

**XXV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - BRASÍLIA/DF**

**SOCIOLOGIA, ANTROPOLOGIA E CULTURA
JURÍDICAS**

DANIELA MESQUITA LEUTCHUK DE CADEMARTORI

SILVANA BELINE TAVARES

ALEJANDRA PASCUAL

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro, poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes - UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

S678

Sociologia, antropologia e cultura jurídicas [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;

Coordenadores: Alejandra Pascual, Daniela Mesquita Leutchuk de Cademartori, Silvana Beline Tavares – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-201-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Sociologia Jurídica. 3. Antropologia Jurídica. 4. Cultura Jurídica. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

SOCIOLOGIA, ANTROPOLOGIA E CULTURA JURÍDICAS

Apresentação

É com grande satisfação que as Coordenadoras Professoras Doutoras Daniela Mesquita Leutchuk de Cademartori, Silvana Beline Tavares e Alejandra Pascual apresentam os artigos que foram expostos no Grupo de Trabalho (GT- 28) “Sociologia, Antropologia e Cultura Jurídicas”, o qual compôs, juntamente com sessenta e três Grupos de Trabalho, o denso rol de artigos científicos oferecidos no XXV Encontro Nacional do CONPEDI, que recepcionou a temática “Direito e Desigualdades: diagnósticos e perspectivas para um Brasil justo”, em um momento tão importante da realidade nacional e mundial, realizado na cidade de Brasília (DF), nos dias 06 a 9 de julho de 2016.

O XXV Encontro Nacional do CONPEDI propiciou ampla e preciosa integração educacional, ao recepcionar escritos de autores oriundos de distintas localidades do território nacional, aproximando suas culturas e filosofias. Incentivou estudos, pesquisas e discussões sobre o papel do Direito na diminuição das desigualdades, tendo como norte o ideal de um Brasil justo buscando contribuir com os objetivos de desenvolvimento do milênio. Para tanto, recepcionou artigos que se referiam, notadamente, à problemática social contemporânea, envolvendo temas jurídicos atuais e respeitáveis, expressos nos aspectos substanciais dos artigos científicos defendidos nos inúmeros Grupos de Trabalhos, naqueles dias de julho de 2016, ocorrido nas dependências da Universidade Nacional de Brasília.

No dia 7 de julho de 2016, a presente Coordenação conduziu e assistiu as apresentações orais dos artigos selecionados para o Grupo de Trabalho (GT-28), textos que trouxeram ao debate importantes discussões sobre a temática da “Sociologia, Antropologia e Cultura Jurídicas”. Os artigos expostos apontaram polêmicas de uma sociedade pós-moderna, complexa, líquida, assolada por injustiças e pelo medo, apresentando, em alguns momentos alternativas de solução, ou pelo menos de possibilidades de que o conhecimento transforme as realidades.

Durante as apresentações e os debates subsequentes, foram abordados temas importantes, vinculados à problemáticas sócio-jurídicos atuais com graves inflexões sociais, dentre as quais: identidade nacional; vínculo entre questões étnico-raciais e sociais e o encarceramento no Brasil; internação compulsória de dependentes químicos percebida a partir do conceito de justiça; laicismo e tolerância; crime organizado e territorialidade; direitos indígenas e direito à autodeterminação; memória e patrimônio cultural quilombola; análise da compreensão das Identidades indígenas a partir de votos do Supremo Tribunal Federal; inclusão digital e

acesso à informação; jurisdição indígena; justiça restaurativa aplicada aos adolescentes em conflito com a lei; mulheres e violência de gênero; ensino jurídico; o direito a ser ouvido; transexualidade e seu não reconhecimento judicial; violência estrutural e política de intervenção estigmatizante. O debate e as abordagens foram múltiplas, perpassando assuntos que vão desde o gênero percebido através da análise cinematográfica até temas específicos como a percepção da cultura religiosa popular presente nas festividades de São Benedito em Manaus e densos como aquela que discorreu sobre a Terra Indígena Raposa Serra do Sol, a partir da perspectiva dos projetos neoliberal e neoconstitucional e do Estado de Direito. Por derradeiro, há que recordar que as considerações foram feitas com base em grandes teorias, como por exemplo as de: Jeremy Bentham, Michel Foucault, John Rawls, Niklas Luhmann, Stuart Hall, Axel Honneth, Umberto Maturana, Judith Butler, etc.

As bases filosóficas com base nas quais os textos foram elaborados permitiram uma construção segura, possibilitadora reflexões variadas no que concerne ao respeito e à necessidade do homem contemporâneo se preocupar com a busca dos valores, e com um conceito de “dignidade” que envolva o respeito ao seu semelhante, e mesmo aos não semelhantes, valorando o homem, o meio ambiente, a sustentabilidade e a preservação da natureza para gerações presentes e futuras.

Na sequência, são arrolados os autores e títulos dos artigos apresentados, todos tendo em comum a temática da Sociologia, da Antropologia ou mesmo da Cultura Jurídicas. Excelentes autores, merecedores de felicitações pelas brilhantes exposições. Os textos aqui mencionados compõem os Anais do evento e serão disponibilizados eletronicamente, de modo a expandir os debates ocorridos por ocasião do evento.

NOMES DOS AUTORES E DOS RESPECTIVOS TÍTULOS DOS TEXTOS EXIBIDOS NO GRUPO DE TRABALHO (GT – 28) “SOCIOLOGIA, ANTROPOLOGIA E CULTURA JURÍDICAS”

1

Livia de Meira Lima Paiva

José Antônio Rego Magalhães

A Desconstrução do sujeito moderno e o mito da identidade nacional em Stuart Hall

2

Kelly de Souza Barbosa

Nuno Manoel Morgadinho dos Santos Coelho

A Questão étnico-racial do sonho americano: o encarceramento dos pobres e negros no Estado policial

3

Júlia Francieli Neves de Oliveira

Leonel Severo Rocha

Afetividade versus reconhecimento: apontamentos das teorias de Axel Honneth e Umberto Maturana e suas repercussões jurídicas

4

Tiago Antunes Rezende

Maria Angélica Chichera dos Santos

Análise da concepção de justiça para Jeremy Bentham e John Rawls: estudo sobre as políticas públicas de internação compulsória de dependentes químicos no estado de São Paulo

5

Thiago Augusto Galeão de Azevedo

Artificialidade do sexo, gênero e desejo sexual: a desnaturalização do biológico, à luz da teoria de Judith Butler

6

Edinilson Donisete Machado

Marco Antonio Turatti Júnior

Brasil, um país laico religioso: reflexões sobre a tolerância, o contato social do brasileiro com a religião e o interesse social do sistema jurídico social

7

José Divanilson Cavalcanti Júnior

Lúcia Dídia Lima Soares

Crime organizado: uma nova luta pelo domínio da territorialidade

8

Silvana Beline Tavares

Desconstruindo a assimetria de gênero a partir do filme “Fale com ela” de Pedro Almodóvar

9

Camilo Plaisant Carneiro

Direito e antropologia: uma aproximação necessária

10

Daniela Bortoli Tomasi

Direito, cultura e identidade: um olhar para o cenário multicultural e a superação do preconceito linguístico

11

Marcelino Meleu

Alexxandro Langlois Massaro

Direito, poder e comunicação em Niklas Luhmann

12

Maria Angélica Albuquerque Moura de Oliveira

Dos direitos indígenas e à identidade e ao território nacional ao direito à autodeterminação

13

Paulo Fernando Soares Pereira

Esquecimentos da memória: a judicialização, arena de discussão ou bloqueio ao patrimônio cultural quilombola?

14

Amanda Netto Brum

Renato Duro Dias

Gêneros, sexualidades, direito e justiça social: diálogos necessários

15

Dayse Fernanda Wagner

Identidades indígenas e o STF: dois votos, um dissenso e algum avanço?

16

Irineu Francisco Barreto Júnior

Gladison Luciano Perosini

Inclusão digital e tecnológica: pesquisa empírica sobre o direito fundamental de acesso à informação

17

Luciano Moura Maciel

Eliane Cristina Pinto Moreira

Jurisdição indígena: possibilidade e desafios para o Brasil

18

Augusto César Doroteu de Vanconcelos

Nirson Medeiros Da Silva Neto

Justiça restaurativa como estratégia de enfrentamento de vulnerabilidades sociais de adolescentes em conflito com a lei

19

Caroline Machado de oliveira Azeredo

Jacson Gross

Mulheres e violência de gênero à luz das teorias: reflexões acerca de conceitos e da posição das mulheres nos conflitos violentos

20

Aldrin Bentes Pontes

Joyce Karoline Pinto Oliveira Pontes

O Direito e a cultura religiosa: reflexões sobre a festividade de São Benedito em Manaus

21

Júlio Pallone

Renato Augusto Rocha de Oliveira

O Esmaccer do ensino jurídico nacional: conflito entre método expositivo de aula e a sociedade de informação

22

Daniel Nunes Pereira

Os Limites de Foucault na construção social do direito

23

Yanahê Fendeler Höelz

Alysson Amorim Mendes da Silveira

Pelo Direito de ser ouvido: reflexões a partir do caso Saramaka versus Suriname

24

Conceição Aparecida Barbosa

Perspectiva da sociologia sobre as dicotomias jurídicas reconceptualizadas no mundo pós-moderno

25

Fabíola Souza Araujo

Ana Catarina Zema de Resende

Raposa Serra do Sol: entre os projetos neoliberal e neoconstitucional e o Estado de Direito

26

Natália Silveira de Carvalho

Sexo nas decisões judiciais: a transexualidade e seu não reconhecimento

Thiago Allisson Cardoso de Jesus

Violência estrutural, questão criminal e política de intervenção estigmatizante no Estado brasileiro contemporâneo

COORDENADORES DO G.T. – “SOCIOLOGIA, ANTROPOLOGIA E CULTURA JURÍDICAS”

Daniela Mesquita Leutchuk de Cademartori

Possui graduação em História e Direito pela Universidade Federal de Santa Maria – RS (1984; 1986), mestrado e doutorado pela Universidade Federal de Santa Catarina (1993; 2001) e pós-doutorado pela UFSC (2015). Atualmente é professora da graduação e pós-graduação em Direito da Unilasalle (Canoas – RS). Contato: daniela.cademartori@unilasalle.edu.br

Silvana Beline Tavares

Alejandra Pascual

**ESQUECIMENTOS DA MEMÓRIA: A JUDICIALIZAÇÃO, ARENA DE
DISCUSSÃO OU BLOQUEIO AO PATRIMÔNIO CULTURAL QUILOMBOLA?
LA MEMORIA OLVIDADA: LA JUDICIALIZACIÓN, ARENA DE DISCUSIÓN O
UN BLOQUEO PARA EL PATRIMONIO CULTURAL DE LAS COMUNIDADES
QUILOMBOLAS?**

Paulo Fernando Soares Pereira ¹

Resumo

A partir de um caso judicial, o artigo apresenta a problemática em torno da efetividade do patrimônio cultural quilombola, previsto normativamente na Constituição Federal brasileira, mas cuja facticidade difere do texto constitucional. Para aprofundar a discussão, o trabalho é estruturado da seguinte maneira: a) complexidade polifônica do patrimônio cultural versus bloqueios judicializantes aos anseios das comunidades quilombolas; b) da necessidade de participação das comunidades envolvidas no processo de deliberação que definirá a política patrimonial quilombola; c) o discurso da técnica versus a realidade das práticas: por uma democracia sem mal-entendidos.

Palavras-chave: Patrimônio quilombola, Judicialização e bloqueios, Comunidades e deliberação

Abstract/Resumen/Résumé

De la observación de un caso judicial, el artículo tiene como objetivo analizar la problemática de los temas relacionados con la efectividad del patrimonio cultural de las comunidades quilombolas, prevista normativamente en la Constitución Federal brasileña, pero cuya facticidad se difiere del texto constitucional. Para una mayor discusión, el trabajo se estructura de la siguiente manera: a) la complejidad polifónica del patrimonio cultural; b) la necesidad de participación de las comunidades en el proceso de adopción de decisiones que definirán la política de protección; c) el discurso técnico frente la realidad de la práctica: para una democracia sin malentendidos.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Patrimonio quilombola, Judicialización y bloqueos, Comunidades y deliberación

¹ Doutorando em Direito pela Universidade de Brasília – UnB. Mestrado em Direito pela Universidade Federal do Maranhão - UFMA. Membro da Advocacia-Geral da União (Procurador Federal). Professor Universitário.

1 Introdução e histórico da problemática

O artigo pretende questionar as implicações advindas da judicialização das questões que envolvem o patrimônio cultural quilombola, previsto no art. 216, § 5º, da Constituição Federal. Para tanto, o artigo se vale da análise de uma Ação Civil Pública, sob os autos de nº 100322-93.2015.4.01.3700, em trâmite junto à 8ª Vara Federal da Seção Judiciária do Maranhão, ajuizada pelo Ministério Público Federal – MPF em face do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – IPHAN.

O objetivo da ação, segundo o Ministério Público Federal – MPF, seria se insurgir contra a mora injustificada do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – IPHAN em assegurar proteção aos sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos no Estado do Maranhão, o que teria sido constatado a partir da omissão instrutória de 02 (duas) situações específicas relacionadas aos procedimentos de tombamentos pertinentes aos casos das comunidades quilombolas de *Frechal*, em Mirinzal/MA, e *Jamary dos Pretos*, em Turiaçu/MA, os quais tramitariam há mais de 15 (quinze) anos, sem instrução.

Dessa forma, o Ministério Público Federal – MPF postulou a superação da mora administrativa do IPHAN, mediante a imposição de prazos pertinentes à instrução dos procedimentos administrativos mencionados, inclusive com a prévia instituição de diretrizes técnicas pertinentes a tal atividade, para o cumprimento do dispositivo constitucional violado pela omissão administrativa, segundo o qual “ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos” (art. 216, §5º, da CF).

O Ministério Público Federal apontou, também, que a omissão do IPHAN vulneraria, igualmente, o Estatuto da Igualdade Racial (Lei nº 12.288/2012)¹.

Houve resposta por parte da Advocacia-Geral da União – AGU, representando o Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – IPHAN, em que se requereu o indeferimento da antecipação dos efeitos da tutela sob o argumento segundo o qual a política institucional ainda não foi definida e de que haveria risco de se estabelecer uma diretriz equivocada.

¹ Art. 17. O poder público garantirá o reconhecimento das sociedades negras, clubes e outras formas de manifestação coletiva da população negra, com trajetória histórica comprovada, como patrimônio histórico e cultural, nos termos dos arts. 215 e 216 da Constituição Federal. 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 Advocacia-Geral da União – AGU argumentou que, segundo informações prestadas pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional - IPHAN, haveria previsão, para o ano de 2016, da criação de um Grupo de Trabalho interdepartamental contando com a participação de técnicos das Superintendências, para a discussão e definição das diretrizes que seriam adotadas pela instituição para o tratamento do tema, incluindo qual será a atribuição do IPHAN em relação a esses espaços, e as responsabilidades compartilhadas com os demais órgãos públicos que trabalham com o tema (Ministério da Cultura, Fundação Cultural Palmares – FCP etc.).

A Advocacia-Geral da União – AGU argumentou, também, que a definição da política de tombamento quilombola necessita da oitiva das comunidades interessadas, como fator essencial que não pode ser bloqueado pelos anseios burocratizantes do Ministério Público Federal – MPF, haja vista que a Convenção nº 169 da OIT determina que, em tais casos, deva-se garantir àquelas a participação no processo de deliberação.

O Juízo Federal, ao analisar inicialmente a matéria, concedeu a antecipação dos efeitos da tutela, com a seguinte fundamentação:

É procedente o pedido de antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, referente à pretensão de impor ao INSTITUTO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL - IPHAN a obrigação de promover a instrução dos procedimentos de tombamento referentes aos casos das comunidades quilombolas de Frechal e Jamary dos Pretos, no Estado do Maranhão, inclusive mediante a prévia definição das diretrizes técnicas necessárias à realização das ações de preservações do patrimônio quilombola, no prazo de 01 ano. [...]

Não cabe, pois, ao IPHAN, sob o pretexto de se tratar o tombamento como figura engessante e prejudicial aos anseios das comunidades interessadas, postergar indefinidamente o tombamento desses sítios.

Ademais e em se tratando de medida essencial para a concretização de norma constitucional cogente (tombamento de sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos), a elaboração e definição das diretrizes técnicas necessárias à realização das ações de preservações do patrimônio quilombola é passo importante para a efetiva proteção cultural.

Considero, portanto, que a omissão do IPHAN representa verdadeiro indeferimento - por via oblíqua - de proteção à memória quilombola existente naquelas áreas, e isso é inaceitável sob a perspectiva jurídica, à vista da inexistência de motivação para tanto.

Parece, assim, que a demora da demandada consubstancia afronta aos princípios constitucionais da eficiência e da razoabilidade. [...]

Já o requisito de urgência se justifica pelo fato de que a falta de manifestação do demandado - em prazo razoável - ao pedido apresentado, porque decorrente de omissão do Poder Público, caracteriza, por si só, intolerável e permanente restrição ao exercício de direito fundamental.

Vale dizer que a urgência decorre do simples fato da omissão, que, ao inviabilizar o reconhecimento e exercício de direito assegurada no texto fundamental, acarreta reiterada lesão ao patrimônio cultural quilombola. [...]

Com tais considerações, DEFIRO o pedido de antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional para DETERMINAR ao INSTITUTO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL - IPHAN que elabore e defina as diretrizes técnicas necessárias à realização das ações de preservações do patrimônio quilombola, no prazo de 01 ano.

FIXO multa diária no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), em caso de descumprimento.

Portanto, a problemática do presente artigo consiste em questionar a razão pela qual as comunidades quilombolas interessadas, em momento algum da ação, em princípio, são convidadas a atuar na regulamentação da matéria ou até mesmo em atuar judicialmente em assunto que lhes diz respeito.

O *Estado postulante* (Ministério Público Federal – MPF) requer ao *Estado julgador* (Judiciário Federal) que o *Estado administrador* (Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – IPHAN) regulamente a matéria, isto é, defina quais os critérios que serão utilizados para as futuras definições do que será considerado patrimônio cultural quilombola, de modo geral, bem como efetue o tombamento do patrimônio quilombola das referidas comunidades.

Nesse contexto, como ficam as comunidades quilombolas interessadas nesse processo deliberativo? Nesse ponto, nota-se, ainda, que a petição inicial em momento algum informa que as Comunidades Quilombolas de *Frechal* ou *Jamary dos Pretos* tenham procurado diretamente a intervenção do Ministério Público Federal – MPF.

Segundo a inicial, no caso específico dessa ação, a questão surgiu “a partir de informações oriundas do Grupo de Trabalho – Patrimônio Cultural da 4ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, que identificou uma lista de bens objetos de procedimentos de tombamentos instaurados nas Superintendências do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional - IPHAN pelo país, os quais estariam, por diversas razões, pendentes de instrução”.

A ação é um rico acervo de informações e discussão a respeito do processo de deliberação que envolve a formação de um regramento normativo, em uma matéria de grande relevância para a sociedade civil, principalmente para as comunidades quilombolas interessadas, que, em princípio, estão sendo totalmente esquecidas e bloqueadas quanto à construção de um marco normativo para a manutenção de suas memórias.

Ao mesmo tempo, a ação coloca em evidência um assunto de sensível relevância para a construção da memória nacional e que vem sendo objeto de omissão, seja em virtude da complexidade do tema, seja em função da própria ineficiência do Estado.

2 Complexidade polifônica do patrimônio cultural versus bloqueios judicializantes aos anseios das comunidades quilombolas

A cultura e o folclore são meus
Mas os livros foi você quem escreveu

Quem garante que Palmares se entregou
Quem garante que Zumbi você matou
Perseguidos sem direitos nem escolas
Como podiam registrar as suas glórias
Nossa memória foi contada por vocês
E é julgada verdadeira como a própria lei
Por isso temos registrados em toda história
Uma mísera parte de nossas vitórias [...]
[Palmares, 1999, *Natiruts*]

O patrimônio cultural é fenômeno polifônico que evoca vários significados, despertando paixões, por um lado, e suscitando obsessões, por outro (MENDONÇA; ROMANELLO, 2012). Assim, com o avanço das consequências da modernidade (GIDDENS, 1991) e aumento da complexidade das sociedades, o estabelecimento de padrões normativos de proteção do patrimônio cultural deve ser objeto de cuidadoso debate, a fim de não se ferir direitos que já foram consagrados na Constituição Federal, mas ainda pendentes de efetivação, como o tombamento quilombola, previsto no art. 216, § 5º, ao prevê que “ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos”. Ocorre que essa espécie de tombamento não tem sido realizada, havendo uma espécie de paralisia legislativa, administrativa e reivindicatória em torno da matéria. Sobre a questão, Beatriz Aciolly Vaz diz (2014, p. 41):

Destaca-se que até o presente foram tombados apenas dois 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. Apesar disso, existem processos de tombamento no Iphan, abertos desde a década de 1990, relativos a quilombos contemporâneos certificados pela Fundação Cultural Palmares. Percebem-se, com isso, as dificuldades do órgão em pôr em prática tal preceito constitucional e articular o instrumento do tombamento em contextos em que as comunidades quilombolas não são “vestígios” ou “marcas de um passado”, mas coletividades vivas.

A razão dessa inércia legislativa, administrativa e até reivindicatória parece se adequar a uma espécie de estratégia das comunidades interessadas, como se verá adiante. Como a questão do patrimônio cultural brasileiro, a Constituição Federal brasileira pode ser uma grande descoberta; há uma série de direitos que foram normatizados pelo constituinte de 1988, porém, que, inicialmente, não foram efetivados, sendo objeto de reivindicação apenas anos depois da promulgação do texto constitucional, em virtude das lutas travadas pelos grupos interessados.

No caso específico do tombamento do patrimônio cultural quilombola, não se tem verificado uma reivindicação imediata por parte das comunidades interessadas; as referidas comunidades, atualmente, têm juntado forças para efetivar, inicialmente, o direito aos

territórios, previsto no art. 68 do ADCT², objeto de forte discussão em torno da constitucionalidade do regulamento expedido pelo Executivo, que disciplinou a matéria (Decreto nº 4.887/2003), cujo julgamento está pendente de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal – STF, através da ADI-3239, ajuizada pelo Partido Democratas (DEM).

Dessa forma, ao que tudo indica, nesse primeiro momento, a principal reivindicação das comunidades quilombolas tem sido garantir o direito aos seus territórios; um debate não exclui o outro, mas, evidentemente, é compreensível que, estrategicamente, as comunidades, primeiro, reivindiquem e garantam seus territórios, para que, depois, lutem pela efetivação dos demais direitos.

O debate gerado pela ação judicial analisada evidencia bastante essa lógica; a discussão não foi alavancada pelas comunidades interessadas, mas por um órgão estatal (o Ministério Público Federal – MPF), gerando o questionamento em torno dos bloqueios que eventuais decisões judiciais possam implicar a uma regulamentação que poderia ser mais interessante para as comunidades quilombolas, excluídas, inicialmente, do debate.

Nessa lógica, já não parece adequado que apenas o Estado direcione o debate em torno da construção e efetivação de direitos, havendo necessidade de se reservar determinado espaço para a sociedade civil nessa esfera deliberativa, principalmente os grupos que serão atingidos pela normatização, sob pena de se criar um dissenso entre a normatividade e facticidade, cujas implicações já foram tratadas por Jürgen Habermas (2003).

Karl-Heinz Ladeur (2016), por exemplo, ao analisar a relação entre o direito público e normas sociais no constitucionalismo nacional europeu e global, adverte que o processo de globalização representa um sério desafio para a teoria jurídica tradicional, pois há um novo papel ativo das organizações privadas e grupos no processo de geração de normas sociais, o qual se denomina de “ordem negociada”, que substituiria a ordem estável do passado; para o teórico, a partir da década de 1960, ter-se-ia uma crescente tensão entre a legislação e as normas sociais, em um modelo que teria evoluído da “sociedade dos indivíduos”, passando pela “sociedade de organizações”, até chegar à “sociedade de redes”.

Nessa lógica, bastante evidente, as comunidades quilombolas jamais poderiam ser excluídas do debate em torno das diretrizes que definirão o reconhecimento de sua própria memória e do seu patrimônio; os direitos culturais são complexos, exigindo-se elaborado

² 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.

cuidado em sua normatização, a fim de não se dar ensejo a um patrimônio forjado³ em vez de uma tradição espontaneamente desenvolvida e vivida pelos grupos interessados.

Não se pode esquecer que a questão do patrimônio se insere na lógica das disputas entre os diferentes grupos sociais. Para Pierre Bourdieu (2010), as diferentes classes e frações de classes estão envolvidas numa luta simbólica para impor a definição do mundo social conforme aos seus interesses e impor o campo das tomadas de posições ideológicas reproduzindo em forma transfigurada o campo das posições sociais.

O direito, ao normatizar condutas e direitos, então, faz parte de uma luta simbólica, invisível em diversos momentos, e os que estão vencendo, não raras vezes utilizam essa invisibilidade para manter a sua vitória.

O direito é, sem dúvida, a forma por excelência do poder simbólico de nomeação que cria as coisas nomeadas e, em particular, dos grupos; ele confere a estas realidades surgidas das suas operações de classificação toda a permanência, a das coisas, que uma instituição histórica é capaz de conferir a instituições históricas. O direito é a forma por excelência do discurso atuante, capaz, por sua própria força, de produzir efeitos. Não é demais dizer que ele faz o mundo social, mas a condição de se não esquecer que ele é feito por este. Convém, com efeito, que nos interroguemos acerca das condições sociais – e dos limites – desta eficácia quase mágica, sob pena de cairmos no nominalismo radical (que certas análises de Michel Foucault sugerem) e de estabelecermos que produzimos as categorias segundo as quais construímos o mundo social e que estas categorias produzem o mundo (BOURDIEU, 2010, p. 237-238).

Nesse aspecto, as produções simbólicas podem agir como instrumentos de dominação, a exemplo da cultura e do patrimônio. A dominação simbólica seria uma forma de se obter pelos signos aquilo que não se obtém pela força, já que as sociedades costumam ser marcadas pela categorização de pessoas, em constante luta pela prevalência de suas concepções e modos de viver.

Com efeito, em sociedades diferenciadas e complexas, o efeito da universalização, inclusive das identidades, é um dos mecanismos mais poderosos por meio dos quais se exerce a dominação simbólica, isto é, a imposição da legitimidade de uma ordem social, servindo a norma jurídica, quando consagra em forma de conjunto formalmente coerente de regras oficiais, como informante de práticas daquilo que realmente as práticas do conjunto dos agentes determinaram como condição de estilo de vida; o efeito da universalização, que pode ser chamado de efeito de normalização, aumenta o efeito da autoridade social que a cultura

³ “Aliás, sempre que possível, tenta-se estabelecer continuidade com um passado histórico apropriado. Exemplo notável é a escolha deliberada de um estilo gótico quando da reconstrução da sede do Parlamento britânico no século XX, assim como a decisão igualmente deliberada, após a II Guerra, de reconstruir o prédio da Câmara partindo exatamente do mesmo plano básico anterior. O passado histórico no qual a nova tradição é inserida não precisa ser remoto, perdido nas brumas do tempo” (HOBSBAWM; RANGER, 1997, p. 9-10).

legítima e os seus detentores já exercem para dar toda a sua eficácia prática a coerção jurídica (BOURDIEU, 2010).

Nessa concepção, é preciso ressaltar que Pierre Bourdieu já questionava a pretensão monopolística dos juristas e a pretensão universal do direito:

Vê-se que a tendência para universalizar o seu próprio estilo de vida, vivido e largamente reconhecido como exemplar, o qual é um dos efeitos do etnocentrismo dos dominantes, fundador da crença na universalidade do direito, está também na origem da ideologia que tende a fazer do direito um instrumento de transformação das relações sociais e de que as análises precedentes permitem compreender que ela encontre a aparência de um fundamento na realidade: não é em qualquer região do espaço social que emergem os princípios práticos ou as reivindicações éticas submetidas pelos juristas à formalização e à generalização. Do mesmo modo que o verdadeiro responsável pela aplicação do direito não é este ou aquele magistrado singular, mas todo o conjunto dos agentes, frequentemente postos em concorrência que procedem à detecção e à marcação do delinquente e do delito, assim também como o verdadeiro legislador não é o redator da lei mas sim o conjunto dos agentes que, determinados pelos interesses e os constrangimentos específicos associados às suas posições em campos diferentes (campo jurídico, e também religioso, campo político, etc.), elaboram aspirações ou reivindicações privadas e oficiosas, as fazem aceder ao estado de problemas sociais, organizam as expressões (artigos de imprensa, obras, plataformas de associações ou de partidos, etc.) e as pressões (manifestações, petições, diligências etc.) destinadas a fazê-las avançar. É todo este trabalho de construção e de formulação das representações que o trabalho jurídico consagra, juntando-lhe o efeito de generalização e de universalização contido na técnica jurídica e nos meios de coerção cuja mobilização esta permite (BOURDIEU, 2010, p. 249-250).

Uma cultura com caráter de universalidade, típica da igualdade formal do direito, contribuiria para a integração real das classes dominantes, o que asseguraria uma comunicação imediata entre todos os seus membros e os distinguiria das outras classes; para a integração fictícia da sociedade no seu conjunto, a cultura teria o poder de desmobilizar as chamadas classes dominadas, através do que se denomina falsa consciência, legitimando a ordem estabelecida por meio do estabelecimento de distinções (hierarquias) (BOURDIEU, 2010).

Este efeito ideológico, produ-lo a cultura dominante dissimulando a função da divisão na função de comunicação: a cultura que une (intermediário de comunicação) é também a cultura que separa (instrumento de distinção) e que legitima as distinções compelindo todas as culturas (designadas como subculturas) a definirem-se pela sua distância em relação à cultura dominante (BOURDIEU, 2010, p. 10-11).

Na batalha simbólica, para se evitar um iminente confronto físico, houve a necessidade de se consagrar ou até de se inventar símbolos, contribuindo para tanto a elevada capacidade inventiva do ser humano, capaz até mesmo de inventar tradições culturais. E tradições culturais podem se mostrar como fontes de dominação. Eric Hobsbawm e Terence Ranger (1997), em livro intitulado *A invenção das tradições*, defendem que a terminologia ‘tradição inventada’ pode ser utilizada em sentido amplo, de forma não definida, incluindo

tanto as ‘tradições’ efetivamente inventadas, construídas e formalmente institucionalizadas, quanto àquelas que surgem de maneira mais espontânea, de difícil localização num período limitado de tempo.

Nesse viés, por tradição inventada, os historiadores (HOBSBAWM; RANGER, 1997) definem-na como um conjunto de práticas, normalmente reguladas por regras aceitas de forma tácita ou abertamente aceitas, como as práticas de natureza ritual ou simbólica, que visam inculcar certos valores e normas de comportamentos através da repetição, o que implicaria, automaticamente, numa contínua relação com o passado⁴.

Nas culturas tradicionais, o passado é honrado e os símbolos valorizados porque contêm e perpetuam a experiência de gerações. A tradição é um modo de integrar a monitoração da ação com a organização tempo-espacial da comunidade. Ela é a maneira de lidar com o tempo e o espaço, que insere qualquer atividade ou experiência particular, sendo estas por sua vez estruturadas por práticas sociais recorrentes. A tradição não é inteiramente estática, porque ela tem que ser reinventada a cada nova geração conforme assume sua herança cultural dos precedentes. A tradição não só resiste à mudança como pertence a um contexto no qual há, separados, poucos marcadores temporais e espaciais em cujos termos a mudança pode ter alguma forma significativa (GIDDENS, 1991, p. 44).

Ao discorrer sobre documentos e monumentos, Jacques Le Goff (2002) diz também que o que sobrevive não é o conjunto daquilo que existiu no passado, mas uma escolha efetuada pelas forças que operaram no desenvolvimento temporal do mundo e da humanidade e a escolha pelos que se dedicam à ciência do passado e do tempo que passa, isto é, aquilo que os historiadores definem como relevante.

E, no momento constitucional atual, o que considerar relevante em se tratando de patrimônio cultural quilombola? Não haveria espaço para que as comunidades interessadas participem do processo de deliberação normativo a ser desencadeado pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – IPHAN? O simples comando judicial que determina que o IPHAN normatize e reconheça o patrimônio cultural das comunidades quilombolas condiz com um modelo de estado democrático de direito efetivo?

Karl-Heinz Ladeur (2016, p. 18) faz o seguinte questionamento, ao analisar um exemplo europeu:

Por que direitos culturais devem ser interpretados uniformemente, se as sociedades e as suas normas sociais relacionadas à religião, escolaridade, mídia etc. diferem consideravelmente? Sob as condições de uma espécie de modelo “negociado” de coordenação das esferas público e privada, a “gestão” da diferença só pode ser transferida para uma rede de julgamentos que estabelece uma ordem de distribuição

⁴ “Contudo, na medida em que há referência a um passado histórico, as tradições ‘inventadas’ caracterizam-se por estabelecer com ele uma continuidade bastante artificial. Em poucas palavras, elas são reações a situações novas que ou assumem a forma de referência a situações anteriores, ou estabelecem seu próprio passado através da repetição quase que obrigatória” (HOBSBAWM; RANGER, 1997, p. 10).

de casos que permite, até determinado ponto, uma orientação a ser encontrada pelo delineamento em certos casos e decisões similares.

Como se nota, o autor está tratando das diferenças culturais presentes na Europa e como se pode chegar a um modelo negociado de reconhecimento das diferenças; porém, o questionamento serve para evidenciar que questões culturais não podem ser objeto de monopólio normativo, ainda mais quando se exclui das deliberações aqueles que são os grupos efetivamente interessados, os quilombolas, no caso. Esse modelo centralizador representa um constitucionalismo tradicional e conservador.

O constitucionalismo tradicional está localizado no subsistema político que já não pode ser considerado como sendo o subsistema principal, em oposição aos subsistemas econômicos, entre outros. Tal subsistema não pode monopolizar a função de construção constitucional das sociedades pós-modernas. O direito constitucional nacional não pode reivindicar a qualquer hierarquia vis-à-vis aos processos sociais de auto-organização; pelo contrário, ambos os processos de constitucionalização política e social existem em uma relação heterárquica, que se consubstancia na ligação entre as redes qualitativamente diferentes de normas constitucionais (gerados por ambos os subsistemas de políticas e outras da sociedade). Isto se baseia na premissa de 'que, no processo de globalização, a afirmação das normas constitucionais é deslocada do sistema político para diferentes setores da sociedade, que geram normas constitucionais da sociedade civil em paralelo com as normas políticas constitucionais'. (LADEUR, 2016, p. 19).

Nesse viés, nada mais oportuno do que se permitir às comunidades quilombolas que participem do processo de deliberação das normas sobre o seu patrimônio cultural, em especial às normas a respeito do tombamento. Esse processo de normatização não pode ser um mero compromisso burocrático desencadeado pelo ideário legalizador de órgãos estatais tradicionais; é essencial que a sociedade civil, em especial os grupos interessados, tenha possibilidades efetivas de participação do processo de deliberação.

3 Da necessidade de participação das comunidades envolvidas no processo de deliberação que definirá a política patrimonial quilombola

A presente discussão, pelo que se tentou deixar claro, tem como hipótese de pesquisa a premissa segundo a qual a judicialização da normatização do patrimônio quilombola deveria ter sido antecedida de uma discussão com as comunidades interessadas, o que foi ignorado, gerando-se um bloqueio judicial que impede que o processo de deliberação tenha a maturação necessária, haja vista que o prazo judicial concedido se limita a 01 (um) ano, o que, certamente, compromete qualquer deliberação minimamente participativa.

No caso, chama atenção o fato do Ministério Público Federal – MPF e o Judiciário terem ignorado totalmente a Convenção nº 169 da Organização Mundial do Trabalho – OIT. Um dos objetivos dessa Convenção é tornar os povos indígenas e tribais,

aqui incluídos os quilombolas, como agentes ativos dos processos deliberativos aos quais forem interessados, isto é, como sujeitos efetivos e atuantes de seus direitos:

1. **Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão:**

a) **consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente;**

b) **estabelecer os meios através dos quais os povos interessados possam participar livremente, pelo menos na mesma medida que outros setores da população e em todos os níveis, na adoção de decisões em instituições efetivas ou organismos administrativos e de outra natureza responsáveis pelas políticas e programas que lhes sejam concernentes;**

c) estabelecer os meios para o pleno desenvolvimento das instituições e iniciativas dos povos e, nos casos apropriados, fornecer os recursos necessários para esse fim.

2. As consultas realizadas na aplicação desta Convenção deverão ser efetuadas com boa fé e de maneira apropriada às circunstâncias, com o objetivo de se chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas. [Grifou-se]

Infelizmente, a forma como a referida Convenção vem sendo interpretada⁵ é muito mais no sentido de criar procedimentos burocratizantes ao processo de consulta aos povos interessados do que em se dar voz efetiva aos mesmos, o que deveria ser o real sentido da norma⁶. Ao comentar a Convenção nº 169 da OIT, Nobert Rouland (2004, p. 437) diz:

Além do quê, a Convenção insiste na necessidade de os autóctones participarem das decisões a eles concernentes, elaboradas pelo Estado. As medidas que visam à sua proteção e a de sua cultura não podem ser contrárias aos seus desejos livremente expressos (artigos 1[1-2]). Os autóctones passam, pois, do estatuto de objetos aos de sujeitos de direitos. [...] No total, ela confere, portanto, aos autóctones uma capacidade de produção normativa importante, seja por resultar da consideração de suas tradições, seja por porvir de sua colaboração com as autoridades estatais.

Veja-se que a questão em torno do direito de consulta é um dos temas mais discutidos no direito brasileiro, mas nem por isso, no presente caso, sugeriu-se que o processo deliberativo em torno do patrimônio cultural quilombola tivesse a atuação das comunidades quilombolas, seja individualmente seja através de entidades associativas de caráter nacional ou regional. E, nesse ponto, a Convenção nº 169, em diversos momentos, trata das questões culturais, como algo essencial ao processo de deliberação das matérias relacionadas a esses povos:

Artigo 2º

1. **Os governos deverão assumir a responsabilidade de desenvolver, com a participação dos povos interessados, uma ação coordenada e sistemática com**

⁵ Sobre o debate em torno da Convenção nº169, veja-se: ROJAS GARZÓN, Biviany (org.). **Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais: oportunidades e desafios para sua implementação no Brasil**. São Paulo: Insitituto Socioambiental, 2009.

⁶ Nobert Rouland (2004, p. 496) faz as seguintes provocações: “Consequentemente, podíamos nos mostrar perplexos diante da insistência com a qual os instrumentos internacionais proclamam o respeito dos costumes e das tradições autóctones, sem entretanto definir seu conteúdo. Não se trataria, no final das contas, de uma grande ilusão, sobretudo em se considerando que quanto mais ativos são os povos autóctones nos movimentos reivindicatórios, mais frequentemente eles são atingidos pela modernidade?”.

vistas a proteger os direitos desses povos e a garantir o respeito pela sua integridade.

2. Essa ação deverá incluir medidas:

a) que assegurem aos membros desses povos o gozo, em condições de igualdade, dos direitos e oportunidades que a legislação nacional outorga aos demais membros da população;

b) que promovam a **plena efetividade dos direitos sociais, econômicos e culturais** desses povos, respeitando a sua **identidade social e cultural**, os seus costumes e tradições, e as suas instituições;

c) que ajudem os membros dos povos interessados a eliminar as diferenças sócio-econômicas que possam existir entre os membros indígenas e os demais membros da comunidade nacional, de maneira compatível com suas aspirações e formas de vida.

[...]

Artigo 7º

1. Os povos interessados deverão ter o direito de escolher suas, próprias prioridades no que diz respeito ao processo de desenvolvimento, na medida em que ele afete as suas vidas, crenças, instituições e bem-estar espiritual, bem como as terras que ocupam ou utilizam de alguma forma, e de controlar, na medida do possível, o seu próprio **desenvolvimento econômico, social e cultural**. **Além disso, esses povos deverão participar da formulação, aplicação e avaliação dos planos e programas de desenvolvimento nacional e regional suscetíveis de afetá-los diretamente.**

2. A melhoria das condições de vida e de trabalho e do nível de saúde e educação dos povos interessados, com a sua participação e cooperação, deverá ser prioritária nos planos de desenvolvimento econômico global das regiões onde eles moram. Os projetos especiais de desenvolvimento para essas regiões também deverão ser elaborados de forma a promoverem essa melhoria.

3. **Os governos deverão zelar para que, sempre que for possível, sejam efetuados estudos junto aos povos interessados com o objetivo de se avaliar a incidência social, espiritual e cultural** e sobre o meio ambiente que as atividades de desenvolvimento, previstas, possam ter sobre esses povos. Os resultados desses estudos deverão ser considerados como critérios fundamentais para a execução das atividades mencionadas.

4. Os governos deverão adotar medidas em cooperação com os povos interessados para proteger e preservar o meio ambiente dos territórios que eles habitam. [...]

Artigo 32

Os governos deverão adotar medidas apropriadas, inclusive mediante acordos internacionais, para facilitar os contatos e a cooperação entre povos indígenas e tribais através das fronteiras, **inclusive as atividades nas áreas econômica, social, cultural, espiritual e do meio ambiente**. [Grifou-se]

Pelo que se denota, da análise do discurso jurídico encontrado na ação judicial em discussão, o procedimento burocrático de tombamento, ou seja, a forma normativa será mais importante para os órgãos jurídicos do que a efetiva participação das comunidades que experimentarão as normas que serão expedidas pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – IPHAN ao disciplinar a questão do tombamento quilombola.

Às comunidades quilombolas, com a referida judicialização, na forma posta e decidida, nega-se o direito de definição de suas prioridades legislativas, assim como se subtraiu das mesmas a oportunidade de efetiva de participação no processo de deliberação, o que constitui verdadeiro bloqueio judicial aos seus anseios culturais e ao seu saber local⁷.

⁷ Veja-se, por exemplo, o ensaio de Clifford Geertz (2014, p. 218 e 221), para quem o direito é essencialmente um saber local: “O direito, como venho afirmando um pouco em oposição às pretensões encobertas pela retórica

Esse comportamento de órgãos estatais representa a consagração de uma prática tradicional no Brasil, em que, como forma de dominação, costumou-se privilegiar o discurso da técnica, em que, supostamente, aqueles que tiveram um maior contato com a educação formal estariam mais habilitados a deliberar sobre determinados assuntos, em detrimento da sociedade civil, comumente denominada de “povo”, frequentemente taxado de ignorante e incapaz de definir suas prioridades e pautas.

4 O discurso da técnica *versus* a realidade das *práxis*: por uma democracia sem mal-entendidos

A sociedade civil brasileira, historicamente, costumou a ser alijada do processo deliberativo, sendo clássica a frase de Sérgio Buarque de Holanda (1995) segundo a qual a democracia brasileira teria sido um grande mal-entendido. José Murilo de Carvalho lembra que se fez uma inversão da sequência dos direitos, o que reforçou a supremacia do Estado havendo necessidade de uma aproximação entre sociedade civil e aquele:

Se há algo importante a fazer em termos de consolidação democrática, é reforçar a organização da sociedade para dar embasamento social ao político, isto é, democratizar o poder. A organização da sociedade não precisa e não deve ser feita contra o Estado em si. Ela deve ser feita contra o Estado clientelista, corporativo, colonizado.

Experiências recentes sugerem otimismo ao apontarem na direção da colaboração entre sociedade e Estado que não fogem totalmente à tradição, mas a reorientam na direção sugerida. A primeira tem origem na sociedade. Trata-se do surgimento das organizações não governamentais que, sem serem parte do governo, desenvolvem atividades de interesse público. Essas organizações se multiplicam a partir dos anos finais da ditadura, substituindo aos poucos os movimentos sociais urbanos (CARVALHO, 2013, p. 227).

Nesse contexto, não se pode conceber que os órgãos burocráticos e judiciais queiram monopolizar o processo de deliberação. Esse comportamento denota uma ideologia dominante, perfeitamente explicada pela Filosofia Política, denominada discurso da competência, onde se faz presente o domínio da técnica e da competência profissional, algo bastante evidente entre os profissionais do direito (advogados, defensores, juízes, procuradores, promotores etc.).

acadêmica – é saber local; local não só com respeito ao lugar, à época, à categoria e variedade de seus temas, mas também com relação a sua nota característica – caracterizações vernáculas do que acontece ligadas a suposições vernáculas sobre o que é possível. [...] Sem dúvida há mais que uma gota de verdade nessa visão um tanto ou quanto sideral dos assuntos jurídicos, e, certamente, ela pode ser um consolo para a consciência dos magistrados. No entanto, ela ignora a verdade ainda mais crucial, de que direito, em vez de ser um simples apêndice técnico acrescentado a uma sociedade moralmente (ou imoralmente) pronta, é, juntamente com um conjunto imenso de outras realidades culturais – desde os símbolos da fé, até os meios de produção – uma parte ativa dessa sociedade”.

Anthony Giddens (1991), ao tratar sobre as consequências da modernidade, destaca a importância dos denominados sistemas de perito, ao qual se refere como sistemas de excelência técnica ou competência profissional que organizam grandes áreas dos ambientes material e social em que vivemos; tais sistemas, onde podem ser inseridos os juristas e toda a sua tendência na definição de padrões normativos, seriam baseados na confiança, definida como a crença na credibilidade de uma pessoa ou sistema, tendo em vista um dado conjunto de resultados ou eventos, em que tal crença expressa uma fé na probidade ou na correção de princípios abstratos (conhecimento técnico). Anthony Giddens (1991, p. 31) esclarece que

A maioria das pessoas leigas consulta ‘profissionais’ – advogados, arquitetos, médicos etc., - apenas de modo periódico ou irregular. Mas os sistemas nos quais está integrado o conhecimento dos peritos influenciam muitos aspectos do que fazemos de uma maneira contínua.

Em busca de respostas corretas e sob o discurso da competência (CHAUÍ, 2011), as Instituições do Sistema de Justiça acabam se arvorando, na totalidade, de função que competiria, igualmente, ou até em maior grau, à sociedade civil. O prestígio do conhecimento ou pelo menos da suposta *expertise* dos juristas acaba deixando nas mãos destes a resolução de problemas que deveria competir à sociedade civil, de maneira organizada.

E esse prestígio do conhecimento torna o poder dos juristas invisível (BOURDIEU, 2010), pois não carece de outro suporte que não seja a crença na competência (CHAUÍ, 2011), inculcada nas pessoas desde o processo escolar⁸.

Assim, ‘o homem passa relacionar-se com o trabalho pelo *medium* da tecnologia, a relacionar-se com o desejo pelo *medium* da sexologia, com a alimentação pela dietética, com a criança, pela pedagogia, com o lactante, pela nutrição racional, com a natureza pelo *medium* da ecologia; de maneira geral, passa a relacionar-se com o seu corpo, com sua vida e com a dos outros por meio de mil pequenos modelos científico-psicológicos ou sociológicos. Um fantástico projeto de intimidação sustenta esse discurso do conhecimento que constrange a maioria a submeter-se às representações do especialista, ou melhor, a interiorizá-las sob pena de não ser ninguém, de perceber-se a si mesmo a-social, desviante ou lixo’. Nesse contexto, compreende-se a indústria cultural, a cultura de massa, os meios de comunicação e o desvario da informação não são as formas-limites de um mundo alucinado e destrutivo, mas a realização cabal da cultura dominante, pois, como dissera Benjamin, a barbárie também afeta o processo de conhecimento. Nessas condições, pode-se compreender o prestígio da ciência e por que serve como critério da diferença entre a cultura dominante e a dominada: a primeira se oferece como saber de si e do real, a segunda, como não-saber (CHAUÍ, 2011, p. 60).

Nesse contexto, entende-se a razão pela qual as Instituições do Sistema de Justiça costumam ser totalmente insensíveis a qualquer pleito de ampliação da esfera deliberativa. Em um sistema tradicional e conservador de justiça parece valer mais a forma do que o conteúdo da efetivação dos direitos. Não importa se as comunidades interessadas ficarão de fora do processo deliberativo, aliás, processo o qual sequer as referidas comunidades

⁸ Cf. GIDDENS, 1991.

requereram tutela jurídica; o mais importante, nessa lógica tecnocrática, é seguir a lógica normatizadora e preencher os supostos vazios normativos, mesmo que isso implique em vazios no próprio processo deliberativo.

Nesse cenário pouco democrático, não se poderia deixar de invocar o pensamento de Jürgen Habermas (2003), para quem o cidadão deve sair do papel de consumidor passivo do direito, para sujeito ativo da construção do direito, fazendo-se um resgate semântico do ideal aristotélico de homem público, que é responsável pela construção normativa das regras as quais os cidadãos estarão submetidos.

Nas palavras de Jürgen Habermas (2003, p. 53),

No sistema jurídico, o processo da legislação constitui, pois, o lugar propriamente dito da integração social. Por isso, temos que supor que os participantes do processo de legislação saem do papel de sujeitos privados do direito e assumem, através de seu papel de cidadãos, a perspectiva de membros de uma comunidade jurídica livremente associada, na qual um acordo sobre os princípios normativos da regulamentação da convivência já está assegurado através da tradição ou pode ser conseguido através de um entendimento segundo regras reconhecidas normativamente. Essa união característica entre coerção fática e validade da legitimidade, que tentamos esclarecer através do direito subjetivo à assunção estratégica de interesses próprios, exige um processo de legislação no qual os cidadãos devem poder participar na condição de sujeitos do direito que agem orientados não apenas pelo sucesso. Na medida em que os direitos de comunicação e de participação política são constitutivos para um processo de legislação eficiente do ponto de vista da legitimação, esses direitos subjetivos não podem ser tidos como os de sujeitos jurídicos privados e isolados: eles têm que ser apreendidos no enfoque de participantes orientados pelo entendimento, que se encontram numa prática intersubjetiva de entendimento. É por isso que o conceito do direito moderno – que intensifica e, ao mesmo tempo, operacionaliza a tensão entre facticidade e validade na área do comportamento – absorve o pensamento democrático, desenvolvido por Kant e Rousseau, segundo o qual a pretensão de legitimidade de uma ordem jurídica construída com direitos subjetivos só pode ser resgatada através da força socialmente integradora da ‘vontade unida e coincidente de todos’ os cidadãos livres e iguais.

A irracionalidade da dominação só poderá ser suplantada por uma formação política da vontade vinculada ao princípio da discussão universal e livre de coerção, em que o poder político advenha de um pensamento comprometido com o diálogo, pois a força libertadora da reflexão não pode ser substituída pela propagação do saber tecnicamente utilizável⁹ (HABERMAS, 2013).

A força da sociedade deve ser reafirmada, através de uma prática de autodeterminação que exigiria dos cidadãos o exercício comum de suas liberdades

⁹ “Ante a consciência tecnocrática, todos os problemas que nos desafiam a aprender a dominar nossa sociedade em termos práticos se reduzem a questões de uma técnica mais adequada. Nela se esconde uma parte da filosofia tecnicista da história: como se o progresso da técnica no contexto de vida social colocasse apenas problemas que somente o progresso técnico poderia solucionar. Talvez essa consciência tecnocrática seja a ideologia sistematicamente independente de elites que dominam de forma burocrática as sociedades industrialmente desenvolvidas” (HABERMAS, 2013, p. 527-528).

comunicativas, de onde o direito retiraria sua força integradora das fontes de solidariedade social, mesmo se reconhecendo a existência de forças de mercado¹⁰, pois as sociedades modernas são integradas não somente através de valores, normas e processos de entendimento, mas, de forma igual, através de mercados¹¹ e do poder administrativo (HABERMAS, 2003).

Jürgen Habermas (1995), dessa forma, apresenta uma alternativa a um modelo normativo de democracia, no qual os participantes do processo democrático devem esclarecer-se acerca de como devem entender a si mesmos como membros de uma determinada nação, como membros de um município ou de um Estado ou como habitantes de uma dada região, acerca de quais tradições devem ter continuidade, acerca de como devem se tratar mutuamente, de como as minorias e os grupos marginalizados devem ser tratados, bem como acerca do tipo de sociedade em que querem viver, o que constitui uma parte importante da política.

No pensamento de Jürgen Habermas (2003; 2013), não se admite que decisões da luta política sejam justificadas teoricamente de antemão e impostas de um ponto de vista organizacional; a única justificação possível nessa dimensão seria aquela decorrente do consenso alcançado pelos discursos práticos dos participantes, com vários atores, na qualidade de falantes e ouvintes, tentam negociar interpretações comuns da situação e harmonizar entre si os respectivos planos através dos processos de entendimento, os quais, ao estarem conscientes de seus interesses comuns e cientes das circunstâncias, seriam os únicos que podem saber quais são as consequências e os efeitos colaterais em jogo, quais os riscos que eles podem suportar e com quais expectativas podem contar, sem manipulações¹².

De acordo com Jürgen Habermas (2013), na civilização cientificizada, a tecnocracia leva a uma ampliada despolitização da formação democrática da opinião e da

¹⁰ “Dinheiro e poder administrativo constituem mecanismos de integração social, formadores do sistema, que coordenam as ações de forma objetiva, como que por trás das costas dos participantes da interação, portanto, não necessariamente através da sua consciência intencional ou comunicativa. A ‘mão invisível’ do mercado constitui, desde a época de Adam Smith, o exemplo clássico para esse tipo de regulamentação. Ambos os meios ancoram-se nas ordens do mundo da vida, integrados na sociedade através do agir comunicativo, seguindo o caminho da institucionalização do direito” (HABERMAS, 2003, p. 61).

¹¹ Mais adiante, assevera o filósofo: “De um lado, é necessário que o direito continue insistindo que os sistemas dirigidos pelo dinheiro e pelo poder administrativo não fujam inteiramente da integração social mediada por uma consciência que leva em conta a sociedade como um todo; de outro lado, parece que essa pretensão é vítima do desencantamento sociológico do direito” (HABERMAS, 2003, p. 65).

¹² Perceba-se a semelhança com o pensamento de John Rawls (2001, p. 205): “O ideal da razão pública, desse modo, é fortificado. Contudo, é importante que a conjectura seja sincera e não manipuladora. Devemos explicar abertamente nossas intenções e formular que não afirmamos as premissas das quais partimos, mas que procedemos da mesma maneira para esclarecer o que consideramos ser uma incompreensão da parte dos outros e, talvez, também da nossa parte”.

vontade na esfera pública¹³, o que elimina os conteúdos práticos da política e gera uma crise de legitimação; os teóricos não podem ter a pretensão de ser mais esclarecidos do que os sujeitos que formam nas práxis cotidiana a sua opinião e vontade, procurando, dessa maneira, orientar de forma pretensamente mais adequada a sociedade civil para as *práxis*, pois a verdade dos teóricos não desfrutaria, em princípio, de mais validade ou legitimidade do que a ‘opinião’ de sujeitos¹⁴ capazes de fala e ação (MELO, 2013), ou seja, o *zoon logo ekhon* (um ser vivo dotado de fala), que vai além do *zoon politikon* (animal político) do qual tratou Aristóteles (2013) e que foi lembrado por Hannah Arendt (2010).

Dessa forma, Jürgen Habermas (2003) critica o privatismo da cidadania, em que o exercício do papel de cidadão segue uma linha dos interesses dos clientes, em que estes são rebaixados a uma função periférica de meros membros de uma organização¹⁵. Esse privatismo da cidadania e dissociação entre a *normatividade* e *facticidade*, em países de democracia emergente, parece ser propício ao surgimento de lideranças populistas e, conseqüentemente, enfraquecer o papel das instituições democráticas.

Dessa forma, no direito brasileiro, há uma forte necessidade de as Instituições dos Sistemas de Justiça redefinirem as suas posturas, devendo-se repensar o exercício da prática jurídica, tendo em conta uma nova lógica ético-racional, que seja capaz de encarar a produção dos direitos como inerentes ao processo histórico-social, um direito que transponha os limites do Estado, encontrando-se nas *práxis* sociais, nas lutas cotidianas, nas coletividades emergentes, nos movimentos sociais etc. (WOLKMER, 2012).

Nesse viés, deve-se permitir que os cidadãos sejam alçados à verdadeira condição de intérpretes da Constituição, como propôs Jürgen Habermas, em seu paradigma

¹³ “O conflito consiste no fato de que, por um lado, as prioridades introduzidas sob os imperativos econômicos não devem se tornar dependentes de um processo universal de formação discursiva da vontade: por isso, a política assume hoje a aparência da tecnocracia. Por um lado, torna-se cada vez mais difícil que questões práticas importantes sejam excluídas de uma esfera pública despolitizada como consequência de uma erosão em longo prazo de tradições culturais capazes de assegurar os comportamentos, as quais até o momento poderiam ser pressupostas como condições periféricas não tematizadas do sistema político: por essa razão, surge hoje uma necessidade crônica de legitimação” (HABERMAS, 2013, p. 30-31).

¹⁴ “Nesta medida, o direito moderno nutre-se de uma solidariedade concentrada no papel do cidadão que surge, em última instância, do agir comunicativo. A liberdade comunicativa dos cidadãos pode, como vimos, assumir, na prática da autodeterminação organizada, uma forma mediada através de instituições e processos jurídicos, porém não pode ser substituída inteiramente por um direito coercitivo. Essa conexão interna entre facticidade e a validade da imposição do direito e da legitimidade do processo de legislação que funda a validade social (*Geltung*) constitui uma hipoteca pesada para sistemas jurídicos destinados a tirar do ombro dos atores que agem comunicativamente a sobrecarga da integração social” (HABERMAS, 2003, p. 54-55).

¹⁵ “Os sistemas da economia e da administração têm a tendência de fechar-se contra seus mundos circundantes e de obedecer unicamente aos próprios imperativos do dinheiro e do poder administrativo. Eles rompem o modelo de uma comunidade de direito que se determina a si própria, passando pela prática dos cidadãos. A tensão entre um alargamento da autonomia privada e cidadã, de um lado, e a normalização foucaultiana do gozo passivo de direitos concedidos paternalisticamente, de outro lado, está introduzido no próprio *status* de cidadãos das democracias de massa do Estado social” (HABERMAS, 2003, p. 109-110).

procedimental, para quem o cidadão não deve ser um simples participante do jogo mercantil e tampouco um cliente da burocracia de bem-estar, mas sim como um ator autônomo que constituiria sua vontade e a sua opinião no âmbito da sociedade civil e da esfera pública, canalizando esta última, em um fluxo de comunicação livre, para o interior do sistema político (VIANA *et al.*, 1999)¹⁶.

Nesse contexto, no atual estágio das democracias em sociedades complexas, não é possível conceber que processos deliberativos e normativos sejam produzidos sem a participação dos atores que vivenciarão as normas, sendo essencial que o Estado dialogue com a sociedade civil, principalmente com os sujeitos interessados, no caso, as comunidades quilombolas.

Assim, resta bastante evidente que as comunidades quilombolas jamais poderiam ser excluídas do debate em torno das diretrizes que definirão o reconhecimento de sua própria memória e do seu patrimônio; os direitos culturais são complexos e multifacetários, exigindo-se elaborado cuidado em sua deliberação e normatização, a fim de não se dar ensejo a um patrimônio meramente forjado em vez de uma tradição espontaneamente desenvolvida e vivida pelos grupos interessados.

O direito deve servir como instrumento legítimo de atuação e participação dos sujeitos; a ânsia normativista e burocratizante dos agentes do Estado não pode ser de obstáculo à construção de um processo deliberativo legítimo, no qual é essencial a participação dos grupos e sujeitos interessados.

4 Considerações finais

O trabalho teve a preocupação de discutir a questão da ausência de participação da sociedade civil, em especial das comunidades quilombolas, em processo de deliberação normativa que definirá a política de tombamento dos documentos e sítios quilombolas das Comunidades de *Frechal*, em Mirinzal, e *Jamary dos Pretos*, em Turiaçu, municípios localizados no Estado do Maranhão.

A hipótese de pesquisa parte do pressuposto segundo o qual os anseios patrimoniais das comunidades quilombolas não são atendidos em virtude da judicialização da

¹⁶ “Na leitura de Habermas, então, a comunidade de intérpretes da Constituição se faria presente diretamente na vida pública e não pela mediação dos tribunais. Uma cidadania ativa estaria, assim, investida da capacidade de regular a si própria [...] Em Habermas, a comunidade de intérpretes da Constituição não se configura como tal porque investida da capacidade de poder contrapor o Poder Judiciário, interpelando princípios e ‘normas de fundo’, à vontade do Poder Legislativo, mas porque faz parte de um processo permanente em que ‘a vontade democrática dos cidadãos migra da *periferia* para o *centro* do poder político’, transitando por meio de múltiplos modos e canais que a convertem em poder comunicativo” (VIANA *et al.*, 1999, p. 29)

questão, haja vista que as comunidades não são ouvidas e nem convidadas a atuar no processo judicial, o que gera um bloqueio.

Dialogou-se com vários marcos teóricos, inicialmente, para se concluir com o pensamento deliberativo de Jürgen Habermas a respeito da necessidade da sociedade civil e dos cidadãos interessados saírem da condição de consumidores passivos do processo de normatização da questão.

Assim, procurou-se demonstrar que a arena judiciária, no caso, cria um bloqueio à noção de patrimonialidade das comunidades quilombolas, que não serão consultadas a respeito de suas posições em torno da matéria.

Para o trabalho, seria adequado uma participação efetiva das comunidades quilombolas no processo de discussão em torno da normatização do tombamento quilombola, não podendo o Judiciário impor regras sem que se permita àquelas a oportunidade de participação no processo de deliberação.

Dessa forma, questionou-se o discurso do domínio da técnica, no qual os juristas estão fortemente vinculados, e se propôs que o mundo da prática, através dos sujeitos interessados, tenha efetiva participação no processo de discussão e deliberação da matéria.

Na tensão em *normatividade* e *facticidade*, no atual estágio das democracias em sociedades complexas, não é possível conceber que processos deliberativos e normativos sejam produzidos sem a participação dos atores que vivenciarão as normas e seus efeitos práticos, sendo essencial que o Estado dialogue com a sociedade civil, principalmente com os sujeitos interessados, no caso, as comunidades quilombolas.

5 Referências

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução de Roberto Raposo. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

ARISTÓTELES. **Política**. Tradução de Pedro Constantin Tolens. 6. ed. São Paulo: Martin Claret, 2013.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Tradução de Fernando Tomaz. 14. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 17. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

CHAUÍ, Marilena. **Cultura e democracia: o discurso competente e outras falas**. 13. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

GEERTZ, Clifford. **O saber local: novos ensaios em antropologia interpretativa**. Tradução de Vera Joscelyne. 14. Ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991.

HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. Tradução de Gabriel Cohn e Álvaro de Vita. **Revista Lua Nova**. n. 36, 1995.

_____. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Volume I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. **Teoria e práxis: estudos de filosofia social**. Tradução e apresentação de Rúrion Melo. São Paulo: Editora UNESP, 2013.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 2002.

HOBBSBAWM, Eric; RANGER, Terence. **A invenção das tradições**. Tradução de Celina Cardim Cavalcante. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

LADEUR, Karl-Heinz. A relação entre direito público e normas sociais no Constitucionalismo - nacional, europeu e global. *In: Direito.UnB. Revista de Direito da Universidade de Brasília*, Brasília, Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília, Vol.2, nº. 01, jan./abr. 2016.

MELO, Rúrion. Apresentação à edição brasileira. *In: HABERMAS, Jürgen. Teoria e práxis: estudos de filosofia social*. Tradução e apresentação de Rúrion Melo. São Paulo: Editora UNESP, 2013.

MENDONÇA, Lúcia Glicério; ROMANELLO, Jorge Luís (org.). **Polifonia do patrimônio**. Londrina: EDUEL, 2012.

RAWLS, John. **O direito dos povos**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

ROJAS GARZÓN, Biviany (org.). **Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais: oportunidades e desafios para sua implementação no Brasil**. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2009.

ROULAND, Nobert (org.). **Direito das minorias e dos povos autóctones**. Tradução de Ane Lize Spaltemberg. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 2004.

VAZ, Beatriz Aciolly. Os grilhões do patrimônio: reflexões sobre as práticas do Iphan relacionadas aos quilombos. **Revista CPC – Centro de Preservação Cultural (USP)**, São Paulo, n.17, p. 001-205, nov. 2013/ abril 2014.

VIANA, Luiz Werneck *et al.* **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil.** Rio de Janeiro: Revan, 1999.

WOLKMER, Antonio Carlos. **História do Direito no Brasil.** 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.