

# OS DIREITOS TERRITORIAIS QUILOMBOLAS

## ALÉM DO MARCO TEMPORAL

Coordenadores  
Antonio Carlos Wolkmer  
Carlos Frederico Marés de Souza Filho  
Maria Cristina Vidotte Blanco Tarrega

© by Antonio Carlos Wolkmer, Carlos Frederico Marés de Souza Filho,  
Maria Cristina Vidotte Blanco Tarrega

Editora da PUC Goiás  
Rua Colônia, Qd. 240-C, Lt. 26-29  
Chácara C2, Jardim Novo Mundo  
Cep. 74.713-200 – Goiânia – Goiás – Brasil  
Secretaria e Fax 62 3946-1814 – Revistas 62 3946-1815  
Coordenação 62 3946-1816 – Livraria 62 3946-1080  
www.pucgoias.edu.br/editora

Comissão Técnica

Biblioteca Central da PUC Goiás

*Normalização*

Karila Aparecida de Oliveira

*Revisão*

Humberto Melo

*Editoração Eletrônica e Arte Final de Capa*

Liana Amin Lima da Silva

*Foto de Capa*

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)  
Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Goiás, GO, Brasil

---

D598 Os direitos territoriais quilombolas: além do marco territorial/ Coordenadores, Antonio Carlos Wolkmer, Carlos Frederico Marés de Souza Filho, Maria Cristina Vidotte Blanco Tarrega.-- Goiânia : Ed. da PUC Goiás, 2016. 196 p.; 22 cm

ISBN:978-85-7103-939-1

Inclui bibliografias

1. Comunidades de escravos fugitivos. 2. Quilombolas.  
3. Quilombos - História - Brasil. 4. Política e governo.  
5. Direito agrário. I. Wolkmer, Antônio Carlos. II. Souza Filho, Carlos Frederico Marés de. III. Blanco Tarrega, Maria Cristina Vidotte. IV. Título.

CDU: 326

---

Todos os direitos reservados. Nenhuma parte deste livro pode ser reproduzida, armazenada em um sistema de recuperação ou transmitida de qualquer forma ou por qualquer meio, eletrônico, mecânico, fotocópia, microfilmagem, gravação ou outro, sem escrita permissão do editor.

Impresso no Brasil

## SUMÁRIO

7	O QUE SÃO OS QUILOMBOS?
17	RELATO SOBRE A REALIDADE DAS COMUNIDADES QUILOMBOLAS NO BRASIL
25	OS KALUNGAS; POR UMA KALUNGA
31	INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL, PLURALISMO JURÍDICO E A QUESTÃO QUILOMBOLAUMA ABORDAGEM DESCOLONIAL E INTERCULTURAL DO DECRETO Nº 4.887/2003 E DA ADI 3239
55	MARCO TEMPORAL COMO RETROCESSO DOS DIREITOS TERRITORIAIS ORIGINÁRIOS INDÍGENAS E QUILOMBOLAS
85	INCONSTITUCIONALIDADE DO MARCO TEMPORAL COMO REFERÊNCIA HISTÓRICA PARA A CONSTITUIÇÃO DO DIREITO QUILOMBOLA
105	QUILOMBOLAS, LUTA POR TERRA E QUESTÕES RACIAIS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
125	A ODISSEIA JURÍDICA PARA A PROTEÇÃO DAS TERRITORIALIDADES: O TERRITÓRIO KALUNGA
149	O OUTRO LADO DA HISTÓRIA QUE NÃO FOI CONTADO: A CAPACIDADE DE REFUNDAÇÃO DO SENTIDO DA POLÍTICA NO BRASIL A PARTIR DA EXPERIÊNCIA DAS COMUNIDADES DE QUILOMBOS

# INCONSTITUCIONALIDADE DO MARCO TEMPORAL COMO REFERÊNCIA HISTÓRICA PARA A CONSTITUIÇÃO DO DIREITO QUILOMBOLA

Maria Cristina Vidotte Blanco Tarrega

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo, ao pretender uma revisão hermenêutica e a correção técnico-jurídica de rumos decisórios, tem por objetivo discutir a perspectiva jurídico-temporal e histórica contida no voto proferido pela Ministra Rosa Weber, na ação direta de inconstitucionalidade, ADI 3239/DF, ajuizada pelo então Partido da Frente Liberal, atual Democratas, em face do Decreto nº 4.887, de 20 de novembro de 2003. Este regulamenta o procedimento administrativo para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos, objeto do art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988. No julgamento da ação pelo Supremo Tribunal Federal, a Ministra Rosa Weber pediu vista dos autos em 18 de abril de 2012, após ter sido proferido o voto pelo Relator, Ministro Cezar Peluso, pela procedência do pedido e pela inconstitucionalidade formal e material de dispositivos do Decreto nº 4.887/2003, modulando os efeitos dessa decisão para considerar bons e firmes os títulos já emitidos. O Advogado-Geral da União manifestara-se pelo não conhecimento da ação e pela improcedência do pedido.

O Relator Ministro Cezar Peluso rejeitou a arguição de inadmissibilidade da ação direta de inconstitucionalidade sob os argumentos de se atacar ato normativo de efeitos não sujeito a controle abstrato de constitucionalidade. Segundo o Ministro, o Decreto nº 4.887/1993 não extrai fundamento de validade das Leis federais nº 7.668/1988 e nº 9.649/199, constituindo decreto autônomo, sujeito

ao controle concentrado de constitucionalidade. Reconheceu a inconstitucionalidade formal do Decreto nº 4.887/1993, por ofensa aos princípios da legalidade e da reserva de lei, entendendo que o art. 68 do ADCT, necessariamente, “há de ser complementado por lei em sentido formal”. Manifestou-se pela inconstitucionalidade material dos arts. 2º, §§ 1º, 2º e 3º, 7º, § 2º, 9º, 13 e 17 do Decreto nº 4.887/2003. Para o ministro, o Decreto nº 4.887/2003 revogara o Decreto nº 3.239/2001. Ambos, padecendo do mesmo vício formal, afastavam os efeitos repristinatórios.

Em seu voto, a Ministra Rosa Weber acompanhou o Ministro Peluso no tocante à rejeição de todas as preliminares arguidas. No mérito, entretanto, divergiu do Relator para julgar improcedente o pedido de declaração de inconstitucionalidade do Decreto nº 4.887/2003. Refutou, a Ministra, o argumento de invasão de esfera reservada à lei (art. 84, IV e VI, “a”, da CF), reconhecendo o direito atual, pleno e imediato dos quilombolas, e a titulação pelo Estado da propriedade sobre as terras por eles histórica e tradicionalmente ocupadas.

não cuida o art. 68 do ADCT de norma veiculadora de preceito genérico e, por essa razão, não vislumbro, no Decreto 4.887/2003, conteúdo não deduzido diretamente do quanto nele já de modo peremptório assentado.

O objeto do art. 68 do ADCT é o direito dos remanescentes das comunidades dos quilombos de ver reconhecida pelo Estado a sua propriedade sobre as terras por eles histórica e tradicionalmente ocupadas. Tenho por inequívoco tratar-se de norma definidora de direito fundamental de grupo étnico-racial minoritário, dotada, portanto, de eficácia plena e aplicação imediata, e assim exercitável, o direito subjetivo nela assegurado, independentemente de integração legislativa.

Entendeu, entretanto, como requisito essencial à proteção do art. 68 do ADCT e, portanto, ao direito quilombola, a efetiva posse das terras em 05 de outubro de 1988.

A ministra invocou, no seu voto, a favor e contrariamente aos direitos dos quilombolas, importantes referências conceituais e históricas. Estas não de ser examinadas para o aprimoramento da construção do sentido do direito constitucionalmente garantido, da necessária correção do que em história se busca como “verdade real” para as categorias “remanescentes das comunidades dos quilombos” e das “terras por eles ocupadas”. E, ainda, mais do que isso, a correção de rumos na decisão de tão importante questão pelo Supremo Tribunal Federal.

## 2 POSSIBILIDADES DE UM MARCO HISTÓRICO. CONCEITOS, CATEGORIAS HISTÓRICO-JURÍDICAS E SUA FUNDAMENTAÇÃO

O direito em discussão, na ação *sub judice*, tem elementos históricos peculiares que merecem uma inflexão teórica verticalizada, sob pena de se incorrer em graves injustiças, além de flagrante inconstitucionalidade. A matéria tratada é de caráter eminentemente histórico e é resultado de uma tentativa de revisão ética da história brasileira e de resgate da dívida que tem o Brasil para com a comunidade afrodescendente, pelos muitos séculos de negação de direitos. Isso exige assumir o direito como integrante da história, como parte da verdade histórica real que se busca.

Juan Antonio Sennent de Frutos nos ensina que, para assumirmos o caráter histórico do direito e se queremos estabelecer marcos históricos no plano jurídico-decisório (digo eu), precisamos admitir que o direito está para o sujeito, ou seja, precisamos considerar as condições subjetivas do direito, num processo aberto, e que “as suas melhores possibilidades de realizar aquilo que idealmente promete dependem das opções que se tomam pelos operadores jurídicos, e em suma, das decisões sociais” (SENNENT, 2013, p. 66).

No que diz respeito às condições objetivas, adverte-nos Sennent, é preciso ter em conta os condicionamentos materiais que são o meio para exercer as possibilidades de realização (2013, p. 66). Esses

condicionamentos materiais nos são dados no conjunto de circunstâncias históricas. O processo de conhecimento do sujeito se abre historicamente ao passado, ao presente e ao futuro, e as possibilidades de realização atual do direito se constroem na apreensão dos tempos passado, presente e futuro, num movimento de experiências e expectativas mutáveis.

Segundo Koselleck (2006), a história é conhecida a partir de categorias pelas quais se expressa. O historiador, ao explorar para além de suas vivências e recordações, busca vestígios que nos chegam, transformando-os em fontes. Depara-se aí com duas possibilidades. Na primeira, o historiador analisa os fatos já articulados anteriormente na linguagem. Na segunda possibilidade, com a ajuda de hipóteses e métodos, reconstrói fatos que não chegaram a ser articulados, mas que ele revela a partir de vestígios. No primeiro caso, os conceitos tradicionais da linguagem das fontes dão acesso à compreensão da realidade passada, e as fontes são capazes de validar o conhecimento produzido.

Porém, no segundo caso, o historiador serve-se “de conceitos formados e definidos posteriormente, isto é, de categorias científicas que são empregadas sem que se possa provar sua existência nas fontes” (KOSELLEK, 2006, p. 305).

Com relação às categorias jurídicas, vale o mesmo. Os documentos jurídicos e seus elaboradores por vezes lidam com conceitos e categorias já compreendidos na linguagem tradicional do direito. Em outras ocasiões, lidam com conceitos formados e definidos posteriormente à linguagem tradicional das fontes jurídicas. Nesses casos, a compreensão da realidade, do direito e da tutela jurisdicional se dá muito mais a partir do que será construído em termos conceituais e categoriais e, portanto, do futuro, e como se pretende demonstrar a partir da experiência e da expectativa de todos os atores envolvidos no processo. Ou seja, são categorias novas cuja gênese representa conceitos em construção, que resgatam uma velha realidade.

Ao falar sobre os conceitos formados e definidos posteriormente (do seu lugar na História), Koselleck (2006) explica tratar-se de conceitos

ligados às fontes e às categorias científicas do conhecimento, que precisam ser distinguidos e que podem estar associados entre si ou não, mas não o estão necessariamente. É importante estabelecer diferenças e maneiras de usá-los. O autor adverte que a formação do conceito muda, e que a categoria comporta o conceito. Tudo muda e, no direito, acrescento, as diferenças e as maneiras do uso das novas categorias só podem se dar no uso e, portanto, projetando um futuro.

O pensamento originário da teoria da história há de servir a questões jurídicas em que se usam conceitos formados e definidos posteriormente à linguagem tradicional das fontes jurídicas, reafirmo. Esses conceitos e categorias em construção não estão necessariamente ligados a outras categorias científicas já consolidadas. O conceito muda e, como a categoria comporta o conceito, ela se expande ou se retrai. Portanto, parece-nos, em princípio, que não se poderia constranger uma categoria no tempo. O direito erra ao ligar obrigatoriamente as categorias em construção a outras já consolidadas, enclausurando-as num marco temporal.

Isso serve particularmente para demonstrar que os conceitos e as categorias jurídicas, no campo dos direitos constitucionais quilombolas, necessitam de uma abertura temporal que, em qualquer sentido, não pode ser definida em nenhum tempo passado.

O texto constitucional não encerrou a categoria num tempo definido. Na decisão que examinamos, a Ministra Rosa Weber relembrou o texto do ADCT.

Art. 68. Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os respectivos títulos (BRASIL, 1988).

Reconhece a Ministra, em seu voto, como direito fundamental, aquele contido no art. 68 do ADCT, acrescentando que ele não demanda do Estado “delimitação legislativa, e sim organização de estrutura administrativa apta a viabilizar a sua fruição”. Afirma: “A



dimensão objetiva do direito fundamental que o preceito enuncia, ênfase, impõe ao Estado o dever de tutela – observância e proteção –, e não o dever de conformação.” E, aqui, acerta.

Acrescenta que o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias traz todos os elementos delineadores do direito que consagra, mesmo que não estabeleça os procedimentos que conduzam ao respectivo exercício, tendo em vista que define o titular dos direitos (os remanescentes das comunidades dos quilombos), o objeto (as terras por eles ocupadas), o conteúdo (o direito de propriedade), a condição (ocupação tradicional), o sujeito passivo (o Estado) e a obrigação específica (emissão de títulos). Desmembra-se o texto, identificando, ali e por si, categorias jurídicas: os remanescentes das comunidades dos quilombos, as terras por eles ocupadas, o direito de propriedade, a ocupação tradicional, o Estado, os títulos de propriedade.

Aqui deparamo-nos com a primeira inquietação de caráter conceitual e histórico. Quem é o sujeito de direito, qual é o objeto referido no voto e qual a condição. A Ministra Rosa Weber, em seu voto, lida com três categorias formadas por conceitos em construção: os remanescentes das comunidades dos quilombos, as terras por eles ocupadas e a ocupação tradicional (considero que propriedade, título e estado são conceitos articulados na linguagem tradicional das fontes jurídicas, por isso não os trato aqui).

As categorias “remanescentes das comunidades dos quilombos”, “as terras por ele ocupadas” e “as terras tradicionalmente ocupadas” são históricas e jurídicas, formadas a partir de conceitos históricos e jurídicos que se constituem na temporalidade a partir da experiência e da expectativa. Não se configuram a contar dos fatos consolidados e já articulados anteriormente na linguagem, tanto histórica como jurídica. São categorias formadas por conceitos extraídos de fatos buscados nos vestígios, nos rastros da história, já que esses sujeitos, como sujeitos de direitos, suas comunidades, suas territorialidades e tradições foram invisibilizados até o advento da Constituição Federal de 1988. Não existem essas categorias na linguagem jurídica e no direito até essa Carta Política.

Isso se evidencia na decisão examinada, sobretudo com a preocupação da Ministra Rosa Weber, em seu próprio voto, de buscar os conceitos de quilombolas e alimentar as três categorias com referências teóricas das diversas áreas do conhecimento. Há uma clara preocupação com a construção conceitual.

A noção de remanescentes das comunidades dos quilombos ou “quilombola”, terras por ele ocupadas e terras tradicionalmente ocupadas, não foi articulada anteriormente na linguagem jurídica. Portanto, atores da jurisdição, em geral os afrodescendentes, seus defensores, os juízes, procuradores e outros representantes do Estado juiz ou do executivo não articularam essas categorias no espaço da jurisdição antes de 1988. Constroem-se os conceitos e as categorias a partir dos vestígios e dos rastros, por meio de hipóteses e métodos das diversas áreas do conhecimento, como se demonstra no referido voto. O Decreto, a decisão e o art. 68 do ADCT não versam sobre conceitos tradicionais da linguagem das fontes históricas e jurídicas, capazes da devida comprovação que se espera para se referendar e validar o direito.

Conforme o voto de Weber, referente ao conceito de quilombo depois de abolida a escravidão, citando Arruti,

A partir de então, dada a nova conformação sociopolítica no que diz com o fato da escravidão humana, as comunidades negras rurais remanescentes de quilombos – também chamados mocambos, palmares, ladeiras etc., conforme a época e o lugar – passam a ser designadas e a se autodesignar por diversas outras denominações – rincões, redutos, arraiais, vilas etc.

A difícil determinação do significado do vocábulo “quilombo” não é novidadeira. Os registros históricos dão conta que seu uso sempre foi instrumental e impreciso, por vezes “alternando-se a outras categorias, ou mesmo não sendo aplicada a determinados grupos e situações em função de razões conjunturais ou próprias à natureza da documentação histórica” (ARRUTI, 2006, grifos do autor).

Todavia, o voto imediatamente se contradiz e nega a construção posterior de significados e a experiência como campo indispensável e necessário para isso. Aí, pergunto-me atônita: Como experimentar e ressignificar aquilo que inexistia no direito e na política como direito fundamental, antes de 1988?

Diz o voto:

Assim, ao mesmo tempo em que não é possível chegar a um significado de quilombo dotado de rigidez absoluta, tampouco se pode afirmar que o conceito vertido no art. 68 do ADCT alcança toda e qualquer comunidade rural predominantemente afrodescendente sem qualquer vinculação histórica ao uso linguístico desse vocábulo. Quilombo, afinal, descreve um fenômeno objetivo – ainda que de imprecisa definição-, do qual não pode ser apartado, embora essa afirmação mereça ser temperada com as reflexões do filósofo italiano Remo Bodei, para quem “as lembranças estão expostas naturalmente à dissolução e à mutilação e nenhuma forma de identidade conserva-se indefinidamente no tempo sem transformar-se”.

Com o merecido respeito, o voto, que é muito valioso e acerta em muitos aspectos, em razão de uma pesquisa transdisciplinar louvável, nesse tema específico, erra agudamente.

Será possível, historicamente, encontrar no Brasil qualquer comunidade rural predominantemente afrodescendente sem qualquer vinculação histórica ao uso linguístico do vocábulo quilombos? Nada na história até então produzida ou nenhuma memória relatada nos permite pensar assim. É certamente um equívoco afirmar que “Quilombo, afinal, descreve um fenômeno objetivo – ainda que de imprecisa definição”.

Pergunto-me: O que podemos afirmar com a mínima segurança o que foi, pelo Estado, pela sociedade e pela história jurídica e política, esquecido e invisibilizado, cujos rastros históricos foram apagados intencionalmente? Os negros e suas comunidades foram ignorados, esquecidos, negados.

Na verdade, ao se interpretar o art. 68 da ADCT, definem-se as condições subjetivas e as contingências de exercício de direito. A dita objetividade conceitual é apenas o limite arbitrário e discricionário das subjetividades contempladas. Mais do que isso, é o estabelecimento de limites circunstanciais para as possíveis respostas à dívida histórica brasileira, para a vergonha da escravidão.

O problema então é como definir, como pretende Sennet (2013), as condições subjetivas e os condicionamentos materiais para exercer as possibilidades de realização do direito. Direito este que se reporta a categorias de sujeitos e condições materiais preenchidas por conceitos em formação, que não se validam na linguagem tradicional das fontes jurídicas, mas que se referem a uma velha realidade histórica. Direito cujo sentido se constitui pela experiência e pela expectativa postas como condição humana universal, subjetiva e material.

Espaço de experiência e horizonte de expectativas são categorias históricas formais (KOSELLECK, 2006). Elas não permitem deduzir o que se teve de experiência e o que se espera, mas consentem delinear e estabelecer as condições das histórias possíveis, e não elas próprias. Essas mesmas histórias estão em construção na experiência que há de ser narrada.

Para o direito constitucional dos quilombolas, vale o mesmo. A experiência e a expectativa nos permitem deduzir apenas provisoriamente e para o tempo presente quem é esse sujeito de direito, qual o objeto desse direito e suas condições de realização. Não nos autorizam a estabelecer um marco temporal de fechamento das categorias quilombola, terras por eles ocupadas, tradicionalmente, sob pena de erro por falta de conhecimento bastante. Pode-se, hoje, apenas a partir dessas categorias formais (experiência e horizonte de expectativas), delinear condições de possibilidade de identificação do sujeito, do objeto e das condições do direito, e é isso que nos parece que o Decreto *sub judice* faz ao abrir possibilidades para a constituição de sujeitos (comunidades quilombolas posteriores à Constituição Federal de 1988).

Esse processo de identificação de possibilidades a partir da experiência e da expectativa é aberto. As histórias possíveis e também os direitos estão conformados no horizonte de expectativas, a partir de campos de experiências que se revelam por meio de olhares transdisciplinares e condições de possibilidades. A experiência e o horizonte de expectativas são, como quer Koselleck (2006), categorias de conhecimento capazes de fundamentar a possibilidade de uma história, a que eu acrescento a possibilidade de um direito, para um sujeito hoje.

A experiência e a expectativa, nas circunstâncias materiais da ação em exame, definem apenas a possibilidade de conhecer um remanescente de quilombola, as suas territorialidades, ou terras que ocupou ou ocupa hoje, nas tradições apreensíveis nos limites abstratos daquela ação. Isso não pode afastar a possibilidade de se conhecer outros quilombolas amanhã, com outras territorialidades, ou ainda a possibilidade de, a partir do art. 68 da ADCT, redefinir, reconceituar e transformar as categorias contidas na expressão legal “remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras”.

O próprio conceito de territorialidade que se quer tutelar nos dá outra dimensão da ocupação da terra, muito mais ampla do que os institutos jurídicos da detenção, da posse ou do domínio, na data da Constituição Federal. Significa a ocupação nas experiências material, espiritual, coletiva e atemporal. Experiência existente e existida, que pode se manifestar no presente, no passado e no futuro, sem um marco temporal preciso.

Como outrora pudemos afirmar, a noção de territorialidade está, essencialmente, ligada à identidade, que se manifesta intensamente na relação com a terra e que não é vista, apenas, como algo patrimonial, nem obrigatoriamente de vínculo do momento presente. O território (ou a terra que ocupo) é como a pele que habito, o lugar de minhas contradições e experiências existenciais, para onde o retorno é certo. É o *locus* de articulação da identidade cultural (em sua perspectiva e temporalidade mais amplas) e a relação desses sujeitos

com a natureza. Ele carrega, em seu bojo, toda uma simbologia capaz de constituir elemento identitário fundamental, compreendendo as especificidades e as necessidades de cada comunidade e de cada povo, como componente inerente à própria vida destes. Em nada importa um marco ou um afastamento temporal.

Território e identidade estão intimamente e complexamente ligados, vez que a construção do território acarreta uma identidade específica, e as ações dessa identidade produzem o próprio território, por meio de processos coletivos dos sujeitos sociais e da reciprocidade. Assim, a territorialização também é construção e movimento no tempo e no espaço. Experiência existente, existida. São relações entre os sujeitos e a natureza. Essa relação é registrada pela memória, individual ou coletiva, fruto de condição, saberes e conhecimentos (MALCHER, 2006).

Nesse sentido, a experiência território e identidade tem relação de causa e efeito, não podendo os direitos constitucionalmente garantidos referentes a ela sucumbirem pela imposição de um marco temporal. Negar o direito à territorialidade quilombola em razão do marco temporal é negar também o direito fundamental à preservação da própria identidade.

Identidade e território:

Não se relacionam como sobreposição ou ação corretiva de um elemento ao outro (relação de *feedback*). Os vínculos de ação recíproca (recursividade) entre esses elementos acarretam uma interação cujos resultados são de criação mútua, “no sentido paradoxal, mas verdadeiro, onde cada termo é, simultaneamente, causa e efeito do outro” (OST, 1995). (TARREGA e RODRIGUES, 2013, p. 44).

O direito quilombola extrapola a sua fonte formal. A lei, o documento ou qualquer fonte não constituem isoladamente o direito. “Todas as histórias foram constituídas pelas experiências vividas e pelas expectativas das pessoas que atuam ou sofrem” (KOSELLECK, 2006, p. 306).

Como construir um sentido de direito fora da experiência e da expectativa? As formalidades categoriais e da história, como do direito em si, nada dizem (KOSELLECK, 2006). Categorias como escravo/senhor, quilombola, indígena, propriedade, estado, fora de circunstâncias históricas, nada dizem. E nada dizem também sobre uma experiência, uma lei, um direito. Entretanto, elas permitem expor a experiência e, com isso, pressupõem o uso categorial da expressão. E essas categorias formais se caracterizam por serem conceitos históricos – um conceito do mundo da vida –, um conceito político, jurídico, social e econômico, com o olhar voltado para a realidade.

Esses conceitos, que enchem as categorias do mundo do direito e, portanto, da vida, dependem das categorias experiência e do horizonte de expectativas, que têm natureza diversa de si. Experiência e expectativa são interdependentes. Não se pode pensar na experiência sem expectativa. Nenhuma categoria histórica é concebível sem que esteja constituída também por experiência e expectativa, segundo Koselleck (2006). Nenhuma categoria do direito, enquanto categoria do mundo da vida e, portanto, histórica, pode ser constituída sem o ser na experiência e expectativa.

A experiência e a expectativa, segundo o autor, indicam a condição humana universal, como dado antropológico prévio, sem o qual a história não seria possível ou imaginada. Com o direito, o mesmo. Não há direito fora da história, da experiência, da expectativa. Qualquer delimitação temporal de horizonte de sentido nega a experiência e a expectativa e, deste modo, nega o direito e a própria história.

Estabelecer um marco temporal mágico (a data da Constituição Federal) para aprisionar a experiência e a expectativa quilombola, afogando a esperança e a recordação, é negar o direito.

Citando Novalis, Koselleck afirma,

Só quando se é capaz de abarcar uma grande sequência com um único olhar, e não se toma tudo ao pé da letra, nem se procura confundir de forma petulante, só então se chega a perceber a

ligação secreta entre o antigo e o futuro, e se aprende a compor a história a partir da esperança e da recordação (KOSELLECK, 2006, p. 312).

O sentido do direito há de realizar a ligação entre o passado e o futuro e se constituir pela esperança e pela recordação, que não se dão a partir de atitude petulante, tomada ao pé da letra, no caso da lei. O direito em questão pretende um resgate histórico da dívida da escravidão e da vergonha que ela representa para a humanidade. O resgate é possível pelo entrelaçamento dos tempos, do que aconteceu e do que há de vir. São os devires enquanto campo de luta. Só se entrelaçam o passado e o futuro pela experiência e pela expectativa, pois são as categorias para se encontrar o tempo histórico e o tempo do direito enquanto tal. O marco de definição temporal do direito há de se dar no tempo histórico escorrido, e não no tempo mágico, num tempo forjado na abstração pura do direito, sem qualquer fundamento de validação.

Segundo Koselleck (2006), a experiência e a expectativa, enriquecidas em seu conteúdo, dirigem ações concretas no movimento social e político e constroem a história passada, presente e futura. As políticas quilombolas e as decisões judiciais nesse movimento são ações concretas de experiência e expectativa, que constitucionalizam ou negam os direitos quilombolas, no contexto histórico.

“As condições de possibilidade da história real são, ao mesmo tempo, as condições do seu conhecimento” (KOSELLECK, 2006, p. 308). Também as condições de validação do direito são as condições de seu conhecimento.

A experiência quilombola é relatada a partir de conceitos formados posteriormente, ou seja, os conceitos tradicionais das fontes jurídicas não dão acesso às realidades categoriais dela. A linguagem das fontes jurídicas tradicionais não diz com suficiente clareza o que é sujeito de direito quilombola, tampouco oferece a esses afrodescendentes delimitações conceituais claras para a reivindicação dos seus direitos. A experiência e a expectativa são que permitirão ao quilombola, ao historiador e ao jurista, daqui em diante, e sempre



daqui e diante temporalmente, construir a história passada, presente e futura, a partir da qual se constitui o sentido presente do direito. O marco 1988 aniquila essa possibilidade.

Acrescenta-se que não se pode encerrar em definitivo, enclausurando na lei, na decisão judicial ou em qualquer outra fonte jurídica, as categorias comunidades quilombolas, terras por elas ocupadas e ocupação tradicional, ou qualquer outra originária do texto “Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras”, art. 68 do ADCT, porque a história demonstra que as fontes históricas e jurídicas ainda são incapazes de sua validação.

Em outras palavras, nem a história, nem o direito têm condição de conhecer, hoje, o conjunto de possibilidades de sentido que se esconde no texto do art. 68 do ADCT quando confrontado à realidade social, na pretensão de se resgatar a dívida histórica da escravidão.

Estabelecer um marco temporal para dizer quem são os remanescentes das comunidades dos quilombos que estão ocupando suas terras hoje é agir contrariamente à Constituição Federal, pois nega a possibilidade da existência histórica dos quilombolas e, portanto, desconstrói o sujeito de direito e o seu direito constitucionalmente protegido. É injusto, pois, mata-se o direito à sua gênese, impedindo a sua formação. É também atécnico, pois contraria a teoria da história e a hermenêutica mais avançada, que reconhece a natureza constitutiva da interpretação do direito.

A categoria instituída na ADCT só pode ser reconhecida como realidade histórica pela experiência e pelo horizonte de expectativas a serem constituídos como história real das comunidades, depois da Constituição Federal, e não antes. As comunidades que se organizaram até a data da Constituição de 1988 foram apenas um fato referencial ou um vestígio que o historiador ou o jurista, ou outro ator investigador, encontra e que lhes oferece um fio condutor para a elaboração do conceito e da categoria. Tudo o mais se organiza nas experiências passadas, presentes e futuras e nas expectativas, construindo, como devem ser construídas, as múltiplas possibilidades de conhecimento da verdade histórica e do direito enquanto partícipe dessa verdade histórica.

Como quer David Sanches Rubio, a abstração do mundo jurídico do contexto sociocultural esvazia e desloca o humano. Os juristas creem que suas ideias, categorias e conceitos geram os fatos (SANCHEZ RUBIO e SENNET DE FRUTOS, 2013). Não. As categorias podem muito ajudar a organizar a leitura dos fatos.

Penso que criamos categorias que só podem ser convertidas em realidades se e quando enriquecidas pela experiência e confrontadas com as expectativas. As experiências sobre um dado podem se modificar com o tempo (KOSELLECK, 2006). O que se conhece sobre a comunidade remanescente de quilombo em 1988 mudou nos últimos 27 anos e continuará se transformando, e isso não desnatura o direito constitucionalmente garantido e a dívida histórica para com os direitos dos afrodescendentes. A experiência com o texto constitucional pode se modificar, ainda que o texto não mude, mas o direito permanece. O horizonte de expectativa inclui o coeficiente de mudança (KOSELLECK, 2006). São a experiência e a expectativa que geram a história passada, presente e futura, na qual incidirá e se constituirá o sentido da norma enquanto processo constitucional perene.

A determinação do marco temporal como externalidade à história real desses povos – que, segundo a melhor teoria, somente será conhecida a posteriori, definindo-a como aquela revelada e posta em 05 de outubro de 1988 por meros vestígios –, é negar a única possibilidade de sentido de direitos para esses povos, devidamente fundamentada. É um agir contrário à Constituição Federal de 1988, e, como nega a história, a proposta de criação de um marco de validade em 05 de outubro de 1988 nega o plano de validade constitucional.

O estabelecimento do marco de validade, como expresso no voto da ministra, é um equívoco hermenêutico fundado num equívoco de abordagem histórica, com a consequência nefasta de matar o direito constitucionalmente garantido e inviabilizar o resgate da dívida histórica da escravidão.

A efetiva posse das terras em 05 de outubro de 1988 como requisito essencial à proteção do art. 68 do ADCT, porquanto consta

expressamente do texto constitucional quando identifica seus destinatários. Tal emerge tanto da topologia da norma – situada no ADCT, vale dizer, voltada a situação temporalmente definida e que se pretende logo superada – quanto da flexão verbal – “estejam ocupando”, a assinalar o momento da promulgação da Constituição como o marco definidor de sua incidência.

Trata-se de uma proposta de interpretação que redundará na construção abstrata do direito construído fora da experiência e da expectativa, categorias formais capazes de dar um conjunto de possibilidades políticas, sociais, econômicas, jurídicas e, portanto, históricas.

O marco temporal é mais que um erro jurídico. É um erro político, social, econômico, um erro histórico, pois enclausura as novas categorias na especulação abstrata infundada, pela simples razão de que elas ainda não estão validadas na linguagem e nas fontes jurídicas tradicionais. Nessas categorias, o direito pretende se abrir às novas experiências jurídicas, a partir das expectativas dos sujeitos históricos, fadadas ao aniquilamento.

Na verdade, o art. 2º, *caput* e §§ 1º, 2º e 3º do Decreto nº 4.887/2003, ao garantir o direito das comunidades “já desintegradas no momento da promulgação da Carta de 1988, bem como comunidades autoidentificadas como remanescentes de quilombos até então inexistentes, formadas após 05 de outubro de 1988”, que somente após essa data vieram a ocupar terras tidas como reminiscências dos antigos quilombos, nada mais faz do que permitir condições de conhecimento e realização do direito, segundo os fundamentos históricos mais abalizados.

Pensando na proposta inicial desse texto, no pensamento de Sennett (2013), segundo o qual o direito está para o sujeito, ou seja, nas condições subjetivas do direito, num processo aberto, há que se considerar que a melhor proposta é a do Decreto. O afrodescendente mais vulnerabilizado, aquele que se encontrava desterritorializado, por ocasião da Constituição Federal de 1988, pode experimentar participar da categoria e consolidar expectativas históricas. Contu-

do, isso depende das escolhas dos atores jurídicos. Ainda de acordo com Sennet (2013), as melhores possibilidades de realizar aquilo que o direito promete idealmente dependem das opções tomadas por esses atores, detentores do poder.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

É uma opção equivocada dos atores detentores do poder público a de afirmar que o direito garantido no art. 68 do ADCT restringe-se às comunidades que detinham a efetiva posse das terras em 05 de outubro de 1988. Esse não é, tecnicamente, nem pode ser requisito essencial à proteção do art. 68 do ADCT. O texto constitucional não expressa literalmente essa ideia quando diz que aos remanescentes das comunidades de quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado lhes emitir os respectivos títulos.

Como consta do próprio voto, a reflexão histórica mostramos que, quando da elaboração do texto constitucional, não era conhecida a materialidade objeto do dispositivo. Não se conhecia a realidade daqueles que, por ato de resistência, construíram uma identidade em simbiose com uma territorialidade, que nada tem a ver com detenção ou posse, na ocasião em que o texto constitucional foi promulgado. Não se sabia com exatidão quais eram essas comunidades, como e onde se encontravam. Conhecia-se o seu existir, marcado pela experiência de resistir, uma história que revela a construção de identidade pela territorialidade. É o que se sabia. Nem tanto se sabe hoje em dia. Há muito a se conhecer desses povos.

Como dizer, então, que o direito é de quem o art. 68 do ADCT diz, em 05 de outubro de 1988, se a própria história revela a ignorância (sobre esses sujeitos de direito) dos atores políticos que participaram do processo constituinte em 1988, dada a negação intencional da existência dessas comunidades?

A data 05 de outubro de 1988 é um marco mágico, sem qualquer significação histórica, da mesma forma que a data da abolição o é.

A flexão verbal “estejam ocupando” depende do significado da expressão “ocupar”, que será revelado da experiência, no presente, no passado e no futuro. Ocupar em 1988 é um significante vazio.

No plano da validade ética do preceito constitucional do art. 68 do ADCT, que convoca a revisão da dívida de justiça social com a comunidade afrodescendente e, no caso específico, com as comunidades marcadas pela resistência e relegadas ao esquecimento pelo poder público, pelos muitos séculos de negação de direitos, a interpretação exige que o caráter do direito se assuma como manifestação da concreção da justiça social e histórica, como parte da verdade histórica real que se busca.

Invocando Sennet de Frutos (2013), o direito é direito para o sujeito da experiência, não para o texto da lei. O direito realiza-se para o sujeito, ou seja, nas condições subjetivas do direito, num processo aberto à revelação presente e futura de antigas experiências.

Reitera-se que o marco temporal é erro jurídico, consequência de escolha política, social e econômica. Mais que isso, também se constitui um erro histórico que reproduz e reforça uma dívida histórica, pois enclausura as experiências de vida dos que resistiram à escravidão negra em novas categorias e fecha essas mesmas categorias, antes que elas possam acolher as diversas expressões da realidade. Isso é feito num processo de mera abstração, pela simples razão de que essas categorias (quilombolas, terras ocupadas) ainda não estão validadas na linguagem e nas fontes jurídicas tradicionais e são aniquiladas pela invenção de um marco temporal.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. *Terra de quilombo, terras indígenas, “babaçuais livres”, “castanhais do povo”, faixinais e fundos de pasto*: terras tradicionalmente ocupadas. 2. ed. Manaus: PGSCA-UFAM, 2008.

\_\_\_\_\_. (Org.). *Conflitos sociais no “Complexo Madeira”*. Manaus: PNCSA/UEA, 2009.

\_\_\_\_\_. Terra e territórios: a dimensão étnica e ambiental dos conflitos agrários. In: GONÇALVES, Afonso José *et al.* *Conflitos no Campo Brasil*, 2006. Goiânia: CPT, 2006.

ARRUTI, José Maurício. *Mocambo: antropologia e história do processo de formação quilombola*. Bauru, SP: Edusc, 2006.

BAIOCCHI, Mari de Nasaré. *Kalunga: povo da terra*. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Estado dos Direitos Humanos, 1999.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 23 jan. 2012.

\_\_\_\_\_. Decreto n.º 4.887, de 20 de novembro de 2003. Regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que trata o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2003/d4887.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/d4887.htm)>. Acesso em: 25 jan. 2012.

\_\_\_\_\_. Fundação Cultural Palmares (2012). Disponível em: <[http://www.palmares.gov.br/?page\\_id=88](http://www.palmares.gov.br/?page_id=88)>. Acesso em: 30 jan. 2012.

\_\_\_\_\_. Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA). *Oficina integra área técnica e jurídica do Incra na discussão da regularização quilombola*. Disponível em: <[http://www.incra.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=15438:oficina-integra-area-tecnica-e-juridica-do-incra-na-discussao-da-regularizacao-quilombola&catid=380:noticias&Itemid=316](http://www.incra.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=15438:oficina-integra-area-tecnica-e-juridica-do-incra-na-discussao-da-regularizacao-quilombola&catid=380:noticias&Itemid=316)>. Acesso em: 12 jan. 2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.239, de 26 de junho de 2004. Relator: Min. Cezar Peluso. Pendente de Julgamento. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2227157>>. Acesso em: 25 jan. 2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.239, de 26 de junho de 2004. Voto Ministra Rosa Weber. Relator: Min. Cezar Peluso. Pendente de Julgamento. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/>

ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2227157>. Acesso em: 10 jun. 2015.

KOSELLECK, Reinhart. *Futuro Passado. Contribuição à semântica dos tempos históricos*. Rio de Janeiro: Editora PUC RJ, 2006.

O'DWYER, Eliane Cantarino. Os quilombos e as fronteiras da antropologia. *Antropolítica* (UFF). v. 19, p. 91-111, 2005.

OST, François. *A natureza à margem da lei. A Ecologia à prova do Direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

RICOEUR, Paul. *A memória, a história, o esquecimento*. Campinas: Editora Unicamp, 2007.

ROSILLO, Alejandro *et al.* *Derechos Humanos, Pensamiento Crítico y Pluralismo Jurídico*. San Luis Potosi. CEDH S. L. Potosi. Facultad de Derecho de U. A. San Luis Potosí, 2008.

SANCHEZ RUBIO, David; SENNENT DE FRUTOS, Juan Antonio. *Teoría Crítica del Derecho*. Mexico: CENEJUS, 2013.

SARMENTO, Daniel. Territórios Quilombolas e Constituição: A ADI 3.239 e a Constitucionalidade do Decreto 4.887/03. Parecer emitido nos autos a ADI 3239/04. 2008. Disponível em: <[http://ccr6.pgr.mpf.gov.br/documentos-e-publicacoes/docs\\_artigos/Territorios\\_Quilombolas\\_e\\_Constituicao\\_Dr.\\_Daniel\\_Sarmento.pdf](http://ccr6.pgr.mpf.gov.br/documentos-e-publicacoes/docs_artigos/Territorios_Quilombolas_e_Constituicao_Dr._Daniel_Sarmento.pdf)>. Acesso em: 06 jul. 2011.

SENNENT DE FRUTOS, Juan Antonio. Hacia una teoría crítica del derecho. Aportes desde Ignacio Ellacuría. In: SANCHEZ RUBIO, David; SENNENT DE FRUTOS, Juan Antonio. *Teoría Crítica del Derecho*. Mexico: CENEJUS, 2013. p. 47-88.

TARREGA, Maria Cristina V.B.; RODRIGUES, Barbara Luiza R. Sobre Afetividade e Des-Envolvimento: Comunidades Remanescentes de Quilombos e Território. In: II Congresso Internacional de Direito Agrário: Sujeitos da América Latina - comunidades tradicionais e natureza, 2013, Florianópolis. *Anais do II Congresso Internacional de Direito Agrário*, 2013. v. 1. p. 40-45.

TARREGA, Maria Cristina V.B.; SCHWENDLER, Sonia. *Conflitos Agrários. Seus sujeitos, seus direitos*. Goiânia: Editora PUC Goiás, 2015.