FARC y liberar a los 10 infantes de marina secuestrados (supra pár. 97).

9 A propósito, a ação da marinha brasileira no território tradicional dos quilombolas em Rio dos Macacos-RJ remete ao tema aqui abordado.

por parte del Estado no sólo involucra a sus legisladores, sino a toda institución estatal y a quienes deben resguardar la seguridad, sean éstas sus fuerzas de policía o sus fuerzas armadas[417].

416 Cfr. Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63 , párr. 144, y Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, párr. 190.

417 Cfr. Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo, párrs. 144 y 145, y Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, párr. 190.

(...)

Atención Integral a la Población Desplazada". "El Estado a) prestó asistenciahumanitaria de emergencia a la población que se movilizó de la cuenca del río Cacarica a las Bocas del Atrato y al municipio de Turbo; b) Para asegurar la sostenibilidad del retorno de los pobladores, constituyó una comisión de verificación con la participación de un número sustantivo de ministerios e instituciones del Gobierno y gobiernos y agencias internacionales de cooperación, así como de representantes de las presuntas víctimas; c) en ese marco se desarrollaron programas de salud, vivienda, proyectos productivos, atención y reunificación de núcleos familiares, entre otras muchas acciones destinadas a la atención de la población desplazada, y d) además, el Gobierno ordenó la titulación colectivas de tierras de más de cien mil hectáreas, en cabeza de las comunidades de la Cuenca".

219. Por su parte, el artículo 22.1 de la Convención reconoce el derecho de circulación y de residencia y a no tener que salir forzadamente del territorio del Estado en el cual se halle legalmente. La libertad de circulación es una condición indispensable para el libre desarrollo de la persona[420]*. Asimismo, mediante una interpretación evolutiva del artículo 22.1 de la Convención, tomando en cuenta las normas de interpretación aplicables señaladas en el artículo 29.b de la misma, esta Corte ha considerado que aquella norma protege el derecho a no ser desplazado forzadamente dentro de un Estado Parte en la misma*[421].

420 Cfr. Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C No. 124, párr. 110, y Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 186.

421 Cfr. Caso de la "Masacre de Mapiripán" Vs. Colombia, párr. 188, y Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 186.

220. La Corte recuerda asimismo que la obligación de garantizar el derecho de circulación y residencia también debe tomar en consideración las acciones emprendidas por el Estado para asegurar que las poblaciones desplazadas puedan regresar a sus lugares de origen sin riesgo de que

se vean vulnerados sus derechos. En ese sentido, este Tribunal reafirma que la obligación de los Estados de proteger los derechos de las personas desplazadas conlleva no sólo el deber de adoptar medidas de prevención sino también proveer las condiciones necesarias para un retorno digno y seguro a su lugar de residencia habitual o su reasentamiento voluntario en otra parte del país. Para ello, se debe garantizar su participación plena en la planificación y gestión de su regreso o reintegración.

A. Argumentos de la Comisión y de las partes (PG 106)

Derecho de Circulación y de residencia (artículo 22 de la Convención Americana)

291. La Comisión señaló que las "circunstancias del presente caso y la especial y compleja situación de riesgo de violación de derechos humanos que afecta a los desplazados, incluyen pero trascienden el contenido de la protección debida por los Estados en el marco del artículo 22 de la Convención", por lo que consideró al Estado responsable por la violación al mencionado artículo de la Convención en perjuicio de los miembros de las comunidades desplazadas del Cacarica y de las mujeres cabeza de familia que habitan en Turbo.

292. La Comisión señaló, en particular, que "los afrodescendientes desplazados sufrieron una serie de consecuencias que causaron un impacto desproporcionado en las mujeres y los niños [y niñas] como por ejemplo la desintegración familiar, su cambio de vida en los asentamientos en condiciones de hacinamiento, la falta de acceso a servicios básicos, alimentación, y servicios adecuados de salud, así como el subsecuente aumento de las enfermedades y los cuadros de desnutrición, entre otros". Además, agregó que "bajo estos parámetros y en atención a la complejidad del fenómeno de desplazamiento forzado interno", los hechos descritos comprometen la responsabilidad del Estado por afectación del derecho de circulación y de residencia, a la integridad personal, a la protección de la familia, a los derechos de las niñas y niños, a la propiedad y a la garantía de respetar los derechos sin discriminación, que se vieron afectados por el desplazamiento forzado y por sus consecuencias. La Comisión destacó que el Estado ha incurrido en responsabilidad internacional por el desplazamiento forzado en dos niveles distintos pero relacionados: en primer lugar, por su rol activo en originar el desplazamiento y, en segundo lugar, por la falta de respuesta adecuada y efectiva con posterioridad al desplazamiento.

2) Reconhecimento do direito ao território e suas consequências para assegurar os demais direitos

IX.3. DESPOSESIÓN Y EXPLOTACIÓN DE LOS TERRITORIOS DE LAS COMUNIDADES AFRODESCENDIENTES DEL CACARICA (Artículo 21 de la Convención)

A. Argumentos de la Comisión y de las partes

339. La Comisión indicó que las comunidades desplazadas de la Cuenca del Cacarica que habrían sido víctimas de los saqueos y destrucción de sus caseríos y que estuvieron desplazadas, no tuvieron la posibilidad de "disfrutar sus bienes, tierras y los recursos de uso tradicional que en ellas se encuentran". La Comisión también alegó que las comunidades afrodescendientes del Cacarica mantienen "una estrecha relación con la tierra, como parte de su tradición ancestral, por lo que tanto sus tierras tradicionales como sus recursos naturales deben ser salvaguardados por el artículo 21 de la Convención Americana, en su dimensión colectiva". Así, la Comisión consideró que las comunidades de la cuenca del Cacarica fueron afectadas en su derecho a la propiedad "por el desuso y deterioro de sus tierras y de sus bienes muebles e inmuebles, tanto comunitarios como individuales", y que el desplazamiento afectó a las posibilidades de trabajo, lo que ocasionó un lucro cesante. Indicó a su vez que las comunidades afrodescendientes "durante el período de desplazamiento no tuvieron acceso al derecho al uso y goce de los recursos naturales de sus tierras tradicionales –como la madera-, entre otros recursos que han sido usados tradicionalmente por los miembros de las comunidades".

340. Los representantes agregaron que las comunidades afrodescendientes del Cacarica tienen "una relación con el territorio casi umbilical, una relación vital perceptible en las palabras según las cuales el territorio es su madre y es su padre porque de él reciben todos los beneficios", y que por la Operación Génesis "las víctimas del presente caso fueron arbitrariamente despojadas del uso y goce de sus bienes, en su dimensión individual y comunitaria", afirmando a su vez que el "desplazamiento estuvo acompañado del saqueo y destrucción de bienes individuales y colectivos". Indicaron también que la injerencia violenta, la ocupación y destrucción de sus espacios de vida íntima y comunitaria, de sus lugares de habitación y de siembra, afectó profundamente su forma de vida y sobre vivencia, su cultural e identidad ancestral y con ello se "afectó [...] el ámbito material de protección del artículo 21" de la Convención.

B.1. Las afectaciones a los bienes individuales y colectivos de las comunidades de la cuenca del río Cacarica (PG 120)

345. Las presuntas víctimas son miembros de comunidades afrodescendientes que se asentaron en la cuenca del Cacarica en un proceso de búsqueda de tierras luego de la abolición de la esclavitud a mediados del siglo XIX, momento a partir del cual se inició un proceso migratorio desde el sur del pacífico de Colombia hacia el sur del Chocó, luego al medio y bajo Atrato. Así, el Consejo Comunitario de las Comunidades de la cuenca del río Cacarica está compuesta por comunidades que han estado ubicadas en la jurisdicción del Municipio de Riosucio, departamento del Chocó, entre las márgenes izquierda del río Atrato y derecha del río Cacarica (supra párr. 86).

346. El Tribunal recuerda que en el contexto del derecho de propiedad de miembros de los pueblos indígenas, el artículo 21 de la Convención protege la vinculación estrecha que los pueblos indígenas y otras comunidades o pueblos tribales, como pueden ser las afrodescendientes, guardan con sus tierras, así como con los recursos naturales de los territorios ancestrales y los elementos incorporales que se desprendan de ellos. Debido precisamente a esa conexión intrínseca que los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio, la protección del derecho a la propiedad, uso y goce sobre éste es necesaria para garantizar su supervivencia.

347. Como fuera indicado (supra párr. 131), desde el año 1967, el Estado de Colombia ya había adoptado normatividad interna en la cual se reconocía a las "comunidades negras" el derecho a la propiedad colectiva de los territorios que ocupan ancestralmente. Del mismo modo, otras normas posteriores fueron reconociendo el derecho a la propiedad colectiva sobre esos territorios, como por ejemplo la Ley 70 de 31 de agosto de 1993, mediante la cual se ha reconocido "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". Así, tanto por la protección otorgada por la normativa internacional como interna, las comunidades de la cuenca del río Cacarica gozaban, para el período abarcado en el marco fáctico, de la protección especial a su derecho a la propiedad colectiva. El Estado no controvirtió la titularidad de esos derechos por parte del Consejo Comunitario de la Cuenca del río Cacarica.

3) Reconhecimento do direito ao território tradicional

> *ii. Recomendaciones. La Comisión recomendó al Estado:*
>
> *llevar adelante una investigación completa, imparcial, efectiva y pronta de los hechos para establecer y sancionar la responsabilidad intelectual y material de todas las personas que participaron en los hechos que ocasionaron el desplazamiento forzado de las comunidades asociadas en CAVIDA y de las mujeres cabeza de familia que habitan en Turbo, así como para determinar la responsabilidad por la falta de investigación efectiva que ha derivado en la impunidad de los hechos;*
> *(...)*
> *adoptar las medidas necesarias para garantizar a los miembros de CAVIDA y las mujeres cabeza de familia que habitan en Turbo, el derecho a la libre circulación y residencia, el goce y disfrute efectivo de sus tierras y de los recursos naturales que en ellas se encuentran sin que se vean amenazados por la explotación forestal indiscriminada; y garantizar el regreso libre y voluntario de los desplazados no retornados en condiciones de seguridad;*
> *adoptar las medidas necesarias para garantizar a los desplazados una justa compensación por las violaciones de las que fueron víctimas las comunidades afrodescendientes del Cacarica asociados en CAVIDA y de las mujeres cabeza de familia que habitan en Turbo;*

4) Reparação pelo descumprimento de uma obrigação internacional (p. 139)

Condenação: além da obrigação de investigar, impõe medidas de satisfação, reabilitação, restituição e garantia de não repetição. (la Corte estima necesario analizar la pertinencia de las medidas de satisfacción, rehabilitación, restitución y garantías de no repetición.)

Ressalto que os tópicos da condenações abaixo podem servir de referência aos PEDIDOS DAS INICIAIS em Ações Civis Públicas que versem sobre o direito ao território das comunidades quilombolas. São elas:

1. Medidas de Satisfação:

1.1. publicação da sentença:

La Corte estima pertinente ordenar, como lo ha hecho en otros casos, que en un plazo de seis meses a partir de la notificación de la presente Sentencia, el Estado publique en el Diario Oficial de Colombia y en un diario de amplia circulación nacional, por una úni-

ca vez, el resumen oficial de la misma elaborado por la Corte y que asimismo, la presente Sentencia en su integridad, permanezca disponible por un período de un año, en un sitio web oficial de instituciones y órganos estatales colombianos.

1.2. ato público de reconhecimento de responsabilidade:

La Corte dispone que el Estado realice un acto público de reconocimiento de su responsabilidad internacional por las violaciones declaradas en esta Sentencia. La determinación del lugar y modalidades del acto deberán ser consultados y acordados previamente con los miembros de la comunidad. El acto deberá ser realizado en una ceremonia pública, con la presencia de altas autoridades del Estado y de los miembros de la comunidad y deberá ser ampliamente difundido en los medios de comunicación.

2. Medidas de Reabilitação: Redução dos danos psicológicos por tratamentos de saúde do Sistema Nacional de Saúde.

Como se ha constatado que los daños sufridos por las víctimas se refieren no sólo a aspectos de su identidad individual, sino también a la pérdida de sus raíces y vínculos comunitarios, resulta pertinente disponer una medida de reparación que busque reducir padecimientos psicosociales. Con el fin de contribuir a la reparación de estos daños, el Tribunal considera que el Estado debe brindar gratuitamente, sin cargo alguno, el tratamiento adecuado y prioritario que requieran dichas personas, previa manifestación de voluntad, dentro del plazo de seis meses contado a partir de la notificación de esta Sentencia, y por el tiempo que sea necesario, incluida la provisión de medicamentos. Al proveer el tratamiento psicológico se deben considerar las circunstancias y necesidades particulares de cada persona, de manera que se les brinden tratamientos colectivos, familiares e individuales, según lo que se acuerde con cada uno de ellos y después de una evaluación individual. Para estos efectos, el Estado deberá otorgar dicho tratamiento a través de los servicios nacionales de salud, para lo cual las víctimas deberán acudir a los programas internos de reparación a los cuales se remite esta Sentencia (infra párrs. 471 a 473), específicamente a los programas dispuestos para hacer efectivas las medidas de rehabilitación. Las víctimas deberán tener acceso inmediato y prioritario a las prestaciones de salud, independientemente de los plazos que la legislación interna haya contemplado para ello, evitando obstáculos de cualquier índole.

3. Medidas de Restituição:

En el presente caso, la Corte ha dado por probado que, como consecuencia de los desplazamientos forzados provocados por las incursiones paramilitares, las víctimas del presente caso tuvieron que abandonar sus territorios, viviendas y pertenencias (supra párr. 111) ...

La Corte señala que, producto del incumplimiento del deber estatal de garantizar el derecho a la propiedad colectiva (supra párrs. 353 y 358), las comunidades del Cacarica han sufrido un daño que va más allá del mero detrimento patrimonial.

El Tribunal ordena al Estado que restituya el efectivo uso, goce y posesión de los territorios reconocidos en la normativa a las comunidades afrodescendientes agrupadas en el Consejo Comunitario del Cacarica.

Por tanto, el Tribunal considera, como lo ha hecho en otros casos, que el Estado deberá garantizar que las condiciones de los territorios que el Estado debe restituirles, así como del lugar donde habitan actualmente, sean adecuadas para la seguridad y vida digna tanto de quienes ya han regresado como de quienes aún no lo han hecho. A tales efectos, el Estado deberá enviar periódicamente, al menos una vez al mes, representantes oficiales a los territorios de los cuales fueron desplazados, y en particular a las Comunidades de Paz ("Esperanza de Diós" y "Nueva Vida"), durante los cinco años siguientes a la notificación de esta Sentencia para verificar la situación de orden público, para lo cual deberán reunirse efectivamente con las comunidades o los representantes por éstas designados. Si durante esas reuniones mensuales los habitantes de las comunidades expresan preocupación en relación con su seguridad, el Estado debe adoptar las medidas necesarias para garantizarla, las cuales serán diseñadas en acuerdo con los destinatarios de las medidas.

4. Indenizações compensatórias: danos materias e imaterial (danos morais)

La Corte dispone que el Estado colombiano garantice que todas las personas que hayan sido reconocidas como víctimas en esta Sentencia (supra párrs. 431) tengan acceso prioritario a las referidas indemnizaciones administrativas, y se proceda cuanto antes al pago de las mismas, independientemente de los plazos que la legislación interna haya contemplado para ello, evitando obstáculos de cualquier índole. Lo anterior debe ejecutarse en un término no superior a un año contado a partir de la notificación de la presente Sentencia.

476. Por otra parte, en lo que se refiere a los familiares de Marino López, la Corte nota que los mismos fueron afectados de diversas formas por la muerte del mismo, a saber: a) por las circunstancias particularmente crueles en las cuales Marino López fue ejecutado (supra párr. 435), y b) por el hecho que ese hecho se mantuvo durante quince años en la impunidad y que aún hoy sus responsables no han sido juzgados o en su caso san-

cionados. En atención a los criterios establecidos en la jurisprudencia constante de este Tribunal, la Corte estima pertinente fijar en equidad, por concepto de daños materiales e inmateriales ocasionados al señor Marino López Mena, la cantidad de US$ 70,000.00 (setenta mil dólares de los Estados Unidos de América) o su equivalente en pesos colombianos, la cual deberá ser pagada en el plazo fijado para tal efecto (infra párr. 482) a la señora Palacios, compañera del señor López, así como la cantidad de US$ 35,000.00 (treinta y cinco mil dólares de los Estados Unidos de América) o su equivalente en pesos colombianos, a cada hijo del señor Lopéz Mena, y US$ 10,000.00 (diez mil dólares de los Estados Unidos de América) a cada uno de sus hermanos, que se determinen conforme lo señalado anteriormente (supra párr. 435).

5) Destaques da Decisão:

6. El Estado es responsable por la violación del derecho a la propiedad colectiva, contenido en el artículo 21 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de los miembros de las comunidades afrodescendientes desplazadas de la cuenca del río Cacarica y de los miembros del Consejo Comunitario de las Comunidades de la Cuenca del río Cacarica, de conformidad con lo expuesto en los párrafos 344 a 358 de la presente Sentencia.

16. El Estado debe restituir el efectivo uso, goce y posesión de los territorios reconocidos en la normativa interna a las comunidades afrodescendientes agrupadas en el Consejo Comunitario de las Comunidades de la Cuenca del río Cacarica, de conformidad con lo establecido en el párrafo 459 de esta Sentencia.

17. El Estado debe garantizar que las condiciones de los territorios que se restituyan a las víctimas del presente caso, así como del lugar donde habitan actualmente, sean adecuadas para la seguridad y vida digna tanto de quienes ya han regresado como de quienes aún no lo han hecho, de conformidad con lo establecido en los párrafos 460 y 461 de esta Sentencia.

CASO 2: PUEBLO SARAMAKA VS. SURINAM[10]

Víctimas(s):	Miembros del Pueblo Saramaka
Representante(s):	Asociación de Autoridades Saramaka, Forest Peoples Programme, David Padilla
Estado Demandado:	Surinam

10 Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=288&lang=es>.

Sumilla:	El caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por no haber adoptado medidas efectivas que reconozcan el derecho de propiedad comunal del pueblo Saramaka, así como la falta de recursos adecuados y efectivos para cuestionar dicha situación.
Palabras Claves:	Propiedad privada, Protección judicial, Pueblos indígenas
	Ver jurisprudencia relacionada
Derechos violados	
Convención Americana:	Artículo 1 (Obligación de respetar los derechos.) , Artículo 2 (Deber de adoptar disposiciones de derecho interno) , Artículo 21 (Derecho a la propiedad privada) , Artículo 25 (Protección Judicial) , Artículo 3 (Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica)
Otro(s) tratado(s) interamericano(s)	No se consigna
Otros Instrumentos:	Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes – Organización Internacional del Trabajo, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos – Naciones Unidas, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales – Naciones Unidas

Breve Resumo: os fatos apresentados evidenciam violações dos direitos do Povo Saramaka, cujos integrantes formam um "povo tribal" com características culturais específicas e uma identidade conformada por uma completa rede de relações com a terra e as estruturas familiares. A ocupação do território dos Saramaka data de começos do século XVIII e seus membros integram um dos grupos maroon do Suriname, cujos ancestrais foram escravos africanos para lá levados à força durante a colonização europeia no século XVII. Mesmo não sendo proprietários, por aprovação tácita do Estado, o povo Saramaka obteve certo grau de autonomia para governar suas terras, territórios e recursos. Nada obstante, o próprio Estado começou a outorgar concessões a terceiros para atividades madeireiras e de mineração na zona do Rio Suriname Superior e do território do Povo Saramaka, que danificaram o meio ambiente. O Povo Saramaka não detinha status legal no Suriname e, portanto, não era capaz de receber títulos comunitários em nome da comunidade ou de outra entidade coletiva tradicional dona da terra. E apesar de haver solicitado que se estabelecesse ou se reconhecesse um título de propriedade sobre seus territórios, o Estado não adotou as ações necessárias para tanto. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), em 23 de junho de 2006, apresentou à Corte IDH a demanda referente a este caso, a fim de se decidir se o Estado violou os direitos consagrados nos arts. 21 (direito à propriedade privada) e 25 (proteção judicial) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação aos arts. 1.1 e 2 desta. Adicionalmente, os represen-

tantes das vítimas alegaram violação ao art. 3 (reconhecimento da personalidade jurídica) da mesma Convenção Americana.

Seguem transcritos abaixo alguns trechos do julgado em comento e de especial importância ao presente capítulo:

Caracterização do grupo:

> *A.1) Los integrantes del pueblo Saramaka como un grupo distinto en lo social, cultural y económico y con una relación especial respecto de su territorio ancestral . Conforme a la prueba presentada por las partes, el pueblo Saramaka es uno de los seis grupos distintivos maroon de Surinam, cuyos ancestros fueron esclavos africanos llevados a la fuerza a Surinam durante la colonización europea en el siglo XVII. Sus ancestros se escaparon a las regiones del interior del país donde establecieron comunidades autónomas. El pueblo Saramaka está organizado en doce clanes de linaje materno (lös) y se estima que el número actual de la población Saramaka va de 25,000 a 34,000 miembros,quienes se dividen en 63 comunidades situadas en la región superior del Río Surinam y em algunas comunidades desplazadas que están ubicadas al norte y al oeste de dicha región60 (...). Su cultura es muy parecida a aquella de los pueblos tribales en tanto los integrantes del pueblo Saramaka mantienen una fuerte relación espiritual con el territorio ancestral que han usado y ocupado tradicionalmente. La tierra significa más que meramente una fuente de subsistencia para ellos; también es una fuente necesaria para la continuidad de la vida y de la identidad cultural de los miembros del pueblo Saramaka. Las tierras y los recursos del pueblo Saramaka forman parte de su esencia social, ancestral y espiritual. En este territorio, el pueblo Saramaka caza, pesca y cosecha, y recogen agua, plantas para fines medicinales, aceites, minerales y madera. Los sitios sagrados están distribuidos em todo el territorio, a la vez que el territorio en sí tiene un valor sagrado para ellos. En especial, la identidad de los integrantes del pueblo con la tierra está intrínsicamente relacionada con la lucha histórica por la libertad en contra de la esclavitud, llamada la sagrada "primera vez". Durante la audiencia pública del presente caso el Capitán Jefe Wazen Edwards describió la especial relación que tienen con la tierra del siguiente modo:*
>
> *El bosque es como nuestro mercado local; allí obtenemos nuestras medicinas, nuestras plantas medicinales. Allí cazamos para tener carne que comer. El bosque constituye verdaderamente nuestra vida entera. Cuan-*

do nuestros ancestros se escaparon al bosque, no llevaban nada con ellos. Aprendieron cómo sobrevivir, qué plantas comer, cómo manejar sus necesidades de subsistencia una vez que llegaron al bosque. Es toda nuestra forma de vida.

(..)84. Por ello, de acuerdo con lo expuesto, la Corte considera que los miembros del pueblo Saramaka conforman una comunidad tribal cuyas características sociales, culturales y económicas son diferentes de otras secciones de la comunidad nacional, particularmente gracias a la relación especial existente con sus territorios ancestrales, y porque se regulan ellos mismos, al menos en forma parcial, a través de sus propias normas, costumbres y tradiciones. Consecuentemente, la Corte procederá a analizar si, y en qué medida, los integrantes de pueblos tribales requieren de ciertas medidas especiales que garanticen el pleno ejercicio de sus derechos.

Medidas especiais para garantia do exercício pleno dos direitos:

A.2) Medidas especiales debidas a los miembros de los pueblos tribales que garanticen el ejercicio de sus derechos.
85. Esta Corte ha sostenido anteriormente, con base en el artículo 1.1 de la Convención, que los miembros de los pueblos indígenas y tribales precisan ciertas medidas especiales para garantizar el ejercicio pleno de sus derechos, en especial respecto del goce de sus derechos de propiedad, a fin de garantizar su supervivencia física y cultural. Otras fuentes del derecho internacional han declarado, en igual sentido, que dichas medidas son necesarias. Particularmente, en el caso Moiwana, la Corte determinó que otra de las 69 comunidades maroon que viven en Surinam tampoco es indígena a la región pero que constituye una comunidad tribal que se asentó en Surinam en los siglos XVII y XVIII, y que esta comunidad tribal tenía "una relación profunda y abarcativa respecto de sus tierras ancestrales" que se centraba no "en el individuo, sino en la comunidad en su conjunto". Esta relación especial con la tierra, así como su concepto comunal de propiedad, conllevó a que la Corte aplicara a la comunidad Moiwana su jurisprudencia en relación con las comunidades indígenas y sus derechos a la propiedad comunal, de conformidad con el artículo 21 de la Convención.
86. La Corte no encuentra una razón para apartarse de esta jurisprudencia en el presente caso. Por ello, este Tribunal declara que se debe considerar a los miembros del pueblo Saramaka como una comunidad tribal y que la jurisprudencia de la Corte respecto del derecho de propiedad de los

pueblos indígenas también es aplicable a los pueblos tribales dado que comparten características sociales, culturales y económicas distintivas, incluyendo la relación especial con sus territorios ancestrales, que requiere medidas especiales conforme al derecho internacional de los derechos humanos a fin de garantizar la supervivencia física y cultural de dicho pueblo.

Direito ao uso e gozo da propriedade comunal:

B. EL DERECHO DE LOS INTEGRANTES DE LOS PUEBLOS TRIBALES AL USO Y GOCE DE LA PROPIEDAD COMUNAL DE CONFORMIDAD CON EL ARTÍCULO 21 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA Y LOS ARTÍCULOS 1.1 Y 2 DE DICHO INSTRUMENTO

87. La Corte ahora analizará si el artículo 21 de la Convención Americana protege el derecho de los miembros de los pueblos tribales al uso y goce de la propiedad comunal.

B.1) Derecho a la propiedad comunal conforme al artículo 21 de la Convención Americana

88. Esta Corte ha tratado previamente esta cuestión y ha sostenido en repetidas oportunidades que la estrecha vinculación de los pueblos indígenas con sus tierras tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorporales que se desprendan de ellos, deben ser salvaguardados por el artículo 21 de la Convención Americana.

89. Asimismo, en el caso Mayagna la Corte señaló que "el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal". De igual manera, en el caso Sawhoyamaxa la Corte consideró "que los conceptos de propiedad y posesión en las comunidades indígenas pueden tener una significación colectiva, en el sentido de que la pertenencia de ésta 'no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad'". Además, el Tribunal señaló en el caso Yakye Axa que "tanto la propiedad privada de los particulares como la propiedad comunitaria de los miembros de las comunidades indígenas tienen la protección convencional que les otorga el artículo 21 de la Convención Americana".

90. Las decisiones de la Corte al respecto se han basado en la relación especial que los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio, y en la necesidad de proteger su derecho a ese territorio a fin de garantizar la supervivencia física y cultural de dichos pueblos. En este sentido, la Corte ha afirmado que: la estrecha relación que los in-

dígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente [...] para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras.

91. En esencia, conforme al artículo 21 de la Convención, los Estados deben respetar la especial relación que los miembros de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio a modo de garantizar su supervivencia social, cultural y económica. Dicha protección de la propiedad en los términos del artículo 21 de la Convención, leído em conjunto con los artículos 1.1 y 2 de dicho instrumento, le asigna a los Estados la obligación positiva de adoptar medidas especiales para garantizar a los integrantes de los pueblos indígenas y tribales el ejercicio pleno e igualitario del derecho a los territorios que han usado y ocupado tradicionalmente.

93. Como se discutirá seguidamente (infra párrs. 97-107), la legislación interna de Surinam no reconoce el derecho a la propiedad comunal de los miembros de sus pueblos tribales y no ha ratificado el Convenio OIT No. 169. No obstante, Surinam ratificó tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que es el organismo de expertos independientes que supervisa la implementación del PIDESC por parte de los Estados Parte, ha interpretado el artículo 1 em común de dichos pactos como aplicable a los pueblos indígenas. Al respecto, en virtud del derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas conforme a dicho artículo 1, los pueblos podrán "provee[r] a su desarrollo económico, social y cultural" y pueden "disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales" para que no se los prive de "sus próprios medios de subsistencia". Conforme al artículo 29.b de la Convención Americana, esta Corte no puede interpretar las disposiciones del artículo 21 de dicho instrumento en el sentido que limite el goce y ejercicio de los derechos reconocidos por Surinam en dichos Pactos. La Corte considera que el mismo razonamiento aplica a los pueblos tribales debido a las características similares sociales, culturales y económicas que comparten con los pueblos indígenas (supra, párrs. 80-86).

94. Asimismo, el Comité de Derechos Humanos ha analizado las obligaciones de los Estados Parte del PIDCP, incluido Surinam, bajo el artículo 27 de dicho instrumento y notó que "no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en comuni-

dad con los demás miembros de su grupo, a gozar de su própria cultura, [la cual] podrá consistir en un modo de vida que está fuertemente asociado con el territorio y el uso de sus recursos naturales. Esto podría ser particularmente cierto de los miembros de comunidades indígenas que constituyen una minoría".

(..)96. Aplicando el criterio mencionado en el presente caso, la Corte, por lo tanto, concluye que los miembros del pueblo Saramaka conforman una comunidad tribal protegida por el derecho internacional de los derechos humanos que garantiza el derecho al territorio comunal que han usado y ocupado tradicionalmente, derivado del uso y ocupación, de larga data, de la tierra y de los recursos necesarios para su subsistencia física y cultural y, asimismo, que el Estado tiene la obligación de adoptar medidas especiales para reconocer, respetar, proteger y garantizar a los integrantes del pueblo Saramaka el derecho de propiedad comunal respecto de dicho territorio.

DECISÃO DA CORTE IDH:

1) Reparações:

- La Sentencia de Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas constituye per se una forma de reparación.

- El Estado debe delimitar, demarcar y otorgar título colectivo del territorio de lós miembros del pueblo Saramaka, de conformidad con su derecho consuetudinario, y a través de consultas previas, efectivas y plenamente informadas con el pueblo Saramaka, sin perjuicio de otras comunidades indígenas y tribales. Hasta tanto no se lleve a cabo dicha delimitación, demarcación u otorgamiento de título colectivo respecto del território Saramaka, Surinam debe abstenerse de realizar actos que podrían dar lugar a que agentes del propio Estado o terceros, actuando con consentimiento o tolerancia del Estado, puedan afectar la existencia, valor, uso o goce del territorio al cual tienen derecho los integrantes del pueblo Saramaka, a menos que el Estado obtenga el consentimiento previo, libre e informado de dicho pueblo. Respecto de las concesiones ya otorgadas dentro del território tradicional Saramaka, el Estado debe revisarlas, a la luz de la presente Sentencia y la jurisprudencia de este Tribunal, con el fin de evaluar si es necesaria una modificación a lós derechos de los concesionarios para preservar la supervivencia del pueblo Saramaka.

- El Estado debe otorgar a los miembros del pueblo Saramaka el reconocimiento legal de la capacidad jurídica colectiva correspondiente a la co-

munidad que ellos integran, con el propósito de garantizarles el ejercicio y goce pleno de su derecho a la propiedad de carácter comunal, así como el acceso a la justicia como comunidad, de conformidad con su derecho consuetudinario y tradiciones.

- El Estado debe eliminar o modificar las disposiciones legales que impiden la protección del derecho a la propiedad de los miembros del pueblo Saramaka y adoptar, em su legislación interna y a través de consultas previas, efectivas y plenamente informadas con el pueblo Saramaka, medidas legislativas o de otra índole necesarias a fin de reconocer, proteger, garantizar y hacer efectivo el derecho de los integrantes del pueblo Saramaka a ser titulares de derechos bajo forma colectiva sobre el territorio que tradicionalmente han ocupado y utilizado, el cual incluye las tierras y los recursos naturales necesarios para su subsistencia social, cultural y económica, así como administrar, distribuir y controlar efectivamente dicho territorio, de conformidad con su derecho consuetudinario y sistema de propiedad comunal, y sin perjuicio a otras comunidades indígenas y tribales.

- El Estado debe adoptar las medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para reconocer y garantizar el derecho del pueblo Saramaka a ser efectivamente consultado, según sus tradiciones y costumbres, o en su caso, el derecho de otorgar o abstenerse de otorgar su consentimiento previo, libre e informado, respecto de lós proyectos de desarrollo o inversión que puedan afectar su territorio, y a compartir, razonablemente, los beneficios derivados de esos proyectos con el pueblo Saramaka, en el caso de que se llevaren a cabo.

- El Estado debe asegurar que se realicen estudios de impacto ambiental y social mediante entidades técnicamente capacitadas e independientes y, previo al otorgamiento de concesiones relacionadas con proyectos de desarrollo o inversión dentro del território tradicional Saramaka, e implementar medidas y mecanismos adecuados a fin de minimizar el perjuicio que puedan tener dichos proyectos en la capacidad de supervivencia social, económica y cultural del pueblo Saramaka.

- El Estado debe adoptar las medidas legislativas, administrativas o de otra índole necesarias para proporcionar a los integrantes del pueblo Saramaka los recursos efectivos y adecuados contra actos que violan su derecho al uso y goce de la propiedad de conformidad con su sistema de propiedad comunal.

- El Estado debe traducir al holandés y publicar el Capítulo VII de la Sentencia de Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sin las correspondientes notas al pie, así como los puntos resolutivos del número uno al quince, en el Boletín Oficial del Estado y en otro diario masivo de circulación nacional.

- El Estado debe financiar dos transmisiones radiales en lengua Saramaka de lós contenidos de los párrafos 2, 4, 5, 17, 77, 80-86, 88, 90, 91, 115, 116, 121, 122, 127-129, 146, 150, 154, 156, 172 y 178, sin las correspondientes notas al pie, y de los puntos resolutivos números uno al quince de la Sentencia de Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, en una estación de radio que sea accesible al pueblo Saramaka.
- El Estado debe asignar las cantidades fijadas en la Sentencia de Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas como indemnización por el daño material e inmaterial a un fondo de desarrollo comunitario creado y establecido a beneficio de los miembros del pueblo Saramaka en su propio territorio tradicional.

- El Estado debe efectuar el pago por concepto de reintegro de costas y gastos.

- Supervisará el cumplimiento íntegro de la Sentencia de Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, en ejercicio de sus atribuciones y en cumplimiento de sus deberes conforme a la Convención Americana, y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a ló dispuesto en la misma. El Estado deberá, dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de la Sentencia de Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, rendir a la Corte un informe sobre las medidas adoptadas para la cumplir con la misma.

2) Pontos Resolutivos:
- El Estado violó, en perjuicio de los miembros del pueblo Saramaka, el derecho de propiedad, reconocido en el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con las obligaciones de respetar, garantizar y hacer efectivo a nível interno dicho derecho, de conformidad con los artículos 1.1 y 2 de la misma.

- El Estado violó en perjuicio de los integrantes del pueblo Saramaka el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, reconocido en el artículo 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en re-

lación con el derecho a la propiedad establecido en el artículo 21 de dicho instrumento y el derecho a la protección judicial establecido en el artículo 25 de la misma, así como en conexión con las obligaciones de respetar, garantizar y hacer efectivos a nivel interno dichos derechos, de conformidad con los artículos 1.1 y 2 de la misma.

- El Estado violó el derecho a la protección judicial, reconocido en el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con las obligaciones de respetar y garantizar el derecho a la propiedad reconocidas en los artículos 21 y 1.1 de dicho instrumento, en perjuicio de los miembros del pueblo Saramaka.

OUTROS CASOS: SUGESTÃO DE LEITURA

Embora os indígenas detenham estatuto jurídico diferenciado, muitos aspectos são comuns às demais comunidades tradicionais, razão pela qual citamos aqui os seguintes casos: Xákmok Kásek[11] vs. Paraguai e Sawhoayamaxa e Yaky e Axa[12] vs. Paraguai, com destaque ao RECONHECIMENTO da Corte IDH, aos grupos indígenas, pelos DANOS causados ao povo respectivo por não ter conseguido ACESSO À POSSE E À PROPRIEDADE de seus TERRITÓRIOS TRADICIONAIS o que implicou vulnerabilidade alimentícia, médica e sanitária (com consequentes deveres reparatórios).

No caso dos também indígenas Kuna de Madungandí y Embera de Bayano[13] vs. Panamá, destaca-se a condenação para que o Estado INDENIZE o grupo pela VIOLAÇÃO AO DIREITO DE PROPRIEDADE, seja pela DEMORA no RECONHECIMENTO, titulação e demarcação relativamente ao primeiros, seja pela AUSÊNCIA destas em relação aos segundos. Também nesse caso destaca-se a RESPONSABILIZAÇÃO pela ausência de indenização pelo ente estatal por DESPEJO decorrente de ALAGAMENTO DOS SEUS TERRITÓRIOS por INSTALAÇÃO DE USINA HIDRELÉTICA (vide item 1 do julgado), o que remete a inúmeros casos nacionais, sobretudo às novas instalação do norte do país.

11 Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=336&lang=es>.
12 Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=258&lang=es>.
13 Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_284_esp.pdf>.

V

Desafios à efetivação dos direitos territoriais quilombolas

1. Liberdade de associação, titularidade coletiva e registro público das terras quilombolas

Walter Claudius Rothenburg

Em nome de quem devem figurar os direitos dos quilombolas? Ao não oferecer um tratamento jurídico adequado ao coletivo composto de comunidades tradicionais, o Direito em vigor revela uma concepção muito individualista e insuficiente.

O sujeito de direitos haveria de ser precipuamente o próprio grupo, tomado como um todo, "holisticamente", tendo em vista a relação fortemente comunitária que integra os remanescentes de quilombos e o modo coletivo como grande parte das comunidades, especialmente – mas não exclusivamente – as de vocação rural, apropria-se da terra e dos recursos naturais, e os utiliza. As propostas originais de texto para a Constituição sugeriam que se reconhecesse "a propriedade definitiva das terras ocupadas pelas comunidades negras remanescentes de quilombos" (grifo nosso).[1]

A redação final do art. 68 do ADCT, no entanto, trocou sutilmente de sujeito: a expressão "comunidades remanescentes de quilombos" (onde o núcleo é o termo "comunidades", que se refere à coletividade) foi alterada para "remanescentes das comunidades de quilombos" (onde o núcleo é o termo "remanescentes", que se refere aos indivíduos). Não se deve emprestar maior relevância à redação, contudo, visto que a realidade social, histórica, antropológica – e, por consequência, também a jurídica – dos quilombos é de uma perspectiva comunitária.

Quanto à questão da terra e do reconhecimento da propriedade, a Lei nº 6.015/1973 (art. 176, § 1º, II, 4), sobre registros públicos, determina que o registro imobiliário seja feito em nome de pessoa física ou jurídica. Porém, essa previsão normativa não é suficiente, pois o registro da propriedade da terra parceladamente em nome de cada indivíduo não corresponde à dimensão coletiva dessa propriedade.

Por outro lado, as figuras previstas no Direito Civil (Código Civil, art. 44: associações, sociedades, fundações etc.) também não se ajustam às comunidades tradicionais.

Com relação aos índios (melhor: comunidades indígenas), a Constituição deu outra solução: separou a "posse permanente" das "terras tradicionalmente ocupadas pelos índios", bem como "o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes" – que atribuiu diretamente aos índios (art. 231) – da propriedade sobre essas terras – que atribuiu à União (art. 20, XI). A consequência jurídica mais incisiva é que tais

1 Arruti, 2003, p. 322.

terras "são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis". Desse modo, a Constituição reconheceu o caráter coletivo das terras indígenas. E, embora essa disciplina tenha sido prevista expressamente apenas para as comunidades indígenas, deve ser considerado como o regime jurídico para os povos e comunidades tradicionais em geral, sendo a referência feita pela Constituição meramente exemplificativa e não exclusiva.[2]

Contudo, diante do quadro jurídico tradicional e provavelmente com uma intenção pragmática, foi adotada a solução de constituição de associações (união de pessoas que formam uma pessoa jurídica de Direito Privado com objetivos comuns e sem fins econômicos: Código Civil, art. 53) que representassem as comunidades quilombolas. Órgãos governamentais envolvidos com a questão quilombola, como a Fundação Cultural Palmares, do Ministério da Cultura, fomentaram a instituição dessas associações, tendo criado um modelo de estatuto e uma estratégia de implantação. Em nome dessas associações foram e vêm sendo conferidos títulos de propriedade, assim como as associações são as destinatárias nominais de políticas públicas concernentes.

Tanto o Decreto nº 4.887/2003 (art. 17) quanto a Instrução Normativa nº 57 do Incra, de 20/10/2009 (art. 24), dispõem que a titulação da terra será feita pelo Presidente do Incra, mediante a outorga de título coletivo e pró-indiviso, e que a comunidade será representada por sua associação legalmente constituída. É expressamente afirmada a inalienabilidade, imprescritibilidade e impenhorabilidade de tais terras.

Se a instituição de associação parece ser necessária para a titulação da terra, não o é para a certificação de uma comunidade quilombola. A Portaria nº 98, de 26/11/2007 (art. 3º, I) da Fundação Cultural Palmares, estabelece que, para a emissão da certidão de autodefinição como remanescente dos quilombos, a comunidade, quando não tiver constituído associação, "deverá apresentar ata de reunião convocada para específica finalidade de deliberação a respeito da autodefinição".

O modelo de associação talvez seja prático e bem intencionado, mas é uma imposição artificial. As associações frequentemente trazem problemas de política interna e reproduzem, quando não acirram, conflitos da própria comunidade. A Constituição (art. 5º, XVII e XVIII) garante o direito de associação, que envolve seu oposto: "ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado" (art. 5º, XX).[3] Alguém pode ser excluído da associação por não cumprir com disposições estatutárias, por exemplo, e nem por isso deixará de ser integrante da comunidade. Associações podem ser desfeitas espontaneamente e até desconstituídas coativamente (art. 5º, XIX), enquanto as comunidades a que se referem podem permanecer. Mais de uma associação pode ser constituída no âmbito de uma mesma comunidade; por que apenas uma delas seria a representante legítima? Enquanto a associação é um quadro mais ou menos estático (uma fotografia), que requer o ingresso formal de novos membros e a exclusão dos que não são mais, a comunidade é um quadro dinâmico (um filme).

2 Rothenburg, 2015, p. 364-369.
3 Rothenburg, 2014, p. 173-175.

É preciso superar a compreensão individualista e artificial, que apenas confere a titulação da propriedade das terras a uma pessoa física ou jurídica (associação), para permitir que essa titulação seja feita em nome da própria comunidade. Vale aqui a advertência de Carlos Frederico Marés de Souza Filho:

> Num mundo onde existem apenas indivíduos e não coletivos, onde as relações são sempre contratuais, isto é, expressão livre da vontade na busca de interesses racionais, evidentemente os povos que se relacionam movidos pela emoção e pela leitura dos fenômenos naturais, que muito longe de contrair uma obrigação prévia pelo contrato acredita que tem a obrigação da dádiva, não podem subsistir, porque terão que ser reduzidos a indivíduos. (SOUZA FILHO, 2008, p.477)

A associação, "ao invés de salientar o indivíduo numa solitária condição de sujeito de direito, perspectiva o indivíduo como alguém que interage em grupos sociais e se define a partir desses diversos grupos que, ao longo da vida, ajuda a constituir e transformar", pontua LEONARDO (2014, p.183).A perspectiva que orienta as formas associativas, por oposição às societárias, é a despatrimonialização, em que ressaltam "as situações jurídicas existenciais em relação às situações jurídicas patrimoniais", esclarece o autor citado (2014, p. 192), para acrescentar: "A situação de associado corresponde, quase exclusivamente, a titularidade de uma posição de pertinência ao grupo, que lhe confere um direito à participação" (2014, p.186).

Tanto não há impedimento para que a atribuição formal da propriedade imobiliária se dê em caráter coletivo, que tal solução foi adotada pelo Juiz Federal da 7ª Vara em Salvador (Bahia), Dr. Wilson Alves Souza, em sentença da Ação Ordinária 93.12284-3, de 30/07/1999, contemplando os remanescentes dos quilombolas da Comunidade Negra Rio das Rãs. Impõe-se, portanto, uma interpretação da Lei de Registros Públicos conforme a Constituição.

No plano internacional, existe a importantíssima Convenção 169/1989 da OIT, sobre povos indígenas e tribais, em vigor no Brasil por força do Decreto Legislativo nº 143/2002 e do Decreto nº 5.051/2004.

Ao tempo em que se deve assegurar às comunidades quilombolas o direito às terras que ocupem (Convenção OIT 169, art. 14), também cabe à própria comunidade deliberar quanto à forma de gerir sua propriedade (Convenção OIT 169, art. 17). Modelos impositivos a partir de determinações heterônomas carecem de legitimidade. Contudo, o Direito tem uma vocação de proteção e a realidade brasileira atual justifica tal cuidado: a inalienabilidade das terras tradicionalmente ocupadas pelas comunidades remanescentes de quilombos deve valer como princípio.

REFERÊNCIAS

ARRUTI, José Maurício P. A. *O quilombo conceitual*. Para uma sociologia do "artigo 68". Rio de Janeiro: Koinonia Ecumênica, 2003.
LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Associações sem fins econômicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
ROTHENBURG, Walter Claudius. Quilombolas e seus direitos – tributação sobre a propriedade territorial quilombola. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão (Coord.). *Direito à diversidade*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 361-377.
_____. *Direitos fundamentais*. São Paulo: Método, 2014.
_____. Direitos dos descendentes de escravos (remanescentes das comunidades de quilombos). In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Org.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 445-471.
SOUZA Filho, Carlos Frederico Marés de. O direito de ser povo. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Org.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 475-495.

2. Atos administrativos referentes ao Licenciamento ambiental: Portaria Interministerial nº 60/2015 e Instruções Normativas FUNAI nº 2/2015, IPHAN nº 1/2015 e FCP nº 1/2015.

Maria Luiza Grabner

É sabido, por todos aqueles que militam na defesa dos direitos socioambientais e, sobretudo pelos povos indígenas, comunidades quilombolas, bem como por outras comunidades tradicionais impactadas por atividades e empreendimentos de infraestrutura, sobretudo na área de energia elétrica, petróleo e transportes, o quanto tais projetos, desde a sua concepção, e mais tarde, durante sua implantação e operação, são causadores de reiterada violação dos direitos fundamentais dessas populações.

Alerta-se desde já que não se pretende aqui explanar sobre todo o processo de licenciamento ambiental no Brasil que, aliás, se encontra em plena revisão no Congresso Nacional e no Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama), sendo inúmeras e controversas as propostas ali sob análise, razão pela qual o Ministério Público Federal vem acompanhando com muita atenção o desenrolar desse trâmite desde o seu início, in-

clusive por meio do Grupo de Trabalho Intercameral "Grandes Empreendimentos"[4], entre outras importantes iniciativas locais de seus membros.[5]

No que pertine ao objeto do presente Manual e mais especificamente a este capítulo, ganha importância uma análise, ainda que sucinta, de alguns atos administrativos que pretendem regular o licenciamento ambiental complexo, ou seja, aquele que depende da atuação de outros órgãos da administração pública, além do órgão ambiental licenciador. No âmbito federal, tal procedimento, complexo é necessário toda vez que uma atividade ou empreendimento, sujeito ao licenciamento ambiental de competência do Ibama, cause impactos em terra indígena ou terra quilombola, e em bens culturais acautelados.

Nesse passo, a Portaria Interministerial (MMA, MJ, MC e MS) nº 60 de 24 de março de 2015[6] e que revogou a Portaria Interministerial nº 419/2011[7] veio justamente estabelecer procedimentos administrativos que disciplinam a atuação da Funai, da FCP, do Iphan e do Ministério da Saúde nos processos de licenciamento ambiental de competência do Ibama, trazendo, entre outras tantas, a definição de "estudos ambientais" e fazendo menção à "área de influência direta (AID)" em vários artigos, mas sem definição. Anota-se, desde já, a importância da adoção ou omissão de certos conceitos, nessa normatização, para a análise ora empreendida.

O comando do art. 12 inserto na PI nº 60/2015 determinou aos órgãos e entidades federais envolvidos no licenciamento ambiental, que se ajustassem às disposições da referida Portaria, adequando ou estabelecendo normativas pertinentes no prazo de 30 dias, em vista de que foram editados os seguintes atos: 1 - Instrução Normativa Funai nº 02 de 27/3/2015; 2 - Instrução Normativa FCP nº 01 de 25/3/2015; 3 - Instrução Normativa Iphan nº 001 de 25/3/2015. Todas elas regulamentando a participação das respectivas entidades nos processos de licenciamento ambiental de competência do Ibama, segundo as normas gerais contidas na própria Portaria Interministerial nº 60/2015.

Brevemente pode-se sintetizar nos comentários abaixo as modificações introduzidas pela PI nº 60/2015 em relação à PI nº 419/2011 anteriormente referida:

a) os anexos da PI nº 60/2015 trazem modificação significativa em relação à PI nº 419/2011 no tocante ao Termo de Referência Específico do componente quilombola: deixa de mencionar a Convenção 169 da OIT e as consultas públicas;

b) a PI nº 60/2015 prevê "reuniões informativas", "reuniões técnicas", "participação das comunidades", mas pouco utiliza a palavra "consulta" e, quando o faz, não a vincula à Convenção 169/OIT;

---

4 Informações sobre o GT GE disponíveis em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/dados-da-atuacao/grupos-de-trabalho/grandes-empreendimentos%20%28intercameral%29>.

5 A propósito, o MPF em Santa Catarina realizou em 28/2/2018, audiência pública para discutir se as propostas de alteração do licenciamento ambiental no Brasil são adequadas. O evento buscou obter esclarecimentos quanto ao tema, bem como permitir a manifestação dos interessados a respeito dos seguintes pontos: licenciamento ambiental; iniciativas de alteração; aspectos positivos e negativos; preservação dos princípios gerais do direito ambiental nas propostas em questão; e importância do licenciamentos nos aspectos socioeconômicos e ambientais, entre outros assuntos.

6 Para acessar a íntegra da PI nº 60/2015, ver *link*: <http://portal.iphan.gov.br/uploads/legislacao/Portaria_Interministerial_60_de_24_de_marco_de_2015.pdf>.

7 Para acessar a íntegra da PI nº 419/2011, ver *link*: <http://www.palmares.gov.br/file/2010/11/portaria-419-11.pdf>.

c) o Anexo II da PI nº 60/2015 estabelece a relação entre a tipologia do empreendimento e a distância limite a ser considerada da terra indígena e/ou terra quilombola, dentro do qual considera-se a existência de uma "intervenção" e, portanto, define a área (de influência) que será objeto de estudo. Temos assim, uma pré-fixação da área de influência utilizando critérios aleatórios. Ex: aproveitamentos hidrelétricos: 40 km/20 km medidos a partir do eixo do barramento e respectivo corpo central do reservatório (isso para a Amazônia Legal);

d) a PI nº 60/2015 presume a intervenção em terras indígenas e quilombolas quando o empreendimento ou a atividade localizar-se na própria terra ou "apresentar elementos que possam ocasionar impacto socioambiental direto na terra indígena ou quilombola, respeitados os limites do Anexo I";

e) a PI nº 60/2015 "entende por" terra indígena: as áreas ocupadas por povos indígenas, cujo RCID tenha sido aprovado pela Funai e publicado no DOU; áreas objeto de portaria de interdição expedida pela Funai em razão da localização de índios isolados; áreas reservadas e de domínio de indígenas nos termos do art. 17 da Lei nº 6001/1973;

f) a PI nº 60/2015 também presume a intervenção quando a área de influência direta da atividade ou empreendimento submetido ao licenciamento ambiental localizar-se em áreas onde foi constatada a ocorrência dos bens culturais acautelados referidos no inciso II do caput do art. 2º;

g) a PI nº 60/2015 "entende por" terra quilombola: as áreas ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos, que tenha sido reconhecida por RTID devidamente publicado;

h) a PI nº 60/2015, ao conceituar "terra indígena" e "terra quilombola", ignora o caráter meramente declaratório dos procedimentos de identificação e delimitação de territórios indígenas e quilombolas;

i) a Recomendação do MPF nº 02/2013[8] (referente à PI nº 419/2011) endereçada ao Ibama, MMA, MJ, MC e MS, justamente instou tais entidades a "considerar como terra indígena ou terra quilombola os espaços necessários à reprodução cultural, social e econômica dos povos e comunidades indígenas e negras, sejam esses espaços utilizados de forma permanente ou temporária, desde que assim identificados por meio de laudo antropológico elaborado por órgão ou entidade estatal com atribuição para tanto, ou assim reivindicados por povos e comunidades tradicionais";

j) o Parecer nº 1077/2013/CGA/CONJUR/MMA consubstancia a resposta do MMA à Recomendação nº 02/2013 acima referida, segundo a qual "a Portaria Interministerial não tem o condão de restringir direitos constitucionais[...] [...] ainda que se refira apenas ao RTID, a FCP considerará a existência de comunidade quilombola, cf. seus normativos";

k) o MMA no mesmo Parecer acima referido também "considera que o art. 3º, §§ 2º e 3º da PI nº 419/2011 (idem PI nº 60/2015) traduz apenas uma presunção relativa, a ser de-

8 O MPF expediu a Recomendação nº 02/2013 que pode ser acessada pelo *link*: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/dados-da-atuacao/extrajudicial-1/recomendacao-docs/empreendimentos/recomendacao-gt-grandes-empreendimentos-no-02-2013>.

finida nos contornos dos Anexos, para o indicado no caput: interferências em terra indígena, em terra quilombola, em bens culturais acautelados e em áreas ou regiões de risco ou endêmicas para malária. Quaisquer interferências fora desses padrões, desde que documentalmente comprovada, deve ser, por óbvio, considerada";

Como se denota do rol das principais alterações trazidas pela Portaria Interministerial nº 60/2015, temos que, ou mantiveram as ilegalidades e inconstitucionalidades da revogada PI nº 419/2011, ou modificaram para pior o seu texto o que levou o MPF a expedir, por intermédio da Quarta e Sexta Câmaras de Coordenação e Revisão, a Recomendação nº 02 de 31/3/2016,[9] uma vez que "o novo regramento não atendeu à Recomendação nº 02/2013 dirigida à Portaria Interministerial nº 419/2011".

Nessa nova Recomendação, o MPF insta o Ibama e os Ministérios do Meio Ambiente, da Cultura, da Justiça e da Saúde, entre outras providências, a estabelecer tempo razoável para manifestação da Funai, da FCP, do Iphan e do MS sobre os Termos de Referência (TRs) e Estudos de Impacto Ambiental (EIAs); e estabelecer a possibilidade de suspensão do procedimento de licença ambiental diante de eventual ausência de manifestação da Funai, da FCP, do Iphan e do MS, sempre que tal fato dificulte a compreensão dos impactos ambientais sobre as populações interessadas.

No tocante ao conceito de terra indígena e quilombola, para fins de dimensionamento dos impactos ambientais nelas causados por atividades ou empreendimentos sujeitos ao licenciamento ambiental, a Recomendação do MPF deixa expresso o equívoco em que incorre a PI nº 60/2015 ao ignorar o caráter meramente declaratório dos procedimentos de identificação e delimitação de territórios indígenas e quilombolas.

Considera que o Ibama, nos procedimentos de licencimento ambiental, deverá adotar as cautelas de proteção dos territórios indígenas, quilombolas e de outras comunidades tradicionais, ainda que desprovidos de Portaria da Funai ou RTID, e sempre que os Estudos Ambientais indicarem potencial de impacto desagregador e desestruturante sobre as comunidades humanas que se utilizam dos espaços físicos e recursos naturais de forma tradicional.

Bem por isso e, especificamente em relação a este aspecto importantíssimo para a defesa da territorialidade das comunidades tradicionais, a Recomendação nº 02/2016 do MPF expressamente recomenda ao Ibama e também aos Ministérios do Meio Ambiente, da Cultura, da Justiça e da Saúde, em relação à Portaria Interministerial nº 60/2015:

a) quanto ao art. 2º, incisos X e XI, no curso dos procedimentos de licenciamento ambiental, considere terra indígena ou quilombola os espaços necessários à reprodução cultural, social e econômica, dos respectivos povos e comunidades, sejam estes utilizados de forma permanente ou temporária, desde que tais espaços estejam assim identificados, por meio de laudo antropológico elaborado por órgão ou entidade estatal com

9 A íntegra da Recomendação nº 02 de 31 de março de /2016 encontra-se disponível para consulta no site da 4ª CCR, cf. *link* que segue: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr4/dados-da-atuacao/publicacoes/recomendacoes-4accr/recomendacoes-2016/Recomendaon220164CCR.pdf>.

atribuição para tanto, ou sejam, nessa forma, objeto de reivindicação por povos ou comunidades tradicionais:

b) dê aos parágrafos 2º e 3º do art. 3º, interpretação conforme a Constituição, de modo a considerar no curso dos procedimentos de licenciamento ambiental, os impactos causados às terras indígenas e quilombolas, bem como a bens materiais e imateriais que compõem o patrimônio cultural brasileiro, independente da distância destes bens jurídicos em relação ao empreendimento licenciado, sem prejuízo da presunção de que trata o § 2º retro referido;

Segue, pois, atento o MPF quanto às constantes inovações normativas no campo do licenciamento ambiental e que possam interferir, direta ou indiretamente, sobre a integridade do meio ambiente, bem como sobre a vida social de determinados grupos humanos, tais quais os povos e comunidades tradicionais, especialmente no tocante aos seus territórios. A Sexta e Quarta Câmaras de Coordenação e Revisão do MPF vêm acumulando vasta experiência na análise de avaliações de impacto socioambiental da implantação de projetos de desenvolvimento que afetam povos e territórios reconhecidos como tradicionais.[10]

Finalizamos este artigo com a perfeita síntese contida no item 8 da Recomendação nº 02/2016 do MPF:

> O licenciamento de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras constitui instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente (art. 9º, inciso IV, Lei 6.938/81), razão pela qual o procedimento de licenciamento ambiental não pode furtar-se à avaliação dos impactos que os empreendimentos possuem sobre o desenvolvimento socioeconômico de comunidades locais, impondo-se o indeferimento das licenças ambientais sempre que houver grave violação aos direitos humanos, aos espaços territoriais e aos modos de vida que conformam a dignidade humana de povos e comunidades tradicionais.

10 Para mais informações acessar o *link*: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr4/dados-da-atuacao/grupos-de-trabalho/gt-licenciamento/documentos-diversos/informa-tecnicas/NT%20039-07_Encaminha_trabalho_area_de_influencia.pdf>.

3. Indenização e demais providências decorrentes da regularização territorial de comunidades remanescentes de quilombo: o tratamento de terceiros não quilombolas ocupantes do território. Possibilidades de indenização de títulos individuais de quilombolas

Lucas Aguilar Sette

Após a aprovação em definitivo do RTID, a presidência do Incra publica portaria reconhecendo e delimitando os limites do território quilombola.

Caso o território localize-se em terras da União, caberá ao Incra ou à SPU a titulação. Localizando-se em áreas dos Estados ou dos Municípios, caberá ao respectivo ente a titulação.

Na hipótese de o território quilombola estar em terras sob domínio particular, é necessária a expedição de decreto de desapropriação por interesse social, após o que cada propriedade deverá ser avaliada por técnicos do Incra. A indenização baseia-se no preço de mercado e ocorre em dinheiro, pagando-se o valor da terra nua e das benfeitorias aos detentores de título válido e apenas o das benfeitorias no caso de títulos inválidos ou áreas sem título.

Esse procedimento está claramente descrito no Decreto nº 4.887/2003 e na IN nº 57/2009 do Incra.

Controvérsia jurídica, no entanto, surgiu nos casos em que havia quilombolas detentores de domínio a título particular. A questão central consistia em definir se esses quilombolas tinham direito, ou não, a serem indenizados pela perda da propriedade do imóvel e de suas benfeitorias em favor da comunidade.

A querela foi administrativamente resolvida mediante aceitação da Nota Técnica AGU/PGF/PFE-Incra/6/Nº 005/2009 da lavra da procuradora Federal Anne Cristiny dos Reis Henrique e do assistente técnico da PFE Alisson do Vale Simeão.

Distinguiu-se inicialmente duas possibilidades:

1) indivíduo proprietário de terras na área que não mais se define quilombola ou que se define quilombola e, no entanto, não quer mais viver na comunidade, caso em que não há maiores digressões, tendo em vista que normalmente desapropriados e indenizados de acordo com o mesmo tratamento jurídico conferido aos não quilombolas;

2) indivíduo proprietário de terras na área que se autodefine quilombola e quer permanecer na comunidade, caso em que surgirá a questão de saber se existirá ou não desapropriação e, consequentemente, indenização.

Uma posição defendia que não deveria haver desapropriação e pagamento de indenização, porque se a terra pertencia a um quilombola, então pertenceria a toda a comunidade, já que as comunidades remanescentes de quilombo possuem como característica essencial e marcante a identidade coletiva.

Assim sendo, não haveria razão para que um quilombola, que permaneceria na comunidade vivendo como antes vivia, fosse indenizado pelo fato de o imóvel, antes registrado em seu nome, passar ao domínio comunitário.

A tese vencedora, no entanto, ponderava que, uma vez que o quilombola-proprietário seria destituído de seu título particular de domínio, por meio de ato do Estado que o repassaria à comunidade, deveria ser indenizado tal como qualquer proprietário.

Isso porque o quilombola permanece na área não mais na condição de proprietário, tendo em vista que a titulação do território dá-se em nome da comunidade, mediante outorga de título coletivo e pró-indiviso, com obrigatória inserção de cláusula de inalienabilidade, imprescritibilidade e impenhorabilidade (art. 17 do Decreto nº 4.883/2003), de modo que o indivíduo quilombola, antes proprietário, perde os direitos inerentes a essa condição, principalmente o que o define, o direito de dispor da coisa (art. 1.228 do CC), sendo que os direitos de uso e gozo não mais serão exercidos com exclusividade.

E também porque o direito à titulacão do território é destinado ao quilombola sem distinção de classe econômica, uma vez que a condição para a fundamentalidade desse direito é a ascendência escrava.

Ademais, a retirada da propriedade das benfeitorias sem pagamento de indenizações implicaria confisco não previsto juridicamente.

Portanto, queira o quilombola permanecer ou não na área, é-lhe devida indenização pela desapropriação.

4. Incidência de impostos sobre territórios quilombolas: ITR e IPTU

Walter Claudius Rothenburg

A questão acerca da tributação de terras quilombolas surgiu quando comunidades souberam que tinham débitos de ITR (imposto sobre a propriedade territorial rural) cobrados pela Receita Federal. Esse é um tributo de competência da União, conforme estabelece o art. 153, VI, da Constituição da República.[11] Problema semelhante pode ocorrer em relação às comunidades urbanas e à incidência do IPTU (imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana), que é de competência municipal, prevista no art. 156, I, da Constituição da República.[12]

O fundamento para a tributação é evidente: se a comunidade quilombola passa a ter a propriedade do território, conforme dispõe o art. 68 do ADCT[13], existiria o motivo para cobrar o imposto, sendo que não estaria prevista nenhuma situação de imunidade ou isenção tributária. Mas há bons argumentos contra essa tributação.

Argumentos:

a) a propriedade que o art. 68 do ADCT assegura aos remanescentes das comunidades quilombolas não é o tradicional "direito individual de propriedade tal como ordinariamente reconhecido na legislação civil", que autoriza a cobrança dos impostos, mas uma forma específica de propriedade "que, ao mesmo tempo em que protege os modos de criar, fazer e viver dessa minoria étnica e cultural, permite, ao conferir a titularidade dos imóveis que ocupavam à coletividade e não ao indivíduo isolado, que essas comunidades tenham garantidas a sua reprodução física, social, econômica e cultural", conforme estabelecem os arts. 2º, § 2º, e 17 do Decreto nº 4.887/2003[14];

b) os territórios ocupados por remanescentes de quilombos não têm importância só para eles, mas têm relevância para toda a sociedade, pois "constituem patrimônio cultural brasileiro exatamente por serem portadores de referência à ação e à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira" (conforme o art. 216 da Constitui-

11 Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre: [...] VI – propriedade territorial rural.
12 Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre: I – propriedade predial e territorial urbana.
13 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.
14 "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."

ção[15]) e, portanto, devem ser protegidos "no interesse de toda a nação", ou seja, têm em vista a "salvaguarda dos interesses transindividuais de toda a população brasileira";

c) o valor que os territórios quilombolas têm para as comunidades e seus integrantes não se expressa no valor econômico comum que a propriedade em geral possui, como um bem de comércio, e que autorize a tributação, pois, "para as comunidades tribais tradicionais a terra possui um significado espiritual, funcionando como uma trava de ligação entre o grupo, indispensável para sua perpetuação enquanto realidade social, étnica e cultural, na medida em que possibilita a preservação de seu modo peculiar de vida, de suas tradições e seus valores", conforme o art. 13.1 da Convenção 169 da OIT.[16] As terras quilombolas são inalienáveis, imprescritíveis e impenhoráveis, explicita o art. 17 do Decreto nº 4.887/2003, o que coloca essa propriedade cultural fora do comércio. A ausência de valor econômico implica uma imunidade tributária implícita. Ademais, atribuir valor econômico à propriedade das terras dos remanescentes de comunidades de quilombos produz consequências desproporcionais e muito graves para eles, que atribuem à terra um valor essencial à sobrevivência da comunidade; então, a tributação representa uma violação "direta e frontal" ao princípio da dignidade humana;

d) os impostos somente podem ser cobrados quando houver "capacidade econômica do contribuinte", de acordo com o art. 145, § 1º, da Constituição, e os quilombolas não têm essa capacidade contributiva: "Sua relação com a terra é e sempre foi a de subsistência e jamais sua exploração econômica nos moldes capitalistas". Tributar os territórios quilombolas atinge o "mínimo existencial" da comunidade e seus indivíduos, ultrapassando a capacidade econômica e caracterizando-se como confisco.

Esses argumentos constam de parecer do Professor Celso de Albuquerque Silva, do MPF, que arremata:

> o direito fundamental assegurado no artigo 68 do ADCT confere ao direito a terra tradicionalmente ocupada pelos remanescentes de quilombos uma especial proteção do Estado, dando ênfase no aspecto sócio-cultural e não no econômico, como fator de ligação dos quilombolas com sua

15 Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os 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, nos quais se incluem:
I – as formas de expressão;
II – os modos de criar, fazer e viver;
III – as criações científicas, artísticas e tecnológicas;
IV – as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;
V – os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.
§ 1º O Poder público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.
§ 2º Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem.
§ 3º A lei estabelecerá incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais.
§ 4º Os danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos, na forma da lei.
§ 5º Ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos."

16 Porém adverte Juliana Santilli (2005, p. 138): "Algumas etnias (como o povo indígena Guarani e o povo cigano) não têm relação com um território específico. Entretanto, a territorialidade tem sido considerada por estudos antropológicos como fator fundamental na identificação das populações tradicionais."

> terra, viés intimamente ligado com a reconhecida e notória incapacidade contributiva dessas minorias étnicas hipossuficientes.[17]

Um anterior parecer do Dr. Antonio Fonseca, do MPF, adota o mesmo raciocínio de que não incide ITR sobre terras quilombolas por ausência de expressão econômica ("a produção econômica é função da tributabilidade da terra"). Além disso, tais terras são afetadas pela própria Constituição, na condição de "expressão do patrimônio cultural", e, portanto, não se caracteriza propriedade, domínio útil ou posse para fins tributários, nos termos do art. 29 do Código Tributário Nacional. Ou seja, as terras quilombolas seriam indisponíveis em razão dessa destinação constitucional específica, que envolveria também a preservação dos recursos naturais. A elas seria aplicável o regime das terras indígenas (art. 231, § 4º, da Constituição), que estabelece a inalienabilidade, indisponibilidade e imprescritibilidade, e reforça a intributabilidade por ausência de expressão econômica.

Outros argumentos podem ser agregados para sustentar a intributabilidade das terras quilombolas:

e) a semelhança com o regime jurídico das terras dos índios, que têm imunidade tributária porque são bens da União (art. 20, XI, da Constituição), destinadas especificamente aos índios ("a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes: art. 231, § 2º, da Constituição). Podemos afirmar tal semelhança, afinal nada autoriza qualquer hierarquia entre os "diferentes grupos formadores da sociedade brasileira" (art. 216 da Constituição), que representaria um rematado absurdo antropológico e moral. O argumento da imunidade tributária à semelhança das terras indígenas justifica a intributabilidade independentemente da situação econômica da comunidade, na remota hipótese de que ela seja autossustentável;

f) o caráter originário da propriedade das terras quilombolas, que, assim como as terras indígenas, foram atribuídas pela própria Constituição como "direitos originários" (art. 231, caput, da Constituição). Não chega sequer a formar-se uma relação tributária, pois a propriedade quilombola do território foi instituída pela própria Constituição, com afetação direta e específica;

g) as terras quilombolas são objeto de uma apropriação coletiva (Decreto nº 4.887/2003, art. 17), que contempla não apenas os indivíduos, mas a própria comunidade e, assim, não é suscetível de tributação. A incidência tributária, tal como concebida e disciplinada no Direito brasileiro, considera apenas a propriedade individual, como expressão econômica de um sujeito de direito reconduzido ao ser humano individualmente ou em grupo restrito de indivíduos, ou se não à pessoa jurídica. Todavia, no caso de comunidades tradicionais que costumam manter uma relação coletiva e identitária com a terra, que não é de mera exploração econômica, o sujeito de direito que efetivamente titulariza essa relação é o próprio coletivo, a comunidade.

---

17 "Tributação e direitos fundamentais – a questão da intributabilidade das terras ocupadas pelos remanescentes de quilombos." Disponível em: <http://6ccr.pgr.mpf.mp.br/documentos-e-publicacoes/docs_artigos/tributacao-e-direitos-fundamentais-2013-a-questao-da-intributabilidade-das-terras-ocupadas-pelos-remanescentes-de-quilombos>.

O reconhecimento das comunidades tradicionais, assim como de qualquer sujeito de direito, não depende da condição econômica de ser proprietário. Como afirma Luiz Edson Fachin (2001, p. 239), "[o] reconhecimento da personalidade prescinde do patrimônio. Ser sujeito não se condiciona ao ter direitos patrimoniais". Mas, quando essa condição eventualmente está presente, a relação de propriedade deve ser reconhecida em conformidade com as características específicas do sujeito (no caso, a comunidade). Carlos Frederico Marés de Souza Filho (2008, p. 477) adverte que a projeção comunitária não pode ser reduzida a relações individuais:

> Num mundo onde existem apenas indivíduos e não coletivos, onde as relações são sempre contratuais, isto é, expressão livre da vontade na busca de interesses racionais, evidentemente os povos que se relacionam movidos pela emoção e pela leitura dos fenômenos naturais, que muito longe de contrair uma obrigação prévia pelo contrato acredita que tem a obrigação da dádiva, não podem subsistir, porque terão que ser reduzidos a indivíduos.

Sendo assim, cobrar o imposto de cada quilombola, como se fosse o titular individual de uma fração ideal da terra, também não corresponde à realidade da apropriação coletiva, além de onerá-lo indevidamente.A Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional editou o Parecer PGFN/CAT nº 896/2013[18], que reconhece a imunidade tributária das terras rurais quilombolas por meio da aferição individualizada da propriedade (por família):

> A titulação de forma coletiva das terras de remanescentes das comunidades de quilombos, conforme art. 17 do Decreto nº 4.887, de 2003, é compatível com a imunidade explícita do art. 153, § 4º, II da CF, desde que hipoteticamente dividida a área total, a fração ideal por família não ultrapasse o conceito legal de pequenas glebas rurais e desde que as explore o proprietário que não possua outro imóvel. [...] O conceito de pequena gleba a ser utilizado é o do art. 2º da Lei nº 9.393, de 1996. Ou seja, a área de cada família, para fins de aplicação da imunidade do art. 153, § 4º, II da CF, deverá se enquadrar nas dimensões disciplinadas na Lei nº 9.393, de 1993.

Essa foi uma boa solução prática encontrada, embora deixe de fora as situações em que o cálculo da atribuição individualizada da propriedade exceder a pequena gleba rural, quando a PGFN entende que há necessidade de previsão legal (isenção tributária).

Ocorre que foi editada a Lei nº 13.043, de 13 de novembro de 2014[19], que dispõe: "Os imóveis rurais oficialmente reconhecidos como áreas ocupadas por remanescentes de

18 Disponível em: <http://dados.pgfn.fazenda.gov.br:80/storage/f/2013-05-21T011437/8962013_276e_arquivo.doc>.
19 Por conversão da Medida Provisória nº 651/2014.

comunidades de quilombos que estejam sob a ocupação direta e sejam explorados, individual ou coletivamente, pelos membros destas comunidades são isentos do Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural – ITR."[20] Foram cancelados o lançamento e a inscrição que já haviam sido efetuados, bem como anistiadas as multas por atraso na apresentação da respectiva declaração. Portanto, agora há isenção tributária para as terras rurais quilombolas.

h) O art. 13.1 da Convenção 169 da OIT estabelece que:

> os governos deverão respeitar a importância especial que para as culturas e valores espirituais dos povos interessados possui a sua relação com as terras ou territórios, ou com ambos, segundo os casos, que eles ocupam ou utilizam de alguma maneira e, particularmente, os aspectos coletivos dessa relação". Além disso, "[d]everão ser adotadas as medidas especiais que sejam necessárias para salvaguardar as pessoas, as instituições, os bens, as culturas e o meio ambiente dos povos interessados .

A Convenção foi incorporada ao Direito brasileiro (aprovação pelo Decreto Legislativo nº 143/2002 e promulgação pelo Decreto nº 5.051/2004), que assume valor supralegal (acima das leis ordinárias) e assegura, portanto, a isenção tributária.

IPTU (imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana): Nem todas as comunidades quilombolas são rurais. Exemplos de comunidades urbanas são Família Silva (Porto Alegre-RS)[21], Pedra do Sal e Sacopã (Rio de Janeiro-RJ) e Mangueiras (Belo Horizonte-MG).[22] Nessa situação, há o risco de cobrança do IPTU (imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana), desta vez por parte dos municípios (art. 156, I, da Constituição). Contudo, os argumentos para afastar a tributação são os mesmos.

Proposta legislativa: Está em tramitação a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 203, de 2012[23], da Câmara dos Deputados, de autoria do Deputado Amauri Teixeira e outros, para "isentar do Imposto Predial Territorial Urbano (IPTU) e Imposto Territorial Rural (ITR) as terras, terrenos e edificações das comunidades quilombolas", mediante o acréscimo de um parágrafo ao art. 184 da Constituição. Como se trata de uma previsão de intributabilidade na própria Constituição, é hipótese de imunidade tributária.

Terras quilombolas e dimensão econômica: Atualmente a intributabilidade das terras quilombolas é absoluta. As prováveis razões para esse regime jurídico de imunidade tributária foram apontadas: as comunidades tradicionais usualmente não assumem suas

20 Art. 82 da Lei nº 13.043/2014, que acrescentou à Lei nº 9.393/1996 o art. 3º-A.

21 Houve isenção de IPTU concedida em Porto Alegre (RS). Recomendação do Ministério Público Federal em Canoas (RS), do Procurador da República Pedro Antônio Roso, propõe que o Prefeito "[f]ormule projeto de lei ao Poder Legislativo para reconhecimento da isenção do IPTU a remanescentes de comunidade quilombola e respectiva associação, assim como para que seja reconhecida a eles a anistia de débitos relacionados ao mesmo imposto". Na 6ª CCR, foi instaurado o Procedimento 1.00.000.005528/2012-61.

22 Disponível em: <http://www.cpisp.org.br/comunidades/html/brasil/mg/mg_quilombos_urbanos.html>. Acesso em: 9 dez. 2013.

23 "§ 6º São isentas do Imposto Predial Territorial Urbano - IPTU e Imposto Territorial Rural - ITR as terras, terrenos e edificações das comunidades quilombolas."

terras como bens de produção e exploração econômica; o território tem um sentido qualificado para a identidade e preservação do grupo; o território quilombola é expressão cultural que integra o patrimônio nacional; as comunidades quilombolas costumam ser frágeis economicamente e necessitam ser protegidas do contexto capitalista envolvente; a atribuição do território às comunidades quilombolas é uma compensação por injustiças históricas e sistêmicas.

Referências bibliográficas

ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de; PEREIRA, Deborah Duprat de Britto. As populações remanescentes de quilombos – direitos do passado ou garantia para o futuro? In: Seminário Internacional – As Minorias e o Direito, p. 228-249. Disponível em: <http://6ccr.pgr.mpf.mp.br/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/as-populacoes-resmanescentes-de-quilombos-direitos-do-passado-ou-garantia-para-o-futuro>.

BALDI, César Augusto. Territorialidade étnica e proteção jurídica: as comunidades quilombolas e a desapropriação. In: FERNANDES, Edesio; ALFONSIN, Betânia (Orgs.). ***Revisitando o instituto da desapropriação***. Belo Horizonte: Fórum, 2009. Disponível em: <http://6ccr.pgr.mpf.mp.br/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/quilombolas_e_desapropriacao.pdf)>.

BARBOSA, Diana. Quilombolas urbanos Pedra do Sal e Sacopã / RJ: território como construtor de identidades. ***Anais XVI Encontro Nacional dos Geógrafos*** – crise, práxis e autonomia: espaços de resistência e de esperanças. Espaço de diálogos e práticas. Porto Alegre, 25-31 jul. 2010. Disponível em: <www.agb.org.br/evento/download.php?idTrabalho=1429>. Acesso em: 9 dez. 2013.

BECKHAUSEN, Marcelo. ***A inconstitucionalidade do Decreto 3912, de 10 de setembro de 2001***. Disponível em: <http://6ccr.pgr.mpf.mp.br/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/a_inconstitucionalidade_do_decreto_3912_2001.pdf>.

FACHIN, Luiz Edson. ***Estatuto jurídico do patrimônio mínimo***. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FIGUEIREDO, Leandro Mitidieri. ***Remanescentes de quilombos, índios, meio ambiente e segurança nacional:*** ponderação de interesses constitucionais. Disponível em: <http://6ccr.pgr.mpf.mp.br/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/remanescentes-de-quilombos-indios-meio-ambiente-e-seguranca-nacional-ponderacao-de-interesses-constitucionais-leandro-mitidieri>.

FONSECA, Antonio. As terras dos quilombos em face do ITR: não incidência. ***Boletim dos Procuradores da República***, Brasília, ano 1, n. 4, p. 7-9, ago. 2008.

KARAM, Juliano Stella. O direito fundamental à diversidade cultural e a sua vinculação aos poderes públicos. ***Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*** – RBEC, Belo Horizonte, ano 5, n. 18, p. 85-103, abr./jun. 2011.

PEREIRA, Deborah Duprat de Britto. ***ADI 3239 – sustentação oral***. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 18/04/2012.

RIOS, Aurélio Virgílio Veiga. Quilombos na perspectiva da igualdade étnico-racial: raízes, conceitos, perspectivas. In: PIOVESAN Flávia; SOUZA, Douglas Martins de. ***Ordem jurídica e igualdade étnico-racial***. Brasília: SEPPIR, 2006, p. 187-216. Disponível em: <http://6ccr.pgr.mpf.mp.br/documentos-e-publicacoes/artigos/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/quilombos_na_perspectiva_da_igualdade_etnico_racial.pdf>.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Quilombos e seus direitos – tributação sobre a propriedade territorial quilombila. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão. (Coord.) ***Direito à diversidade***. São Paulo: Atlas, 2015, p. 361-377.

_____. Direitos dos descendentes de escravos (remanescentes das comunidades de quilombos). In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Org.). ***Igualdade, diferença e direitos humanos***. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 445-471.

SANTILLI, Juliana. ***Socioambientalismo e novos direitos***. Proteção jurídica à diversidade biológica e cultural. São Paulo: Peirópolis, 2005.

SARMENTO, Daniel. ***A garantia do direito à posse dos remanescentes de quilombos antes da desapropriação***. Disponível em: <http://6ccr.pgr.mpf.mp.br/documentos-e-publicacoes/artigos/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/Dr_Daniel_Sarmento.pdf>.

SARMENTO, Daniel. Comentário ao art. 68 – ADCT. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. (Coord.) ***Comentários à Constituição do Brasil***. 2. tir. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2014, p. 2.241-2.250.

SILVA, Celso de Albuquerque. ***Tributação e direitos fundamentais*** – a questão da intributabilidade das terras ocupadas pelos remanescentes de quilombos. Disponível em: <http://6ccr.pgr.mpf.mp.br/documentos-e-publicacoes/docs_artigos/tributacao-e-direitos-fundamentais-2013-a-questao-da-intributabilidade-das-terras-ocupadas-pelos-remanescentes-de-quilombos>. Acesso em: 21 out. 2013.

SOUZA Filho, Carlos Frederico Marés de. O direito de ser povo. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Org.). ***Igualdade, diferença e direitos humanos***. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 475-495.

5. A atuação das Câmaras de Conciliação da AGU

Lucas Aguilar Sette

O governo de um Estado é naturalmente constituído a partir de múltiplos interesses, por vezes contrapostos. Forçosamente, uma república presidencialista multipartidária cujos governos sustentam-se por meio do que se convencionou chamar de presidencialismo de coalizão encontrará muito mais interesses e ideologias contrapostos acomodados no seu seio.

As diversas regras constitucionais e legais referentes ao processo legislativo e à unificação dos entendimentos jurisprudenciais facilitam a tarefa de compor o que se deve ter como a manifestação de vontade dos Poderes Legislativo e Judiciário em um dado momento.

O Executivo, no entanto, ressentia-se de algo que pudesse elevar os mecanismos de decisão para além da simples imposição política de um grupo de interesses sobre outro, com todos os problemas que daí advém.

Embora a Medida Provisória nº 2.180-35/2001 tenha incumbido ao Advogado-Geral da União a tarefa de adotar todas as providências necessárias ao deslinde das controvérsias envolvendo órgãos e entidades da União na seara administrativa (art. 11 e seu parágrafo único), foi apenas com a Portaria nº 118, de 1º de fevereiro de 2007 que o Advogado-Geral da União regulamentou aquele dispositivo, estabelecendo a disciplina jurídica das câmaras de conciliação *ad hoc*. Em 27 de setembro desse mesmo ano, o Ato Regimental nº 5/AGU dispôs sobre a estrutura, as atribuições e o funcionamento da Consultoria-Geral da União, inserindo em sua composição as Câmaras de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF).

A primeira controvérsia envolvendo a temática quilombola estabeleceu-se entre o Incra e o ICMBIO, tendo aportado na CCAF, em 26 de dezembro de 2007, para mediação de conflito relativo a cinco casos de sobreposição entre unidades de proteção ambiental e territórios quilombolas em processo de titulação. Posteriormente, outras controvérsias se estabeleceram entre o Incra e outros órgãos da Administração Pública Federal, como Comando da Marinha, Dnit e até um estranho caso envolvendo interesses da multinacional KINROSS relativamente à exploração minerária pela Cia Rio Paracatu Mineração em territórios quilombolas na cidade de Paracatu/MG:

Apesar do longo histórico de reuniões e debates, nenhuma solução havia sido encontrada passados já cinco anos do início das primeiras tratativas, razão pela qual, em 24 de outubro de 2012, a 6ª Câmara de Coordenação e Revisão expediu a Recomendação nº 01/2012 com o objetivo de estabelecer o prazo de seis meses para acordo entre os órgãos envolvidos, findo o qual, os casos deveriam ser levados à arbitragem do Consultor-Geral da União, conforme, aliás, preconizado pelo art. 17, III, do Ato Regimental nº 5/AGU.

O prazo expirou com sucessivas notícias de iminência de solução conciliatória dos conflitos, sem, entretanto, acordo algum envolvendo quaisquer dos órgãos.

Entre outubro e dezembro de 2014, no entanto, Incra e ICMBIO procuraram construir um acordo em bloco para todos os sete casos de sobreposição distribuídos à CCAF. As soluções aventadas, a englobar cinco dos conflitos, foram as seguintes:

- sobreposição envolvendo Parque Nacional do Cabo Orange e Território Quilombola Cunani em Calçoene/AP: redução do PARNA Cabo Orange em 4.900ha;
- sobreposição envolvendo Parque Nacional do Jaú e Território Quilombola Tambor em Novo Airão/AM: remoção da comunidade para uma RESEX próxima;
- sobreposição envolvendo Parque Nacional dos Aparados da Serra e Parque Nacional da Serra Geral e Território Quilombola Pedra Branca/São Roque em Praia Grande e Mampituba/SC: redução do território em 2.666 ha e remoção parcial da comunidade;
- sobreposição envolvendo o Parque Nacional da Serra da Bocaina e o Território Quilombola Cambury em São Paulo: redução da área do PARNA;
- sobreposição envolvendo A Reserva Biológica Mata Escura e o Território Quilombola Mumbuca em Almenara e Jequitinhonha/MG: redução dos limites da REBIO.

A proposta de acordo, se algum mérito teve, foi o de expor a incapacidade dos órgãos envolvidos em compreender adequadamente a questão que lhes foi posta para resolução.

Como dois particulares sentados em uma mesa de negociação, cada órgão dispôs de seus interesses em relação a alguns dos casos, conservando-os em relação a outros. Para explicar melhor, o que se pretendeu que ocorresse foi que o território A permaneceria íntegro ao custo da diminuição dos limites da unidade de conservação B, ao passo que, inexplicável e arbitrariamente, o oposto se passaria com a comunidade X, que perderia terras em favor da unidade de conservação Y.

Ocorre que Incra e ICMBIO não titularizam direitos disponíveis em relação aos quais podem livremente negociar e ceder para chegar a um acordo global.

O ICMBIO tem o dever de proteção em relação ao interesse transindividual indisponível, meio ambiente, representado pelo maior nível de proteção conferido pelo estabelecimento de unidades de conservação, ao passo que o Incra tem o dever de garantia referente à titulação das terras das comunidades remanescentes de quilombos, pertencendo à comunidade e a seus integrantes o direito coletivo fundamental ao seu espaço de reprodução física e cultural e a toda a sociedade o interesse transindividual indisponível na preservação da cultura quilombola e de seus diferentes modos de criar, fazer e viver.

Evidentemente, por não lhes pertencerem, Incra e ICMBIO não podem dispor desses direitos, em relação aos quais têm, na verdade, deveres de proteção e garantia.

O correto, portanto, seria encontrar, dentro de cada conflito, a solução que melhor preservasse todos os direitos em jogo, o que, nos casos aqui citados, necessariamente envolveria as razões ambientais para a especial proteção conferida pela UC àquele espa-

ço territorial e à forma da tradicionalidade do uso feita pela específica comunidade em questão, proporcionalidade essa a ser obtida a partir da ampla participação dos atores envolvidos, em especial da comunidade, garantindo-lhes o exercício de sua autonomia, evitando-se, em qualquer caso, a remoção forçada.

Muito embora a Portaria nº 23/CGU, de 21 de dezembro de 2009, tenha disposto que os trabalhos da CCAF nos casos envolvendo comunidades indígenas e quilombolas devessem ser iniciados por audiência pública na sede do município onde está localizada a sobreposição, não há notícia de ocorrência no que tange à temática quilombola, fato este que certamente contribui para essa ausência de compreensão da amplitude e fundamentalidade do direito à territorialidade própria, bem como para pré-julgamentos a respeito da existência real de risco à conservação da natureza na manutenção dessas sociedades tradicionais historicamente integradas a seu ambiente dentro das unidades de conservação.

Na decisão dada em caráter liminar em ação civil pública promovida pelo MPF/AP na Vara Única do Oiapoque/AP (Processo nº 0000005-38.2015.4.01.3102) – que determinou a participação da comunidade do Cunani no procedimento de resolução do conflito de sobreposição entre o território quilombola e o Parque Nacional do Cabo Orange e impôs ao Incra e ao ICMBIO absterem-se de adotar qualquer medida ou solução que importe em diminuição do Território Cunani –, o Juiz Federal Rodrigo Parente Paiva Bentemuller notou, em audiência de conciliação promovida, que os pontos de tensão decorreriam principalmente da ausência de regulamentação efetiva do imóvel litigioso, embora a incompatibilidade fosse apenas aparente.

Ouvidos quilombolas e funcionários do ICMBIO que trabalhavam no referido Parque, o que se viu foi coexistência pacífica e respeito mútuo, chamando a atenção as palavras do analista ambiental Ricardo Motta Pires, transcritas naquela decisão:

> Para Ricardo Motta Pires, o Parque Nacional precisa da comunidade, pelo seu conhecimento, pelo seu apoio e pela sua participação na brigada de incêndio. Quanto à questão das moradias, houve um receio do ICMBio, com a chegada do Programa Luz para Todos, houvesse uma expansão desenfreada de ocupação, nessa fase de sobreposição. Informou que o acesso ao Parque Nacional, via terrestre, se dá através da Comunidade do Cunani. Quanto às atividades econômicas da comunidade, o Parque não se opõe à forma como vem sendo conduzida. Inclusive, confessa, mudando seu entendimento anterior, que a manutenção da comunidade é importante para a história amapaense, questionando somente o tamanho da área solicitada.

Daí ter concluído o Juízo que:

> Assim, levando em conta o conjunto normativo presente e em atenção à possibilidade de coexistência das duas formas de preservação (ambiental e cultural), não se vislumbra aceitável a forma que o Incra e o ICMBio vêm lidando com a situação, através de decisões centradas em Brasília, sem a participação efetiva da comunidade e da chefia do Parque Nacional do Cabo Orange.

Eis um caso senão de conciliação entre os órgãos, certamente de conciliação entre ambos os interesses constitucionalmente protegidos.

Ainda que dentro de processo em grau de recurso no Tribunal Regional Federal da Segunda Região, foi obtida singular e satisfatória conciliação intermediada pela Procuradoria Regional da República no Rio de Janeiro para as sobreposições existentes na Ilha de Marambaia, envolvendo o direito coletivo de remanescentes de quilombos à sua territorialidade, a preservação do meio ambiente consubstanciada na existência de APA Estadual e imperativos de defesa nacional, em razão de a ilha ser um dos principais centros de treinamento da Marinha brasileira. Da assinatura do Termo de Ajustamento de Conduta que pôs fim ao processo, participaram a União, a Superintendência do Patrimônio da União no Rio de Janeiro, a Procuradoria Regional Federal da 2ª Região, o Incra, a Associação de Remanescentes de Quilombo da Ilha de Marambaia e o Comando da Marinha.

Portanto, a conciliação é possível e desejável, sendo que muitas vezes os aparentes obstáculos são apenas jurídicos, fruto de compreensão inadequada do fenômeno quilombola e sua relação com o meio ambiente circundante, bem como da tradição burocrática brasileira de tratar os conflitos no escritório, afastados de seu local de origem, e sem consultar os principais interessados.

As Câmaras de Conciliação da Administração Pública Federal, no entanto, até o presente momento, ao menos no que tange à questão quilombola, não produziram efeitos positivos, chegando mesmo a Coordenadoria Geral de Regularização de Territórios Quilombolas do Incra afirmar, em 26 de fevereiro de 2010, na Informação Técnica Incra/DF/DFQ nº 02/2010, que se tratava de um elemento novo a atrasar o processo de titulação, uma vez que, na experiência atual, tais câmaras se tornaram um local onde as pendências não só não têm encaminhamento satisfatório para resolução da controvérsia, como não são resolvidas pelos órgãos diretamente afetados, e sim por um conjunto de órgãos que em nada têm afinidade com a problemática.

Realmente, nenhum dos doze casos levados a ela teve bom termo, sendo que os mais antigos lá estão desde 2007.

Nessas condições, recomenda-se fortemente, no caso de sobreposição de territórios quilombolas com unidades de conservação ou em conflito com outros interesses juridicamente tuteláveis, seja a conciliação promovida localmente pelo próprio órgão do Ministério Público Federal com atribuição para o caso ou, caso inviabilizada por qualquer motivo, a propositura de ação civil pública pleiteando regulamentação de sobreposição.

6. O debate sobre a constitucionalidade do Decreto nº 4887/2003, a experiência da arguição de inconstitucionalidade nº 5005067-52.2013.404.0000/TRF4 e o princípio da vedação do retrocesso

Leandro Mitidieri Figueiredo

a. Os quilombos na Constituição da República e na legislação

Para tratar da constitucionalidade do Decreto nº 4.887/2003 é preciso visualizar o quadro constitucional e legislativo do direito dos remanescentes de quilombos.

Uma das ideias mais substanciais em prol da conclusão do processo inacabado da abolição e reparação da dívida histórica na questão do negro no Brasil foi o reconhecimento da propriedade dos remanescentes de quilombos sobre suas terras, proposta pelo Movimento Negro à Assembleia Nacional Constituinte, convertida no art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Carta de 1988.

O direito de propriedade das populações não integradas na comunhão nacional sobre as terras que tradicionalmente ocupam já era reconhecido pelo art. 11 da Convenção nº 107/1957 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), promulgada pelo Decreto nº 58.824/1966, sendo certo que, já à época, uma vez aprovados pelo Poder Legislativo, os tratados e convenções internacionais ingressavam no ordenamento jurídico pátrio com status de lei (art. 74, alínea "d", da CR/37).

Mas esse direito apenas foi contemplado com efetividade após a previsão constitucional e sua regulamentação, contida ao máximo pelas forças conservadoras da elite brasileira. Primeiramente, adveio o tímido Decreto nº 3.912/2001. Posteriormente, foi expedido o Decreto nº 5.051/2004, que promulga a Convenção nº 169/1989 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), sobre povos indígenas e tribais. E, por fim, veio a lume o Decreto nº 4.887/2003.

O direito de propriedade dos remanescentes de quilombos sobre suas terras é um direito constitucional fundamental, pois indispensável à pessoa humana, necessário para assegurar existência digna, livre e igual, a despeito de não se encontrar topograficamente no Título II, "Dos Direitos e Garantias Fundamentais". É que são direitos e garantias fundamentais todos aqueles expressos no texto da Constituição como um todo, além de outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República seja parte (art. 5º, § 2º, CR).

Ao se examinar a regulamentação do direito dos remanescentes de quilombos, também é imprescindível ter em conta a natureza desse direito. A norma do art. 68 do ADCT emana do poder constituinte originário, que é ilimitado, incondicionado e primário. Essa norma tem o condão de reconhecer a propriedade das terras, sendo o processo administrativo, e eventualmente o judicial, declaratórios deste direito, com efeitos retroativos (*ex tunc*). Nessa linha, a posse da comunidade, mesmo antes de concluída a regularização, é de boa-fé e com base em justo título, fundada no direito de propriedade, o que a protege de demandas tanto possessórias como reivindicatórias. O reconhecimento da propriedade da comunidade, traço peculiar desse direito, também equivale a uma aquisição originária para todos os efeitos civis, suplantando quaisquer direitos anteriormente adquiridos pelos remanescentes com base nos mesmos fundamentos, como o reconhecimento de "Terras de Preto"[24].

Nada obstante, prevaleceu no âmbito federal o entendimento da necessidade de desapropriação das áreas. Assim, os direitos incidentes sobre terras de quilombo, se não forem nulos, não estiverem prescritos, não tiverem sofrido pronunciamento de comisso ou não tiverem perdido a eficácia, serão desapropriados mediante indenização, por interesse social (art. 13 do Decreto nº 4.887/2003), com base na Lei nº 4.132/1962.

b. O Decreto nº4.887/2003

Para contextualização da questão, note-se que os setores ligados aos proprietários de terras lutaram contra qualquer regulamentação do direito. Todavia, como já mencionado, o Decreto nº 3.912/2001 veio antes, mas, avançando na regulamentação, foi o Decreto nº 4.887/2003 que teve sua constitucionalidade questionada.

A regulamentação avançou nos seguintes termos:

24 FIGUEIREDO, Leandro Mitidieri. Remanescentes de Quilombos, Índios. Meio Ambiente e Segurança Nacional: Ponderação de interesses constitucionais. In: BRASIL. *Incra e os desafios para a regularização dos territórios quilombolas*. Algumas Experiências. Brasília: MDA-Incra, 2006, p. 57-69.

	DECRETO nº 3.912/2001	DECRETO nº 4.887/2003
REMANESCENTES DE QUILOMBOS	.	Grupos étnico-raciais, segundo critérios de auto-atribuição (autodefinição), com trajetória histórica própria, dotados de relações territoriais específicas, com presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida.
TERRAS OCUPADAS POR REMANESCENTES DAS COMUNIDADES DOS QUILOMBOS	Ocupadas por quilombos em 1888 e ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos em 5 de outubro de 1988.	Utilizadas para a garantia de sua reprodução física, social, econômica e cultural.
ATRIBUIÇÃO PARA A REGULARIZAÇÃO NO ÂMBITO FEDERAL	Fundação Cultural Palmares (FCP)	Fundação Cultural Palmares – FCP: expedir certidão de autodefinição Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Incra): identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras, sem prejuízo da competência concorrente dos estados, do Distrito Federal e dos municípios
DESAPROPRIAÇÃO	Demarcação homologada mediante decreto (sem menção à desapropriação).	Incidindo título de domínio particular válido, vistoria e avaliação do imóvel, objetivando a desapropriação.

c. Arguição de inconstitucionalidade 5005067-52.2013.404.0000 – TRF da 4ª Região

A arguição de inconstitucionalidade foi suscitada pela 3ª Turma do tribunal, ao julgar apelação cível contra sentença da Justiça Federal de Curitiba, que determinou o encerramento do procedimento administrativo que desapropriava a região de Invernada Paiol de Telha em favor das comunidades quilombolas. O juízo de primeiro grau entendeu incons-

titucional o Decreto nº 4.887/2003 e a Instrução Normativa nº 20/2005 do Incra, questão que levou o colegiado a propor o incidente. A 3ª Turma só analisará os recursos do processo após a decisão da Corte Especial.

A comunidade de Invernada Paiol da Telha, composta por 200 famílias, foi a primeira terra quilombola reconhecida no Paraná pela Fundação Cultural Palmares, em 2005. Em 2007, o Incra notificou os proprietários de imóveis da localidade com o objetivo de levantar dados e informações para reconhecer o local como terra tradicional ocupada por quilombos. Para evitar o procedimento, a Cooperativa Agrária Agroindustrial e os proprietários das terras propuseram ação sustentando a inconstitucionalidade do Decreto nº 4.887/03. Em 2010, a 11ª Vara Federal de Curitiba determinou o encerramento do procedimento administrativo em questão, bem como proibiu que o Incra iniciasse qualquer outro procedimento com os mesmos objetivos.

Na sessão de 28 de novembro de 2013 da Corte Especial do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, o Ministério Público Federal, por meio do procurador regional da República Domingos Sávio Dresch da Silveira, sustentou que o art. 68 do ADCT, no qual se baseia o Decreto nº 4.887/2003, não é um princípio, mas uma regra constitucional que não depende, para sua efetivação, de uma complementação por parte do legislador.

Em 19 de dezembro de 2013, em importante precedente, o TRF da 4ª Região rejeitou a arguição de inconstitucionalidade por doze votos a três:

> DECRETO Nº 4.887/2003. CONSTITUCIONALIDADE. CONCEITO DE QUILOMBO. REMANESCENTES DE COMUNIDADES QUILOMBOLAS. SUPERAÇÃO DA ANTIGA NOÇÃO DE QUILOMBO COMO MERO AJUNTAMENTO DE NEGROS FUGIDOS. PRESENÇA HODIERNA E NO FUTURO. EFICÁCIA IMEDIATA DOS DISPOSITIVOS PERTINENTES A DIREITOS FUNDAMENTAIS. DENSIDADE E FORÇA MANDAMENTAL DO ART. 68 DO ATO DE DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS (ADCT). FUNDAMENTALIDADE DO DIREITO À PRESERVAÇÃO DA PRÓPRIA CULTURA. DIREITO À DIFERENÇA ÍNSITO NA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. LICITUDE DA UTILIZAÇÃO DO INSTITUTO DA DESAPROPRIAÇÃO COMO MEIO DE PROPICIAR A TITULAÇÃO.
>
> 1. Contrariamente ao que registra a história oficial, o quilombo jamais foi um mero amontoado de negros fugidos, existindo nele também índios, brancos e mestiços.
>
> 2. A nociva política do 'branqueamento' retira do negro a opção por ser ele mesmo, recusando-lhe a preservação de sua história, de seus costumes, de suas manifestações religiosas, de sua cultura.
>
> 3. Como direito fundamental que é, o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias guarda aplicabilidade imediata. 'Princípio é imperativo. Princípio está no mundo jurídico. Princípio é mais do que regra. Não teria sentido exigir complementação para um princípio que é mais

do que uma regra e que contém a própria regra'. (Desembargador Paulo Afonso Brum Vaz).

4. Assim não fosse, ad argumentandum tantum, ' ainda o Decreto nº 4.887/2003 estaria a regulamentar a Convenção 169 da OIT. Portanto, ele não seria um decreto autônomo, ele estaria a regulamentar a convenção 169 e portanto não sofreria dessa eiva de inconstitucionalidade. Da mesma forma, ele estaria a regulamentar o art. 21 do Pacto de São José da Costa Rica, que a Corte vem aplicando de uma forma já agora em inúmeros casos a situações semelhantes à dos autos, não só com relação à terra dos índios, mas também a terras ocupadas, por exemplo, no Suriname por negros que fugiam do regime de plantation e que portanto têm uma situação fática e jurídica em tudo semelhante à dos nossos quilombolas visibilizados pela Constituição de 88.' (Dr. DOMINGOS SÁVIO DRESH DA SILVEIRA, citando FLÁVIA PIOVESAN, em seu parecer, evento 46, NTAQ1).

5. O art. 68 do ADCT contém todo o necessário à concretização de seu teor mandamental, absolutamente desnecessária qualquer 'complementação', que consistiria apenas em repetir aquilo que a Lei Maior já diz.

6. A desapropriação, na hipótese, já está regulamentada em lei, que prevê o uso do instituto por interesse social, ausente qualquer vedação a seu uso no alcance do escopo constitucional inarredável de preservar e proteger o quilombo; ou o remanescente de quilombo.

7. Arguição de inconstitucionalidade que se rejeita.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Corte Especial do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por maioria, rejeitar a argüição de inconstitucionalidade, nos termos do relatório, votos e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 19 de dezembro de 2013.

Des. Federal Luiz Carlos de Castro Lugon

Relator para Acórdão

d. Outras experiências: TRF5 e TRF2

TRF5. No Tribunal Regional Federal da 5ª Região, em 19 de janeiro de 2016, a questão também caminhou para a arguição de inconstitucionalidade (0009091-41.2012.4.05.8400 – AC 581893-RN). O julgamento é fruto de ação de desapropriação envolvendo a terra do quilombo Acauã, no Município de Poço Branco, no Rio Grande do Norte:

> CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO. COMUNIDADE REMANESCENTE DE QUILOMBOLAS. DECRETO Nº 4.887/2003. PRELIMINAR DE INCONSTITUCIONALIDADE. CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.
> 1. A questão preliminar suscitada no recurso dos expropriados consiste em saber se é possível a regulamentação do procedimento de reconhecimento de área remanescente de quilombolas por instrumento normativo infralegal, ou se essa matéria é regulável exclusivamente por lei em sentido estrito.
> 2. Há uma alegação razoável de inconstitucionalidade do Decreto nº 4.887/2003, pois este, na medida em que, sem previsão legal, impõe obrigações a terceiros ou restringe-lhes direitos, introduzindo no ordenamento jurídico uma espécie de desapropriação não disciplinada em lei, nos termos da Constituição (art. 5º, XXIV), pode malferir, a um primeiro súbito de olhos, o direito fundamental da propriedade e o princípio da legalidade, o que justifica o julgamento da referida inconstitucionalidade pelo Pleno desta Corte Regional, em observância ao disposto no art. 97 da Carta Magna e na Súmula Vinculante n. 10 do Supremo Tribunal Federal.
> 3. Arguição de inconstitucionalidade suscitada. Suspenso o julgamento das apelações.
> M9849 PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO GABINETE DO DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR ACÓRDÃO
> Vistos, relatados e discutidos os autos do processo tombado sob o número em epígrafe, em que são partes as acima identificadas, acordam os Desembargadores Federais da Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, em sessão realizada nesta data, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas que integram o presente, por maioria, suscitar o incidente de inconstitucionalidade, nos termos do voto do Relator.
> Recife (PE), 19 de janeiro de 2016 (data do julgamento).
> Desembargador Federal EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR
> Relator

TRF2. Já no Tribunal Regional Federal da 2ª Região, o desembargador federal André Fontes, relator dos processos de desapropriação nº 2012.51.09.000676-8, nº 2012.51.09.000683-5 e nº 2012.51.09.000675-6, que tratam da regularização do Quilombo de Santana (Município de Quatis – RJ), determinou a realização de audiência pública para a discussão da questão. Em primeira instância, as três ações de desapropriação foram extintas sem apreciação do mérito pelo Juízo da 1ª Vara Federal de Resende/RJ, reconhecendo que o Decreto nº 4.887/2003 teria inovado de forma autônoma a ordem jurídica ao introduzir novos titulares do direito previsto no art. 68 do ADCT e ao modificar conceitos

jurídicos legalmente estabelecidos. O Incra apelou ao TRF2. Por ocasião da apreciação desses recursos, a 5ª e 7ª Turma Especializada decidiram suspender o julgamento, remetendo os processos ao Plenário para apreciação da arguição de inconstitucionalidade. A audiência foi realizada no dia 30 de maio de 2016.

e. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3239 - STF

A Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 3239 foi ajuizada pelo então Partido da Frente Liberal (PFL), hoje Democratas (DEM), em 26 de junho de 2004, 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. Ela serve de guia para um panorama sobre os questionamentos acerca da constitucionalidade do Decreto nº 4.887/2003.

Alega o Partido Democratas que o Decreto nº 4.887/2003:

> - é formalmente inconstitucional, ao inovar na ordem jurídica, criando direitos e deveres para particulares, invadindo o espaço reservado à lei em sentido estrito;
> - cria nova espécie de desapropriação, diversa das modalidades previstas no art. 5º, inciso XXIV, da Constituição Federal e das reguladas pela legislação correspondente;
> - utiliza erroneamente o critério da autoatribuição para a identificação dos remanescentes dos quilombos, mediante mera declaração do próprio interessado e que o art. 68 do ADCT exige, para o reconhecimento da propriedade nele previsto, a comprovação da efetiva ocupação das terras pelos remanescentes, e não apenas descendentes dos quilombolas. A qualificação das terras como áreas ocupadas por remanescentes dos quilombos não poderia ser atribuída pelos próprios interessados, devendo antes ser objeto de estudos histórico-antropológicos.

No âmbito do MPF foi elaborado o parecer da lavra do procurador regional da República Walter Claudius Rothenburg. A Procuradoria-Geral da República, assim como a Advocacia-Geral da União suscitaram preliminar de não conhecimento da ação entendendo que o Decreto nº 4.887/2003 não é autônomo, pois não se fundamenta diretamente no texto constitucional, prestando-se a regulamentar o art. 14, inciso IV, "c", da Lei nº 9.649/1998, e do art. 2º, inciso III, e parágrafo único, da Lei nº 7.668/1998. No mérito, defenderam a improcedência da ação.

Na sessão de julgamento do dia 18 de abril de 2012, o Relator, ministro Cezar Peluso, julgou procedente a ação direta por entender que o Decreto nº 4.887/2003 é formalmente inconstitucional e que diversas de suas normas padeceriam, ainda, de vício de incons-

titucionalidade material. Sugeriu, entretanto, a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de modo que as concessões de títulos de propriedade efetuadas até o julgamento desta ação sejam consideradas válidas. Segundo seu entendimento, o decreto somente poderia regulamentar uma lei, jamais um dispositivo constitucional. Haveria inconstitucionalidade também na desapropriação nele prevista. Ainda, consignou no seu voto que a concretização do art. 68 do ADCT é complexa, que a primeira titulação só teria ocorrido sete anos depois da promulgação da CR e que, nos últimos anos, a situação não teria melhorado, com só 192 comunidades contando com título de propriedade, 6% do total estimado. É curioso que esse quadro de mora do Estado brasileiro tenha servido para fundamentar o julgamento da procedência da ADI, e não o contrário.

Em 25 de março de 2015, a ministra Rosa Weber abriu a divergência e votou pela improcedência da ação, entendendo constitucional o decreto presidencial. Votou no sentido de que o art. 68 do ADCT – que reconhece aos remanescentes das comunidades dos quilombos a propriedade definitiva das terras que estejam ocupando, devendo o Estado emitir os títulos – é autoaplicável, não necessitando de lei que o regulamente. O decreto teria apenas trazido as regras administrativas para dar efetividade a direito que já estava assegurado no momento da promulgação da Constituição de 1988. Já quanto ao critério da autoatribuição para caracterizar os remanescentes das comunidades dos quilombos, a ministra lembrou que a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, já internalizada no ordenamento jurídico brasileiro, dispõe que nenhum Estado tem o direito de negar a identidade de um povo indígena ou tribal que se reconheça como tal.

Na sessão de 9 de novembro de 2017, o ministro Dias Toffoli inaugurou uma terceira corrente, no sentido da procedência parcial da ADI mas com o que se pode chamar de "condicionantes": somente são passíveis de titulação as áreas que estivessem sendo ocupadas, na data de 5 de outubro de 1988, por remanescentes de quilombos, inclusive as efetivamente utilizadas para a garantia de sua reprodução física, social e cultural. Também devem ser consideradas quilombolas as terras que não estivessem sendo utilizadas pela comunidade na data da promulgação da Constituição, desde que a suspensão ou perda de posse tenha sido decorrente de atos ilícitos de terceiros devidamente comprovados. Entendeu que a caracterização dos quilombolas por meio de autodefinição da própria comunidade não é o único e isolado critério que embasa a titulação das terras, sendo necessárias outras fases técnicas, entre as quais o relatório técnico de identificação e delimitação de terras e a observância de diversos critérios antropológicos de natureza objetiva. Afastou a alegação de inconstitucionalidade formal do decreto, que, na verdade, regulamenta as Leis nº 9.649/1988 e nº 7.668/1988, e não a Constituição Federal diretamente.

A retomada do julgamento se deu em 8 de fevereiro de 2018[25], pelo ministro Fachin, que afastou a inconstitucionalidade formal e entendeu legítima a possibilidade de desapropriação pela Administração para a aquisição de terras particulares onde se localizem comunidades remanescentes de quilombos, bem com a autoatribuição como ponto de

25 Para acesso à integra do informativo do STF, acessar: <http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo890.htm#Comunidadedosquilombosedecretoautônomo-10>.

partida para o reconhecimento das comunidades remanescentes de quilombos. Quanto ao marco temporal, afirmou que, se em relação à questão indígena sua aplicação é complexa, em relação aos quilombolas a questão se revelava ainda mais sensível, pois a realidade das comunidades quilombolas era absolutamente desconhecida até poucos anos atrás, permanecendo até hoje invisível ao poder público. A ausência de regulamentação anterior torna a prova de uma ocupação anterior a 1988, se não muito difícil, impossível. As comunidades estavam e seguem no limbo das instituições jurídicas e muitas vezes não há qualquer registro de sua ocupação. Ressaltou que até 1888 a formação de quilombos era considerada crime e, mesmo após a abolição, houve a norma imposta por Rui Barbosa que determinou a destruição de qualquer dado referente ao período de escravidão. Os quilombolas podem se distanciar, sem contudo perder sua identidade étnica, que originou a concepção de povo e a formação de sua identidade. Na sua visão, o art. 68 foi uma vitória contra um evidente racismo incrustado na sociedade. Antes de sua edição, os remanescentes das comunidades quilombolas não eram mais do que invasores de terra sem qualquer segurança jurídica e, após, passaram a ser proprietários de terras e detentores de direitos. Não se trata de assegurar fraudes nem de permitir a constituição de comunidades não ligadas a esse passado. Se houver fraudes ou vícios, esses deverão ser apurados ao longo do processo administrativo de reconhecimento. Acompanhou a divergência iniciada pela ministra Rosa Weber, votando pela improcedência da ADI.

O ministro Barroso, por sua vez, ressaltou que o Decreto apenas concretiza a Constituição, não criando qualquer norma que não esteja nela prevista. Sobre a autodeclaração, afirmou que não é uma porta aberta para fraudes, havendo formas legítimas para desfazê-las. A autodeclaração é apenas um ponto de partida para um processo que tem 14 fases. Segundo ele, a ideia de que possa haver fraude é fantasiosa, porque teria que enganar muita gente e criar uma comunidade imaginária para que possa ocorrer, simulando ocupação, modo de vida, cultura e outros pontos. Envolveria muitos erros e conluios difíceis de se concretizar. Quanto à desapropriação, entende não ser necessária, pelo direito já ser constitucionalmente garantido. Contudo, se foi essa a opção da norma, não há porque excluí-la como uma das modalidades de composição de um eventual conflito. Já no tocante à questão do marco temporal, entendeu que, embora haja uma aparente divergência, essa pode ser fruto mais de uma incompreensão. É que há acordo quanto ao dispositivo literal, quanto às comunidades que estavam em suas terras. Avançando, há também acordo em relação àqueles que lá se encontravam e que foram vítimas de um esbulho renitente, mas cujo comportamento e identidade demonstram a inequívoca intenção de permanecer na terra. Mantida, em relação a estes, a permanência de vínculos econômicos e culturais com aquela área, seu vínculo com aquele território persiste. É necessário analisar o conceito de esbulho renitente como critério para a permanência na área. A existência de ações possessórias, critério explicitado na PET 3388, não pode ser o único critério. Acompanhou a divergência iniciada pela ministra Rosa Weber, votando pela improcedência da ADI, sintetizando suas teses:

A. o art. 68 é autoaplicável;

B. a autoatribuição é critério válido;

C. o território deve conter todo o espaço necessário para o exercício de seus modos de vida;

D. a desapropriação não é necessária, mas não está excluída;

E. o direito é atribuído àquelas comunidades que estavam em sua área no período da Constituição, bem como àquelas que foram retiradas de sua área, mas mantiveram com ela o vínculo econômico e cultural e têm a intenção de a ela retornar, independente da existência de desforço físico ou ações possessórias.

O voto seguinte foi o do ministro Lewandowski, que, apesar de enxergar flagrante inconsistência, que, a seu ver, já fulminaria a ação, optou, dada a relevância do tema, por superar essa etapa e analisar o mérito das questões trazidas. Também viu improbabilidade de existência de fraudes na autoatribuição, que não é o único critério estabelecido, pois o decreto também elenca outros requisitos, como a observância da territorialidade e culturalidade. Acrescentou que a autoatribuição vai contra o critério etnocêntrico da atribuição direta de uma identidade, significando, portanto, um progresso nessas relações. A intenção de proteger o patrimônio cultural desses grupos foi objeto de grandes debates na Assembleia Nacional Constituinte em 1987, tendo restado clara a intenção dos constituintes expressa na norma. Enfatizou que em um Estado de Direito existe mais do que a simples concretização das vontades da maioria, existe também a proteção dos interesses dos grupos sociais, sejam eles majoritários ou não. O Decreto traz uma nova modalidade de desapropriação, que é, na prática, uma modalidade do que se chama "desintrusão", eis que o objetivo é retirar das terras tradicionalmente atribuídas aos quilombolas os particulares que nela se encontram, detentores de títulos de propriedade. Corroborando as afirmações do Min. Fachin, afirmou que a demonstração da ocupação das comunidades quilombolas em 1988 é uma "prova diabólica", por ser muito difícil de ser produzida. Acompanhou a divergência, votando pela improcedência da ADI.

O ministro Gilmar Mendes iniciou afirmando que a ideia de que os direitos fundamentais dispensam regulamentação é extravagante. A base do sistema é o princípio da legalidade, e não da "decretalidade". Repudiou a interpretação de que terras indígenas e quilombolas são a mesma coisa, pois os conceitos de posse são diferenciados, nada tendo a ver a posse indígena com a disposição da posse no art. 68 do ADCT. Não se trata, como nas terras indígenas, de declarar nulos os títulos incidentes sobre determinada área, mas de fazer uma expropriação, para a qual se tem um procedimento complexo, definido pela Administração Pública. Mencionou que já há hoje conflitos quase incontornáveis na prática, como a base de Alcântara ou a Ilha de Marambaia, debates que têm gerado conflitos e impasses. É necessário, portanto, que se tenha uma dimensão prática da decisão do STF. Acompanhou o voto do ministro Dias Toffoli.

O ministro Barroso realizou aparte, afirmando que os direitos humanos são direitos pré- jurídicos, que independem de positivação. São direitos naturais, que valeriam independentemente de positivação. Com a positivação, eles passam a fazer parte de declarações e a doutrina passa a chamar esses direitos humanos entronizados no Direito Cons-

titucional de direitos fundamentais. Aduziu que a principal característica de um direito fundamental é que ele independe das maiorias. Independe de ser positivado em lei. O legislador não pode por sua disposição frustrar o exercício de um direito constitucional. Citou o exemplo da Corte Suprema americana, que declarou inconstitucional uma lei que criminalizava as relações homossexuais. Acrescentou que também no Brasil não está escrito na Constituição que é possível existirem as uniões homossexuais, mas o STF em bom tempo reconheceu essas relações.

O voto do ministro Luiz Fux trouxe como fundamento o princípio da solidariedade social, inscrito no art. 3º, inciso I, da Constituição. Enfatizou que qualquer condicionante que afaste ou restrinja o exercício do direito diz mais que o constituinte e deve ser afastada por ser inconstitucional. Acompanhou a divergência iniciada pela ministra Rosa Weber, votando pela improcedência da ADI.

O ministro Marco Aurélio mostrou-se perplexo com o fato de que, após 30 anos da Constituição, ainda haja dúvidas quanto ao que diz o art. 68 do ADCT. O dispositivo não trata de direitos individuais, mas de direitos que estão abrangidos pelo coletivo, já que os destinatários são as comunidades remanescentes de quilombos. Votou pela improcedência da ADI.

Por fim, o ministro Celso de Mello assentou que o direito das comunidades quilombolas vincula-se a um amplo espectro de direitos sociais e culturais, em especial, àqueles definidos nos arts. 215 e 216 da Carta Política. Deve ser reconhecido que a titulação de terras prevista no art. 68 guarda íntima relação com o postulado da dignidade da pessoa humana, por garantir o direito à moradia de pessoas carentes e integrar o mínimo existencial de uma vida digna, e porque pretende preservar a integridade étnica e cultural dos remanescentes de quilombos. Importante ressalvar a própria centralidade de que se reveste a relação dos quilombolas com a terra, que apresenta um elemento essencial para a manutenção da identidade do grupo. Ressalta, nesse sentido, o vínculo indissociável entre a finalidade a que se destina e a natureza dessa propriedade. Constatou a diversidade de posses existente pelas comunidades negras, desde antes da Lei de Terras. Ressaltou, ainda, a invisibilidade desses povos, que viveram à margem do próprio sistema. Citou a Convenção 169, afirmando que o conceito de comunidades tribais abrange os quilombolas. Ela, além de criar obrigação aos Estados de instituírem procedimentos adequados para garantir esses direitos a esses povos, também legitima a própria edição do Decreto nº 4.887/2003. Além disso, pela matéria que veicula, tem o status de matéria constitucional, para além da supralegalidade, compondo, assim, o conceito de bloco de constitucionalidade, que conceituou como sendo o somatório daquilo que consta da Constituição escrita e também do que se soma a essa Constituição escrita em função das normas e valores nela consagrados, representando, ainda, um parâmetro hermenêutico de categoria superior para a aplicação e o próprio preenchimento de eventuais lacunas existentes. Acompanhou a divergência iniciada pela ministra Rosa Weber, votando pela improcedência da ADI, entendendo incabível a definição de marco temporal.

A ministra Carmem Lúcia também acompanhou a divergência, votando pela total improcedência da ADI 3.239, ficando mantido o decreto em sua íntegra, sem a definição de marco temporal.

f. Não autonomia do decreto

Como se não bastasse a norma que veicula o direito fundamental do art. 68 do ADCT ser, com efeito, autoaplicável, há atos normativos primários entre a Constituição e o Decreto nº 4.887/2003.

Como se viu, vem sendo destacado que o decreto se presta a regulamentar o art. 14, inciso IV, "c", da Lei nº 9.649/1998, e do art. 2º, inciso III, e parágrafo único, da Lei nº 7.668/1998:

> Art. 2º A Fundação Cultural Palmares - FCP poderá atuar, em todo o território nacional, diretamente ou mediante convênios ou contrato com Estados, Municípios e entidades públicas ou privadas, cabendo-lhe:
> [...]
> III - realizar a identificação dos remanescentes das comunidades dos quilombos, proceder ao reconhecimento, à delimitação e à demarcação das terras por eles ocupadas e conferir-lhes a correspondente titulação. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.216-37, de 31.8.2001)
> Parágrafo único. A Fundação Cultural Palmares - FCP é também parte legítima para promover o registro dos títulos de propriedade nos respectivos cartórios imobiliários. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.216-37, de 31.8.2001)
> Art. 14. Os assuntos que constituem área de competência de cada Ministério são os seguintes: (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.216-37, de 2001)
> [...]
> IV - Ministério da Cultura: (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.216-37, de 2001)
> [...]
> c) aprovar a delimitação das terras dos remanescentes das comunidades dos quilombos, bem como determinar as suas demarcações, que serão homologadas mediante decreto. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.216-37, de 2001)

Mas a legislação que notadamente molda os direitos territoriais de povos tradicionais e a autodefinição é a Convenção 169/1989 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), promulgada pelo Decreto nº 5.051/2004:

> PARTE 1 – POLÍTICA GERAL
> Artigo 1º
> [...]
> 2. A consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos que se aplicam as disposições da presente Convenção.
> [...]
> PARTE II – TERRAS
> Artigo 13
> 1. Ao aplicarem as disposições desta parte da Convenção, os governos deverão respeitar a importância especial que para as culturas e valores espirituais dos povos interessados possui a sua relação com as terras ou territórios, ou com ambos, segundo os casos, que eles ocupam ou utilizam de alguma maneira e, particularmente, os aspectos coletivos dessa relação.
> 2. A utilização do termo "terras" nos Artigos 15 e 16 deverá incluir o conceito de territórios, o que abrange a totalidade do habitat das regiões que os povos interessados ocupam ou utilizam de alguma outra forma.
> Artigo 14
> 1. Dever-se-á reconhecer aos povos interessados os direitos de propriedade e de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Além disso, nos casos apropriados, deverão ser adotadas medidas para salvaguardar o direito dos povos interessados de utilizar terras que não estejam exclusivamente ocupadas por eles, mas às quais, tradicionalmente, tenham tido acesso para suas atividades tradicionais e de subsistência. Nesse particular, deverá ser dada especial atenção à situação dos povos nômades e dos agricultores itinerantes.
> 2. Os governos deverão adotar 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.
> 3. Deverão ser instituídos procedimentos adequados no âmbito do sistema jurídico nacional para solucionar as reivindicações de terras formuladas pelos povos interessados.

Trata-se de ato normativo primário. Mais ainda, vale registrar que o STF entendeu que tratados dessa natureza, sobre direitos humanos, têm status "supralegal" (RE 466343).

g. Autoatribuição

Já quanto à autoatribuição, o instituto virou atualmente o alvo dos ataques. Como se vê na questão das cotas para negros nas universidades, vencida a batalha e admitida a ação afirmativa, não só no Brasil (STF, ADPF 186, de 26 de abril de 2012) como nos EUA, com a conclusão do julgamento na Suprema Corte de lá (Fisher v. University of Texas at Austin et al., 23 de junho de 2017), os movimentos contrários passaram a focar nos casos de autoatribuições que causaram espécie.

Na linha do voto da ministra Rosa Weber, a autoatribuição não é absoluta, assim como nenhum outro direito no Estado Democrático de Direito. O ministro Luís Roberto Barroso, na relatoria da ADC 41, admitiu a verificação por meio de autodeclaração presencial, exigência de fotos e entrevistas por comissões, posterior à autodeclaração. As universidades já estão encontrando soluções para coibir as situações anômalas, o que também sempre foi possível no processo administrativo de regularização de terras quilombolas, sendo que muitas das críticas advêm de quem não presencia o sucesso do sistema de cotas nas universidades, nem atuou de perto em um processo de regularização quilombola.

h. Princípio da vedação do retrocesso

Direitos sociais são direitos fundamentais[26]. Isso decorre primeiramente – como mencionam os debates sobre o tema – da topografia do "Capítulo II – Dos direitos sociais" (arts. 6º ao 11), inserido no "Título II – Dos direitos e garantias fundamentais" (arts. 5º a 17), do texto constitucional, sem olvidar a possibilidade da existência de outros direitos fundamentais em outras partes da Constituição e em tratados internacionais regularmente firmados e incorporados pelo Brasil (art. 5º, § 2º e 3º, da CR).

Ingo Wolfgang Sarlet (2009, p.510) ressalta o reconhecimento da condição de verdadeiros direitos fundamentais aos direitos sociais, com a superação das principais objeções quanto a sua constitucionalidade e exigibilidade, sendo dignos de tutela judicial contra intervenções estatais indevidas (negativa), assim como para prestação destes como direitos subjetivos (positiva[27]). Mesmo não assegurando vida digna, a previsão desses direitos funciona como pauta permanente de reivindicações e empoderamento do cidadão individual e coletivamente considerado para uma ação concreta, ainda nem sempre idealmente efetiva e muitas vezes mais simbólica[28].

---

26 ADI 3.510, rel. min. Ayres Britto, j. 29-5-2008.

27 Aqui vale o registro da interessante inversão que faz Cass R. Sunstein, quando afirma que "O direito à propriedade privada é plenamente positivo, no sentido de que depende do governo para a sua existência [...] os sem-teto podem ser tidos como que reclamassem não apenas da omissão do governo em lhes fornecer abrigo, mas também da série de leis civis e penais que lhes proíbe usar um abrigo que de outro modo estaria disponível. [...] Portanto, a linha entre direitos positivos e negativos, no direito contemporâneo, é selecionada por referência às distribuições existentes." SUNSTEIN, Cass R. *A constituição parcial*. Tradução Manassés Teixeira Martins e Rafael Triginelli. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 88-89.

28 SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da constituição federal de 1988. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. SARMENTO, Daniel. BINENBOJM, Gustavo. *Vinte anos da constituição federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 509.

Nesses termos, o que não pode haver é retrocesso. O núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado por meio de medidas legislativas não pode ser revogado pura e simplesmente, sem uma alternativa ou compensação. É, como explica Canotilho, o chamado princípio da proibição do retrocesso social[29].

A tutela judicial de direitos sociais está sempre em dialética com as possibilidades econômicas, o que se consubstancia na ideia de "reserva do possível"[30], além das demandas individuais terem que estar de alguma forma concertadas com o todo coletivo. Nesse tocante, Sarlet concorda que o Judiciário não pode se transformar no agente privilegiado do processo, pois não poderá substituir uma ampla e coerente política de direitos fundamentais, mas, por outro lado, isso não poderia significar o afastamento dos direitos sociais do crivo dos tribunais[31].

O direito de propriedade dos remanescentes de quilombos sobre suas terras é um direito social constitucional fundamental, pois é indispensável à pessoa humana, necessário para assegurar existência digna, livre e igual da comunidade. Tem-se então que a regulamentação de tal direito não admite retrocesso.

Referências

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. ***Direito constitucional e teoria da constituição***. Coimbra: Almedina, 1999.

FIGUEIREDO, Leandro Mitidieri. Remanescentes de Quilombos, Índios. Meio Ambiente e Segurança Nacional: Ponderação de interesses constitucionais. In: BRASIL. ***Incra e os desafios para a regularização dos territórios quilombolas***. Algumas Experiências. Brasília: MDA-Incra, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da constituição federal de 1988. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. SARMENTO, Daniel. BINENBOJM, Gustavo. ***Vinte anos da Constituição Federal de 1988***. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SUNSTEIN, Cass R. ***A constituição parcial***. Tradução Manassés Teixeira Martins e Rafael Triginelli. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

29 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. ***Direito constitucional e teoria da constituição***. Coimbra: Almedina, 1999, p. 327.

30 STF sobre a "reserva do possível": "A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão – por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório – mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à "reserva do possível" (RE-AgR 410715, Celso de Mello, 22.11.2005, grifou-se).

31 SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da constituição federal de 1988. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. SARMENTO, Daniel. BINENBOJM, Gustavo. ***Vinte anos da Constituição Federal de 1988***. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 510.

7. O critério do "marco temporal" e a comprovação da posse quilombola

Walter Claudius Rothenburg

Uma interpretação restritiva dos direitos das populações tradicionais a seus territórios indica que somente a ocupação efetiva quando da promulgação da atual Constituição brasileira, em 5 de outubro de 1988, autorizaria a titularidade. Essa interpretação é apenas referida pelo Supremo Tribunal Federal num caso específico (Raposa – Serra do Sol, que diz respeito a terras indígenas[32]), que não constitui uma tese e não tem efeito vinculante. Mas é uma leitura equivocada em geral e não se aplica aos territórios quilombolas em especial. Diversos argumentos podem ser aduzidos para refutar a tese do marco temporal.

Argumento da relação da comunidade com o território – Este é o fundamento material da norma de atribuição da titularidade do território a uma comunidade tradicional e baseia-se no modo como o território é ocupado. O que mais importa, portanto, é que a ocupação do território ocorra conforme a tradição da comunidade, levando-se em consideração sua cultura.

No caso das populações indígenas, foi concebido o instituto do indigenato para explicar essa relação. A propósito, ensina José Afonso da Silva: "O tradicionalmente refere-se, não a uma circunstância temporal, mas ao modo tradicional de os índios ocuparem e utilizarem as terras e ao modo tradicional de produção, enfim, ao modo tradicional de como eles se relacionam com a terra".[33] A Constituição brasileira adota essa concepção quando assegura aos índios, no art. 231, "os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam", e quando especifica, no § 2º:

> São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

O regime jurídico atribuído pela Constituição aos índios tem aspectos comuns às diversas comunidades tradicionais e, nessa medida, as referências aos índios são exem-

32 Petição 3.388-4/RR, rel. Min. Ayres Britto, 19 de março de 2009.
33 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 827.

plificativas.[34] Portanto, para que uma comunidade quilombola tenha o direito de propriedade sobre um território, de acordo com o art. 68 do ADCT, é suficiente que o ocupe tradicionalmente, ou seja, de acordo com seus "usos, costumes e tradições".

Claro que o tempo de permanência é um fator a ser levado em conta, inclusive para caracterizar a tradicionalidade, mas não é um fator predominante nem pode ser estabelecido de forma absoluta.[35] Uma comunidade poderia ocupar um território e, em pouco tempo, estabelecer uma relação de tradicionalidade, pois "tradicionalidade não significa antiguidade – podendo, inclusive, ser prospectiva" (Silva, 2016).[36] Por outro lado, uma comunidade poderia ser expulsa ou abandonar seu território sem perder a tradicionalidade com que se relaciona com esse território e, se viesse a reavê-lo, continuaria a ocupá-lo de modo tradicional.

Argumento da impossibilidade de se determinar uma data para caracterizar a tradicionalidade – Se o que importa é o modo como uma comunidade tradicional se relaciona com o território, isso varia muito de comunidade para comunidade (imagine-se um povo nômade), mas também em função do contexto (maior ou menor resistência da comunidade à invasão de suas terras, grau de informação e mobilização, condição econômica etc.). Percebe-se que o tempo necessário para que a comunidade estabeleça a ocupação tradicional do território não pode ser definido de forma rígida e antecipada, pois uma data ou um período fixo não representaria a realidade e seria incompatível com a própria noção de tradicionalidade.

Argumento da ausência de previsão normativa de um determinado tempo – O art. 68 do ADCT, que "reconhece" o direito de propriedade fundiária das comunidades quilombolas, não prevê um tempo determinado. Está dito apenas, mas fundamentalmente, que "é reconhecida a propriedade definitiva" (sequer a redação utilizou a expressão "passa a ser reconhecida" ou "será reconhecida", que daria uma conotação prospectiva – "a partir de então", "daqui para a frente" –; ao contrário, preferiu-se uma linguagem de atualidade, no tempo presente) aos quilombolas "que estejam ocupando suas terras" (mais uma vez, uma linguagem que indica continuidade e não um momento determinado). Podemos invocar novamente o exemplo dos índios, visto que também não há a consagração de uma data específica no art. 231.[37]

---

34 ROTHENBURG, Walter Claudius. Quilombolas e seus direitos (tributação sobre a propriedade territorial quilombola). In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão. (Coord.) *Direito à diversidade*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 361-377.

35 Sem compreender esse aspecto e fazendo uma generalização indevida, o voto da Min. Rosa Weber na ADI 3.239 em sentido contrário: "Essencial a relação de pertencimento específica das comunidades com as terras ocupadas em caráter permanente em 05.10.1988, com a óbvia ressalva de hipóteses de eventual prejuízo ou suspensão do efetivo exercício da posse nessa data em razão de turbação ou esbulho." Todavia, diante da expressa rejeição da tese do marco temporal a partir do voto do Ministro Fachin, a Ministra Weber expressou reconsiderar sua posição a respeito do marco temporal.

36 SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. *A Constituição de 88 não é o marco temporal caracterizador da posse indígena*. Jota, jul. 2016. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/constituicao-de-88-nao-e-o-marco-temporal-caracterizador-da-posse-indigena-13062016>. Acesso em: 4 fev. 2018.

37 A propósito, parecer de José Afonso da Silva. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/jose-afonso-da-silva-parecer-maio-2016-1.pdf>. Acesso em: 4 fev. 2018.

Quando quer estabelecer um momento determinado, a Constituição refere-se a data precisa. É assim com o plebiscito sobre forma e sistema de governo no art. 2º do ADCT (inicialmente previsto para acontecer em 7 de setembro de 1993 e depois antecipado para 21 de abril) e com a estabilidade conferida pelo art. 19 do ADCT aos servidores públicos não concursados "em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados".

Argumento da dicção normativa de continuidade – O art. 68 do ADCT tem sentido de permanência, de continuidade, ao longo de toda sua redação. "Aos remanescentes das comunidades dos quilombos" indica uma titularidade de direitos intertemporal, pois esses remanescentes ("descendentes" das tradições e "herdeiros" da cultura, mesmo que não sejam afrodescendentes) podem ser pessoas velhas, novas ou que ainda venham a nascer. Nada impediria que remanescentes de quilombos voltassem a suas terras após a promulgação da Constituição por diversos motivos: porque as terras estão abandonadas (por exemplo, aqueles que expulsaram os quilombolas foram embora), porque a própria Constituição deu perspectivas de resgate etc.

"[Q]ue estejam ocupando suas terras" indica antes uma possibilidade de ocupação do que sua efetividade, pois é evidente que, se os remanescentes tiverem sido expulsos de suas terras e impedidos de ocupá-las, não poderão ser obstados de reivindicá-las. Também é óbvio que os constituintes não pretenderam dizer que, para o reconhecimento do direito ao território, é preciso sempre o estar ocupando de fato (posse plena), pois senão estaria sendo legitimada a usurpação nos diversos casos em que as terras quilombolas foram tomadas da comunidade. Nesse sentido, a expressão "que estejam ocupando suas terras" significa "que possam ocupar suas terras" e é mais abrangente do que o significado literal, permitindo a incidência da norma ainda que os quilombolas de fato não estejam a ocupar suas terras. Uma ilustração cômica serve para revelar o absurdo: se uma comunidade quilombola fosse convidada para assistir à promulgação da Constituição e, no exato dia 5 de outubro de 1988, não estivesse a ocupar suas terras porque fora a Brasília, teria perdido a possibilidade de titulá-las!

Quando ocorra a ocupação atual e efetiva das terras pelos quilombolas, esse fato é suficiente para que se dê o reconhecimento da propriedade, independentemente do momento em que se iniciou a ocupação atual. Assim, a ocupação pode ter ocorrido após a promulgação da Constituição, por diversos motivos e formas, e será uma ocupação atual: "que estejam ocupando" também cobre uma ocupação recente.

"[É] reconhecida a propriedade definitiva" utiliza o tempo verbal do indicativo, reforçando o sentido de permanência do dispositivo. O reconhecimento é automático, a promulgação da Constituição assegura desde logo a propriedade, quando quer que a possibilidade de ocupação tradicional tenha ocorrido ou venha a ocorrer. Se uma comunidade quilombola passa a ocupar tradicionalmente um território dez anos depois da promulgação da Constituição, seja um território que ocupara no passado, seja outro, ela adquire imediatamente a propriedade – é o que diz claramente o texto constitucional. A promul-

gação da Constituição é relevante, aqui, como momento em que se instituiu o direito de propriedade e não o direito à propriedade, quer dizer, a partir da promulgação da Constituição o que passou a existir foi o direito de propriedade, que se realiza quando quer que a ocupação se efetive, desde que se caracterize como tradicional.

Por fim, quando está dito no art. 68 do ADCT: "devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos", trata-se uma vez mais de um comando permanente: esse dever de regularização documental e registral existe a todo tempo, assim que a propriedade for certificada em função da ocupação tradicional, pouco importando – afinal, a redação não o diz nem sugere – o momento em que se consolidou essa ocupação.

A análise do texto do art. 68 do ADCT revela que a finalidade é afirmar o direito de propriedade fundiária quilombola, como uma resposta atual a uma questão histórica, daí o emprego da ideia de reconhecimento. Restringir esse direito a um momento determinado (a ocupação em 5 de outubro de 1988) não condiz absolutamente com o sentido pretendido, que é assegurar permanentemente um direito que foi negado no passado e ao qual se continua a opor resistência. O objetivo da previsão constitucional é, justamente, estabilizar a situação fundiária das comunidades quilombolas. A alusão ao marco temporal tem outro objetivo, incompatível com os direitos fundamentais das comunidades tradicionais, conforme aponta José Afonso da Silva ao tratar das terras indígenas:

> Fica também claro que o objetivo enunciado é o de dar fim a disputas infindáveis sobre as terras não pelo cumprimento da regra constitucional que manda proteger e fazer respeitar todos os bens dos índios, ou seja, não pela coibição e repressão aos usurpadores, mas pela cassação dos direitos dos índios sobre elas. (SILVA, 2016, p. 10[38])

Argumento da disposição constitucional transitória – É fato que a norma que assegura a propriedade fundiária das comunidades quilombolas está inserida nas disposições transitórias, embora seu conteúdo tenha uma vocação de permanência e se trate de direitos fundamentais. Sem desprezar a topografia constitucional, o decisivo, no entanto, é o conteúdo da norma e este aponta para a continuidade, tal como ocorre com outros dispositivos que se encontram no ADCT (por exemplo, o art. 7º, segundo o qual "[o] Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos": há algo de constante nesse compromisso, sendo que o verbo utilizado conjuga-se no futuro).[39]

As disposições transitórias destinam-se a regular o câmbio entre um ordenamento jurídico anterior e o seguinte que entra em vigor, e funcionam como mecanismo de adap-

38 Parecer de José Afonso da Silva. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/jose-afonso-da-silva-parecer-maio-2016-1.pdf>. Acesso em: 4 fev. 2018.

39 Equivocada, no ponto, a interpretação dada no voto da Min. Rosa Weber, na ADI 3.239, que privilegia a topologia da norma, "situada no ADCT, vale dizer, voltada a situação temporalmente definida e que se pretende logo superada"; na sessão de julgamento de 8 de fevereiro de 2018, a Ministra reconsiderou sua opinião. A mesma dificuldade de compreensão da permanência do comando do art. 68 ADCT é encontrada no voto do Min. Dias Toffoli: "não se podendo atribuir a essa disposição transitória a mesma extensão normativa dos princípios constitucionais consagrados no texto definitivo da Constituição, por se tratar de comando transitório e excepcional destinado a solucionar situação verificada ao tempo da promulgação da Carta".

tação do novo regime, bem como, em alguma medida, de respeito ao regime anterior. São, portanto, normas jurídicas que têm um olhar no passado e uma mirada no futuro. Nesse aspecto, o art. 68 do ADCT corresponde a uma lídima disposição transitória: ele "captura" acontecimentos que vêm do passado e se projetam tanto no presente, quanto no futuro. Com efeito, havia comunidades quilombolas que ocupavam seus territórios ou deles foram indevidamente desapossadas antes de 5 de outubro de 1988; não fosse assim e os constituintes não teriam formulado esse dispositivo. E há comunidades quilombolas que ocupam seus territórios atualmente, como deles infelizmente são desapossadas vez por outra. Tudo isso também ocorrerá no futuro.

A norma do art. 68 do ADCT surgiu por causa do passado e, portanto, não tem o menor sentido pretender que ela somente se aplique às ocupações que ocorriam no dia da promulgação da Constituição, mas não antes, visto que pode ter havido uma desocupação forçada ou casual. A norma do art. 68 do ADCT surgiu para proteger direitos dos quilombolas com atualidade e, portanto, não tem o menor sentido pretender que ela somente se aplica às ocupações que ocorriam no dia da promulgação da Constituição, mas não depois, visto que pode haver o reagrupamento da comunidade e/ou a ocupação tradicional posteriormente.

Argumento dos direitos fundamentais – Todo um complexo de direitos fundamentais está relacionado ao art. 68 do ADCT, como o direito à moradia e o direito de manifestação cultural, implicados que estão ao direito de propriedade. Podemos aludir aqui a direitos fundamentais "fora de catálogo".[40] Ora, os direitos fundamentais são centrais à compreensão de toda a Constituição, verdadeiras "regras de reconhecimento constitucional", e por isso mesmo devem ser interpretados com generosidade, na perspectiva de sua maximização.

A leitura castradora do marco temporal em 5 de outubro de 1988 não condiz com o regime jurídico especial que contempla os direitos fundamentais. Esses devem ser realizados na maior medida possível, o que abrange a proibição de proteção insuficiente[41], e devem estar a salvo de retrocessos injustificados. A fixação de um marco temporal em 5 de outubro de 1988 representa, ao contrário, uma interpretação minimalista e restritiva. Ela conduz inclusive, no plano da prática processual, a uma perversa inversão do ônus da prova, na medida em que desloca para as comunidades quilombolas a demonstração de que ocupavam suas terras no momento da promulgação da Constituição, quando o que importa é a comprovação da existência da própria comunidade (a partir do autorreconhecimento) e da ocupação tradicional.

Argumento de Direito Internacional: a Convenção 169/OIT – O Brasil assumiu um sério compromisso internacional com o reconhecimento e a proteção dos direitos dos povos e comunidades tradicionais, ao adotar formalmente a Convenção 169 da Organização

40 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 71-72.
41 SILVA, op. cit.

Internacional do Trabalho, de 1989. Essa convenção aplica-se inteiramente às comunidades quilombolas e seus territórios.[42] A fixação do marco temporal absoluto de 5 de outubro de 1988 dificulta o acesso dos remanescentes de quilombos às terras que tradicionalmente ocupam e representa uma infração à Convenção 169, o que sujeita nosso país à vergonhosa responsabilização internacional.

Argumento de incoerência em comparação com a usucapião – Estabelecer o dia 5 de outubro de 1988 como marco temporal para o reconhecimento da propriedade das terras quilombolas significa tornar essa aquisição mais difícil do que a das terras em geral, esvaziando, com o tempo, a utilidade do art. 68 do ADCT. Isso porque o Código Civil já estabelece o tempo necessário para a "prescrição aquisitiva", cujo máximo é de 15 anos (art. 1.238)[43] e, em caso de propriedade rural não extensa ocupada pela família, de 5 anos (art. 1.239), enquanto a Constituição, no art. 68 do ADCT, opera o reconhecimento imediato da propriedade.

O objetivo do art. 68 do ADCT é evidentemente facilitar a aquisição, pelos quilombolas, da propriedade das terras que tradicionalmente ocupam. Se a propriedade das terras ocupadas por comunidades quilombolas fosse mais facilmente obtida por usucapião, haveria uma esdrúxula incoerência da Constituição.[44]

Também não é sustentável a alternativa interpretativa que considera que, atualmente, uma vez que já se ultrapassou a data de 5 de outubro de 1988, a ocupação duradoura posterior de terras por quilombolas somente se convolaria em propriedade nos termos da usucapião. Essa interpretação esbarra em óbices já apontados: ao dificultar o "reconhecimento" da propriedade fundiária dos quilombolas, ela desconhece o caráter permanente do art. 68 do ADCT e ignora o conteúdo de direitos fundamentais que ele encerra e que aponta para a facilitação e otimização do direito, não para sua obstaculização.

Verifica-se que não é compatível com a proteção que a Constituição brasileira conferiu às comunidades quilombolas, nem com o regime jurídico dos direitos fundamentais, o estabelecimento de um marco temporal fixo, em 5 de outubro de 1988, para o reconhecimento da propriedade dos remanescentes de quilombos sobre as terras que tradicionalmente ocupam.

---

42 A Convenção 169/OIT é referida no voto do Min. Cesar Peluso, de 18 de abril de 2012 (que dela não extrai maior proteção), no voto da Min. Rosa Weber, de 25 de março de 2015, no do Min. Dias Toffoli, de 9 de novembro de 2017, e em praticamente todos os demais pronunciamentos da sessão de 8 de fevereiro de2018, sobre a ADI 3.239/DF.

43 SARMENTO, Daniel. Comentário ao art. 68 ADCT. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W; STRECK, Lenio L. (Coords.). ***Comentários à Constituição do Brasil***. 2. tir. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2014, p. 2.248.

44 Enquanto o Min. Peluso aceita uma nova espécie de usucapião para territórios quilombolas, em seu voto na ADI 3.239/DF, a Min. Weber detecta a incoerência em alguma medida: "A interpretação do art. 68 do ADCT no sentido de que contempla hipótese de aquisição da propriedade por meio de usucapião sui generis esvazia o seu conteúdo, uma vez que tal modalidade de aquisição da propriedade independe de previsão específica de proteção aos remanescentes das comunidades dos quilombos." Esse ponto de vista externado pela Min. Weber prevaleceu afinal.

O julgamento do STF na ADI 3.239/DF (8/2/2018)[45]

A questão do marco temporal para reconhecimento da titularidade das terras quilombolas foi destacada no julgamento da ADI 3.239/DF, tendo sido retomada pelo Min. Fachin, que a rejeitou expressamente. A maioria acompanhou-o e a Min. Weber reajustou seu voto. A Corte, portanto, conferiu importância à questão e manifestou o claro entendimento de que o marco temporal de 5 de outubro de 1988 não se aplica à titulação das terras tradicionalmente ocupadas por comunidades tradicionais. Trata-se de fundamentação que, embora relativa a quilombolas e não a índios, atualiza e supera o entendimento do caso Raposa – Serra do Sol. A consistência desse julgamento tende a estabelecer a jurisprudência brasileira.

CONCLUSÃO: Indicativos para o aprimoramento da defesa dos direitos territoriais das comunidades remanescentes de quilombo pelo Ministério Público Federal

Deborah Stucchi, Maria Luiza Grabner e Miriam de Fátima Chagas

O firme propósito de trabalhar, em prol da proteção jurídica relativa às terras de quilombos, ao passo que nos leva a entender processos que fizeram com que comunidades quilombolas fossem, por tanto tempo, privadas de recorrer aos dispositivos de regularização fundiária, igualmente, vem nos permitindo explicitar e reverter tal realidade histórica.

Certamente, transformar tal quadro exige uma série de esforços envidados no sentido de, cada vez mais, agir coerentemente com todo esse universo de novos conhecimentos e experiências trazidos à tona. Os instrumentos jurídicos próprios, nacionais e internacionais, aliados aos conhecimentos e experiências, são como a bússola, não somente a nos guiar em segurança na direção correta, mas também a nos manter no prumo, sempre

45 Para acesso ao Resumo do Julgamento da ADI 3239, de 8 de fevereiro de 2018, verifique o seguinte *link*: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/dados-da-atuacao/grupos-de-trabalho/gt-quilombos/noticias-e-documentarios/JulgamentoADI3239.pdf>.

impelidos no aprimoramento dessa tarefa que ensina muito sobre como conseguir dar continuidade à edificação de um país mais justo e solidário, em que as comunidades quilombolas consigam acessar aquele patamar de cidadania do qual decorre ter e ver seus direitos territoriais reconhecidos.

A síntese desses esforços enseja trabalho de nítida identificação e enfrentamento do que obstrui ou quer impedir o reconhecimento dos direitos dessas coletividades, inclusive, visando-as como alvos e "objetos sem vontade própria". Liberar-se de tais mecanismos e incidências opressivas consiste na prática permanente de valorização de todos os processos de autoexpressão comunitária, a fim de que se consiga romper com tais artifícios de apagamento dos sujeitos de direito que hoje estão no espaço público firmando sua cidadania. A participação ativa no movimento mais abrangente para o reconhecimento de seus direitos representa o resultado e a própria expressão de seu protagonismo a reafirmar sua existência como coletividade.

Nessa perspectiva, iluminar as qualidades de proteção requer que nos tornemos mais capazes de impulsionar a promoção de direitos como adequado sinônimo de uma atuação comprometida com o bem comum, na medida em que se busca alcançar o equilíbrio social mediante ao estabelecimento de maior equidade aos pratos da balança. Precisamos ainda estar sempre cônscios de que a matéria exige ousadia e criatividade diante dos inúmeros empecilhos a enfrentar e a superar.

Portanto, o que podemos preciosamente aprender e aprimorar com as atividades desempenhadas na defesa de direitos de coletividades é que elas, antes de tudo, primam por um trabalho conjunto e colaborativo, em que praticar a inclusão legal, consignada na Carta Magna, significa unir forças, debater, produzir conhecimento, aplicar instrumentos judiciais e extrajudiciais, a fim de promover os princípios de justiça social.

Do lugar institucional, até certo ponto privilegiado, a partir do qual falamos, nos é dada a possibilidade da plena utilização do amplo conjunto de ferramentas disponíveis, quer sejam as audiências públicas, as reuniões, as ações judicias e extrajudiciais, as visitas às comunidades, as diligências *in loco*, os seminários ou as atividades de capacitação. Em outros termos, reunir as munições com a busca de todos os recursos que assegurem a inserção e a adequada participação em todas as esferas e espaços em que a temática é tratada. Esse permanente movimento e estado de alerta equivale a estar sempre preparado para o bom combate.

Considerando as categorias, os conceitos, as experiências e as atuações explanadas ao longo deste manual somos conduzidos a formar convicção da necessidade de, diuturnamente, manter a matéria candente, as discussões acesas, as verdades retomadas, os entendimentos confirmados e os argumentos vivos. Assim, esse conjunto harmonioso segue amparado pelas vontades coletivas.

O manual que ora se publica pretende representar um recurso adicional a municiar as práticas e as ações do Ministério Público Federal em busca do reconhecimento dos direitos territoriais dos povos quilombolas, que estarão em curso, a partir de agora, a contar com este substantivo subsídio.

Com o propósito de objetivar as contribuições e de melhor referenciar a atuação ministerial, abaixo estão pontuadas e reunidas algumas das principais conclusões que podem servir como indicativos ao aprimoramento da defesa dos direitos territoriais das comunidades remanescentes de quilombos pelo Ministério Público Federal. Adicionalmente, a reunião das conclusões em tópicos pretende ainda inspirar o leitor a retomar os textos contidos neste manual, suas referências bibliográficas e *links* selecionados, sempre que considerar necessário, de modo que seu aproveitamento se expanda tanto quanto o interesse pela causa:

1. recorrer a este manual e às indicações dele constantes como material de apoio à atuação dos membros do Ministério Público Federal para acompanhar e fiscalizar processos administrativos e judiciais de regularização das terras das comunidades remanescentes de quilombos ou para agir, independentemente, da sua existência;
2. enfatizar a defesa dos direitos possessórios, antes mesmo da titulação, conforme Enunciado nº 20 criado no XIV Encontro Nacional da 6ª CCR/MPF, realizado em 5 de dezembro de 2014[46];
3. subsidiar as ações judiciais e extrajudiciais por meio do acesso a documentos e informações reunidos e sistematizados, inclusive, aqueles orais recolhidos durante visitas e diligências *in loco* e os escritos, obtidos por meio de requisição aos órgãos públicos e outras fontes localizadas durante as investigações;
4. mapear e identificar as dificuldades e as potencialidades específicas e gerais presentes nos processos de regularização das terras quilombolas, de modo a dinamizar a atuação do Ministério Público Federal na proteção dos territórios quilombolas;
5. conhecer as experiências registradas e as reflexões acumuladas em outros contextos tanto quanto os elementos sobre o caso concreto na formulação de diagnósticos da situação dos direitos territoriais das comunidades remanescentes de quilombos, que assumem contornos locais variados dentro de um cenário comum de conflitos;
6. identificar e mapear as ameaças à integridade dos territórios quilombolas, de maneira a aprimorar a qualificação dos agentes agressores, sejam eles institucionais, políticos ou econômicos, bem como estudar as formas de enfrentamento e de superação dessas ameaças;
7. diagnosticar as áreas mais sensíveis e afetadas pelas dificuldades do órgão fundiário federal – orçamentária, operacional, executiva, político-institucional – de forma a aprimorar os instrumentos de controle e fiscalização de execução das políticas públicas fundiárias, mas também de promoção e incentivo dessas políticas;

46 Para outros Enunciados da 6ª CCR de interesse para o presente Manual acessar: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/dados-da-atuacao/atos-do-colegiado/enunciados>.

8. adotar os instrumentos judiciais e extrajudiciais adequados para a defesa dos direitos territoriais que possibilitem a permanência segura e/ou a retomada de territórios esbulhados e para efetivar a regularização das terras pertencentes às comunidades remanescentes de quilombos;
9. buscar garantias à posse da terra, antes, durante e depois da titulação, o controle do território e o acesso às demais políticas públicas dirigidas aos quilombos, independentemente da existência de processo formal de reconhecimento ou titulação, conforme Enunciado nº 24 criado no XIV Encontro Nacional da 6ª CCR/MPF, realizado em 5 de dezembro de 2014;
10. conferir relevância às contribuições que o diálogo interdisciplinar pode oferecer, bem como o trabalho colaborativo entre as diversas áreas do conhecimento científico, como suporte ao aprimoramento da atuação ministerial;
11. apoiar-se na experiência acumulada pela atuação dos Membros do MPF no contínuo acompanhamento extrajudicial dos processos de regularização das terras quilombolas pelo Incra;
12. valorizar a atuação em conjunto com o Ministério Público Estadual de modo a se ampliarem os horizontes da atuação do Ministério Público Federal nas esferas judicial e extrajudicial, especialmente considerando que a regularização fundiária tem sido apresentada como condição de acesso às demais políticas públicas para as comunidades remanescentes de quilombos;
13. atuar de modo a questionar as práticas e os discursos que condicionam o acesso às políticas públicas à titulação das terras das comunidades remanescentes de quilombos;
14. utilizar-se dos meios extrajudiciais e judiciais à disposição do MPF visando a assegurar o cumprimento de obrigações do órgão fundiário e dos outros órgãos responsáveis pela execução das políticas públicas dirigidas às comunidades remanescentes de quilombos;
15. acompanhar os processos de negociação de conflitos locais com terceiros ocupantes de terras das comunidades remanescentes de quilombos;
16. atuar, na esfera judicial e extrajudicial, em defesa dos direitos territoriais, independentemente da localização dos processos de regularização fundiária em instâncias decisórias mais distantes do local de conflito, como a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF);[47]
17. apoiar-se, sempre que necessário, na deliberação da 6ª CCR no tocante a agir em defesa da comunidade remanescente de quilombo, independentemente de o conflito estar sob a apreciação da CCAF, tendo em conta a mora na solução das disputas;

47 A questão foi debatida pelo GT Quilombos e, desde 2015, considerada prioritária, no sentido de que os processos administrativos de demarcação de territórios quilombolas em sobreposição deveriam ter seguimento perante o Incra, independentemente das tratativas em curso perante a CCAF.

18. instar o comprometimento do órgão fundiário federal na negociação com outras instituições da administração pública, sobretudo em caso de disputas envolvendo meio ambiente, questão indígena e segurança nacional;
19. assegurar a efetiva participação das comunidades remanescentes de quilombos nos espaços institucionais de debate e decisão;
20. acompanhar os fóruns locais, regionais e nacionais de análise e debate sobre a questão fundiária quilombola como forma de manter-se atualizado sobre os pontos de conflito e as dificuldades, bem como sobre as demandas das comunidades remanescentes de quilombos;
21. acompanhar sistematicamente o planejamento anual de atividades do órgão fundiário federal e cobrar a execução das metas previstas, bem como as justificativas pelo descumprimento;
22. acompanhar o planejamento e a execução orçamentária para as ações e programas que envolvem regularização fundiária para comunidades remanescentes de quilombos;
23. combater qualquer ameaça ou tentativa de fragilização das políticas de regularização e proteção territorial dos povos quilombolas, inclusive, do que consta no disposto pelo Decreto nº 4887/2003;
24. avaliar e fiscalizar as ameaças aos direitos territoriais dos povos quilombolas em decorrência da previsão e da implantação de planos, projetos ou programas governamentais ou privados que afetem as comunidades remanescentes de quilombos e outros povos tradicionais, agravados por iniciativas visando à simplificação ou ao desrespeito ao procedimento de licenciamento ambiental.

Por fim, a título conclusivo e igualmente perspectivo, afirmamos que a contribuição contida neste manual, embora pretenda-se consistente, coloca-se como merecedora de futuras complementações tendo em vista o expressivo volume de questões que o tema enseja e comporta. Os assuntos aqui tratados foram alinhavados pelo eixo condutor do reconhecimento e da garantia de direitos territoriais, contudo foram, também, fruto de escolhas delimitadas e condicionadas pelas experiências profissionais dos autores, seu percurso institucional e intelectual, bem como sua percepção quanto à relevância e atualidade dos temas.

Em termos de colocar à disposição dos pares e dos sujeitos de direitos os frutos do pensar colaborativo incentivado pela 6ª CCR, abraçado pelo GT Quilombos e oportunizado pelo MPF, com a elaboração dos manuais de atuação, vale considerar a continuidade de tais projetos. Dentro das atividades do GT Quilombos, da 6ª Câmara de Coordenação e Revisão-MPF, já há o intuito dessa continuidade profícua, mediante o prosseguimento da série Manual de Atuação. Oxalá a iniciativa se concretize com mais passos em direção ao objetivo de corroborar e construir a cidadania igualitária no Brasil.

MPF
Ministério Público Federal