08/02/2018 **PLENÁRIO**

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.239 DISTRITO FEDERAL

RELATOR	**: MIN. CEZAR PELUSO**
REDATORA DO ACÓRDÃO	**: MIN. ROSA WEBER**
REQTE.(S)	: DEMOCRATAS
ADV.(A/S)	: FABRÍCIO JULIANO MENDES MEDEIROS E OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S)	: PRESIDENTE DA REPÚBLICA
ADV.(A/S)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
AM. CURIAE.	: INSTITUTO PRO BONO
AM. CURIAE.	: CONECTAS DIREITOS HUMANOS
AM. CURIAE.	: SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO PÚBLICO - SBDP
ADV.(A/S)	: ELOISA MACHADO DE ALMEIDA E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	: CENTRO PELO DIREITO À MORADIA CONTRA DESPEJOS - COHERE
AM. CURIAE.	: CENTRO DE JUSTIÇA GLOBAL
AM. CURIAE.	: INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL - ISA
AM. CURIAE.	: INSTITUTO DE ESTUDOS, FORMAÇÃO E ASSESSORIA EM POLÍTICAS SOCIAIS - POLIS
AM. CURIAE.	: TERRA DE DIREITOS
ADV.(A/S)	: ANDRESSA CALDAS E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	: FEDERAÇÃO DOS TRABALHADORES NA AGRICULTURA DO ESTADO DO PARÁ - FETAGRI-PARÁ
ADV.(A/S)	: GIROLAMO DOMENICO TRECCANI
AM. CURIAE.	: ESTADO DO PARÁ
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PARÁ
AM. CURIAE.	: ESTADO DE SANTA CATARINA
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA
AM. CURIAE.	: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA AGRICULTURA E PECUÁRIA DO BRASIL - CNA
ADV.(A/S)	: ILMAR NASCIMENTO GALVÃO
AM. CURIAE.	: CONFEDERACAO NACIONAL DA INDUSTRIA

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14515131.

ADV.(A/S)	:CASSIO AUGUSTO MUNIZ BORGES E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	:ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE CELULOSE E PAPEL - BRACELPA
ADV.(A/S)	:GASTAO ALVES DE TOLEDO E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	:SOCIEDADE RURAL BRASILEIRA
ADV.(A/S)	:RICARDO DE AQUINO SALLES E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	:CENTRO DE ASSESSORIA JURÍDICA POPULAR MARIANA CRIOLA
AM. CURIAE.	:KOINONIA PRESENÇA ECUMÊNICA E SERVIÇO
ADV.(A/S)	:FRANCINE DAMASCENO PINHEIRO E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	:ASSOCIAÇÃO DOS QUILOMBOS UNIDOS DO BARRO PRETO E INDAIÁ
AM. CURIAE.	:ASSOCIAÇÃO DE MORADORES QUILOMBOLAS DE SANTANA - QUILOMBO DE SANTANA
AM. CURIAE.	:COORDENAÇÃO DAS COMUNIDADES NEGRAS RURAIS QUILOMBOLAS DE MATO GROSSO DO SUL
ADV.(A/S)	:FERNANDO GALLARDO VIEIRA PRIOSTE E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	:INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA - INCRA
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL FEDERAL
AM. CURIAE.	:ESTADO DO PARANÁ
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PARANÁ
AM. CURIAE.	:CONFERÊNCIA NACIONAL DOS BISPOS DO BRASIL - CNBB
ADV.(A/S)	:CARLOS ROBERTO SIQUEIRA CASTRO E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	:INSTITUTO DE ADVOCACIA RACIAL E AMBIENTAL - IARA
ADV.(A/S)	:HUMBERTO ADAMI SANTOS JÚNIOR
AM. CURIAE.	:CLUBE PALMARES DE VOLTA REDONDA - CPVR
ADV.(A/S)	:HUMBERTO ADAMI SANTOS JÚNIOR

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14515131.

EMENTA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DECRETO Nº 4.887/2003. PROCEDIMENTO PARA IDENTIFICAÇÃO, RECONHECIMENTO, DELIMITAÇÃO, DEMARCAÇÃO E TITULAÇÃO DAS TERRAS OCUPADAS POR REMANESCENTES DAS COMUNIDADES DOS QUILOMBOS. ATO NORMATIVO AUTÔNOMO. ART. 68 DO ADCT. DIREITO FUNDAMENTAL. EFICÁCIA PLENA E IMEDIATA. INVASÃO DA ESFERA RESERVADA A LEI. ART. 84, IV E VI, "A", DA CF. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. INOCORRÊNCIA. CRITÉRIO DE IDENTIFICAÇÃO. AUTOATRIBUIÇÃO. TERRAS OCUPADAS. DESAPROPRIAÇÃO. ART. 2º, *CAPUT* E §§ 1º, 2º E 3º, E ART. 13, *CAPUT* E § 2º, DO DECRETO Nº 4.887/2003. INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL. INOCORRÊNCIA. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO.

1. Ato normativo autônomo, a retirar diretamente da Constituição da República o seu fundamento de validade, o Decreto nº 4.887/2003 apresenta densidade normativa suficiente a credenciá-lo ao controle abstrato de constitucionalidade.

2. Inocorrente a invocada ausência de cotejo analítico na petição inicial entre o ato normativo atacado e os preceitos da Constituição tidos como malferidos, uma vez expressamente indicados e esgrimidas as razões da insurgência.

3. Não obsta a cognição da ação direta a falta de impugnação de ato jurídico revogado pela norma tida como inconstitucional, supostamente padecente do mesmo vício, que se teria por repristinada. Cabe à Corte, ao delimitar a eficácia da sua decisão, se o caso, excluir dos efeitos da decisão declaratória eventual efeito repristinatório quando constatada incompatibilidade com a ordem constitucional.

4. O art. 68 do ADCT assegura o direito dos remanescentes das comunidades dos quilombos de ver reconhecida pelo Estado a propriedade sobre as terras que histórica e tradicionalmente ocupam –

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14515131.

direito fundamental de grupo étnico-racial minoritário dotado de eficácia plena e aplicação imediata. Nele definidos o titular (remanescentes das comunidades dos quilombos), o objeto (terras por eles ocupadas), o conteúdo (direito de propriedade), a condição (ocupação tradicional), o sujeito passivo (Estado) e a obrigação específica (emissão de títulos), mostra-se apto o art. 68 do ADCT a produzir todos os seus efeitos, independentemente de integração legislativa.

5. Disponíveis à atuação integradora tão-somente os aspectos do art. 68 do ADCT que dizem com a regulamentação do comportamento do Estado na implementação do comando constitucional, não se identifica, na edição do Decreto 4.887/2003 pelo Poder Executivo, mácula aos postulados da legalidade e da reserva de lei. Improcedência do pedido de declaração de inconstitucionalidade formal por ofensa ao art. 84, IV e VI, da Constituição da República.

6. O compromisso do Constituinte com a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e com a redução das desigualdades sociais (art. 3º, I e III, da CF) conduz, no tocante ao reconhecimento da propriedade das terras ocupadas pelos remanescentes das comunidades dos quilombos, à convergência das dimensões da luta pelo reconhecimento – expressa no fator de determinação da identidade distintiva de grupo étnico-cultural – e da demanda por justiça socioeconômica, de caráter redistributivo – compreendida no fator de medição e demarcação das terras.

7. Incorporada ao direito interno brasileiro, a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, consagra a "consciência da própria identidade" como critério para determinar os grupos tradicionais aos quais aplicável, enunciando que Estado algum tem o direito de negar a identidade de um povo que se reconheça como tal.

8. Constitucionalmente legítima, a adoção da autoatribuição como critério de determinação da identidade quilombola, além de consistir em método autorizado pela antropologia contemporânea, cumpre adequadamente a tarefa de trazer à luz os destinatários do art. 68 do

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14515131.

ADCT, em absoluto se prestando a inventar novos destinatários ou ampliar indevidamente o universo daqueles a quem a norma é dirigida. O conceito vertido no art. 68 do ADCT não se aparta do fenômeno objetivo nele referido, a alcançar todas as comunidades historicamente vinculadas ao uso linguístico do vocábulo quilombo. Adequação do emprego do termo "quilombo" realizado pela Administração Pública às balizas linguísticas e hermenêuticas impostas pelo texto-norma do art. 68 do ADCT. Improcedência do pedido de declaração de inconstitucionalidade do art. 2°, § 1°, do Decreto 4.887/2003.

9. Nos casos *Moiwana v. Suriname* (2005) e *Saramaka v. Suriname* (2007), a Corte Interamericana de Direitos Humanos reconheceu o direito de propriedade de comunidades formadas por descendentes de escravos fugitivos sobre as terras tradicionais com as quais mantêm relações territoriais, ressaltando o compromisso dos Estados partes (Pacto de San José da Costa Rica, art. 21) de adotar medidas para garantir o seu pleno exercício.

10. O comando para que sejam levados em consideração, na medição e demarcação das terras, os critérios de territorialidade indicados pelos remanescentes das comunidades quilombolas, longe de submeter o procedimento demarcatório ao arbítrio dos próprios interessados, positiva o devido processo legal na garantia de que as comunidades tenham voz e sejam ouvidas. Improcedência do pedido de declaração de inconstitucionalidade do art. 2º, §§ 2º e 3º, do Decreto 4.887/2003.

11. Diverso do que ocorre no tocante às terras tradicionalmente ocupadas pelos índios – art. 231, § 6º – a Constituição não reputa nulos ou extintos os títulos de terceiros eventualmente incidentes sobre as terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos, de modo que a regularização do registro exige o necessário o procedimento expropriatório. A exegese sistemática dos arts. 5º, XXIV, 215 e 216 da Carta Política e art. 68 do ADCT impõe, quando incidente título de propriedade particular legítimo sobre as terras ocupadas por quilombolas, seja o processo de transferência da propriedade mediado por regular procedimento de desapropriação. Improcedência do pedido

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14515131.

de declaração de inconstitucionalidade material do art. 13 do Decreto 4.887/2003.

Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, por maioria, em conhecer da ação e julgar improcedentes os pedidos, nos termos do voto da Ministra Redatora do acórdão, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas. Vencidos, quanto ao conhecimento, os Ministros Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski, e, quanto ao mérito, os Ministro Cezar Peluso, Relator, e, em parte, os Ministros Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Votaram, no mérito, os Ministros Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski. Não votou o Ministro Alexandre de Moraes, por suceder ao Ministro Teori Zavascki, que sucedera ao Ministro Cezar Peluso. Sessão plenária presidida pela Ministra Cármen Lúcia.

Brasília, 08 de fevereiro de 2018.

Ministra Rosa Weber
Redatora do acórdão

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14515131.

18/04/2012 **PLENÁRIO**

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.239 DISTRITO FEDERAL

RELATOR	**: MIN. CEZAR PELUSO**
REQTE.(S)	: DEMOCRATAS
ADV.(A/S)	: THIAGO FERNANDES BOVERIO E OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S)	: PRESIDENTE DA REPÚBLICA
ADV.(A/S)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
AM. CURIAE.	: INSTITUTO PRO BONO
AM. CURIAE.	: CONECTAS DIREITOS HUMANOS
AM. CURIAE.	: SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO PÚBLICO - SBDP
ADV.(A/S)	: ELOISA MACHADO DE ALMEIDA E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	: CENTRO PELO DIREITO À MORADIA CONTRA DESPEJOS - COHERE
AM. CURIAE.	: CENTRO DE JUSTIÇA GLOBAL
AM. CURIAE.	: INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL - ISA
AM. CURIAE.	: INSTITUTO DE ESTUDOS, FORMAÇÃO E ASSESSORIA EM POLÍTICAS SOCIAIS - POLIS
AM. CURIAE.	: TERRA DE DIREITOS
ADV.(A/S)	: ANDRESSA CALDAS E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	: FEDERAÇÃO DOS TRABALHADORES NA AGRICULTURA DO ESTADO DO PARÁ - FETAGRI-PARÁ
ADV.(A/S)	: GIROLAMO DOMENICO TRECCANI
AM. CURIAE.	: ESTADO DO PARÁ
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PARÁ
AM. CURIAE.	: ESTADO DE SANTA CATARINA
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA
AM. CURIAE.	: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA AGRICULTURA E PECUÁRIA DO BRASIL - CNA
ADV.(A/S)	: ILMAR NASCIMENTO GALVÃO
AM. CURIAE.	: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA - CNI
ADV.(A/S)	: CASSIO AUGUSTO MUNIZ BORGES E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE CELULOSE E PAPEL - BRACELPA

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 2461596.

ADV.(A/S)	:GASTAO ALVES DE TOLEDO E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	:SOCIEDADE RURAL BRASILEIRA
ADV.(A/S)	:RICARDO DE AQUINO SALLES E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	:CENTRO DE ASSESSORIA JURÍDICA POPULAR MARIANA CRIOLA
AM. CURIAE.	:KOINONIA PRESENÇA ECUMÊNICA E SERVIÇO
ADV.(A/S)	:FRANCINE DAMASCENO PINHEIRO E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	:ASSOCIAÇÃO DOS QUILOMBOS UNIDOS DO BARRO PRETO E INDAIÁ
AM. CURIAE.	:ASSOCIAÇÃO DE MORADORES QUILOMBOLAS DE SANTANA - QUILOMBO DE SANTANA
AM. CURIAE.	:COORDENAÇÃO DAS COMUNIDADES NEGRAS RURAIS QUILOMBOLAS DE MATO GROSSO DO SUL
ADV.(A/S)	:FERNANDO GALLARDO VIEIRA PRIOSTE E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	:INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA - INCRA
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL FEDERAL
AM. CURIAE.	:ESTADO DO PARANÁ
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PARANÁ
AM. CURIAE.	:CONFERÊNCIA NACIONAL DOS BISPOS DO BRASIL - CNBB
ADV.(A/S)	:CARLOS ROBERTO SIQUEIRA CASTRO E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	:INSTITUTO DE ADVOCACIA RACIAL E AMBIENTAL - IARA
AM. CURIAE.	:CLUBE PALMARES DE VOLTA REDONDA - CPVR
ADV.(A/S)	:SHIRLEY RODRIGUES RAMOS

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (Relator): 1. Partido da Frente Liberal – PFL, atualmente denominado Partido Democrata – DEM, propõe ação direta de inconstitucionalidade contra o Decreto n°. 4.887, de 20 de novembro de 2003, que "*regulamenta o procedimento para identificação,*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 2461596.

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."

Sustenta o autor, em síntese, que o decreto impugnado:

> **1.1. invade esfera reservada à lei:** *'ao dispensar a mediação de instrumento legislativo e dispor ex novo, o ato normativo editado pelo Presidente da República invade esfera reservada à lei, incorrendo em manifesta inconstitucionalidade*; (...) *a autonomia do Decreto nº. 4.887/2003 é, assim, indevida, pois não se enquadra no apertado perfil do art. 84, VI, da Constituição, sendo sua validade dependente do legítimo diploma legislativo; (...) o ato normativo refoge – e muito – à matéria de que trata o mencionado dispositivo, pois disciplina direitos e deveres entre particulares e administração pública, define os titulares da propriedade das terras onde se localizavam os quilombos, disciplina procedimentos de desapropriação e, conseqüentemente, importa aumento de despesa"*;
>
> **1.2. cria nova modalidade de desapropriação** *"que não se enquadra em nenhuma das modalidades a que se refere o art. 5º, XXIV, do texto constitucional, bem como não se enquadra em nenhuma das leis que as regem*; (...) *nos termos da dicção constitucional é reconhecida a propriedade definitiva, ou seja, não há que se falar em propriedade alheia a ser desapropriada para ser transferida aos remanescentes de quilombos, muito menos em promover despesas públicas para fazer frente a futuras indenizações"*;
>
> **1.3 resume a identificação dos remanescentes das comunidades de quilombolas ao critério de auto-atribuição**, *"a partir de mera declaração do próprio interessado"*, em absoluto descompasso com o texto constitucional que elegeu, de forma expressa, o critério de comprovação da remanescência, e não, da descendência; (...) *somente tem direito ao reconhecimento – critério que não encontra respaldo no Decreto – o remanescente que tinha e demonstrava, à época da promulgação do texto constitucional, real intenção de dono; (...) o critério da auto-atribuição pode levar ao reconhecimento do direito a mais pessoas do que aquelas efetivamente beneficiadas pelo artigo 68 do ADCT e realizar, por vias oblíquas, uma*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 2461596.

reforma agrária sui generis, e

1.4 sujeita a delimitação das terras a serem tituladas aos indicativos fornecidos pelos próprios interessados, o que "*importa radical subversão da lógica constitucional; (...) parece evidente que as áreas a que se refere a Constituição são aquelas nas quais, conforme estudos histórico-antropológicos, constatou-se a localização efetiva de um quilombo; (...) descabe qualificar as terras a serem titularizadas pelo Poder Público como aquelas em que os remanescentes tiveram sua reprodução física, social, econômica e cultural, conforme indicação da própria comunidade ; (...) sujeitar a demarcação aos indicativos dos interessados não constitui procedimento idôneo, moral e legítimo de definição.*"

Determinei a aplicação do procedimento previsto pelo artigo 12 da Lei nº. 9.868/99.

2. Nas informações, o Exmo. Sr. Presidente da República, representado pelo Advogado-Geral da União, suscita preliminar de não conhecimento da ação, sob o argumento de que o Decreto nº. 4.887/2003 não é autônomo, "*pois retira seu fundamento de validade diretamente das normas do art. 14, IV, "c", da Lei nº. 9.649/1998, e do art. 2º, III e § único, da Lei nº. 7.668/1998, e não diretamente da Constituição; (...) logo, não se afigura possível, na presente hipótese, submeter o referido decreto ao juízo abstrato de constitucionalidade, uma vez que não restou devidamente caracterizado o conflito de constitucionalidade, mas sim um suposto conflito de legalidade*".

No mérito, alega:

2.1. a necessidade de "*algumas aproximações de natureza antropológica para o entendimento o mais preciso possível do art. 68 do ADCT, que se refere aos remanescentes das comunidades dos quilombos,* em razão *da transdiciplinariedade do conhecimento no presente caso*";

2.2. a impropriedade do Decreto nº. 3.912, de 10 de setembro de 2001, revogado pelo Decreto impugnado, uma vez que o primeiro "*partiu de conceito colonial e imperial de quilombos,*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 2461596.

há muito abandonado pelos antropólogos (...) e adotou dois critérios cumulativos para a titulação das terras: (1) as terras fossem ocupadas por quilombos em 1888; além disso, (2) as terras estivessem sendo, efetivamente, ocupadas na data de promulgação da constituição de 1988";

2.3. o acerto do critério de identificação por auto-atribuição, já que este é "*contrabalanceado pelas competências do INCRA (art. 3º), da Fundação Palmares (arts. 3º e 4º), Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial, da Presidência da República e Ministério do Desenvolvimento Agrário*", além de ter recepcionado "*o critério da consciência, como critério fundamental para determinação da identidade indígena e tribal, do Decreto nº. 5.051, de 19 de abril de 2004, que promulgou a Convenção nº. 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, sobre Povos Indígenas e Tribais;*

2.4. o atendimento ao desiderato normativo da instituição da propriedade coletiva aos remanescentes das comunidades quilombolas, já que o art. 68 do ADCT cria *"novo instituto jurídico (a propriedade especial quilombola), que deve ser compreendido com as devidas distinções dos topois orientadores da propriedade individual, (...) pois pretende a preservação da comunidade, em todos os seus aspectos; (...) a título de exemplo, basta volver os olhos para o instituto da usucapião coletiva, estabelecido pelo Estatuto da Cidade (Lei nº. 10.257, de 10 de julho de 2001); (...) por isso, desde 1995, o INCRA, pela Portaria nº. 307/1995, reconheceu que os interessados-beneficiários, nos termos do art. 68 do ADCT, deveriam ser titulados proprietários não como particulares, mas em nome coletivo, formando um regime de condomínio pro - indiviso;*

2.5. a pouca importância da distinção entre remanescentes e descendentes, uma vez que se revela "*plenamente desconforme com as atuais concepções de antropologia*";

2.6. a constitucionalidade da desapropriação prevista no art. 13 do Decreto nº. 4.887/2003, quando for verificado que sobre territórios dos remanescentes incidem títulos de domínio particular, não invalidados por nulidade, prescrição ou comisso, nem tornados ineficazes, pois tal desapropriação

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 2461596.

> *"corresponde a um resgate da expropriação sofrida pelos quilombos"; (...) é plenamente possível que se reconheçam terras de propriedade dos quilombolas, em conformidade com o Decreto nº. 4.887/2003, sem que, contudo, essas terras estejam sendo efetivamente por eles ocupadas; é plausível que sobre elas incidam títulos legítimos de propriedade particular, sendo viável a desapropriação dessas terras em benefício das comunidades quilombolas; o conceito de quilombo é, por natureza, dialético; de nada adianta reconhecer títulos de propriedade de terras para essas comunidades, se dentro da circunscrição espacial esses mesmos grupos étnicos não tiverem condições de se desenvolver, preservando sua identidade; então, não obstante não haverem ocupado em nenhum momento determinado território, mostrando-se esse lugar fundamental à preservação dos quilombos, justifica-se, também, por tal motivo, a desapropriação prevista no art. 13 do Decreto nº. 4.887/2003, em favor deles."*

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

> "Ação Direta de Inconstitucionalidade em face do Decreto nº. 4.887/2003, que regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que trata o art. 68 do ADCT.
>
> Decreto que regulamenta o art.14, IV, "c", da Lei nº. 9.649/98 e o art. 2º, III e § único da Lei nº. 7.668/88. Inexistência de inconstitucionalidade formal. Necessidade de realização de desapropriação. Critério da auto-atribuição para identificação das comunidades quilombolas e das terras a eles pertencentes. Estudos antropológicos atestam a adequação desse critério.
>
> Parecer pela improcedência da ação. "

4. Manifestaram-se, ainda **(a)** Instituto Pro Bono; Conectas Direitos Humanos e Sociedade Brasileira de Direito Público (Petição nº. 102249/04**); (b)** Centro pelo Direito à Moradia contra Despejos - Cohre; Centro de Justiça Global; Instituto Socioambiental - Isa; Instituto de

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 2461596.

Estudos, Formação e Assessoria em Políticas Sociais - Polis e Terra de Direitos (Petição nº. 103698/04); **(c)** Federação dos Trabalhadores na Agricultura do Estado do Pará - Fetagri-Pará (Petição nº. 134292/04); **(d)** Procuradoria-Geral do Estado do Pará (Petição nº. 29519/05); **(e)** Estado de Santa Catarina (Petição nº. 24180/07); **(f)** Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil – CNA (Petição nº. 99619/07); **(g)** Confederação Nacional da Indústria – CNI (Petição nº. 126181/07); **(h)** Associação Brasileira de Celulose e Papel – BRACELPA (Petição nº. 146409/2007), e **(i)** Sociedade Rural Brasileira (Petição nº. 191817/2007), todos requerendo admissão no feito na condição de *amici curiae.*

É o relatório.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 2461596.

18/04/2012 **PLENÁRIO**

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.239 DISTRITO FEDERAL

V O T O

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (Relator): 1. Deve conhecida a ação.

Vem da jurisprudência da Corte que a aferição da constitucionalidade dos decretos, na via da ação direta, só é vedada quando estes se adstringem ao papel secundário de regulamentar normas legais, cuja inobservância enseja tão-só conflito resolúvel no campo da legalidade. Tratando-se, porém, de decreto autônomo, como no caso, o ato normativo se credencia ao controle concentrado de constitucionalidade, como se tem proclamado:

> "SERVIDORES PÚBLICOS. DISPONIBILIDADE. VENCIMENTOS PROPORCIONAIS OU INTEGRAIS. Medida cautelar. Ação direta de inconstitucionalidade do Decreto nº. 99.300 do Presidente da República, que manda calcular, proporcionalmente ao tempo de serviço público, os proventos dos servidores estáveis, cujos cargos ou empregos forem extintos ou declarados desnecessários. **Alegação de ofensa ao art. 61, parágrafo 1º, "c", da Constituição Federal, por se tratar de ato normativo autônomo (não, assim, decreto regulamentar - art. 84, IV), sobre regime jurídico de servidores públicos, que exigiria lei formal, embora de iniciativa do Presidente da República.** Alegação, também, de vício material, por afronta aos artigos 37, XV, 39, parágrafos 2º, 7º, VI, que firmam a irredutibilidade de vencimentos e salários dos servidores públicos. Medida cautelar de suspensão da eficácia do decreto impugnado, em face da relevância dos fundamentos jurídicos da ação e do perigo da demora do processo e julgamento da causa (*"periculum in mora"*), para os servidores atingidos em seus vencimentos. Deferimento da medida, por maioria de votos, até o julgamento final da causa, diante, também, do disposto no parágrafo 3º do art. 41 da Constituição e da

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 2461597.

jurisprudência da Corte, ao tempo da vigência de normas constitucionais idênticas a do parágrafo 3º do art. 40. Grifamos. (**ADI-MC nº. 309,** Rel. Min. **SYDNEY SANCHES,** DJ de 14/02/1992)

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. AUMENTO DE VENCIMENTOS POR DECRETO QUE APROVA TABELAS EM CONFORMIDADE COM INDICES FIRMADOS EM ACORDO COLETIVO. DECRETO 3.140 DE 14.03.91 DO ESTADO DE MATO GROSSO. - **É de conhecer-se da ação direta, porquanto, no caso, o ato normativo impugnado é um decreto autônomo, sendo que, inclusive, um dos fundamentos da ação é justamente o de ter ele invadido a esfera reservada a lei pela Constituição Federal.** - Ocorrência, na espécie, da relevância jurídica da fundamentação, bem como do *"periculum in mora"*. Pedido de liminar deferido, para suspender-se a eficácia, *"ex nunc"*, do Decreto 3.140 de 14.03.91 do Estado de Mato Grosso. Grifamos. (**ADI-MC nº. 519,** Rel. Min. **MOREIRA ALVES,** DJ de 11/10/1991)

"I. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. **TEM-SE OBJETO IDÔNEO À AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE QUANDO O DECRETO IMPUGNADO NÃO É DE CARÁTER REGULAMENTAR DE LEI, MAS CONSTITUI ATO NORMATIVO QUE PRETENDE DERIVAR O SEU CONTEÚDO DIRETAMENTE DA CONSTITUIÇÃO.** II. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: LEGITIMAÇÃO DAS ENTIDADES NACIONAIS DE CLASSE QUE NÃO DEPENDE DE AUTORIZAÇÃO ESPECÍFICA DOS SEUS FILIADOS. III. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: PERTINÊNCIA TEMÁTICA. 1. A pertinência temática, requisito implícito da legitimação das entidades de classe para a ação direta de inconstitucionalidade, não depende de que a categoria respectiva seja o único segmento social compreendido no âmbito normativo do diploma impugnado. 2. Há pertinência

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 2461597.

temática entre a finalidade institucional da Confederação Nacional das Profissões Liberais - que passou a abranger a defesa dos profissionais liberais ainda que empregados -, e a lei questionada, que fixa limite à remuneração dos servidores públicos. IV. Servidor público: teto de remuneração (CF, art. 37, XI): auto-aplicabilidade. Dada a eficácia plena e a aplicabilidade imediata, inclusive aos entes empresariais da administração indireta, do art. 37, XI, da Constituição, e do art. 17 do ADCT, a sua implementação - não dependendo de complementação normativa - não parece constituir matéria de reserva à lei formal e, no âmbito do Executivo, à primeira vista, podia ser determinada por decreto, que encontra no poder hierárquico do Governador a sua fonte de legitimação. Grifamos. (**ADI-MC nº. 1.590,** Rel. Min. **SEPÚLVEDA PERTENCE,** DJ de 15/08/1997)

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - OBJETO - DECRETO. **Uma vez ganhando o decreto contornos de verdadeiro ato normativo autônomo, cabível é a ação direta de inconstitucionalidade.** Precedente: Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 1.590/SP, Plenário, Relator Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, com aresto veiculado no Diário da Justiça de 15 de agosto de 1997. REMUNERAÇÃO - SERVIDORES PÚBLICOS - TETO CONSTITUCIONAL - NORMA DE REGÊNCIA. A teor do disposto no inciso XI do artigo 37 da Constituição Federal, cumpre à lei fixar o limite máximo e a relação de valores entre a maior e a menor remuneração dos servidores públicos. Descabe substituir o diploma referido no inciso XI do artigo 37 da Constituição Federal, ou seja, a lei em sentido formal e material, por decreto emanado do Poder Executivo. PESSOAL - DESPESAS - LIMITE - ADEQUAÇÃO. Não se há de promover redução de vencimentos visando a harmonizar a despesa total com pessoal ativo e inativo da União com certo teto. Precedentes: Agravos Regimentais em Agravo de Instrumento nºs. 178.072/MG e 192.870/MG, Segunda Turma, ambos de minha lavra, com acórdãos veiculados no Diário da Justiça de 9 de maio de 1997 e

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 2461597.

6 de fevereiro de 1998, respectivamente. Grifamos. (**ADI nº. 1.396,** Rel. Min. **MARCO AURÉLIO,** DJ de 07/08/1998)

"EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA LIMINAR. DECRETO 1.719/95. TELECOMUNICAÇÕES: CONCESSÃO OU PERMISSÃO PARA A EXPLORAÇÃO. **DECRETO AUTÔNOMO: POSSIBILIDADE DE CONTROLE CONCENTRADO. OFENSA AO ARTIGO 84-IV DA CF/88.** LIMINAR DEFERIDA. A ponderabilidade da tese do requerente é segura. Decretos existem para assegurar a fiel execução das leis (artigo 84-IV da CF/88). A Emenda Constitucional nº. 8, de 1995 - que alterou o inciso XI e alínea a do inciso XII do artigo 21 da CF - é expressa ao dizer que compete à União explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei. Não havendo lei anterior que possa ser regulamentada, qualquer disposição sobre o assunto tende a ser adotada em lei formal. O decreto seria nulo, não por ilegalidade, mas por inconstitucionalidade, já que supriu a lei onde a Constituição a exige. A Lei 9.295/96 não sana a deficiência do ato impugnado, já que ela é posterior ao decreto. Pela ótica da maioria, concorre, por igual, o requisito do perigo na demora. Medida liminar deferida." Grifamos. (**ADI-MC nº. 1435,** Rel. Min. **FRANCISCO REZEK,** DJ 06/08/1999)

"MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. 2. **CARÁTER NORMATIVO AUTÔNOMO E ABSTRATO DOS DISPOSITIVOS IMPUGNADOS. POSSIBILIDADE DE SUA SUBMISSÃO AO CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE.** Precedentes. 3. ICMS. Guerra fiscal. Artigo 2º da Lei nº. 10.689/1993 do Estado do Paraná. Dispositivo que traduz permissão legal para que o Estado do Paraná, por meio de seu Poder Executivo, desencadeie a

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 2461597.

> denominada "guerra fiscal", repelida por larga jurisprudência deste Tribunal. Precedentes. 4. Artigo 50, XXXII e XXXIII, e §§ 36, 37 e 38 do Decreto Estadual nº. 5.141/2001. Ausência de convênio interestadual para a concessão de benefícios fiscais. Violação ao art. 155, §2º, XII, g, da CF/88. A ausência de convênio interestadual viola o art. 155, § 2º, incisos IV, V e VI, da CF. A Constituição é clara ao vedar aos Estados e ao Distrito Federal a fixação de alíquotas internas em patamares inferiores àquele instituído pelo Senado para a alíquota interestadual. Violação ao art. 152 da CF/88, que constitui o princípio da não-diferenciação ou da uniformidade tributária, que veda aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios estabelecer diferença tributária entre bens e serviços, de qualquer natureza, em razão de sua procedência ou destino. 5. Medida cautelar deferida." Grifamos. (**ADI-MC nº. 3.936,** Rel. Min. **GILMAR MENDES**, DJ de 09/11/2007)

Ora, não é preciso grande esforço por ver logo que o Decreto nº. 4.887/93 não extrai fundamento de validade às Leis federais 7.668/1988 e 9.649/1998, como sustenta o requerido. E, por essa razão, não lhe vale o artigo 84, VI, da Constituição Federal.

A primeira, com a redação dada pela MP 2.216-37/2001, autoriza o Poder Executivo a constituir a Fundação Cultural Palmares e determina apenas o que a esta compete:

> "Art. 2º - A Fundação Cultural Palmares – FCP poderá atuar em todo território nacional, diretamente ou mediante convênios ou contratos com Estados, Municípios e entidades públicas ou privadas, cabendo-lhe:
>
> I - (...)
>
> II - (...)
>
> III - realizar a identificação dos remanescentes das comunidades dos quilombos, proceder ao reconhecimento, à delimitação e à demarcação das terras por eles ocupadas e conferir-lhes a correspondente titulação.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 2461597.

> Parágrafo único – A Fundação Cultural Palmares – FCP é também parte legítima para promover o registro dos títulos de propriedade nos respectivos cartórios imobiliários"

À segunda, que organiza a Presidência da República, coube estabelecer, com a redação da MP 2.216-37/2001, as atribuições do Ministério da Cultura:

> "Art. 14 – Os assuntos que constituem área de competência de cada Ministério são os seguintes: (...)
>
> IV – Ministério da Cultura: (...)
>
> c) aprovar a delimitação das terras dos remanescentes das comunidades dos quilombos, bem como determinar as sua demarcações, que serão homologadas mediante decreto."

Limitam-se ambas as leis à mera indicação dos órgãos encarregados das medidas indispensáveis à execução do artigo 68 do ADCT. Tais atribuições já foram, aliás, até transferidas ao Ministério do Desenvolvimento Agrário pelo Decreto nº. 4.883/2003.

Vem logo daí que, carente de fundamento legal de validez, o ato impugnado assume, contra o princípio da legalidade, feição de regulamentação normativa autônoma.

Conheço, pois, da demanda.

E, antes de adentrar-lhe o mérito, registro que, apesar de muitos pedidos para a realização de audiência pública, não descobri razões que a justificassem, à luz da própria legislação de regência desse instituto.

Dispõe o art. 9º, § 1º, da Lei nº 9.868, de 10 e novembro de 1999:

> "Art. 9º Vencidos os prazos do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 2461597.

> § 1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria."

Ora, à toda evidência, a causa encerra matéria de direito. Os autos estão fartamente instruídos, e não há tema que envolva complexidade técnica.

Bem mais expressivas são, aliás, neste caso, as muitas contribuições dos *amici curiae* admitidos, pois que tais manifestações prescindem de reconhecido "notório saber" em qualquer área do conhecimento.

2. É caso de inconstitucionalidade formal.

Dispõe o art. 68 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 títulos respectivos."

Escusa-se o requerido, lastreado em sugestão de CARLOS ARI SUNFELD, de apurar se tal norma, no que respeita à aplicabilidade, é de eficácia limitada, contida ou plena, para o fim de perquirir a necessidade de lei prévia (fls. 105).

O fato é que, amparado nesta ou naquela classificação oferecida pela doutrina, ou apartado de todas elas, se vê pronto que o dispositivo há de ser complementado por lei em sentido formal.

Foi o que não escapou à análise do ex-Ministro desta Corte, ILMAR GALVÃO, subscritor da manifestação da Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil – CNA, a qual admiti à causa na qualidade de *amicus curiae*:

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 2461597.

"Uma leitura apressada da norma sob enfoque poderia levar ao entendimento de que nela se configura uma *self-executing provision* do direito norte-americano, ou uma norma de eficácia plena, na consagrada classificação de José Afonso da Silva, já que peremptória ao reconhecer aos remanescentes de quilombos a propriedade plena de suas terras.

Desnecessário, entretanto, olhos de lince para perceber que não se está, aí, diante de uma das disposições constitucionais *bastantes em si, completas e suficientemente precisas na sua hipótese de incidência* e no ministrar *os meios pelos quais se possa exercer ou proteger o direito que conferem, ou cumprir o dever e desempenhar o encargo que elas impõem*[1], **mas de norma que reclama ação legislativa integrativa no concernente à definição das terras cujo domínio foi reconhecido, à identificação dos beneficiários desse reconhecimento e ao processo de expedição dos referidos títulos.** (Grifamos).

"Prova cabal de que o critério de identificação das terras ocupadas pelos remanescentes das comunidades dos quilombos não pode ficar ao sabor de normas estabelecidas pelo Poder Executivo, por meio de decreto, foi ministrada pelos dois decretos ditados com esse objetivo, já que, pelo primeiro, as terras em questão seriam aquelas que haviam sido ocupadas por quilombos em 1888 e que continuavam por eles ocupadas em outubro/1988 (art. 1º, parágrafo único), enquanto, pelo segundo, são as utilizadas pelos remanescentes para a garantia de sua reprodução física, social, econômica e cultural (art. 2º, § 2º). O que foi restringido por um, foi ampliado pelo outro.

Matéria dessa espécie, suscetível de interferir na esfera dos direitos de terceiros, é fora de dúvida que não poderia ser regulada senão por meio de lei em sentido formal, em face do princípio constitucional da legalidade.

"Há inovação proibida sempre que se possa afirmar que

1 Inocêncio Mártires Coelho. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais.* 1ª ed., 2ª tiragem, ed. Brasília Jurídica, pág. 41.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 2461597.

> um específico direito, dever, obrigação, limitação ou restrição incidente sobre alguém já não estava estatuído e identificado na lei regulamentada.
>
> Certo, o nosso sistema jurídico-constitucional prevê a figura do regulamento autônomo ou independente, quando sua emanação *é indispensável à efetiva atuação do executivo em relação a determinadas matérias, definidas como de sua competência,* na lição do Min. Eros Grau[2] (...).
>
> Não configurando o Decreto nº. 4.887/2003 nenhuma das hipóteses previstas nos dispositivos autorizadores dos decretos autônomos ou independentes (...), salvo na parte em que confere atribuições a órgãos governamentais (arts. 3º, *caput* e § 2º; 4º e 5º), não há senão considerar que se está diante de decreto expedido na forma do inciso VI do art. 84 da Constituição, com o propósito de dar fiel execução à lei – como, aliás, declarado em seu intróito."

É aturada, também, a doutrina, no sentido de não admitir que a Administração imponha, sem lei, obrigações a terceiros ou lhes restrinja direitos. Confira-se:

> "O poder regulamentar não é poder legislativo, por conseguinte não pode criar normatividade que inove a ordem jurídica. Seus limites naturais situam-se no âmbito da competência executiva e administrativa, onde se insere. Ultrapassar esses limites importa abuso de poder, usurpação de competências, tornando írrito o regulamento dele proveniente.
>
> "Lei e regulamento são, ambos, normas jurídicas gerais e abstratas, obrigatórias e relativamente permanentes. A distinção fundamental, hoje aceita pela generalidade dos autores, está em que a lei inova a ordem jurídico-formal, seja modificando normas preexistentes, seja regulando matéria ainda não regulada normativamente. Ao passo que o regulamento não contém, originariamente, novidade modificativa da ordem

2 Eros Grau. *O direito posto e o direito pressuposto.* 2ª ed., Malheiros, pág. 188.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 2461597.

jurídico-formal; limita-se a precisar, pormenorizar, o conteúdo da lei. É, pois, norma jurídica subordinada. O regulamento tem limites decorrentes do direito positivo. Deve respeitar os textos constitucionais, a lei regulamentada e a legislação, em geral, e as fontes subsidiárias a que ela se reporta.

"Vinculado é chamado o regulamento de determinada lei, desenvolvendo-lhe os princípios, estabelecendo os pormenores de sua execução. É este o regulamento que o Executivo baixa para a fiel execução da lei, quer porque esta expressamente determine que o faça em determinado prazo, quer por sua iniciativa própria, quando o julgue indispensável ou conveniente.

"Regulamentos autônomos são aqueles que demonstram a realidade de um poder regulamentar da Administração. Não há dúvida da existência deste poder quando se trata de regulamentos de organização, onde expressamente não se tenha reservado uma esfera à lei. É o que agora prevê o inciso VI do art. 84 da CF, com a alteração introduzida pela EC n. 32/2001.

"O que é preciso é não confundir "princípio da legalidade" com "princípio da reserva de lei". O primeiro significa a submissão e respeito à lei ou a atuação dentro da esfera estabelecida pelo legislador. O segundo consiste em estabelecer que a regulamentação de determinadas matérias há de fazer-se necessariamente por lei formal. Ora, fora deste, pode atuar o poder regulamentar autônomo, respeitado aquele." (**JOSÉ AFONSO DA SILVA**, *Comentário Contextual à Constituição*, Malheiros Editores, 2005, págs. 484/485)

"Ademais, sujeita-se a comportas teóricas. Assim, não cria, nem modifica e sequer extingue direitos e obrigações, senão nos termos da lei, isso porque o inovar originariamente na ordem jurídica consiste em matéria reservada à lei.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 2461597.

"Em conseqüência, não cabe aos regulamentos, por iniciativa própria e sem texto legal, prescrever penas, seja qual for a espécie; estabelecer restrições à igualdade, à liberdade e à propriedade ou alterações ao estado das pessoas; prever tributos ou encargos de qualquer natureza, que repercutam sobre o patrimônio das pessoas de direito; dar organização administrativa às repartições governamentais, através da criação de cargos e prescrição de novas competências." (**OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO,** *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, Malheiros, 2007, Vol. I, pág. 377).

"O regulamento não pode criar obrigações para terceiros que não os subordinados hierárquicos do Chefe do Poder Executivo que o editou. O regulamento emanado do Presidente da República obriga só os servidores da União. Não obriga os Estados, nem os Municípios, nem os administrados da própria União, que só são obrigados pela lei.

"Não tolera a nossa Constituição, em princípio, que o Executivo exerça qualquer tipo de competência normativa inaugural, nem mesmo em matéria administrativa. Essa seara foi categoricamente reservada aos órgãos de representação popular. E a sistemática é cerrada, inflexível. Se a tal conclusão não for levado o intérprete, pela leitura das disposições que delineiam a competência regulamentar, certamente esbarrará no princípio da legalidade, tal como formulado: ninguém, nenhum sujeito de direito, poderá ser constrangido por norma que não emane do legislador." (**GERALDO ATALIBA**, *República e Constituição*, RT, 2ª edição, 2002, págs. 133 e 138).

"Destarte o poder regulamentar não deriva de delegação legislativa; não é o Poder Legislativo que o dá ao Poder Executivo. *"Legislar e regulamentar leis são funções que a Constituição pôs em regras de competência de um e outro poder"*, ensina Pontes de Miranda, *in* Comentários à Constituição de

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 2461597.

> 1967, com a Emenda nº. 1/69; 3ª ed., 1987, vol. III, p.312." (**ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ,** *Conflito entre Poderes: Poder congressual de sustar atos normativos do Poder Executivo*, RT, 1994, pág. 73).
>
> "No Brasil, não há nenhuma matéria reservada ao regulamento. Todos os campos normativos são, em princípio, disciplináveis pela lei. Vigora entre nós, em relação ao campo de ação do ato legislativo, o princípio da universalidade da lei. Ademais, apenas a lei pode, originariamente, inovar a ordem jurídica pra criar direitos e obrigações e para restringir a liberdade e a propriedade. O art. 5º, II, da Constituição deixa claro que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei." (**CLEMERSON MERLIN CLÈVE,** *Atividade Legislativa do Poder Executivo*, Revista dos Tribunais, v. 2000, pág. 152).

Por resumir, não obstante o artigo 68 do ADCT não seja norma de eficácia plena e aplicação imediata, nem por isso o Chefe do Executivo está autorizado a integrar-lhe normativamente os comandos mediante regulamento, como o fez.

O Decreto nº 4.887/2003 ofende, pois, os princípios da legalidade e da reserva de lei.

E há, neste caso – já me apresso em adverti-lo -, aspecto que merece especial relevo. É que o Decreto em questão revogou o Decreto nº 3.239, de 10 de setembro de 2001, que, sob pretexto de regulamentar a matéria, e de forma bastante diversa, é bom que se diga, padecia exatamente do mesmo vício formal.

É fato que o Partido Político requerente não impugna o Decreto revogado, mas este Plenário já delimitou as possibilidades que sobram a Corte, em situações como esta.

E fê-lo no julgamento da ADI nº 2.258, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, o qual impugnava, entre outros dispositivos da Lei nº 9.868/ 99 - a Lei das ADIs- , a norma final do § 2º do artigo 11, do seguinte teor:

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 2461597.

"Art. 11 (...)

§ 2º. A concessão da medida cautelar torna aplicável a legislação anterior, salvo expressa manifestação em sentido contrário."(Grifei)

Com o brilhantismo que sempre lhe marcou os votos, assim se pronunciou o Relator, Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE:

"55. Pretende-se que, para não revigorar a legislação pretérita, terá o STF de avaliar-lhe "a constitucionalidade ou até mesmo a conveniência da sua repristinação", o que, aduz – não tendo sido a lei anterior objeto do pedido, implicaria decisão de ofício, vulnerando "o princípio da inércia", que rege o Poder Judiciário, o devido processo legal (CF, art. 5º, LIV) e a própria regra de competência do Supremo Tribunal para julgar a ação direta de inconstitucionalidade (CF, art. 102, I, a), a qual, sendo ação, pressupõe pedido".

(...)

59. Já na vigência da LADIn, em 01.02.01, ao decidir da ADInMC 2132-RJ, o Tribunal assentou, conforme o voto condutor do em. Ministro Moreira Alves:

"... não tendo sido atacada a redação originária de artigo 9º da Lei estadual nº 2.662/96, que teria sua eficácia restaurada com os mesmos vícios alegados pelo requerente, e sendo possível a esta Corte estender o objeto da ação direta de inconstitucionalidade para alcançá-la, a solução a ser dada é a do não-conhecimento da ação nesse ponto."

60. De sua vez, na decisão individual de 17.04.01, que liminarmente negou seguimento à ADIn 2215, o em. Ministro Celso de Mello, ao cabo de exaustiva resenha da doutrina e da jurisprudência a respeito, dilucidou – DJ :

"Já se afirmou, no início desta decisão, que declaração de

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 2461597.

inconstitucionalidade in abstracto, de um lado, e a suspensão cautelar de eficácia do ato reputado inconstitucional, de outro, importam – considerado o efeito repristinatório que lhes é inerente – em restauração das normas estatais revogadas pelo diploma objeto do processo de controle normativo abstrato. (...) Essa orientação, fundada no reconhecimento do efeito repristinatório, culminou no estabelecimento dos precedentes consubstanciados no julgamento da ADI 2.132-RJ e na ADI 2.242-DF, Rel. Min. MOREIRA ALVES, de tal modo que, à semelhança do que ocorre na espécie destes autos, não deduzida, em caráter subsidiário, qualquer impugnação contra a norma, que, alegadamente eivada do vício de inconstitucionalidade, foi revogada pelas regras expressamente atacadas em sede de fiscalização concentrada, torna-se inviável conhecer, em face de tal omissão processual, da própria ação direta."

(...)

62. O Ponto é saber se procedem definitivamente tais objeções à norma questionada ou à sua aplicação para recusar, por inconstitucionalidade, a aplicabilidade da legislação anterior àquela objeto da ação direta.

63. A possibilidade dessa recusa, expressa no ordenamento austríaco, tem sido igualmente aceita em Portugal, por interpretação conjugada do art. 282º, 2 e 4, da Constituição ( ).

64. À invocação do princípio do pedido não tem a doutrina lusitana emprestado força decisiva.

65. "Nas hipóteses de repristinação de uma norma anterior" – comentam Canotilho e Vital Moreira ( ) – "coloca-se o problema de saber se o TC pode conhecer da inconstitucionalidade das normas repristinadas. Em sentido negativo pode invocar-se o princípio da congruência ou da limitação do TC ao pedido; em sentido positivo é lícito

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 2461597.

argumentar-se com o caráter consequencial da apreciação da inconstitucionalidade das normas repristinadas. A solução afirmativa comporta ainda duas variantes: (1) o TC conhece da inconstitucionalidade das normas repristinadas, podendo declará-las inconstitucionais, evitando a sua repristinação; (2) o TC conhece apenas da inconstitucionalidade das normas repristinadas, mas não a declara, podendo apenas invocar a inconstitucionalidade justamente para evitar o efeito repristinatório (ao abrigo do nº 4). A primeira variante, embora pudesse trazer certeza ao ordenamento jurídico, implicaria ou poderia implicar um alargamento ad aeternum do pedido (possibilidade de ter de enfrentar a repristinação de normas que por sua vez tenham revogado outras)".

66. "No caso de a norma repristinada ser inconstitucional" – reafirma Canotilho, na obra sistemática ( )– "não está vedada ao TC a possibilidade de conhecer dessa inconstitucionalidade para fundar nela a recusa de efeitos repristinatórios (cfr. Ac. TC 56/84...) (...) Mais duvidosa (por violar o princípio do pedido) é a possibilidade de o TC conhecer e declarar a inconstitucionalidade das normas repristinadas".

(...)

68. No Brasil, Daniel Sarmento ( ) resolve a questão na mesma trilha: "o STF não precisa declarar a inconstitucionalidade da norma revogada, mas ele pode apreciá-la apenas para os fins específicos de conceder, ou não, efeitos repristinatórios à decisão de pronúncia de inconstitucionalidade da norma revogadora. Não se trata, portanto, de exercer a fiscalização abstrata daquele ato normativo, mas sim de analisar a sua validade, para os fins específicos de modulação dos efeitos da decisão no controle da norma posterior".

69. A opinião de Zeno Veloso ( ) é mais incisiva, no sustentar que "pode e deve o Excelso Pretório estender a

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 2461597.

declaração de inconstitucionalidade à norma pretérita (...) Se esta norma antiga, que vai ressuscitar, agride e afronta o Texto Magno – quiçá com maior vigor, intensidade e escândalo do que o preceito que a havia revogado (...) a pura lógica e sós princípios teóricos não podem se sobrepor ao mais evidente interesse da segurança social e da defesa do ordenamento jurídico".

70. Sem tanta audácia quanto o jurista paraense, também se me afigura que levar, no tópico, às últimas conseqüências o princípio do pedido ou da congruência desvela a tendência – que, de outras feitas, já tenho denunciado -, de transplante sem maior reflexão dos dogmas do processo civil comum – corolário do caráter dispositivo das pretensões privadas em jogo – para o processo objetivo – de forma jurisdicional, mas, de objetivo político – do controle abstrato de normas á luz da Constituição.

71. Dispenso-me da demonstração da obviedade de que a ação direta não se instituiu para a tutela de pretensões de direito dos sujeitos legitimados para propô-la, mas, sim, como instrumento de salvaguarda da higidez da ordem jurídica.

72. Os legitimados para as ações diretas não o são como titulares do direito de ação preordenado a dar acesso à jurisdição de pretensões próprias, de que possam dispor, mas, sim, como órgãos do sistema de salvaguarda da supremacia da Constituição, fundamento da escala hierárquica do ordenamento jurídico positivo.

73. A recepção do princípio da demanda no processo objetivo da jurisdição constitucional há de ser dimensionada a partir dessa perspectiva institucional do sistema de controle abstrato de normas, sob o ângulo da qual só a explica a preocupação de antepor a inércia do tribunal constitucional às tentações de um ativismo propenso à ditadura judicial.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 2461597.

74. Só assim se compreende por que, no processo do controle abstrato, a exigência da iniciativa do legitimado a provocá-lo convive, por exemplo, com a ineficácia da desistência da ação direta, cuja vedação – virtualmente universal – não sofre contestações.

75. Sob premissas, não hesito em perfilhar entendimento similar ao da doutrina portuguesa e, entre nós, de Daniel Sarmento, para entender possa o Tribunal sobrepor apreciar *(sic)* incidente a constitucionalidade à lei precedente à impugnada, a fim de, se a entende igualmente inválida, obstar a sua revivescência conseqüente à declaração de inconstitucionalidade do que a tenha revogado.

76. A recusa da repristinação se fundará, na hipótese, em juízo similar ao da declaração incidente de inconstitucionalidade de norma cuja validade seja prejudicial da decisão a tomar, que sempre se pode dar de ofício e que nada exclui possa ocorrer no julgamento de uma ação direta de inconstitucionalidade, onde, como sucede no sistema brasileiro, um mesmo tribunal, o STF, cumule as funções de órgão exclusivo do controle abstrato com o de órgão de cúpula do sistema difuso.

78. Com efeito, na situação cogitada, é patente que o afastamento por inconstitucionalidade da revivescência da legislação anterior – tal como sucederia com a declaração incidente de sua invalidade -, não gerará efeitos equiparáveis à da declaração na via principal da ação direta: basta considerar que será despida de eficácia retroativa erga omnes e vinculante para outros efeitos senão os do voto à sua "repristinação".

78. Sem ignorar que à analogia se pudessem contrapor sutis distinções, a elas entendo que se hão de sobrepor o imperativo de não elevar o princípio do pedido a empecilho

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 2461597.

> **intransponível à suspensão cautelar da lei questionada ou mesmo à admissibilidade da ação direta, que a impugne, quando a situação de inconstitucionalidade com enunciado acaso já se manifestasse na legislação anterior.**
>
> **...**
>
> 80. De tudo, rejeito a argüição e declaro constitucional a norma expressa na oração "salvo manifestação em sentido contrário", da parte final do § 2º do art. 11 da L. 9868/99: é o meu voto." (Grifei)

O voto do Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE foi acolhido por **não escassa maioria**, como se extrai à certidão de julgamento, que transcrevo com grifos:

> "Decisão: O Tribunal, por unanimidade, rejeitou a preliminar de ilegitimidade ativa da Confederação Nacional das Profissões Liberais – CNPL. Votou a Presidente. No mérito, após o voto do Senhor Ministro Sepúlveda Pertence (Relator), rejeitando a argüição de inconstitucionalidade por omissão, relativamente aos artigos 17 e 18, §§ 1º e 2º, da Lei nº 9.868/99, pediu vista a Senhora Ministra Cármen Lúcia. O Tribunal, por unanimidade, também rejeitou a impugnação da inconstitucionalidade do artigo 26. Por maioria, rejeitou a impugnação de inconstitucionalidade da expressão "salvo expressa manifestação em sentido contrário", contida na parte final do § 2º do artigo 11, e do artigo 21, **vencido, em ambos, o Senhor Ministro Marco Aurélio**. Votou a Presidente. Em seguida, relativamente ao artigo 27, o julgamento foi suspenso por falta de quorum, ante as ausências ocasionais da Senhora Ministra Ellen Gracie (Presidente) e Carlos Britto. Impedido o Senhor Ministro Gilmar Mendes. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Eros Grau. Falou pela requerente o Dr. Amadeu Roberto Garrido de Paula. Plenário, 14.02.2007."

Em 16/08/2007, esse julgamento foi retomado e, após o voto do

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 2461597.

Relator, que declarava a inconstitucionalidade do art. 27 da Lei nº 9.868/99, foi suspenso e assim permanece, a pedido de vista da Ministra CÁRMEN LÚCIA.

Pois bem. Dúvida não me fica, reafirmo, quanto à existência de idêntico vício formal, no que respeita ao Decreto nº 3.912/2001, razão por que lhe não concedo efeitos repristinatórios.

3. Há, também, inconstitucionalidade material.

E, nesse aspecto, mais uma vez, a argumentação do Partido requerente tem consistência irrecusável.

Quero inicialmente colocar-me ao lado da ponderação sempre lúcida do ex-Ministro CARLOS VELLOSO, que emitiu parecer acostado à manifestação do *amicus curiae* Confederação Nacional da Indústria – CNI e que está vazado nestes termos:

> "O Decreto 4.887, de 2003, além de inconstitucional, sob o ponto de vista formal, contém dispositivos ofensivos à Constituição. É dizer, contém normas materialmente inconstitucionais, normas que, mesmo se veiculadas mediante lei, apresentariam o mesmo vício. É que elas inovam e desvirtuam o disposto no art.68 do ADCT.
>
> Muito se escreveu a respeito do tema. A maioria dos trabalhos, bons trabalhos, é necessário registrar, são, entretanto, trabalhos metajurídicos, escritos sob o ponto de vista étnico – alguns chegam a falar num ramo do Direito, o Direito Étnico – sócio-antropológico e político. São bons trabalhos, repete-se, que pugnam mais pelo ideal de proteção aos descendentes dos quilombolas, o que é elogiável. Por tal razão, são muito mais de *lege ferenda* do que de *lege lata*, refletidores, portanto, do que devia ser, tendo em consideração os conceitos metajurídicos em que se assentam, do que efetivamente, é, tendo em linha de conta conceitos jurídicos."

Também a mim me impressionaram os trabalhos de respeitados antropólogos e juristas, dentre os quais relevo aquele desenvolvido pela

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 2461597.

Sociedade Brasileira de Direito Público[3], para a Fundação Palmares, sob a coordenação do Professor CARLOS ARY SUNDFELD, e que consubstancia ampla análise do tema, sob os aspectos constitucional e administrativo. É admirável o esforço que desenvolveram, em ambas as áreas do conhecimento, numa perspectiva tão humanista quanto de apurada consciência social.

Convencido da inconstitucionalidade do diploma impugnado, não posso, todavia, furtar-me a sopesar, com igual atenção, o crescimento dos conflitos agrários e o incitamento à revolta que a usurpação de direitos dele decorrente pode trazer, se já a não trouxe. É que o nobre pretexto de realizar *justiça social*, quando posto ao largo da Constituição, tem como conseqüência inevitável a desestabilização da *paz social,* o que o Estado de Direito não pode nem deve tolerar. Antes, deve afastar, como é óbvio.

Por essa especial razão, também li artigos e editoriais publicados pela mídia, assim como obras escritas pelos que já se vinham opondo ao Decreto nº. 4.887/2003, a exemplo do jornalista NELSON RAMOS BARRETO, autor da "*Revolução Quilombola – Guerra Racial – Confisco Agrário e Urbano – Coletivismo*", Artpress Indústria Gráfica e Editora Ltda., 2007. Depois retornaremos a este ponto, para focalizar situações que, por todo o País, dão prova das perplexidades que hão de ser enfrentadas.

Creio oportuno, desde logo, já passados 23 anos desde a nova Carta, proceder a breve histórico da legislação federal, estadual, municipal e internacional, ulterior ao artigo 68 do ADCT.

Por ordem cronológica, o quadro normativo teve a seguinte evolução:

Âmbito Federal

(1) Portaria INCRA nº. 307/95: normatização pioneira que determinava que as comunidades quilombolas tivessem suas áreas medidas, demarcadas e tituladas:

---

3 *Comunidades Quilombolas – Direito à Terra*, publicado pela Fundação Cultural Palmares, em outubro de 2002.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 2461597.

> "**I** - Determinar que as comunidades remanescentes de quilombos, como tais caracterizadas, insertas em áreas públicas federais, arrecadadas ou obtidas por processo de desapropriação, sob a jurisdição do INCRA, tenham suas áreas medidas e demarcadas, bem como tituladas, mediante a concessão de título de reconhecimento, com cláusula "pro indiviso", na forma do que sugere o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal";

(2) Medida Provisória 1.911/ 99 : insere no rol de atribuições do Ministério da Cultura a de dar cumprimento ao disposto no art. 68 do ADCT (pela introdução da alínea "*c*" no art. 14, inc. V, da Lei nº. 9.649, de 27 de maio de 1998 – Lei de Organização da Presidência da República e dos Ministérios):

> "Art.14. Os assuntos que constituem área de competência de cada Ministério são:
>
> (...)
>
> V – Ministério da Cultura:
>
> a) política nacional da cultura;
>
> b) proteção do patrimônio histórico e cultural;
>
> c) cumprimento do disposto no art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias"

(3) Portaria do Ministério da Cultura nº. 447, de 02 de dezembro de 1999: delega à Fundação Cultural dos Palmares – FCP, criada em 22 de agosto de 1988, pela Lei nº. 7.668/1988, competência para praticar e assinar os atos necessários ao cumprimento do art. 68 do ADCT.

Em verdade, a constituição dessa Fundação só foi viabilizada com a edição do **Decreto n º 418, de 10 de janeiro de 1992**, que aprovou o seu estatuto:

> "Art. 1° A Fundação Cultural Palmares, fundação pública, instituída por autorização da Lei n° 7.668, de 22 de agosto de

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 2461597.

1988, vincula-se à Secretaria da Cultura da Presidência da República, nos termos do art. 30 do Decreto n° 99. 244, de 10 de maio de 1990.

Parágrafo único. A Fundação Cultural Palmares, com sede e foro em Brasília, Distrito Federal, terá prazo de duração indeterminado."

(4) Medida Provisória n° 2.123-27/2000: acrescenta o inciso III e o parágrafo único ao art. 2° da Lei n° 7.668/ 88 e especifica as atribuições da Fundação Palmares:

"Art. 2º - A Fundação Cultural Palmares - FCP poderá atuar, em todo o território nacional, diretamente ou mediante convênios ou contrato com Estados, Municípios e entidades públicas ou privadas, cabendo-lhe:

I- promover e apoiar eventos relacionados com seus objetivos, inclusive visando à interação cultural, social, econômica e política do negro no contexto social do país;

II - promover e apoiar o intercâmbio com outros países e com entidades internacionais, através do Ministério das Relações Exteriores, para a realização de pesquisas, estudos e eventos relativos à história e à cultura dos povos negros;

III - realizar a identificação dos remanescentes das comunidades dos quilombos, proceder ao reconhecimento, à delimitação e à demarcação das terras por eles ocupadas e conferir-lhes a correspondente titulação.

Parágrafo único. A Fundação Cultural Palmares - FCP é também parte legítima para promover o registro dos títulos de propriedade nos respectivos cartórios imobiliários". (Grifamos).

(5) MP 2.123-28/2001[4]: altera a redação do art. 14, inc. IV, "c", da Lei de Organização da Presidência da República e dos Ministérios e especifica as competências do Ministério da Cultura:

4 Atual MP nº 2.216 – 37/2001 (mantida a redação do art. 14)

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 2461597.

"Art. 14. Os assuntos que constituem área de competência de cada Ministério são os seguintes:

(...)

IV - Ministério da Cultura:

a) política nacional da cultura;

b) proteção do patrimônio histórico e cultural;

c) aprovar a delimitação das terras dos remanescentes das comunidades dos quilombos, bem como determinar as suas demarcações, que serão homologadas mediante decreto." (Grifamos).[5]

(6) Decreto n° 3.912, de 10 de setembro de 2001: regulamenta "as disposições relativas ao processo administrativo para identificação dos remanescentes das comunidades dos quilombos e para o reconhecimento, a delimitação, a demarcação, a titulação e o registro imobiliário das terras por eles ocupadas".

Tal decreto presidencial foi editado à luz das conclusões expostas em parecer da subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República, **Parecer SAJ n° 1.490, de 10 de setembro de 2001,** subscrito pelo Assessor Especial, CLÁUDIO TEIXEIRA DA SILVA. A manifestação dessa unidade jurídica apoiou-se em *"informações fornecidas pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA, no sentido de que o Senhor Ministro de Estado do Desenvolvimento Agrário estaria na iminência de baixar atos administrativos visando a autorizar desapropriações de terras ocupadas por remanescentes de comunidades dos quilombos, com a pretensão de dar cumprimento ao art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT)."*

Foram estas as conclusões acerca do alcance da norma constitucional:

---

5 A alínea "c", do inc. IV, do art. 14 da Lei nº 9.649/98, e o art. 2º, III, § único da Lei nº 7.668/88, ainda mantém a redação dada pela Medida Provisória nº 2.216-37, de 31 de agosto de 2001. Tal MP vigora em razão do disposto no art. 2º da Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001: ***"As medidas provisórias editadas em data anterior à da publicação desta emenda continuam em vigor até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional."***

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 2461597.

(a) posse: reconhecimento da posse qualificada, centenária, contínua, específica, exercida com ânimo de dono e existente em 05 de outubro de 1988, como requisito essencial à declaração do direito de propriedade aos remanescentes das comunidades quilombolas. Confira-se:

> "O exame dos atos administrativos em questão tem como ponto de partida o disposto no art. 68 do ADCT, já que é ele o fundamento jurídico da pretensão do Ministério do Desenvolvimento Agrário.
>
> Dispõe o citado artigo da Constituição que *"aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos"*.
>
> O enunciado do dispositivo inicia com a oração "Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras". Daí decorrem duas afirmações importantes para a fixação do alcance da norma constitucional.
>
> A primeira refere-se ao reconhecimento da posse prolongada, contínua, específica e *cum animo domini* que as pessoas beneficiadas com a aplicação do art. 68 do ADCT tenham no momento da promulgação da Constituição de 1988. Com efeito, da ligação entre o adjetivo remanescentes, empregado "para designar coisas ou pessoas que ficam ou que subsistem, após o evento de qualquer fato" (De Plácido e Silva, Vocabulário Jurídico, Forense, Vol. IV, p. 87), e a expressão "ocupando suas terras" surge a idéia de continuidade da posse, transmitida de geração em geração, de forma pacífica e exercida sempre com intenção de dono.
>
> A segunda diz respeito à existência daquela posse qualificada, em 05 de outubro de 1988, como requisito essencial para o reconhecimento do direito de propriedade aos remanescentes ("que estejam ocupando")."

(b) propriedade: declaração da propriedade definitiva, como direito subjetivo preexistente (certeza do direito), com o objetivo de conferir segurança jurídica aos remanescentes das comunidades quilombolas.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 2461597.

(c) atribuição da União, perante desapropriação: cinge-se à emissão dos títulos de propriedade aos remanescentes, para posterior registro público, vedada a desapropriação:

> "A parte final da norma constitucional também indica a correção da exegese exposta, pois apenas autoriza o Estado a emitir os títulos de propriedade aos remanescentes das comunidades dos quilombos. Significa isso que a União somente tem a atribuição de emitir documento escrito no qual fique expresso o direito de propriedade reconhecido pela própria Constituição aos remanescentes, para que estes possam registrá-lo no competente cartório de registro de imóveis. Novamente, fica patente a preocupação do constituinte de 1988 com a segurança jurídica.
>
> Pelos argumentos até o momento expendidos, nota-se que é inadmissível a desapropriação de terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos que visa reconhecer a estes a propriedade daqueles imóveis. A autorização constitucional para a intervenção da União nos casos disciplinados pelo citado artigo cinge-se à emissão de títulos de propriedade.
>
> Além do mais, o próprio conceito de desapropriação impede que a União leve a efeito os atos administrativos questionados. Segundo Maria Sylvia Zanella di Pietro, *"desapropriação é o procedimento administrativo pelo qual o poder público ou seus delegados, mediante prévia declaração de necessidade pública ou interesse social, impõe ao proprietário a perda de um bem, substituindo-o em seu patrimônio por justa indenização"* (Direito Administrativo, Atlas, 12ª ed., p. 151).
>
> Ora, a desapropriação, praticada com o fim de expropriar o imóvel de determinada pessoa para, posteriormente, transferir-lhe de novo a propriedade daquele mesmo bem, certamente não atende à necessidade pública, à utilidade pública ou ao interesse social. O máximo que esse ato administrativo pode atender é ao interesse particular do

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 2461597.

proprietário do imóvel, que se beneficiará ilicitamente com recursos e bem públicos.

Cumpre assinalar ainda que tal ato administrativo não imporia ao proprietário a perda do seu imóvel, conseqüência necessária da desapropriação. Em última análise, essa intervenção estatal na propriedade apenas causaria a expropriação temporária e lucrativa do imóvel, substituindo, no patrimônio do expropriado, a momentânea perda não só pela justa indenização, mas também pelo próprio bem objeto da desapropriação.

No caso, o Ministério do Desenvolvimento Agrário pretende justamente praticar essa espécie de ato ilícito, porque tem a intenção de desapropriar terras cujas propriedades já são, por força do art. 68 do ADCT, dos remanescentes das comunidades dos quilombos para, em momento posterior, beneficiá-los com a transmissão do domínio daqueles mesmos bens imóveis expropriados.

Portanto, os atos administrativos que podem vir a ser praticados pelo Senhor Ministro de Estado do Desenvolvimento Agrário afrontarão o art. 68 do ADCT, como visto, bem assim o *caput* do art. 37 da Constituição, que impõe aos administradores públicos o respeito ao princípio da legalidade."

(d) processo administrativo de reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras dos remanescentes das comunidades quilombolas: tais competências são exclusivas do Ministério da Cultura e da Fundação Palmares:

"No âmbito infraconstitucional, os obstáculos à concretização da desapropriação por parte do Ministério do Desenvolvimento Agrário e do INCRA aumentam.

O art. 2° da Lei n° 7.668, de 22 de agosto de 1988, alterado pelo art. 8° da Medida Provisória n° 2.216, de 31 de agosto de 2001, preceitua:

"Art. 2° A Fundação Cultural Palmares - FCP poderá atuar,

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 2461597.

em todo o território nacional, diretamente ou mediante convênios ou contratos com Estados, Municípios e entidades públicas ou privadas, cabendo-lhe:

(...)

III - realizar a identificação dos remanescentes das comunidades dos quilombos, proceder ao reconhecimento, à delimitação e à demarcação das terras por eles ocupadas e conferir- lhes a correspondente titulação.

Parágrafo único. A Fundação Cultural Palmares - FCP é também parte legítima para promover o registro dos títulos de propriedade nos respectivos cartórios imobiliários".

Já o art. 14 da Lei n° 9.649, de 27 de maio de 1998, com a redação dada pelo art. 1 ° da citada medida provisória, estabelece:

"Art. 14. Os assuntos que constituem área de competência de cada Ministério são os seguintes:

(...)

IV - Ministério da Cultura: (...)

c) aprovar a delimitação das terras dos remanescentes das comunidades dos quilombos, bem como determinar as suas demarcações, que serão homologadas mediante decreto".

O art. 2°, inciso III, da Lei n° 7.668, de 1988, é claro e expresso ao fixar a competência exclusiva da Fundação Cultural Palmares para, no âmbito da Administração Pública Federal, instaurar o processo de reconhecimento da propriedade das terras ocupadas pelos remanescentes das comunidades dos quilombos, dar-lhe andamento e finalizá-lo com a emissão dos respectivos títulos.

Também é claro e expresso o art. 14, inciso IV, alínea c, da Lei n° 9.649, de 1988, ao estabelecer a competência exclusiva do Ministério da Cultura para aprovar a delimitação e determinar a demarcação das terras cuja propriedade foi reconhecida pela Constituição aos remanescentes.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 2461597.

> A leitura desses dois artigos de lei deixa clara a incompetência do Ministério do Desenvolvimento Agrário e do INCRA para iniciarem o processo administrativo de reconhecimento da propriedade das terras dos remanescentes das comunidades dos quilombos, ou para promoverem as suas delimitações e demarcações. Tais competências, repita-se, são exclusivas, respectivamente, da Fundação Cultural Palmares e do Ministério da Cultura.
>
> Ademais, se nem a Fundação Cultural Palmares e o Ministério da Cultura, que têm a competência exclusiva para reconhecer o direito de propriedade aos remanescentes das comunidades dos quilombos, não podem desapropriar os imóveis referidos no art. 68 do ADCT, impossível admitir que o Ministério do Desenvolvimento Agrário ou o INCRA expro priem esses bens com a finalidade de dar cumprimento ao citado dispositivo constitucional.
>
> Convém salientar que eventuais desapropriações praticadas pelo Ministério do Desenvolvimento Agrário ou pelo INCRA, sob o fundamento equivocado de cumprir o art. 68 do ADCT, não terão apenas conseqüências administrativas, como por exemplo, a nulidade dos atos. Em verdade, aqueles atos administrativos, se levados a efeito, poderão caracterizar conduta tipificada no Código Penal como crime praticado por funcionário público contra a administração em geral, bem como configurar ato de improbidade administrativa descrito na Lei n° 8.429, de 2 de junho de 1992."

(7) Decreto nº. 4.883, de 20 de novembro de 2003: Transfere do Ministério da Cultura para o Ministério do Desenvolvimento Agrário a competência para delimitar as terras dos remanescentes das comunidades dos quilombos, bem como para determinar demarcações e expedir os títulos de propriedade:

> "Art. 1º Fica transferida do Ministério da Cultura para o Ministério do Desenvolvimento Agrário a competência relativa a delimitação das terras dos remanescentes das comunidades

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 2461597.

dos quilombos, bem como a determinação de suas demarcações, estabelecida no inciso VI, alínea "c", do art. 27 da Lei nº. 10.683, de 28 de maio de 2003.

Parágrafo único. Compete ao Ministério do Desenvolvimento Agrário a expedição dos títulos das terras a que se refere o caput deste artigo.

Art. 2º Compete ao Ministério da Cultura assistir e acompanhar o Ministério do Desenvolvimento Agrário e o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA nas ações de regularização fundiária para garantir a preservação da identidade cultural dos remanescentes das comunidades dos quilombos. (...)"

(8) Decreto nº. 4.887, de 20 de novembro de 2003 – o diploma ora em análise

(9) Portaria INCRA nº 20/2005: regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação, desintrusão, titulação e registro das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que tratam o Art. 68 do ADCT.

Determina, no art. 7º, que:

"§ 2º *A auto-definição da Comunidade será certificada pela Fundação Cultural Palmares – FCP, mediante* ***Certidão de Registro no Cadastro Geral de Remanescentes de Comunidades de Quilombos do referido órgão****, nos termos do § 4º, do artigo 3º, do Decreto 4.887/2003.*

§ 3º O processo que não contiver a Certidão de Registro no Cadastro Geral de Remanescentes de Comunidades de Quilombos da FCP será remetido pelo INCRA, por cópia, àquela Fundação, para as providências de registro, ***não interrompendo o prosseguimento administrativo respectivo.****" (Grifou-se)*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 2461597.

(10) Portaria Fundação Cultural Palmares nº 98/2007: institui o "*Cadastro Geral de Remanescentes das Comunidades dos Quilombos da Fundação Cultural Palmares*".

(11) Projeto de decreto legislativo – PDC – 44/2007: de autoria dos Deputados VALDIR COLLATO (PMDB-SC) e Waldir Neves (PSDB- MS) prevê a suspensão do conteúdo principal do decreto impugnado e manutenção, tão-só, dos artigos de natureza administrativa. Já tramitou pelas Comissões de Direitos Humanos e Minorias (que é pela rejeição), de Agricultura, Pecuária, Abastecimento e Desenvolvimento Rural (que é pela aprovação) e está atualmente na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, com parecer do Relator pela constitucionalidade.

(12) Instrução Normativa INCRA nº 49/2008: revoga a Instrução Normativa INCRA nº 20/2005 e dispõe (art. 7º, § 3º) que os procedimentos de identificação e delimitação das terras reivindicadas "***somente terão início após a apresentação da certidão prevista no parágrafo único do artigo 6º***" (Grifou-se) - Certidão de Registro no Cadastro Geral de Remanescentes de Comunidades de Quilombos da Fundação Cultural Palmares, já exigida pela Instrução Normativa INCRA nº 20/2005, mas que não interrompia o prosseguimento do processo administrativo de titulação.

Estabelece, também, novos requisitos para o procedimento de identificação dos limites dos territórios reivindicados (art. 10) e atribui efeito suspensivo a contestações oferecidas por interessados.

(13) Decreto nº 6.853/2009: aprova o Estatuto e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções Gratificadas da Fundação Cultural Palmares - FCP, e altera o art. 1º desse Estatuto, que passa a ter a seguinte redação:

> "Art. 1º A Fundação Cultural Palmares - FCP, fundação pública, instituída por autorização da Lei no 7.668, de 22 de agosto de 1988, vinculada ao Ministério da Cultura, tem sede e

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 2461597.

foro em Brasília, Distrito Federal e prazo de duração indeterminado"

(14) Instrução Normativa INCRA nº 56/2009: revoga a Instrução Normativa INCRA nº 49/2008 e torna mais simples o procedimento de identificação e delimitação das terras reivindicadas. Vigeu por apenas treze dias.

(15) Instrução Normativa INCRA nº 57/2009: resgata o texto da Instrução Normativa INCRA nº 49/2008. É a norma que vige atualmente.

(16) Lei nº 12.288/2010: Institui o Estatuto da Igualdade Racial: trata dos quilombolas nos seguintes artigos:

> "Art. 8º - Constituem objetivos da Política Nacional de Saúde Integral da População Negra:
>
> (…)
>
> Parágrafo único. Os moradores das comunidades de remanescentes de quilombos serão beneficiários de incentivos específicos para a garantia do direito à saúde, incluindo melhorias nas condições ambientais, no saneamento básico, na segurança alimentar e nutricional e na atenção integral à saúde."
>
> (...)
>
> 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.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 2461597.

(…)

Art. 31. Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos.

Art. 32. O Poder Executivo federal elaborará e desenvolverá políticas públicas especiais voltadas para o desenvolvimento sustentável dos remanescentes das comunidades dos quilombos, respeitando as tradições de proteção ambiental das comunidades.

Art. 33. Para fins de política agrícola, os remanescentes das comunidades dos quilombos receberão dos órgãos competentes tratamento especial diferenciado, assistência técnica e linhas especiais de financiamento público, destinados à realização de suas atividades produtivas e de infraestrutura.

Art. 34. Os remanescentes das comunidades dos quilombos se beneficiarão de todas as iniciativas previstas nesta e em outras leis para a promoção da igualdade étnica."

Âmbito Estadual/Municipal

Dezenove estados brasileiros contam com alguma legislação que versa sobre os quilombolas: Amapá, Bahia, Espírito Santo, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Pará, Paraíba, Pernambuco, Piauí, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul, Santa Catarina, São Paulo, Sergipe e Tocantins.

A atualização do repertório, realizada em julho de 2001 pela Comissão Pró-Índio de São Paulo – CPI, identificou na esfera estadual um conjunto de 123 normas: 05 Constituições Estaduais (Bahia, Goiás, Maranhão, Mato Grosso e Pará); 02 leis complementares; 39 leis

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 2461597.

ordinárias; 73 decretos; 02 instruções normativas, 01 norma de execução e 01 regulamento.

Ao lado das normas que disciplinam o procedimento para a titulação, foram identificadas outras iniciativas tendentes à garantia de direitos territoriais desses grupos étnicos. Dentre elas, a Comissão Pró-Índio sublinha: **(1)** os decretos de desapropriação nºs. 5.273/02 e 5.382/02, assinados pelo Governador do Pará, em 2002 (primeiro caso brasileiro em que se recorreu à desapropriação para garantir a titulação de terras de quilombo), e **(2)** a iniciativa de São Paulo, que alterou parcialmente a legislação que cria a Área de Proteção Ambiental Serra do Mar e os Parques Estaduais de Jacupiranga e Intervales, com vistas a garantir os direitos das comunidades quilombolas cujas terras incidiam dentro dessas unidades de conservação.

Na esfera municipal, registram-se: **(a)** a edição da Lei nº. 9.929, de 11 de janeiro de 2006, do Município de Porto Alegre, que institui Área Especial de Interesse Cultural (AEIC) em uma gleba localizada no Bairro Três Figueiras, com vistas ao reconhecimento de área remanescente de quilombo, ocupada pela comunidade Família Silva; **(b)** o Decreto 14.055, de 05 de agosto de 2010, da Secretaria Municipal de Governo de Belo Horizonte, que estabelece restrições de parcelamento, uso e ocupação do solo na área em processo de reconhecimento e demarcação do Quilombo de Mangueiras, na região Norte do Município de Belo Horizonte, e **(c)** no Rio Grande do Sul, a Lei estadual nº 13.694 de 11 de janeiro de 2011, que instituiu o Estatuto da Igualdade Racial, o qual remete ao art. 68 do ADCT da Constituição Federal.

Âmbito Internacional

Também vem da Comissão Pró-Índio de São Paulo a informação de que, além do Brasil, países como Colômbia, Equador, Suriname, Nicarágua, Honduras e Belize possuem comunidades de afro-descendentes que se identificam como grupos étnicos e reivindicam direitos correlatos.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 2461597.

As constituições de alguns países latino-americanos cuidam do direito à terra de afro-latinos, descendentes de escravos fugidos (conhecidos como quilombolas no Brasil, cimarrones na Colômbia, e creoles e garífunas na América Central) e que vêm ocupando terras por várias gerações. É o caso da Colômbia (1991), do Equador (1988) e da Nicarágua (1987), sendo este o único país a fazê-lo um ano antes do Brasil. Transcrevo esses textos constitucionais, e assinalo que nenhum deles vai além do reconhecimento de terras tradicionalmente ocupadas por aquelas comunidades:

COLÔMBIA - CONSTITUICIÓN POLÍTICA (1991)

"Artículo 7: El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana.

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

En la comisión especial de que trata el inciso anterior tendrán participación en cada caso representantes elegidos por las comunidades involucradas.

La propiedad así reconocida sólo será enajenable en los términos que señale la ley.

La misma ley establecerá mecanismos para la protección de la identidad cultural y los derechos de estas comunidades, y para el fomento de su desarrollo económico y social.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 2461597.

Parágrafo 1. Lo dispuesto en el presente artículo podrá aplicarse a otras zonas del país que presenten similares condiciones, por el mismo procedimiento y previos estudio y concepto favorable de la comisión especial aquí prevista.

Parágrafo 2. Si al vencimiento del término señalado en este artículo el Congreso no hubiere expedido la ley a la que el se refiere, el Gobierno procederá a hacerlo dentro de los seis meses siguientes. " (Grifos nossos).

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE ECUADOR (1998)

"Art. 83.- Los pueblos indígenas, que se autodefinen como nacionalidades de raíces ancestrales, y los pueblos negros o afroecuatorianos, forman parte del Estado ecuatoriano, único e indivisible.

Art. 84.- El Estado reconocerá y garantizará a los pueblos indígenas, de conformidad con esta Constitución y la ley, el respeto al orden público y a los derechos humanos, los siguientes derechos colectivos:

1. Mantener, desarrollar y fortalecer su identidad y tradiciones en lo espiritual, cultural, lingüístico, social, político y económico.

2. Conservar la propiedad imprescriptible de las tierras comunitarias, que serán inalienables, inembargables e indivisibles, salvo la facultad del Estado para declarar su utilidad pública. Estas tierras estarán exentas del pago del impuesto predial.

3. Mantener **la posesión ancestral** de las tierras comunitarias y a obtener su adjudicación gratuita, conforme a la ley.

4. Participar en el uso, usufructo, administración y conservación

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 2461597.

de los recursos naturales renovables que se hallen en sus tierras.

5. Ser consultados sobre planes y programas de prospección y explotación de recursos no renovables que se hallen en sus tierras y que puedan afectarlos ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten, en cuanto sea pos ible y recibir indemnizaciones por los perjuicios socio-ambientales que les causen.

6. Conservar y promover sus prácticas de manejo de la biodiversidad y de su entorno natural.

7. Conservar y desarrollar sus formas tradicionales de convivencia y organización social, de generación y ejercicio de la autoridad.

8. A no ser desplazados, como pueblos, de sus tierras.

9. A la propiedad intelectual colectiva de sus conocimientos ancestrales; a su valoración, uso y desarrollo conforme a la ley.

10. Mantener, desarrollar y administrar su patrimonio cultural e histórico.

11. Acceder a una educación de calidad. Contar con el sistema de educación intercultural bilingüe.

12. A sus sistemas, conocimientos y prácticas de medicina tradicional, incluido el derecho a la protección de los lugares rituales y sagrados, plantas, animales, minerales y ecosistemas de interés vital desde el punto de vista de aquella.

13. Formular prioridades en planes y proyectos para el desarrollo y mejoramiento de sus condiciones económicas y sociales; y a un adecuado financiamiento del Estado.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 2461597.

14. Participar, mediante representantes, en los organismos oficiales que determine la ley.

15. Usar símbolos y emblemas que los identifiquen.

Art. 85.- El Estado reconocerá y garantizará a los pueblos negros o afroecuatorianos, los derechos determinados en el artículo anterior, en todo aquello que les sea aplicable."

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE NICARAGUA (1987, CON REFORMAS DE 1995)

"Arto. 89 Las comunidades de la Costa Atlántica son parte indisoluble del pueblo nicaragüense y, como tal, gozan de los mismos derechos y tienen las mismas obligaciones.

Las comunidades de la Costa Atlántica tienen el derecho de preservar y desarrollar su identidad cultural en la unidad nacional; dotarse de sus propias formas de organización social y administrar sus asuntos locales conforme a sus tradiciones.

El Estado reconoce las formas comunales de propiedad de las tierras de las comunidades de la Costa Atlántica. Igualmente reconoce el goce, uso y disfrute de las aguas y bosques de sus tierras comunales.

Arto. 90 Las comunidades de la Costa Atlántica tienen derecho a la libre expresión y preservación de sus lenguas, arte y cultura. El desarrollo de su cultura y sus valores enriquece la cultura nacional. El Estado creará programas especiales para el ejercicio de estos derechos.

Arto. 91 El Estado tiene la obligación de dictar leyes destinadas a promover acciones que aseguren que ningún nicaragüense sea objeto de discriminación por razón de su lengua, cultura y origen."

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 2461597.

Pois bem. Focalizada a legislação, retorno à inconstitucionalidade material.

Parece-me inegável que o Parecer SAJ nº. 1.490, de 10 de setembro de 2001, determinante das linhas mestras do regramento anterior – Decreto nº. 3.912/2001 –, a par de contaminado do mesmo vício formal, se conteve nos limites traçados pelo legislador constituinte.

Em harmonia com esse documento, são postulados inerentes à incidência do art. 68 do ADCT, os seguintes:

I – DESTINATÁRIOS

São aqueles que subsistiam nos locais tradicionalmente conhecidos como quilombos, entendidos estes na acepção histórica, em 05 de outubro de 1988. Noutras palavras: os que, tendo buscado abrigo nesses locais (quilombos), antes ou logo após a abolição, lá permaneceram até a promulgação da Constituição de 1988.

No que respeita ao ano de 1888, não se deve emprestar rigor às situações que se constituíram depois do mês da abolição, dadas as dificuldades de comunicação que marcavam esse século. Foi o que não escapou à análise do parecerista CLAUDIO TEIXEIRA[6], no artigo intitulado "*O Usucapião Singular Disciplinado no Art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias*":

> "4. Firma-se o *ano de 1888* e não *o dia 13 de maio de 1888*, data precisa da abolição da escravidão, em razão da precariedade dos meios de comunicação dos atos oficiais existentes no século passado, que dificultavam sobremaneira a publicidade das leis nas diferentes partes do território brasileiro. Tal dificuldade era reconhecida até mesmo na legislação, cujos dispositivos estabeleciam momentos distintos para a vigência das leis em todo o império, conforme a distância da localidade relativamente à capital."

6 http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_28/artigos/Art_Claudio.htm

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 2461597.

Já no que tange ao conceito de *quilombos*, é de se ter presente que as muitas acepções que o termo admite são condicionadas por alguns fatores, tais quais, época, ponto de vista sociopolítico e a área do conhecimento daqueles que lidam com o tema. Ora, identificados os requisitos temporais acima vistos, é seguro afirmar que, para os propósitos do art. 68 do ADCT, o constituinte optou pela acepção histórica, que é conhecida de toda a gente. Dos Dicionários da língua portuguesa, Aurélio Século XXI e Houaiss, retiram-se as seguintes definições, respectivamente:

> "Esconderijo, aldeia, cidade ou conjunto de povoações em que se abrigavam escravos fugidos: "A palavra 'quilombo' teria o destino de ser usada com várias acepções, a mais famosa delas a de habitação de escravos fugidos, em Angola, e a desses refúgios e dos estados que deles surgiram no Brasil." (Alberto da Costa e Silva, A Enxada e a Lança, p. 507.)"

> "1. Local escondido, geralmente no mato, onde se abrigavam escravos fugidos; 2. povoação fortificada de negros fugidos do cativeiro, dotada de divisões e organização."

Reafirmo que os respeitáveis trabalhos desenvolvidos por juristas e antropólogos, que pretendem ampliar e modernizar o conceito de *quilombos*, guardam natureza metajurídica e por isso não têm, nem deveriam ter, compromisso com o sentido que apreendo ao texto constitucional. É que tais trabalhos, os quais denotam avanços dignos de nota no campo das ciências políticas, sociais e antropológicas, não estão inibidos ou contidos por limitações de nenhuma ordem, quando o legislador constituinte, é inegável, as impôs de modo textual. Não é por outra razão que o artigo 68 do ADCT alcança apenas certa categoria de pessoas, dentre outras tantas que, por variados critérios, poderiam ser identificadas como "quilombolas". Isso explica, aliás, a inserção desse dispositivo no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 2461597.

Também não creio que os destinatários da norma sejam necessariamente as comunidades.

Convenci-me deste último aspecto quando tomei conhecimento de que houve discussão formal no que respeita à redação do dispositivo, entre estas alternativas: se, *"Fica declarada a propriedade definitiva das terras ocupadas pelas* ***comunidades negras remanescentes dos quilombos*** *(...)"*, proposta pelo substitutivo do Deputado Bernardo Cabral[7], ou, como prevaleceu, *"****Aos remanescentes das comunidades dos quilombos*** *que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva (...)"*.

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

Donde, tenho por inconstitucionais:

(a) o art. 2º, *caput* e §§ 1º, 2º e 3º, do Decreto 4.887/2003[8], que estabelecem **(1)** o critério da auto-atribuição e autodefinição, para caracterizar quem são os remanescentes das comunidades de quilombolas; **(2)** a fixação de que são terras ocupadas por remanescentes, todas as possuídas a título de garantia de sua reprodução física, social

7 Conforme comentário do Professor Plínio Corrêa de Oliveira, referido por Nelson Ramos Barreto, *in*, *A Revolução Quilombola, 2007, pág. 26.*

8 "Art. 2º. Consideram-se remanescentes das comunidades dos quilombos, para os fins deste Decreto, os grupos étnico-raciais, segundo critérios de auto-atribuição, com trajetória histórica própria, dotados de relações territoriais específicas, com presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida.

§ 1º Para os fins deste Decreto, a caracterização dos remanescentes das comunidades dos quilombos será atestada mediante autodefinição da própria comunidade.

§ 2º São terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos as utilizadas para a garantia de sua reprodução física, social, econômica e cultural.

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

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 2461597.

econômica e cultural, (ocupação presumida); e **(3)** o critério de territorialidade eleito que, para a medição e demarcação das terras por titular, consiste tão-só na indicação dos próprios interessados;

(b) o art. 17[9], que prevê a outorga de título coletivo e pró-indiviso às comunidades de remanescentes, com obrigatória inserção de cláusula de inalienabilidade, imprescritibilidade e de impenhorabilidade.

Nem se diga que o critério da autodefinição é imperativo determinado pela Convenção 169 da Organização Mundial do Trabalho – OIT, sobre povos indígenas e tribais, aprovada pelo Congresso Nacional mediante o Decreto legislativo 143/2002 e promulgada pelo Presidente da República pelo Decreto nº. 5051/2004. Tal tratado, além de ser posterior ao decreto impugnado e de cuidar de outros grupos étnicos, prevê o critério da "consciência" como fundamental à determinação dos grupos aos quais se aplicam suas disposições, e não para a aquisição – é bom que se diga –, deste ou daquele direito.

II – POSSE

É reconhecida aos remanescentes das comunidades de quilombolas a posse, contínua, prolongada *(estejam ocupando)*, centenária (*que remanescem*), exercida com ânimo de dono (*suas terras)* e qualificada *(existente em 05 de outubro de 1988).*

III – PROPRIEDADE

É declarada a propriedade definitiva aos remanescentes das comunidades de quilombolas, com base em direito subjetivo preexistente (certeza do direito), com o objetivo de conferir-lhes a segurança jurídica que antes não possuíam. Ao Estado caberá apenas a emissão dos títulos

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

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 2461597.

de propriedade, para posterior registro no cartório competente.

Embora, a rigor, seja desnecessário nomear essa forma de aquisição de propriedade, disciplinada pelo artigo 68 do ADCT, é de se reconhecer que suas características muito a aproximam do instituto do usucapião, como bem notou CLÁUDIO TEIXEIRA[10]:

> "(...) **o art. 68 do ADCT prevê espécie singular de usucapião, diverso daqueles estabelecidos nos arts. 181 e 191 da Constituição e no Código Civil.**
>
> Caio Mário da Silva Pereira assim escreve sobre o citado instituto jurídico:
>
> "Daí podermos, reportando-nos aos civilistas como Lafayette Beviláqua, Espíndola, Mazeaud et Mazeaud, De Page, enunciar uma noção: Usucapião é a aquisição da propriedade ou outro direito real pelo decurso do tempo estabelecido e com a observância dos requisitos instituídos em lei. Mais simplificadamente, tendo em vista ser a posse que, no decurso do tempo e associada às outras exigências, se converte em domínio, podemos repetir, embora com a cautela de alterar para a circunstância de que não é qualquer posse senão a qualificada: Usucapião é a aquisição do domínio pela posse prolongada.
>
> Como se vê, dois elementos são básicos na aquisição per usucapionem: a posse e o tempo (...) "
>
> Ora, a aquisição da propriedade disciplinada no art. 68 do ADCT reúne esses dois elementos, porque o dispositivo, de um lado, reconhece a posse centenária, contínua e pacífica dos remanescentes sobre as terras dos quilombos (*posse prolongada*), e, de outro, atesta que eles a exercem com intenção de dono (*posse qualificada*). Pode-se afirmar, portanto, que essa norma constitucional, de fato, versa sobre espécie nova de usucapião.
>
> **E esse usucapião se apresenta como singular por duas razões específicas.** A primeira reside na **impossibilidade de sua ocorrência após a promulgação da Constituição de 1988**, pois o art. 68 do ADCT visou a consolidar um direito subjetivo

10 No Parecer já citado.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 2461597.

> cuja aquisição somente foi possível antes daquele termo. Pode-se reclamá-lo depois de 5 de outubro de 1988, porém inadmissível o seu nascimento após essa data. A segunda razão consiste na **possibilidade de os imóveis públicos serem usucapidos**, porque as ressalvas constantes do § 3º do art. 183 e do parágrafo único do art. 191 não se aplicam ao art. 68 do ADCT. Tais razões bem justificam a inserção desse usucapião singular no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias."

Em síntese, trata-se de nova espécie de usucapião constitucional, cujas singularidades são: **(a)** característica não prospectiva, no que respeita ao termo inicial da posse, necessariamente anterior à promulgação da Constituição de 1988; **(b)** autorização especial do constituinte originário para que os destinatários da norma pudessem usucapir imóveis públicos, o que, na mesma Carta, está vedado expressamente pelos artigos 183, § 3º, e 191, § único, que tratam do usucapião constitucional urbano e rural, os quais trazem ao particular o ônus de provar que o bem a ser usucapido é privado; e **(c)** desnecessidade de decreto judicial que declare a situação jurídica preexistente, exigível nas outras 04 espécies de usucapião: ordinário[11], extraordinário[12],

---

11 "**Art. 1.242 do CC**: Adquire também a propriedade do imóvel aquele que, contínua e incontestadamente, com justo título e boa-fé, o possuir por dez anos.
Parágrafo único. Será de cinco anos o prazo previsto neste artigo se o imóvel houver sido adquirido, onerosamente, com base no registro constante do respectivo cartório, cancelada posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido a sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico."

12 "**Art. 1.238 do CC**: Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.
Parágrafo único. O prazo estabelecido neste artigo reduzir-se-á a dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo."

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 2461597.

constitucional urbano[13] e rural[14].

IV – DESAPROPRIAÇÃO

Aqui reside a mais flagrante inconstitucionalidade.

Já ficou fora de dúvida que as terras a serem tituladas são aquelas cuja posse é secular.

Pois bem, das duas uma: ou os remanescentes subsistem em terras públicas, devolutas, ou, se eventualmente estão em terras particulares, já as têm, em razão do prazo, como terras usucapidas. De modo que nem cabe na espécie, com a única interpretação que quadra ao art. 68 do ADCT, excogitar desapropriação. Numa palavra, o uso desse instituto é absolutamente desnecessário na espécie.

Mas o diploma impugnado, porque admitiu impropriamente a ocupação presumida, previu, no art. 13[15], a desapropriação de imóveis

---

13 "**Art. 183 da CF:** Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinqüenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º – O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem e à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 2º – Esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

§ 3º – Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião."

14 "**Art. 191 da CF**: Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinqüenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.

Parágrafo único. Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião."

15 "**Art. 13**. Incidindo nos territórios ocupados por remanescentes das comunidades dos quilombos título de domínio particular não invalidado por nulidade, prescrição ou comisso, e nem tornado ineficaz por outros fundamentos, será realizada vistoria e avaliação do imóvel, objetivando a adoção dos atos necessários à sua desapropriação, quando couber.

§ 1º Para os fins deste Decreto, o INCRA estará autorizado a ingressar no imóvel de propriedade particular, operando as publicações editalícias do art. 7º para efeitos de comunicação prévia.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 2461597.

privados.

Ora, a violação à Constituição é, aqui, vistosa.

Tal desapropriação, além de não disciplinada por lei específica, como impõe o inciso XXIV do art. 5º da CF, não se amolda a nenhuma das hipóteses já previstas em lei[16] e que se resumem à *necessidade ou utilidade pública* e *interesse social.*

Os casos de utilidade pública, passíveis de desapropriação, vêm exaustivamente enumerados no art. 5º do Decreto-lei nº. 3.365/41 e, em nenhuma das suas 16 (dezesseis) alíneas, é capaz de caber a desapropriação trazida pelo art. 13 do Decreto 4.887/03. É a redação do artigo:

> "Art. 5º. Consideram-se casos de utilidade pública:
>
> a**)** a segurança nacional;
>
> **b)** a defesa do Estado;
>
> **c)** o socorro público em caso de calamidade;
>
> **d)** a salubridade pública;
>
> **e)** a criação e melhoramento de centros de população, seu abastecimento regular de meios de subsistência;
>
> **f)** o aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, das águas e da energia hidráulica;
>
> **g)** a assistência pública, as obras de higiene e decoração, casas de saúde, clínicas, estações de clima e fontes medicinais;
>
> **h)** a exploração ou a conservação dos serviços públicos;
>
> **i)** a abertura, conservação e melhoramento de vias ou logradouros públicos; a execução de planos de urbanização; o

---

§ 2º O INCRA regulamentará as hipóteses suscetíveis de desapropriação, com obrigatória disposição de prévio estudo sobre a autenticidade e legitimidade do título de propriedade, mediante levantamento da cadeia dominial do imóvel até a sua origem."

16 (1) Decreto-lei nº 3.365/41 – lei geral das desapropriações; **(2)** Lei nº 4.132/62 – dispõe sobre desapropriação por interesse social; **(3)** Lei nº 4.504/64 – dispõe sobre o Estatuto da Terra; **(4)** Lei nº 4.505/64, Leis Complementares nºs 76/90 e 88/96 e a Lei nº 8.629/93 – disciplinam as expropriações de imóveis rurais para fins de Reforma Agrária, e **(5)** Leis nºs 4.519/64 e 4.593/64 – disciplinam as desapropriações para as obras de combate às secas do Nordeste.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 2461597.

parcelamento do solo, com ou sem edificação, para sua melhor utilização econômica, higiênica ou estética; a construção ou ampliação de distritos industriais; (Redação dada pela Lei nº. 9.785, de 1999)

j) o funcionamento dos meios de transporte coletivo;

k) a preservação e conservação dos monumentos históricos e artísticos, isolados ou integrados em conjuntos urbanos ou rurais, bem como as medidas necessárias a manter-lhes e realçar-lhes os aspectos mais valiosos ou característicos e, ainda, a proteção de paisagens e locais particularmente dotados pela natureza;

l) a preservação e a conservação adequada de arquivos, documentos e outros bens moveis de valor histórico ou artístico;

m) a construção de edifícios públicos, monumentos comemorativos e cemitérios;

n) a criação de estádios, aeródromos ou campos de pouso para aeronaves;

o) a reedição ou divulgação de obra ou invento de natureza científica, artística ou literária;

p) os demais casos previstos por leis especiais."

Já os casos de desapropriação por "interesse social" vêm disciplinados pelas Leis nºs. 4.132/62 e 8.629/93, que nada dizem com a desapropriação do Decreto em análise. Senão vejamos:

Lei nº. 4.132/62

Art. 1º A desapropriação por interesse social será decretada para promover a justa distribuição da propriedade ou condicionar o seu uso ao bem estar social, na forma do art. 147 da Constituição Federal.

Art. 2º Considera-se de interesse social:

I - o aproveitamento de todo bem improdutivo ou explorado sem correspondência com as necessidades de habitação, trabalho e consumo dos centros de população a que

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 2461597.

deve ou possa suprir por seu destino econômico;

II - a instalação ou a intensificação das culturas nas áreas em cuja exploração não se obedeça a plano de zoneamento agrícola, VETADO;

III - o estabelecimento e a manutenção de colônias ou cooperativas de povoamento e trabalho agrícola:

IV - a manutenção de posseiros em terrenos urbanos onde, com a tolerância expressa ou tácita do proprietário, tenham construído sua habilitação, formando núcleos residenciais de mais de 10 (dez) famílias;

V - a construção de casa populares;

VI - as terras e águas suscetíveis de valorização extraordinária, pela conclusão de obras e serviços públicos, notadamente de saneamento, portos, transporte, eletrificação armazenamento de água e irrigação, no caso em que não sejam ditas áreas socialmente aproveitadas;

VII - a proteção do solo e a preservação de cursos e mananciais de água e de reservas florestais.

VIII - a utilização de áreas, locais ou bens que, por suas características, sejam apropriados ao desenvolvimento de atividades turísticas. (Incluído pela Lei nº. 6.513, de 20.12.77)"

Lei nº. 8.629/93

"Art. 1º Esta lei regulamenta e disciplina disposições relativas à **reforma agrária**, previstas no Capítulo III, Título VII, da Constituição Federal.

Art. 2º A propriedade rural que não cumprir a função social prevista no art. 9º é passível de desapropriação, nos termos desta lei, respeitados os dispositivos constitucionais.

§ 1º Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social." (Grifamos)

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 2461597.

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

> "Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: (...)
>
> § 1º - O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e **desapropriação**, e de outras formas de acautelamento e preservação.' (Grifamos).

Em primeiro lugar, essa desapropriação insere-se num dos 16 (dezesseis) casos de "utilidade pública", que acabamos de mencionar, e não de "interesse social":

> "**Art. 5º**. Consideram-se casos de utilidade pública: (…)
>
> **k)** a preservação e conservação dos monumentos históricos e artísticos, isolados ou integrados em conjuntos urbanos ou rurais, bem como as medidas necessárias a manter-lhes e realçar-lhes os aspectos mais valiosos ou característicos e, ainda, a proteção de paisagens e locais particularmente dotados pela natureza; "

Em segundo lugar, os bens tombados com base nesses dispositivos constitucional e legal, como leciona JOSÉ AFONSO DA SILVA [17], são retirados da propriedade particular e transferidos para o domínio público. Essa é a sua finalidade. Não se prestam a nova transferência a particulares. A seguir, prossegue o jurista, são incluídos no patrimônio

17 *In* Comentário contextual à Constituição, Malheiros Editores, 2005, págs. 810/811.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 2461597.

cultural, segundo sua categoria, por inscrição *ex offício* no respectivo Livro do Tombo – *"o que é uma forma de tombamento, ao qual, assim, a desapropriação reconduz."*

Conquanto seja ocioso acrescer outros vícios à ideia de expropriação, convém assinalar que aos terceiros interessados, prestes a serem privados de seus bens, sem lei específica, nem sequer lhes foi garantido, na sua inteireza, o **devido processo legal**.

Assim é que os arts. 7º, § 2º[18], e 9º[19], lhes prevêem a participação somente ao final e ao cabo dos trabalhos de campo de identificação, delimitação e levantamento ocupacional e cartorial, quando já estarão predefinidos fatores decisivos à perda do domínio.

Tais dispositivos, ao lado do art. 13, são, pois, inconstitucionais.

Retomo agora o que já assinalara linhas atrás, quando me referi ao crescimento dos conflitos agrários e ao incitamento à revolta, que tão manifesta usurpação de direitos vem trazendo.

Das muitas matérias publicadas pela mídia permito-me referir cinco (a 5ª é direito de resposta à 4ª, o que bem ilustra o lado apaixonado que alguns pontos de vista despertam nos seus defensores):

Jornal O Estado de São Paulo, em 14/08/2007:

> "Por mais que deixassem suas quimeras – bem-intencionadas ou simplesmente demagógicas – suplantar a realidade econômica, social e até histórica do país, os constituintes de 88 com certeza não imaginavam o tamanho do semeadouro de conflitos que inventaram com o antepenúltimo artigo (art.68) do Ato das Disposições Constitucionais

18 "Art. 7º. O INCRA, após concluir os trabalhos de campo de identificação, delimitação e levantamento ocupacional e cartorial, publicará edital por duas vezes consecutivas no Diário Oficial da União e no Diário Oficial da unidade federada onde se localiza a área sob estudo, contendo as seguintes informações: (…)

§ 2º O INCRA notificará os ocupantes e os confinantes da área delimitada."

19 "Art. 9º. Todos os interessados terão o prazo de noventa dias, após a publicação e notificações a que se refere o art. 7º, para oferecer contestações ao relatório, juntando as provas pertinentes. "

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 2461597.

Transitórias (...). Na ocasião, circulou entre os constituintes, e os inspirou, estudo do sociólogo e historiador Clóvis Moura, que mencionava 55 remanescentes de quilombos com existência documentalmente comprovada. E o termo quilombo sempre significara povoações de tipo africano, formadas nos sertões brasileiros por escravos fugidos. De lá para cá, o número de comunidades dos chamados quilombolas que reivindicam títulos de propriedade pelo Brasil afora saltou para 3.524.

Como não poderia deixar de ser, sendo imensa a área quilombola reivindicada – 25 milhões de hectares, portanto maior do que o Estado de São Paulo -, é claro que a área se sobrepõe à quantidade também imensa de propriedades, visto que o território nacional não mais dispõe de vastas áreas desocupadas ou devolutas. E ao mesmo tempo o conceito de quilombo adquiriu uma elasticidade expansiva semelhante à multiplicação de comunidades quilombolas reivindicantes – passando a não mais referir-se a antigos esconderijos de escravos fugidos, mas a qualquer lugar em que os negros morem, havendo até quem o defina como local para todos os que se sentem excluídos.

Foi o Decreto nº. 4.887, que o Presidente Lula assinou em novembro de 2003, que determinou essa absurda reivindicação e os conflitos sociais por ela gerados, em várias regiões do Brasil. O decreto vai além do que diz o texto constitucional, num abuso que está sendo contestado em ação direta de inconstitucionalidade no STF. E nesse decreto é o estabelecimento de critérios de auto-atribuição dos grupos étnico-raciais, para a definição do que sejam os remanescentes das comunidades dos quilombos, que tem permitido que quaisquer grupos de pessoas, sem necessidade de comprovação documental ou histórica, reivindiquem terras que lhes apeteçam, pertençam a quem pertencerem ou produzam o que for. Os conflitos são gerados, necessariamente, pela usurpação de direitos fundiários de ocupantes – sejam empresas de produção agrícola, comunidades religiosas e até áreas de adestramento da Marinha do Brasil – ou por confronto com o

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 2461597.

interesse público, caso de reservas biológicas sob proteção do IBAMA.

Reportagem de Roldão Arruda, em nossa edição de domingo, mostra o mapa desses conflitos, em diversas regiões do País. No Espírito Santo, onde o INCRA já demarcou 58.036 hectares para 422 famílias, há conflitos judiciais com dez empresas proprietárias de terras, fazendeiros e pequenos posseiros. Como diz o advogado da Aracruz Celulose – uma das empresas mais atingidas pelas expropriações quilombolas -, o Decreto nº. 4.887 (...) abriu um processo de reforma (agrária) com base em critérios raciais, passando, a partir daí, a atingir recursos de terceiros.

Na zona portuária do Rio trava-se conflito entre a Ordem Terceira de São Francisco da Penitência – proprietária da região chamada Pedra do Sal desde o século 18, onde mantém casas alugadas e duas escolas com 2 mil alunos – e cinco pessoas que recorreram ao INCRA para demarcar o Quilombo Pedra do Sal, que nunca existiu como local de negros fugidos ou resistentes à escravidão. Na Ilha de Marambaia, local de adestramento da Marinha – e de natureza ainda inteiramente preservada -, 106 mil hectares são reivindicados por 106 famílias que se dizem descendentes de escravos (embora seja uma população tão miscigenada como toda a brasileira). Em Rondônia o IBAMA resiste o quanto pode à entrega de parte de uma reserva biológica intocada aos autodenominados quilombolas que vivem à margem do Rio Guaporé. Esses são apenas alguns entre numerosos casos (...)."

Revista ISTOÉ, em 30/01/2008:

"A idéia era reparar injustiças históricas e salvaguardar a riqueza cultural dos remanescentes de escravos que constituíram os quilombos. Mas a idéia generosa acabou virando uma caricatura (...). Valendo-se de uma Instrução Normativa do INCRA, grupos supostamente remanescentes de quilombos estão reivindicando uma área maior que o Estado de

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 2461597.

São Paulo: cerca de 30 milhões de hectares. É uma disputa que opõe proprietários agrícolas e empresários do agronegócio ao movimento negro e a ONGS de quilombolas. (...).

Há reivindicações justas, como a do Povoado Mesquita, localizado em Cidade Ocidental (GO), a 30 km de Brasília. O povoado, que abriga 313 famílias, cultiva marmelo, cana-de-açúcar e mandioca. Foi regularizado em 2006 e teve origem há cerca de 200 anos, com a doação de uma gleba a três mulheres, escravas alforriadas, por um proprietário de terras da região.

O problema é que a falta de rigor da norma criada pelo INCRA está dando margem a uma verdadeira pirataria antropológica. Há municípios, como o de São Mateus, no norte do Espírito Santo, com 80% de sua área já demarcada para desapropriação. A cidade tem 100 mil habitantes, dos quais 3.985 proprietários rurais. Na Ilha de Marambaia, Rio de Janeiro, cerca de 70% de uma área de 82 quilômetros quadrados de litoral preservado pela Marinha pode passar, depois de mais de 100 anos, para 379 pessoas que se dizem remanescentes de quilombolas. Estranhamente, dos supostos quilombolas do local, 21% se declaram brancos. "Sendo a Marambaia uma formação insular, de mata escassa, onde havia na base do morro o maior mercado de escravos da província, seria espantoso que os escravos fugidos se escondessem na elevação ou vizinhança, em beco sem saída e de fácil captura", diz um documento oficial da Marinha.

Em reunião com o ministro-chefe do Gabinete de Segurança Institucional, general Jorge Félix, o presidente Lula determinou que fosse puxado o freio de mão. O advogado-geral da União, ministro José Antônio Dias Toffoli, foi escalado para colocar um fim na questão. Sob sua coordenação, foi criado um grupo de trabalho composto por 25 órgãos do governo. No relatório final que está sendo elaborado pela Advocacia Geral da União (AGU), o governo reconhece os abusos dos responsáveis pela demarcação das terras e recomenda a revisão da instrução normativa que estava sendo utilizada pelo INCRA em processos de reconhecimento, desapropriação e delimitação

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 2461597.

de áreas de quilombos. "A instrução normativa extrapola o decreto", admitiu Toffoli à ISTOÉ.

Pelo processo em vigor de reconhecimento de terrenos pelo INCRA, não importa se as áreas são produtivas ou não, ou se os produtores ali instalados geram empregos e contribuem para o desenvolvimento. Às favas também as escrituras de terras registradas em cartório. Basta alguém se autodefinir como remanescente de quilombola para que seja dado o pontapé inicial para o processo de desapropriação de toda aquela área. O processo também podia correr mesmo que houvesse questionamentos na Justiça pelos proprietários da terra. Com a nova interpretação do governo, enquanto houver contestação, nada poderá andar. O grupo de trabalho da AGU descobriu outra esperteza que estava jogando a favor de grupos autointitulados quilombolas: a verificação das áreas reivindicadas muitas vezes era feita por antropólogos ligados à própria comunidade. "A idéia é dar segurança jurídica ao processo", acrescentou Toffoli.

A briga por imensas áreas promete novos capítulos. Atualmente, há 588 processos de titulação de terras para remanescentes quilombolas em curso no INCRA. Segundo a Fundação Cultural Palmares, hoje existem 1.170 comunidades registradas e um total de três mil mapeadas. O presidente da Fundação, Zulu Araújo, nega que haja irregularidades no reconhecimento de comunidades quilombolas. O movimento quilombola nacional divulgou nota dizendo que o governo ameaça retirar seus direitos em favor do agronegócio. "Consideramos a alteração da instrução normativa uma atitude racista", contestou o movimento. A queda-de-braço só está começando."

Agência Estado, em 21/11 de 2010:

"Concessão a quilombolas vira bomba fundiária para Dilma

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 2461597.

O presidente Luiz Inácio Lula da Silva entrega amanhã o título de propriedade da terra aos moradores da comunidade Ivaporunduva, reduto quilombola do interior de São Paulo, em Eldorado Paulista. O evento terá tom festivo, passando ao largo da polêmica e das tensões cada vez mais maiores que envolvem a demarcação de terras quilombolas - uma das questões espinhosas no passivo social que deixará para Dilma Rousseff.

O título a ser entregue, de forma simbólica, uma vez que vigora desde maio, abrange uma área de 2,7 mil hectares, na qual vivem 70 famílias de uma comunidade tradicionalíssima, cujas origens remontam ao século 17. Ele é uma pequena parte de um grande problema: faz parte de um lote de 113 terras quilombolas tituladas, diante de um conjunto de 3.524 comunidades identificadas, segundo dados da Secretaria da Igualdade Racial - todas elas interessadas em títulos.

De acordo com estimativa feita pelo jornal O Estado de S. Paulo, se todas as comunidades identificadas forem atendidas, o governo terá de titular 8,5 milhões de hectares - o equivalente a quase duas vezes o Estado do Rio de Janeiro. É uma estimativa conservadora, com base na média de títulos já expedidos, que totalizam 971,3 mil hectares, beneficiando 11.506 famílias."

O Globo, em 08/05 de 2010:

"A criação de quilombos, por Denis Lerrer Rosenfield, professor de filosofia na Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Há todo um processo em curso, encampado pela Fundação Palmares, pelo Incra e pelo Ministério Público Federal (particularmente a sua 6ª Câmara), de ressignificação da palavra quilombo, visando a enquadrar todas as suas ações numa interpretação do art. 68, do Ato das Disposições Transitórias, da Constituição de 1988. Esse processo conta, inclusive, com o apoio de setores da comunidade de antropólogos. Foi igualmente essa posição que fundamentou o

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 2461597.

Decreto 4.887/2003, estabelecendo os critérios de desapropriação baseados na autoatribuição e na autodefinição. Desde então, tais formulações só têm se reforçado.

A Constituição de 1988 é inequívoca no uso do conceito de quilombo, significando, na época, uma comunidade de escravos fugidios, mormente negros, que constituíram povoados em regiões longínquas, com o intuito de oferecer resistência aos que vinham em sua perseguição. Ela é igualmente inequívoca ao assinalar, naquela data, as terras que eram efetivamente ocupadas, de uma forma continuada, por negros, entendidas como terras públicas ou devolutas. Concebia-se a existência de, no máximo, 100 quilombos no país.

Perversão do termo "quilombo"

Ora, o movimento da dita ressemantização, assumido oficialmente pela Fundação Palmares, pelo Incra e pelo Ministério Público, altera radicalmente os termos da questão, com o intuito de justificar invasões e contenciosos jurídicos. Calcula-se, a partir da nova ressignificação, a "existência", no país, de praticamente 4.000 quilombos, podendo esse número ser ainda muito maior. Uma primeira estimativa, provisória, seria de 22 milhões de hectares a serem destinados a essa "nova reforma", agrária em um sentido, mas, em outro, atingindo diretamente os centros urbanos.

Pretensão territorial

Um quilombo passa, então, a ser definido segundo uma identidade simbólica baseada na autoatribuição. Basta um determinado grupo autointitular-se enquanto tal, a partir de uma suposta comunidade de raça, religião e sentimentos, para que se estabeleça uma pretensão territorial. É interessante observar que não se trata mais de terras ou propriedades, mas de "territórios", supostamente fundados nessa identidade simbólica, cultural. O trabalho do antropólogo se reduziria, por assim dizer, a colher relatos orais que justificariam uma pretensão, de antemão reconhecida como justa.

Ocorre aquilo que é denominado de redimensionamento do próprio conceito de quilombo, sua ressemantização, em um

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 2461597.

processo de construção teórica, que não se contenta com o que os Constituintes de 1988 consideravam como sendo um quilombo. De um lado, temos o que a Constituição estabelece conforme o que era pensado com esse conceito; de outro lado, temos os antropólogos conferindo à Constituição um significado que não é seu, significado esse não pensado pelos constituintes.

A farsa de antropólogos engajados politicamente

A situação política é assaz curiosa, porque os antropólogos se colocam na posição de verdadeiros constituintes, sem terem sido eleitos com tal finalidade. A inversão é total.

Foi introduzida, graças a um grupo de antropólogos, uma distinção de cunho ideológico e político, entre o quilombo propriamente dito, renomeado de "quilombo histórico", e o quilombo então dito "conceitual", que seria o "verdadeiro" quilombo. Trata-se de uma oposição entre o que seria o "reconhecimento" de um quilombo pelo Estado, em um ato oficial, administrativo, político e jurídico de consagração de uma realidade, e o que seria um ato próprio de criação, produto de uma "ressemantização", uma nova atribuição de significado à palavra quilombo, um quilombo imaginário.

Observe-se que, no primeiro caso, estaríamos diante do que é denominado de "quilombo histórico", reconhecimento de uma realidade dada, de algo existente, e, no segundo, de uma produção propriamente simbólica, à qual se seguiria uma atribuição de existência.

Em um caso, há o reconhecimento de algo existente, no segundo, a produção de uma nova existência, não anteriormente dada. Ainda nesta última alternativa, a produção de uma nova existência, a criação de quilombos, obedece a um projeto de ONGs e movimentos sociais, que se conjugam naquilo que vem a ser um empreendimento político, também denominado de criação de "novos sujeitos políticos".

Racismo medido em área

De fato, o quilombo histórico não serve à causa

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 2461597.

quilombola. Como a lei, no entanto, deve ser observada, e como eles se reivindicam do art. 68 do Ato das Disposições Transitórias da Constituição, torna-se necessário empreender um processo de metaforização, no qual, a rigor, tudo passa a caber, na medida em que são os antropólogos mesmos que conferem a símbolos culturais e religiosos uma realidade medida em acres e hectares. Para que a sua finalidade política seja preenchida, uma operação preliminar é condição imprescindível, a da "conversão simbólica", que deixa para trás, precisamente, o significado da palavra quilombo e, com ela, a própria Constituição.

O quilombo histórico é atestado pela própria sociedade brasileira, com suas leis e instituições administrativas, que tomam essa realidade em seu significado aceito e reconhecido. O dicionário é o veículo dessa aceitação e reconhecimento, tomado por válido durante décadas e séculos. Trata-se da condição mesma mediante a qual pensamos e nos entendemos, atribuindo o mesmo significado às mesmas palavras.

Manipulação político-racista das palavras

Se assim não fosse, viveríamos entre loucos e insensatos, cada um atribuindo um significado diferente às mesmas palavras e instrumentalizando, através dessa atribuição de significados, a essa ressemantização, uma luta propriamente política.

Confúcio dizia:

«Quando palavras perdem o seu sentido, o povo vai perder a sua liberdade».

Muitas vezes, as palavras mudam para que novos significados sejam introduzidos, embora tais mudanças, frequentemente, sejam ditas meras mudanças nas palavras, sem alteração em seus significados. A linguagem jurídica e, mesmo, moral torna-se, então, um instrumento da luta política e ideológica."

Publicado em 14 março 2010, por GT RTQ-MG:

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 2461597.

"Antropólogas e Procuradora do MPF divulgam direito de resposta ao artigo de Denis Lerrer Rosenfield, "A criação de Quilombos"

O artigo de Denis Lerrer Rosenfield, denominado "A Criação de Quilombos", publicado em 15 de fevereiro de 2010 no Estadão, expressa a perplexidade do autor frente ao processo de ressemantização do conceito de quilombo, acusando um grupo de antropólogos, com o apoio oficial do INCRA, da Fundação Cultural Palmares e da 6ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, de agir "ideológica e politicamente" no sentido de produzir novas realidades e sujeitos políticos a partir da legitimação de identidades simbólicas construídas em base à "suposta comunidade de raça, religião e sentimentos".

O texto é construído sob a lógica perversa que considera como única verdade válida aquela expressa no dicionário, segundo a qual o quilombo histórico corresponderia a uma realidade incontestável por ter sido "atestado", "reconhecido", "aceito" e "tornado válido" pela sociedade brasileira em suas instituições administrativas.

Segundo o autor do editorial, o verdadeiro e único quilombo existente no Brasil seria o quilombo histórico, aquele que é encontrado fossilizado, inerte e lembrado nos livros didáticos como símbolo da luta e da resistência de negros fugidos sublevados contra o sistema escravista brasileiro. Ainda, segundo o autor, seria esta a formação social a ser abrangida pelo artigo 68 do ADCT.

Em contraponto ao quilombo histórico, tido pelo autor como o "verdadeiro", estaria o "quilombo conceitual", falsamente construído por antropólogos como uma alegoria da realidade, produto da ressemantização de um termo criado para incluir na agenda das políticas de reconhecimento do Estado a mais ampla e variada gama de sujeitos que se autoatribuam quilombolas.

O autor alega inversão produzida conscientemente pelos antropólogos com o único intuito de conferir a símbolos

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 2461597.

culturais e religiosos medidas em ares e hectares para forçar o reconhecimento do Estado e a implantação da nova reforma agrária baseada na raça.

São necessários alguns parágrafos para recolocar o debate em termos mais adequados.

Primeiro, é falsa a oposição criada pelo autor entre quilombo histórico e quilombo conceitual. Isso porque o significado das palavras – e das próprias instituições – se transforma com o tempo. É o caso do termo quilombo, que foi construído num contexto de dominação dos negros e que foi, ele mesmo, resultado dessa condição. Assim, o adjetivo "histórico" demarca que a percepção das autoridades, ao longo dos séculos XVII, XVIII e XIX, vislumbrava qualquer reunião mais ou menos estável de negros, necessariamente fugidos, composta por número variado de indivíduos, como perigo e risco às instituições, devendo ser aniquilada. Essa definição não dava e não dá conta de descrever um conjunto de situações diversificadas ocorridas no interior do sistema escravista brasileiro.

Inúmeras pesquisas realizadas por historiadores revelam que grupos formados majoritária mas não exclusivamente por negros, muitos escravizados, se organizavam dentro ou ao lado de grandes propriedades, em núcleos estáveis onde havia intensa vida social, econômica e religiosa, com manutenção de relações e laços com a sociedade escravista em vários aspectos. Podiam ser tolerados pelas autoridades por fornecer produtos agrícolas aos fazendeiros a preços competitivos ou ainda por manter alianças políticas ou familiares com a sociedade em geral.

É curioso perceber que alguns desses núcleos, que congregavam negros fugidos ou não, mantiveram-se colados a determinados espaços de referência, que se convencionou denominar territórios, já que nesses espaços puderam se reproduzir em torno de algumas gerações, mas também conseguiram preencher de sentido sua própria existência, considerando-se e sendo considerados como integrantes de

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 2461597.

grupos sociais diferenciados, portadores de identidades peculiares constituídas em base a uma origem comum.

Trata-se aqui de reconhecer a reprodução material e física, mas também cultural, simbólica e religiosa de certos grupos com existência contemporânea inequívoca. Portanto, não há que se falar em "metáfora" ou "produção propriamente simbólica" da realidade "seguida de existência". A existência atual desses grupos é condição prévia do reconhecimento por parte do Estado, não o inverso. É a partir da constatação da concretude desses grupos, como sujeitos de práticas sociais peculiares que compartilham um repertório de representações, que emana o reconhecimento do Estado que gera os direitos constitucionais mencionados.

As comunidades negras atualmente abrangidas por um conjunto de direitos territoriais e culturais são, portanto, a expressão viva e concreta do conceito, daí a necessidade de sua ressemantização. Não é o termo ressignificado que cria novas realidades, mas é a própria realidade que subsidia a ressemantização do conceito de quilombo.

Segundo, não são os antropólogos que se travestem de constituintes, mas o autor que se reveste de autoridade para, ao lançar mão da cultura de dicionário, esvaziar o sentido de uma realidade complexa e diversificada que emerge pela sua própria existência e capacidade de se manter e reproduzir.

A tarefa do antropólogo é descrever e revelar os mecanismos postos em ação pelo conjunto social vivo e concreto representado pelas comunidades negras, com suas práticas, símbolos e representações, tomando-se por base a autoatribuição e a autodefinição, simplesmente porque não se pode impor a ninguém a assunção de qualquer identidade. A autoatribuição e a autodefinição são o ponto de largada, não o ponto de chegada. Os relatos orais constituem-se apenas como uma das ferramentas consagradas pela boa pesquisa antropológica, havendo, além desta, um conjunto sofisticado de procedimentos de investigação capazes de colher, descrever e interpretar consistentemente dados de realidade. Não caberia

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 2461597.

aqui enumerá-los.

Terceiro, o termo quilombo corresponde a uma categoria jurídica cujo alcance remete a situações sociais concretas e diversas que têm por suposto comum o fato de terem sido geradas no interior de uma sociedade escravocrata, e que vão muito além dela, desafiando e atravessando os conceitos patrimonialistas de propriedade e de terra.

Por fim, as atuais comunidades que remanesceram de antigos quilombos estão vivas repletas de concretude, independentemente do reducionismo interpretativo de quem, ao denunciar ideologias, comete deslizes semânticos tais que o revelam nada mais que ideológico. É inescapável reconhecer que, apesar de certas interpretações baseadas na cultura de dicionário insistirem em negar a realidade, ela não deixa de existir.(Deborah Stucchi – Antropóloga; Ângela Maria Baptista – Antropóloga; Kênia Cristina Martins Alves – Antropóloga; Rebeca A Campos Ferreira – Mestranda em Antropologia Social; Maria Luiza Grabner – Procuradora Regional da República/Ministério Público Federal)" Fonte: Observatório Quilombola

Em suma, as reportagens ilustram bem a densidade da desestabilização social que se configurou pelo Brasil afora e que deve reconduzida aos limites constitucionais.

Por fim, não posso deixar de advertir efeito que, com base na legislação vigente, embora indesejado, quero crer, é perverso. Trata-se do "caminho da titulação", composto por mais de 20 etapas, as quais devem ser vencidas pelos interessados, para obtenção do registro dos títulos em cartório. É autêntica "via crucis". Estou entregando a Vossas Excelências mapa ilustrativo delas, com suas descrições, e que pode ser consultado no sítio eletrônico da Comissão Pró-Índio de São Paulo.

Note-se que o processo passa pelos seguintes órgãos: INCRA, Fundação Palmares, IPHAN, IBAMA, Secretaria do Patrimônio da União - SPU, FUNAI, Secretaria Executiva do Conselho de Defesa Nacional – CDN, Instituto Chico Mendes, e Serviço Florestal Brasileiro.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 2461597.

É curioso notar que nem sequer as organizações que defendem os direitos dos quilombolas estão satisfeitas com o atual estado das coisas.

A própria já citada comissão Pró-Índio, que acompanha *pari passu* a situação dos quilombolas, reconhece os seguintes números: (a) **terras** quilombolas tituladas desde 1988 no Brasil: 114; (b) número de **títulos** expedidos nesse mesmo período: 119; (c) número de **comunidades** tituladas: 192; (d) número de **famílias** abrangidas: 11.637; (e) número de **hectares** atribuídos às famílias: 962.924,0000; (d) nº de terras tituladas nos 08 anos do Governo Lula: 12; (e) número de processos que tramitam atualmente no INCRA: 1076

E, ao comentar tais quantitativos, assevera:

> "O que se observa é que a concretização do artigo 68 tem sido difícil. A primeira titulação de uma terra quilombola deu-se somente sete anos após a promulgação da Constituição, em novembro de 1995.
>
> Nos últimos anos, o placar das titulações não melhorou. Atualmente, apenas 192 comunidades quilombolas contam com o título de propriedade de seu território. Esse número representa 6% da totalidade estimada pelo movimento social (3.000 comunidades), indicando que a atuação governamental ainda está muito aquém do necessário para garantir o direito à terra previsto na Constituição Brasileira e na Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho.
>
> No início do governo Lula era grande a expectativa de avanço na implementação dos direitos das comunidades quilombolas. O Decreto 4.887 de 2003 foi saudado como uma sinalização positiva de que o governo iria agilizar o cumprimento do preceito constitucional. No entanto, os resultados em termos de titulações foram muito limitados: apenas 12 terras tituladas em 8 anos de governo Lula. Nesse mesmo período (2003 a 2010), o governo do Estado do Pará emitiu 30 títulos, o do Maranhão 19, Piauí, cinco títulos, e o de São Paulo três títulos.
>
> Os dados relativos aos processos em andamento no Incra

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 2461597.

também revelam a ineficiência do governo federal. Atualmente, 78% dos processos em curso no Incra não foram alvo de qualquer providência pelo órgão fundiário além de receber um número de protocolo.

Tal inoperância reflete-se no desempenho orçamentário do Incra. Desde 2004, o instituto não utiliza integralmente os recursos de seu orçamento destinados à titulação das terras quilombolas. Em 2004 utilizou apenas 10% do orçamento disponível; em 2005 somente 12%; em 2006 26%. O baixo desempenho manteve-se durante o segundo mandato do Governo Lula: 23% em 2007, 10% em 2008, 14% em 2009 e 6% em 20101. Até o momento, portanto, não se pode justificar o tímido placar de titulações por falta de recursos.

Tampouco é real a alegação de que os processos administrativos não têm prosseguimento por conta da sua judicialização. Embora se verifique um aumento dos questionamentos na Justiça, ainda são poucos os processos paralisados em função de decisões judiciais, conforme pode ser conferido na pesquisa de ações judiciais realizada pela Comissão Pró-Índio de São Paulo.

A morosidade nas titulações deve-se em grande parte aos empecilhos burocráticos introduzidos nos procedimentos para a regularização das terras quilombolas ao longo do Governo Lula. Os obstáculos foram acrescidos progressivamente por meio de sucessivas normatizações: a Instrução Normativa Incra nº 16/2004; a Instrução Normativa Incra nº 20/2005, a Portaria Fundação Cultural Palmares nº 98/2007 e finalmente, a mais polêmica delas, a Instrução Normativa Incra nº 49/2008 que vigora atualmente como Instrução Normativa Incra nº 57 de 2009.

As exigências introduzidas a cada nova norma tornaram o processo mais moroso e custoso e, consequentemente, mais difícil de ser concluído. Por essa razão é que a Comissão Pró-Índio de São Paulo considera que as normas atuais cerceiam o direito reconhecido aos quilombolas pela Constituição Federal. É difícil aceitar que a motivação de tais mudanças seja

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 2461597.

> realmente aquela anunciada pelo governo: a necessidade de aperfeiçoar as normas a fim de dar segurança jurídica ao processo e evitar futuros conflitos no judiciário. Em setembro de 2009, a Instrução Normativa Incra 49/2008 completou um ano de existência e, ao contrário do anunciado pelo governo, não se percebeu qualquer avanço na condução dos processos ou na resolução dos conflitos em função das novas regras. (...)" (Grifamos).

Pois bem. Estou convicto de que as muitas normas que vieram depois do Decreto impugnado, percebidas como entraves pelas próprias instituições de defesa da causa quilombola, ao tentar conter o que já parecia fora de medida, acabaram por multiplicar expectativas que, em grande número, não serão satisfeitas, o que é desastroso, especialmente quando o valor em questão é a "propriedade". Obrigo-me a concluir que, neste caso, a atuação do Legislativo – como era de rigor -, muito provavelmente, teria trazido menos insatisfação e mais justiça, talvez em menos tempo.

4. Do exposto, julgo **procedente** a ação para declarar a inconstitucionalidade do Decreto nº 4.887/03.

Modulo, porém, os efeitos dessa declaração, em respeito ao princípio da segurança jurídica e em respeito aos cidadãos que, de boa fé, confiaram na legislação posta, e percorreram longo caminho para obterem a titulação de suas terras, desde 1988, determinando sejam considerados bons, firmes e valiosos os títulos até aqui emitidos.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 2461597.

18/04/2012 **PLENÁRIO**

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.239 DISTRITO FEDERAL

RELATOR	**: MIN. CEZAR PELUSO**
REQTE.(S)	: DEMOCRATAS
ADV.(A/S)	: FABRÍCIO JULIANO MENDES MEDEIROS E OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S)	: PRESIDENTE DA REPÚBLICA
ADV.(A/S)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
AM. CURIAE.	: INSTITUTO PRO BONO
AM. CURIAE.	: CONECTAS DIREITOS HUMANOS
AM. CURIAE.	: SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO PÚBLICO - SBDP
ADV.(A/S)	: ELOISA MACHADO DE ALMEIDA E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	: CENTRO PELO DIREITO À MORADIA CONTRA DESPEJOS - COHERE
AM. CURIAE.	: CENTRO DE JUSTIÇA GLOBAL
AM. CURIAE.	: INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL - ISA
AM. CURIAE.	: INSTITUTO DE ESTUDOS, FORMAÇÃO E ASSESSORIA EM POLÍTICAS SOCIAIS - POLIS
AM. CURIAE.	: TERRA DE DIREITOS
ADV.(A/S)	: ANDRESSA CALDAS E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	: FEDERAÇÃO DOS TRABALHADORES NA AGRICULTURA DO ESTADO DO PARÁ - FETAGRI-PARÁ
ADV.(A/S)	: GIROLAMO DOMENICO TRECCANI
AM. CURIAE.	: ESTADO DO PARÁ
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PARÁ
AM. CURIAE.	: ESTADO DE SANTA CATARINA
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA
AM. CURIAE.	: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA AGRICULTURA E PECUÁRIA DO BRASIL - CNA
ADV.(A/S)	: ILMAR NASCIMENTO GALVÃO
AM. CURIAE.	: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA - CNI
ADV.(A/S)	: CASSIO AUGUSTO MUNIZ BORGES E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE CELULOSE E PAPEL

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 8137172.

	- BRACELPA
ADV.(A/S)	:GASTAO ALVES DE TOLEDO E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	:SOCIEDADE RURAL BRASILEIRA
ADV.(A/S)	:RICARDO DE AQUINO SALLES E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	:CENTRO DE ASSESSORIA JURÍDICA POPULAR MARIANA CRIOLA
AM. CURIAE.	:KOINONIA PRESENÇA ECUMÊNICA E SERVIÇO
ADV.(A/S)	:FRANCINE DAMASCENO PINHEIRO E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	:ASSOCIAÇÃO DOS QUILOMBOS UNIDOS DO BARRO PRETO E INDAIÁ
AM. CURIAE.	:ASSOCIAÇÃO DE MORADORES QUILOMBOLAS DE SANTANA - QUILOMBO DE SANTANA
AM. CURIAE.	:COORDENAÇÃO DAS COMUNIDADES NEGRAS RURAIS QUILOMBOLAS DE MATO GROSSO DO SUL
ADV.(A/S)	:FERNANDO GALLARDO VIEIRA PRIOSTE E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	:INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA - INCRA
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL FEDERAL
AM. CURIAE.	:ESTADO DO PARANÁ
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PARANÁ
AM. CURIAE.	:CONFERÊNCIA NACIONAL DOS BISPOS DO BRASIL - CNBB
ADV.(A/S)	:CARLOS ROBERTO SIQUEIRA CASTRO E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	:INSTITUTO DE ADVOCACIA RACIAL E AMBIENTAL - IARA
ADV.(A/S)	:HUMBERTO ADAMI SANTOS JÚNIOR
AM. CURIAE.	:CLUBE PALMARES DE VOLTA REDONDA - CPVR
ADV.(A/S)	:HUMBERTO ADAMI SANTOS JÚNIOR

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.239

VISTA

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 8137172.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Senhor Presidente, eu trouxe voto escrito, que é longo, mas, diante desses fundamentos tão substanciosos, vou requerer vista regimental para refletir um pouco melhor sobre os aspectos e abordagens trazidas por Vossa Excelência.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 8137172.

18/04/2012 **PLENÁRIO**

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.239 DISTRITO FEDERAL

PROPOSTA

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Presidente, tenho a impressão de que as questões relativas à admissibilidade e cognoscibilidade da ação deveriam ficar resolvidas, se fosse possível.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, se eventualmente qualquer colega, na ordem de votação, for votar, votarei também.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Senhor Presidente, *data venia*, gostaria de ponderar a Vossa Excelência que, como nosso quórum está baixo e esta questão é relevantíssima, entendo que seria melhor deixarmos para apreciar essa questão quando a Ministra Rosa Weber trouxer seu voto, inclusive manifestando-se sobre essa questão.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Ministra Rosa, prefere deixar essa questão em aberto, evidentemente, porque Vossa Excelência irá reexaminar tudo?

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Exato. Eu confesso a Vossa Excelência que a minha preocupação maior é a questão de fundo, a questão da própria inconstitucionalidade, tanto material, quanto formal, a partir desses vetores, dessas vertentes, dessas considerações tão bem fundamentadas de Vossa Excelência.

Penso que seria mais oportuno, até porque estamos com o quórum tão reduzido, Presidente.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14667831.

18/04/2012 **PLENÁRIO**

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.239 DISTRITO FEDERAL

VOTO S/ PROPOSTA

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Ministro-Presidente, a proposta do Ministro Lewandowski foi bem ponderada, tanto mais que não temos quórum para nenhum sentido, nem para declarar a inconstitucionalidade nem para declarar a constitucionalidade.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Temos quórum para declarar a inconstitucionalidade.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Está com voto proferido.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Para resolver, temos oito votos, Presidente. E o quórum da Lei 9.868 é de seis votos, até agora.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Respeitando o ponto de vista sempre abalizado do Ministro Gilmar Mendes, pondero também que nós teremos a posse da Ministra Cármen Lúcia - além da do Ministro Marco Aurélio, como Vice-Presidente do TSE - dentro de alguns momentos. Esta é uma questão extremamente complexa, e alguns terão que se retirar.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14667832.

18/04/2012 **PLENÁRIO**

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.239 DISTRITO FEDERAL

VOTO S/ PROPOSTA

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Senhor Presidente, como houve pedido de vista, vou aguardar para me manifestar após a devolução da vista.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14447686.

18/04/2012 **PLENÁRIO**

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.239 DISTRITO FEDERAL

TRIBUNAL PLENO
AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.239
VOTO S/ PROPOSTA

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, penso que o pedido de vista da Colega foi abrangente e apanhou também as questões preliminares.

# # #

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14417483.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.239
PROCED. : DISTRITO FEDERAL
RELATOR : MIN. CEZAR PELUSO
REQTE.(S) : DEMOCRATAS
ADV.(A/S) : THIAGO FERNANDES BOVERIO E OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA
ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
AM. CURIAE. : INSTITUTO PRO BONO
AM. CURIAE. : CONECTAS DIREITOS HUMANOS
AM. CURIAE. : SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO PÚBLICO - SBDP
ADV.(A/S) : ELOISA MACHADO DE ALMEIDA E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : CENTRO PELO DIREITO À MORADIA CONTRA DESPEJOS - COHERE
AM. CURIAE. : CENTRO DE JUSTIÇA GLOBAL
AM. CURIAE. : INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL - ISA
AM. CURIAE. : INSTITUTO DE ESTUDOS, FORMAÇÃO E ASSESSORIA EM POLÍTICAS SOCIAIS - POLIS
AM. CURIAE. : TERRA DE DIREITOS
ADV.(A/S) : ANDRESSA CALDAS E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : FEDERAÇÃO DOS TRABALHADORES NA AGRICULTURA DO ESTADO DO PARÁ - FETAGRI-PARÁ
ADV.(A/S) : GIROLAMO DOMENICO TRECCANI
AM. CURIAE. : ESTADO DO PARÁ
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PARÁ
AM. CURIAE. : ESTADO DE SANTA CATARINA
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA
AM. CURIAE. : CONFEDERAÇÃO DA AGRICULTURA E PECUÁRIA DO BRASIL - CNA
ADV.(A/S) : ILMAR NASCIMENTO GALVÃO
AM. CURIAE. : CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA - CNI
ADV.(A/S) : CASSIO AUGUSTO MUNIZ BORGES E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE CELULOSE E PAPEL - BRACELPA
ADV.(A/S) : GASTAO ALVES DE TOLEDO E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : SOCIEDADE RURAL BRASILEIRA
ADV.(A/S) : RICARDO DE AQUINO SALLES E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : CENTRO DE ASSESSORIA JURÍDICA POPULAR MARIANA CRIOLA
AM. CURIAE. : KOINONIA PRESENÇA ECUMÊNICA E SERVIÇO
ADV.(A/S) : FRANCINE DAMASCENO PINHEIRO E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO DOS QUILOMBOS UNIDOS DO BARRO PRETO E INDAIÁ
AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO DE MORADORES QUILOMBOLAS DE SANTANA - QUILOMBO DE SANTANA
AM. CURIAE. : COORDENAÇÃO DAS COMUNIDADES NEGRAS RURAIS QUILOMBOLAS DE MATO GROSSO DO SUL
ADV.(A/S) : FERNANDO GALLARDO VIEIRA PRIOSTE E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o número 1968400

- INCRA
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL FEDERAL
AM. CURIAE. : ESTADO DO PARANÁ
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PARANÁ
AM. CURIAE. : CONFERÊNCIA NACIONAL DOS BISPOS DO BRASIL - CNBB
ADV.(A/S) : CARLOS ROBERTO SIQUEIRA CASTRO E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : INSTITUTO DE ADVOCACIA RACIAL E AMBIENTAL - IARA
AM. CURIAE. : CLUBE PALMARES DE VOLTA REDONDA - CPVR
ADV.(A/S) : SHIRLEY RODRIGUES RAMOS

Decisão: Após o voto do Relator, Senhor Ministro Cezar Peluso (Presidente), julgando procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade do Decreto nº 4.887/2003, modulando os efeitos dessa declaração, nos termos do seu voto, pediu vista dos autos a Senhora Ministra Rosa Weber. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Celso de Mello, Joaquim Barbosa e Cármen Lúcia. Falaram: pelo requerente, o Dr. Carlos Bastide Horbach; pela Advocacia-Geral da União, o Ministro Luís Inácio Lucena Adams, Advogado-Geral da União; pelos *amici curiae* Associação Brasileira de Celulose e Papel-BRACELPA; Sociedade Rural Brasileira; Conferência Nacional dos Bispos do Brasil-CNBB; Estado do Paraná; Associação dos Quilombos Unidos do Barro Preto e Indaiá, Associação de Moradores Quilombolas de Santana-Quilombo Santana e Coordenação das Comunidades Negras Rurais Quilombolas de Mato Grosso do Sul; Instituto de Advocacia Racial e Ambiental-IARA e Clube Palmares de Volta Redonda-CPVR, respectivamente, o Dr. Gastão Alves de Toledo; o Dr. Francisco de Godoy Bueno; o Dr. Torquato Jardim; o Dr. Carlos Frederico Maré de Souza Filho, Procurador do Estado; o Dr. Eduardo Fernandes de Araújo; e o Dr. Humberto Adami Santos Júnior, e, pelo Ministério Público Federal, a Vice-Procuradora-Geral da República, Dra. Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira. Plenário, 18.04.2012.

Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Presentes à sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ayres Britto, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli, Luiz Fux e Rosa Weber.

Vice-Procuradora-Geral da República, Dra. Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira.

p/ Luiz Tomimatsu
Secretário

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o número 1968400

25/03/2015 **PLENÁRIO**

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.239 DISTRITO FEDERAL

VOTO VISTA

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER: **1.** Senhor Presidente, pedi vista dos autos em **18 de abril de 2012**, em torno, ao que recordo, de dezoito horas ou pouco mais, logo após ter sido proferido belíssimo voto pelo eminente Relator, Ministro Cezar Peluso – a quem sempre rendo as minhas homenagens –, voto este no sentido da procedência do pedido deduzido nesta ação direta de inconstitucionalidade nº3239. Declarou Sua Excelência, em substancioso voto, **a inconstitucionalidade formal – e ainda material no tocante a alguns dispositivos – do Decreto 4.887/2003**, **modulando os efeitos** dessa decisão para considerar "*bons, firmes e valiosos os títulos até aqui emitidos*";

Seria eu a primeira a votar, à época, na sequência, e não teríamos condições de encerrar o julgamento de tema tão delicado, até porque às 19h30 daquele dia a Ministra Cármen Lúcia tomaria posse na presidência do Tribunal Superior Eleitoral, a primeira mulher a ocupá-la em oitenta anos da Justiça Eleitoral no Brasil. Tinha eu voto escrito um pouco extenso e, além disso, diante dos fundamentos expendidos pelo eminente Relator, achei oportuna uma nova reflexão sobre a matéria.

Devolvi o pedido de vista **cinco dias depois**, em **23.4.2012**, e agora teremos a continuidade do julgamento neste feito que conta com quase duas dezenas de *amici curiae* – a par dos pedidos de ingresso indeferidos por formulação a destempo –, e em que feitas valiosas sustentações orais naquela data e oferecidos alentados memoriais.

Como não mais temos a presença do Ministro Peluso neste Plenário, vou-me permitir, atenta à delicadeza do tema – e contando com a paciência de Vossas Excelências –, **rememorar** de forma mais detalhada a lide e seu desdobramento até aqui.

2. Trata-se de **ação direta de inconstitucionalidade**, ajuizada pelo

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14493588.

então Partido da Frente Liberal, atual Democratas, em face do **Decreto 4.887, de 20 de novembro de 2003**, que regulamenta o **procedimento 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,** decreto este constituído de 25 artigos, o último deles a revogar o Decreto 3912, de 10.9.2001, que regrava de forma diversa a matéria.

Na petição inicial o Autor imputa ao Decreto 4887/2003 os vícios da inconstitucionalidade formal e material no que reconhece o direito de propriedade das terras formadoras dos quilombos no período imperial aos que, por autoatribuição, se declararem remanescentes das comunidades quilombolas. Alega invasão da "*esfera reservada à lei*", em "*manifesta inconstitucionalidade*" "*ao pretender regulamentar diretamente, sem supedâneo em lei formal*", o art. 68 do ADCT, dispensando "*a mediação de instrumento legislativo*" e dispondo "*ex novo*". Nega tenha ele respaldo no art. 84, VI, da Lei Maior, ao argumento de que "re*foge – e muito – à matéria de que trata o mencionado dispositivo, pois disciplina direitos e deveres entre particulares e a administração pública, define os titulares da propriedade de terras onde se localizavam os quilombos, disciplina procedimentos de desapropriação e, consequentemente, importa aumento de despesa*". Aponta também inconstitucionalidade material:

(i) em seu o art. 13, ao prever desapropriação a ser levada a efeito pelo INCRA "*caso as terras ocupadas por remanescentes das comunidades quilombolas localizem-se em área de domínio particular*", quando, na dicção do art. 68 do ADCT, "*é reconhecida a propriedade definitiva*". Assim, se "*as terras são, desde logo, por força da própria Lei Maior, dos remanescentes das comunidades quilombolas que lá fixam residência desde 5 de outubro de 1988*", não haveria falar "*em propriedade alheia a ser desapropriada para ser transferida aos remanescentes de quilombos, muito menos em promover despesas públicas para fazer frente a futuras indenizações*". O papel do Estado, acentua, "*limita-se, segundo o art. 68 do ADCT, a meramente emitir os respectivos títulos*".

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14493588.

(ii) em seu art. 2º, § 1º, ao eleger a autoatribuição "*como critério essencial para a identificação dos remanescentes titulares do direito a que se refere o art. 68 do ADCT*", submetendo "*a qualificação constitucional a uma declaração do próprio interessado nas terras*", com subversão da lógica constitucional.

(iii) nos §§ 2º e 3º do mesmo art. 2º pela "*excessiva amplitude e sujeição aos indicativos fornecidos pelos respectivos interessados*" a que condiciona a "*caracterização das áreas a serem reconhecidas aos remanescentes das comunidades quilombolas*" diante. Pontua que "*a área cuja propriedade deve ser reconhecida* ***constitui apenas e tão-somente*** *o território em que* ***comprovadamente, durante a fase imperial da história do Brasil, os quilombos se formaram***".

Manifestação do **Advogado-Geral da União** no sentido do **não conhecimento** da ação e, sucessivamente, da **improcedência** do pedido.

Parecer do **Procurador-Geral da República** pela **improcedência** da ADI, assim ementado:

> "Ação Direta de Inconstitucionalidade em face do Decreto nº 4.887/2003, que regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que trata o art. 68 do ADCT.
>
> Decreto que regulamenta o art. 14, IV, 'c', da Lei nº 9.649/98 e o art. 2º, III e parágrafo único, da Lei nº 7.668/88. Inexistência de inconstitucionalidade formal. Necessidade de realização de desapropriação. Critério de autoatribuição para identificação das comunidades quilombolas e das terras a elas pertencentes. Estudos antropológicos atestam a adequação desse critério.
>
> Parecer pela improcedência da ação."

O eminente relator, **Ministro Cezar Peluso, em seu brilhante voto:**

(i) rejeitou a arguição de inadmissibilidade da ação direta de inconstitucionalidade esgrimida ao argumento de que estaria a atacar ato normativo de efeitos concretos – e nessa condição não sujeito a

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14493588.

controle abstrato de constitucionalidade-, aos fundamentos de que **(a)** o Decreto 4.887/1993 ***não extrai fundamento de validade das Leis federais 7.668/1988 e 9.649/199***, e **(b)** constitui **decreto autônomo**, credenciado enquanto tal à fiscalização concentrada de constitucionalidade;

(ii) reconheceu a **inconstitucionalidade formal** do Decreto 4.887/1993, por ofensa aos princípios da **legalidade** e da **reserva de lei**, ao entendimento de que o art. 68 do ADCT, necessariamente, "*há de ser complementado por lei em sentido formal;*

(iii) reputou, em adição, **materialmente inconstitucionais os arts. 2º, §§ 1º, 2º e 3º, 7º, § 2º, 9º, 13 e 17 do Decreto 4.887/2003.**

(iv) em síntese, conheceu e julgou **procedente** a ação direta para **declarar a inconstitucionalidade do Decreto 4.887/2003**, com modulação dos efeitos da decisão no sentido de considerar "*bons, firmes e valiosos os títulos até aqui emitidos*";

(v) e, como o Decreto 4.887/2003 revogara o Decreto 3.239/2001 - que igualmente pretendia regulamentar o art. 68 do ADCT e, na linha do raciocínio empreendido, padecia do mesmo vício formal-, afastou os efeitos repristinatórios (muito embora, relembro) não impugnado tal ato normativo pelo Autor.

3. Passo a votar: Acompanho o eminente o relator na rejeição a todas as preliminares arguidas.

3.1. Não-cabimento da ADI – natureza do Decreto 4887/2003. Não merece endosso a Defesa quanto a não se credenciar o Decreto 4.887/2003 ao controle concentrado enquanto ato de efeitos meramente concretos, sem conteúdo normativo.

Consabido que impugnável pela via da ação direta de inconstitucionalidade o ato normativo infralegal quando ostenta coeficiente mínimo de normatividade, generalidade e abstração, materializando **ato normativo autônomo, a retirar diretamente da Constituição da República** o seu **fundamento de validade**. Nesse sentido os precedentes desta Suprema Corte lembrados pelo Relator. Na espécie, contudo, não obstante alguns dispositivos do Decreto 4887/2003 consubstanciem preceitos de efeitos concretos, pertinentes a rotinas de

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14493588.

funcionamento da Administração, outros ostentam **densidade normativa suficiente à submissão ao controle de constitucionalidade em sede abstrata.**

3.2. Cotejo analítico. Nada colhe a invocação defensiva de ausência de cotejo analítico, na peça de ingresso, entre o Decreto 4887/2003 e dispositivos da Constituição da República. Há apontamento expresso de afronta aos arts. 5º, XXIV, e 84, VI, da CF e 68 do ADCT e encontram-se esgrimidas adequadamente as razões da insurgência.

3.3. Ausência de impugnação de ato jurídico revogado pela norma pretensamente inconstitucional, eivado do mesmo vício, que se teria por repristinada. Cognoscibilidade da ação direta. Entendo, assim como o eminente Relator, que não configura óbice à **cognoscibilidade da ação direta** a **ausência de pedido** de **declaração da inconstitucionalidade do ato normativo revogado pelo** Decreto 4.887/2003, a saber, **o Decreto 3.912/2001, por** padecer este de **vício formal idêntico** ao que o Autor imputa ao Decreto 4.887/2003. Na linha da ressalva de entendimento consignada pelo eminente Ministro Gilmar Mendes em seu voto na ADI 2.574 (Relator Ministro Carlos Velloso, DJ 29.8.2003), tenho por viável proceder à interpretação compreensiva e, eventualmente, estender a declaração também à norma de origem idêntica. Em tal hipótese, em absoluto configurada declaração de inconstitucionalidade *ultra petita* de norma não impugnada, cuidando-se, na verdade, de apreciação, já no plano da **eficácia da decisão**, sobre a compatibilidade ou incompatibilidade, com a Constituição, do **eventual efeito repristinatório** decorrente da **declaração de inconstitucionalidade da norma impugnada**, de modo a admiti-lo ou recusá-lo.

Destaco, a propósito, que a contemporânea doutrina constitucional alemã distingue, na prática jurisprudencial do Tribunal Constitucional, a **declaração de constitucionalidade** propriamente dita da **constatação declaratória de constitucionalidade**.[1] Embora originariamente destinada a resolver o problema da lacuna normativa resultante da decisão que

1 BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14493588.

declara a inconstitucionalidade de um ato, mediante a definição de uma regra de transição, essa ferramenta hermenêutica se revela apropriada também para lidar com o **problema da repristinação indesejável**. Se o Tribunal pode atribuir eficácia temporária à lei declarada inconstitucional, ou não recepcionada – e lembro aqui a decisão desta Suprema Corte quanto à base de cálculo do adicional de insalubridade definida como o salário mínimo em dissonância com o art. 5º, IV, da Magna Carta –, pela mesma lógica não lhe é vedado excluir, dos efeitos da decisão declaratória, eventual efeito repristinatório, uma vez constatada incompatibilidade com a ordem constitucional.

Ainda que comungue com os que guardam reserva à rígida importação, em sede de controle abstrato de constitucionalidade, de princípios do processo civil – como o do pedido ou da adstrição do juízo ao pedido –, tenho que **a seara própria para o exame da repristinação, que aqui se põe, é a da modulação dos efeitos da decisão, e não a do balizamento do pedido**, a repelir por qualquer ângulo o vício de declaração de inconstitucionalidade *ultra petita.*

Ainda que assim não fosse, o eventual efeito repristinatório indesejado do Decreto **3.912/2001, o** revogado, somente impediria o conhecimento do pedido de declaração de inconstitucionalidade do Decreto **4.887/2003** fundado na alegada invasão de esfera reservada a lei (inconstitucionalidade formal), não se interpondo à cognoscibilidade calcada na inconstitucionalidade material, porque não pertinente ao ato normativo revogado.

As demais arguições suscitadas dizem, na verdade, com o próprio mérito da ação direta.

4. No mérito, divirjo, *data venia*, do eminente Relator, e julgo **IMPROCEDENTE O PEDIDO de declaração de inconstitucionalidade do Decreto 4.887/2003** em ambas as vertentes em que veiculado, pelos fundamentos a seguir.

Transcrevo, em seu inteiro teor, o ato normativo impugnado:

> DECRETO 4887/1993
>
> "O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14493588.

que lhe confere o art. 84, incisos IV e VI, alínea "a", da Constituição e de acordo com o disposto no art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias,

DECRETA:

Art. 1o Os procedimentos administrativos para a identificação, o reconhecimento, a delimitação, a demarcação e a titulação da propriedade definitiva das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos, de que trata o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, serão procedidos de acordo com o estabelecido neste Decreto.

Art. 2o Consideram-se remanescentes das comunidades dos quilombos, para os fins deste Decreto, os grupos étnico-raciais, segundo critérios de auto-atribuição, com trajetória histórica própria, dotados de relações territoriais específicas, com presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida.

§ 1o Para os fins deste Decreto, a caracterização dos remanescentes das comunidades dos quilombos será atestada mediante autodefinição da própria comunidade.

§ 2o São terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos as utilizadas para a garantia de sua reprodução física, social, econômica e cultural.

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

Art. 3o Compete ao Ministério do Desenvolvimento Agrário, por meio do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA, a identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas pelos remanescentes das comunidades dos quilombos, sem prejuízo da competência concorrente dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

§ 1o O INCRA deverá regulamentar os procedimentos administrativos para identificação, reconhecimento,

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14493588.

delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas pelos remanescentes das comunidades dos quilombos, dentro de sessenta dias da publicação deste Decreto.

§ 2o Para os fins deste Decreto, o INCRA poderá estabelecer convênios, contratos, acordos e instrumentos similares com órgãos da administração pública federal, estadual, municipal, do Distrito Federal, organizações não-governamentais e entidades privadas, observada a legislação pertinente.

§ 3o O procedimento administrativo será iniciado de ofício pelo INCRA ou por requerimento de qualquer interessado.

§ 4o A autodefinição de que trata o § 1o do art. 2o deste Decreto será inscrita no Cadastro Geral junto à Fundação Cultural Palmares, que expedirá certidão respectiva na forma do regulamento.

Art. 4o Compete à Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial, da Presidência da República, assistir e acompanhar o Ministério do Desenvolvimento Agrário e o INCRA nas ações de regularização fundiária, para garantir os direitos étnicos e territoriais dos remanescentes das comunidades dos quilombos, nos termos de sua competência legalmente fixada.

Art. 5o Compete ao Ministério da Cultura, por meio da Fundação Cultural Palmares, assistir e acompanhar o Ministério do Desenvolvimento Agrário e o INCRA nas ações de regularização fundiária, para garantir a preservação da identidade cultural dos remanescentes das comunidades dos quilombos, bem como para subsidiar os trabalhos técnicos quando houver contestação ao procedimento de identificação e reconhecimento previsto neste Decreto.

Art. 6o Fica assegurada aos remanescentes das comunidades dos quilombos a participação em todas as fases do procedimento administrativo, diretamente ou por meio de representantes por eles indicados.

Art. 7o O INCRA, após concluir os trabalhos de campo de identificação, delimitação e levantamento ocupacional e

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14493588.

cartorial, publicará edital por duas vezes consecutivas no Diário Oficial da União e no Diário Oficial da unidade federada onde se localiza a área sob estudo, contendo as seguintes informações:

I - denominação do imóvel ocupado pelos remanescentes das comunidades dos quilombos;

II - circunscrição judiciária ou administrativa em que está situado o imóvel;

III - limites, confrontações e dimensão constantes do memorial descritivo das terras a serem tituladas; e

IV - títulos, registros e matrículas eventualmente incidentes sobre as terras consideradas suscetíveis de reconhecimento e demarcação.

§ 1o A publicação do edital será afixada na sede da prefeitura municipal onde está situado o imóvel.

§ 2o O INCRA notificará os ocupantes e os confinantes da área delimitada.

Art. 8o Após os trabalhos de identificação e delimitação, o INCRA remeterá o relatório técnico aos órgãos e entidades abaixo relacionados, para, no prazo comum de trinta dias, opinar sobre as matérias de suas respectivas competências:

I - Instituto do Patrimônio Histórico e Nacional - IPHAN;

II - Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA;

III - Secretaria do Patrimônio da União, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão;

IV - Fundação Nacional do Índio - FUNAI;

V - Secretaria Executiva do Conselho de Defesa Nacional;

VI - Fundação Cultural Palmares.

Parágrafo único. Expirado o prazo e não havendo manifestação dos órgãos e entidades, dar-se-á como tácita a concordância com o conteúdo do relatório técnico.

Art. 9o Todos os interessados terão o prazo de noventa dias, após a publicação e notificações a que se refere o art. 7o, para oferecer contestações ao relatório, juntando as provas pertinentes.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14493588.

Parágrafo único. Não havendo impugnações ou sendo elas rejeitadas, o INCRA concluirá o trabalho de titulação da terra ocupada pelos remanescentes das comunidades dos quilombos.

Art. 10. Quando as terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos incidirem em terrenos de marinha, marginais de rios, ilhas e lagos, o INCRA e a Secretaria do Patrimônio da União tomarão as medidas cabíveis para a expedição do título.

Art. 11. Quando as terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos estiverem sobrepostas às unidades de conservação constituídas, às áreas de segurança nacional, à faixa de fronteira e às terras indígenas, o INCRA, o IBAMA, a Secretaria-Executiva do Conselho de Defesa Nacional, a FUNAI e a Fundação Cultural Palmares tomarão as medidas cabíveis visando garantir a sustentabilidade destas comunidades, conciliando o interesse do Estado.

Art. 12. Em sendo constatado que as terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos incidem sobre terras de propriedade dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, o INCRA encaminhará os autos para os entes responsáveis pela titulação.

Art. 13. Incidindo nos territórios ocupados por remanescentes das comunidades dos quilombos título de domínio particular não invalidado por nulidade, prescrição ou comisso, e nem tornado ineficaz por outros fundamentos, será realizada vistoria e avaliação do imóvel, objetivando a adoção dos atos necessários à sua desapropriação, quando couber.

§ 1o Para os fins deste Decreto, o INCRA estará autorizado a ingressar no imóvel de propriedade particular, operando as publicações editalícias do art. 7o efeitos de comunicação prévia.

§ 2o O INCRA regulamentará as hipóteses suscetíveis de desapropriação, com obrigatória disposição de prévio estudo sobre a autenticidade e legitimidade do título de propriedade, mediante levantamento da cadeia dominial do imóvel até a sua origem.

Art. 14. Verificada a presença de ocupantes nas terras dos

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14493588.

remanescentes das comunidades dos quilombos, o INCRA acionará os dispositivos administrativos e legais para o reassentamento das famílias de agricultores pertencentes à clientela da reforma agrária ou a indenização das benfeitorias de boa-fé, quando couber.

Art. 15. Durante o processo de titulação, o INCRA garantirá a defesa dos interesses dos remanescentes das comunidades dos quilombos nas questões surgidas em decorrência da titulação das suas terras.

Art. 16. Após a expedição do título de reconhecimento de domínio, a Fundação Cultural Palmares garantirá assistência jurídica, em todos os graus, aos remanescentes das comunidades dos quilombos para defesa da posse contra esbulhos e turbações, para a proteção da integridade territorial da área delimitada e sua utilização por terceiros, podendo firmar convênios com outras entidades ou órgãos que prestem esta assistência.

Parágrafo único. A Fundação Cultural Palmares prestará assessoramento aos órgãos da Defensoria Pública quando estes órgãos representarem em juízo os interesses dos remanescentes das comunidades dos quilombos, nos termos do art. 134 da Constituição.

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

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

Art. 18. Os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos, encontrados por ocasião do procedimento de identificação, devem ser comunicados ao IPHAN.

Parágrafo único. A Fundação Cultural Palmares deverá instruir o processo para fins de registro ou tombamento e zelar pelo acautelamento e preservação do patrimônio cultural

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14493588.

brasileiro.

Art. 19. Fica instituído o Comitê Gestor para elaborar, no prazo de noventa dias, plano de etnodesenvolvimento, destinado aos remanescentes das comunidades dos quilombos, integrado por um representante de cada órgão a seguir indicado:

I - Casa Civil da Presidência da República;

II - Ministérios:

a) da Justiça;

b) da Educação;

c) do Trabalho e Emprego;

d) da Saúde;

e) do Planejamento, Orçamento e Gestão;

f) das Comunicações;

g) da Defesa;

h) da Integração Nacional;

i) da Cultura;

j) do Meio Ambiente;

k) do Desenvolvimento Agrário;

l) da Assistência Social;

m) do Esporte;

n) da Previdência Social;

o) do Turismo;

p) das Cidades;

III - do Gabinete do Ministro de Estado Extraordinário de Segurança Alimentar e Combate à Fome;

IV - Secretarias Especiais da Presidência da República:

a) de Políticas de Promoção da Igualdade Racial;

b) de Aqüicultura e Pesca; e

c) dos Direitos Humanos.

§ 1o O Comitê Gestor será coordenado pelo representante da Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial.

§ 2o Os representantes do Comitê Gestor serão indicados pelos titulares dos órgãos referidos nos incisos I a IV e designados pelo Secretário Especial de Políticas de Promoção

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14493588.

da Igualdade Racial.

§ 3o A participação no Comitê Gestor será considerada prestação de serviço público relevante, não remunerada.

Art. 20. Para os fins de política agrícola e agrária, os remanescentes das comunidades dos quilombos receberão dos órgãos competentes tratamento preferencial, assistência técnica e linhas especiais de financiamento, destinados à realização de suas atividades produtivas e de infra-estrutura.

Art. 21. As disposições contidas neste Decreto incidem sobre os procedimentos administrativos de reconhecimento em andamento, em qualquer fase em que se encontrem.

Parágrafo único. A Fundação Cultural Palmares e o INCRA estabelecerão regras de transição para a transferência dos processos administrativos e judiciais anteriores à publicação deste Decreto.

Art. 22. A expedição do título e o registro cadastral a ser procedido pelo INCRA far-se-ão sem ônus de qualquer espécie, independentemente do tamanho da área.

Parágrafo único. O INCRA realizará o registro cadastral dos imóveis titulados em favor dos remanescentes das comunidades dos quilombos em formulários específicos que respeitem suas características econômicas e culturais.

Art. 23. As despesas decorrentes da aplicação das disposições contidas neste Decreto correrão à conta das dotações orçamentárias consignadas na lei orçamentária anual para tal finalidade, observados os limites de movimentação e empenho e de pagamento.

Art. 24. Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 25. Revoga-se o Decreto no 3.912, de 10 de setembro de 2001."

4.1. Invasão de esfera reservada a lei (art. 84, IV e VI, "a", da CF). A tese de que, ao pretender regulamentar diretamente o art. 68 do ADCT, mediante a edição do Decreto 4.887/2003, inexistente lei a respeito, a Presidência da República teria invadido esfera reservada ao Poder

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14493588.

Legislativo e, consequentemente, incorrido em inconstitucionalidade por afronta ao art. 84, IV e VI, "a", da Lei Maior, a meu juízo, não se sustém.

Diversamente do entendimento partilhado por defensores tanto da constitucionalidade quanto da inconstitucionalidade do Decreto 4.887/2003, o texto do art. 68 do ADCT é, *data venia*, como bem destaca o parecer do PGR**, tudo menos límpido**. **É, sim, conciso, está expresso em linguagem que se pretende objetiva, mas o sentido da norma não é evidente de plano,** qualificando-se, a meu juízo, pelo que Friedrich Müller chamou de "linguisticamente não unívoco"[2]. Sua **aparente objetividade oculta a vagueza e equivocidade da linguagem normativa** – de regra mais acentuadas em **normas de índole materialmente constitucional**.

Por outro lado, **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**.

Na linha do decidido no **MI 630/MA,** de forma monocrática, pelo Ministro Joaquim Barbosa, entendo que o art. 68 do ADCT "*inegavelmente, assegura um direito específico e, (...), fundado diretamente no texto constitucional*".

Rememoro o teor do preceito:

> "**Art. 68. Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os**

2 MULLER, Friedrich. O Novo Paradigma do Direito. São Paulo: Ed. RT, 2007.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14493588.

títulos respectivos."

Decomposto analiticamente o texto, extraio duas categorias de enunciados constitucionais:

(i) uma disposição substancial assentando um direito fundamental – um direito de propriedade qualificado ("a**os remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva");**

(ii) uma ordem ao Estado para que pratique determinado ato necessário ao direito fundamental assentado – a expedição dos títulos respectivos ("**devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos").**

Quanto ao primeiro enunciado - "a**os remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva" -,** a norma não prevê direito potencialmente exercível em momento futuro incerto, dependente de lei. **O direito fundamental subjetivo está consagrado no próprio preceito constitucional transitório.** O sentido da norma constitucional – porque de **eficácia plena** – é inverso ao que se extrai da leitura de uma norma de eficácia limitada: **a norma constitucional definidora de direito fundamental não assenta incumbência ao legislador, ao contrário, desde já – promulgada a Constituição –, fixa limite à atuação legislativa, de tal modo que nenhuma lei que venha a ser editada poderá frustrar ou restringir o exercício dos direitos nela – norma constitucional – afirmados**, por absoluta incompatibilidade com a ordem de direitos estabelecida. Em virtude da **precedência hierárquica da Constituição em relação à lei**, a norma definidora de direito fundamental limita a atuação do legislador infraconstitucional.

Consabido, de resto, que toda Constituição que se apresenta como **Carta de Direitos** representa uma limitação à soberania, registrando Georges Abboud:

> "(...) os poderes estão limitados e vinculados à Constituição, não apenas quanto à forma e procedimentos, mas também quanto aos conteúdos, ou seja, no Estado

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14493588.

> Constitucional de Direito, a Constituição não apenas disciplina as formas de produção legislativa, mas também impõe a esta proibições e obrigações de conteúdo correspondentes aos direitos de liberdade e aos direitos sociais, cuja violação ocasiona antinomias e lacunas."[3]

O direito fundamental insculpido no art. 68 do ADCT em absoluto demanda do Estado delimitação legislativa, e sim organização de estrutura administrativa apta a viabilizar a sua fruição. **A dimensão objetiva do direito fundamental que o preceito enuncia, enfatizo, impõe ao Estado o dever de tutela – observância e proteção –, e não o dever de conformação**.[4]

Nessa linha, o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias elenca de modo completo e abrangente os elementos delineadores do direito que consagra, ainda que sem esmiuçar os detalhes procedimentais ligados ao respectivo exercício. Nele definidos, como destaca a melhor doutrina, o **titular** (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).[5]

---

3 ABBOUD, Georges. Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

4 Cfr.: DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. "(...) o Estado teria para cada direito fundamental os deveres de observar e proteger. A observância refere-se à abstenção de comportamento lesivo próprio, ou seja, refere-se à obrigação de não intervenção nas esferas individuais protegidas. A proteção refere-se à ação do Estado do intuito de proteger ativamente os direitos fundamentais em face das possíveis inobservâncias de particulares. Em suma, ao Estado seria imposto o dever de tutela fundado nos direitos fundamentais (grundrechtliche Schuzpflicht). O Estado deve forçar o respeito aos direitos fundamentais, impondo a omissão de condutas violadoras provenientes de particulares."

5 SILVA, Claudio Teixeira da. O usucapião singular disciplinado no art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias In Revista de Direito Privado, vol. 11, julho-2002.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14493588.

Não há espaço, repito, para a conformação do direito em si – hipótese em que se poderia cogitar da necessidade de integração da norma pela via legislativa –, expressado que foi em sua plenitude.

Para José Afonso da Silva, normas constitucionais de eficácia plena são aquelas que "criam situações subjetivas de vantagem ou de vínculo, desde logo exigíveis"[6], não reclamando ulterior providência legislativa para sua aplicação. Maria Helena Diniz, a seu turno, assinala a **concessão de direitos e prerrogativas, sem a indicação de órgãos ou processos especiais para a sua execução**, como **características identificadoras das normas constitucionais de eficácia plena**.[7] Assim, apto o **art. 68 do ADCT,** enquanto norma de eficácia plena, **a produzir todos os seus efeitos no momento em que passou a vigorar a Constituição de 1988**, independentemente de norma integrativa infraconstitucional.

Não é demais lembrar que, diante de norma constitucional assim qualificada, recomenda a doutrina se evite "método interpretativo que reduza ou debilite, sem justo motivo, a máxima eficácia possível dos direitos fundamentais."[8] Observa Jorge Miranda que "a uma norma fundamental tem de ser atribuído o sentido que mais eficácia lhe dê; a cada norma constitucional é preciso conferir, ligada a todas as outras normas, o máximo de capacidade de regulamentação"[9], imperativo que assume, na lição de Konrad Hesse, a seguinte sistematização:

> "Dado que a Constituição pretende ver-se atualizada e uma vez que as possibilidades e os condicionamentos históricos dessa atualização modificam-se, será preciso, na solução dos

6 SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

7 DINIZ, Maria Helena. Norma constitucional e seus efeitos. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

8 FREITAS, Juarez. A melhor interpretação constitucional 'versus' a única resposta correta In SILVA, Virgílio Afonso. Interpretação Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2007.

9 MIRANDA, Jorge. Direitos fundamentais e interpretação constitucional. Porto Alegre: Revista do TRF-4ª Região n. 30, 1998.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14493588.

> problemas, dar preferência àqueles pontos de vista que, sob as circunstâncias de cada caso, auxiliem as normas constitucionais a obter a máxima eficácia."[10]

Assinalo que a **vedação contida no art. 5º, § 1º, da Carta Política de que sejam as normas definidoras de direitos fundamentais interpretadas como meras declarações políticas ou programas de ação**, ou ainda como "normas de eficácia *limitada* ou *diferida*"[11], importa em que os titulares do direito não necessitem "aguardar autorização, concretização ou outra determinação estatal" para o respectivo exercício.[12]

Tenho, pois, que, **levada a sério**, à norma constitucional – especialmente a definidora de direito fundamental – não pode ser atribuída exegese que lhe retire toda e qualquer densidade normativa. Em absoluto merece endosso, *data venia*, interpretação atribuidora de sentido e eficácia que impliquem a própria **inexistência** do texto interpretado: impacto jurídico indistinguível de uma ordem jurídica carente do preceito.

De outra parte, como **o segundo enunciado contido no art. 68 do ADCT impõe ao Estado o dever de emitir os títulos correspondentes ao direito real nele reconhecido,** torna-se imperativo à **Administração normatizar a sua própria atuação** para atender o imperativo constitucional. A atuação positiva do Estado decorre do direito, a ele oponível, titularizado pelos destinatários da norma constitucional transitória que o consagra.

Nem sempre medidas legislativas são as apropriadas a promover o cumprimento da Constituição. Casos há, ainda, em que a lei, apesar de necessária, é insuficiente. Em outros, não é o tipo de medida adequado ou o que se espera do Estado.

---

10 HESSE, 1984 Apud FREITAS, Juarez. A melhor interpretação constitucional 'versus' a única resposta correta In SILVA, Virgílio Afonso. Interpretação Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2007.

11 *DIMOULIS; MARTINS, 2007.*

12 DIMOULIS; MARTINS, 2007.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14493588.

Em qualquer hipótese, é obrigação do Estado agir positivamente para alcançar o resultado pretendido pela Constituição, ora por medidas legislativas, ora por políticas e programas implementados pelo Executivo, desde que apropriados e bem direcionados. No contexto dos **direitos fundamentais compreendidos como um sistema**, é exigência constitucional que "para serem **razoáveis,** medidas não podem deixar de considerar o grau e a extensão da privação do direito que elas se empenham em realizar", conforme assentou a Corte Constitucional da África do Sul no julgamento do caso *Governo da República da África do Sul e outros vs. Irene Grootboom e outros*, verdadeiro divisor de águas no constitucionalismo contemporâneo.

Admite-se hoje, registra a doutrina, que a Administração Pública, ainda que com menor margem de manobra que o Judiciário, interprete a legislação vigente para executar sua atividade, assumindo especial relevo, nesse contexto, a interpretação da "Constituição como fundamento direto do agir administrativo."[13] Tal decorre da singela constatação de que "não é possível preconizar-se que a Administração Pública atue em conformidade com a legislação e a Constituição sem que ao mesmo tempo realize a interpretação desses diplomas"[14]. Com efeito, todo e qualquer **ato jurídico, enquanto ato linguístico**, é – ou resulta de –, em última análise, um **ato de interpretação**.

Preciso, no aspecto, o magistério de Georges Abboud:

> "No Estado Constitucional, o princípio da legalidade sofre releitura de modo que a atividade da Administração Pública passa a estar vinculada ao texto constitucional.
>
> Essa nova vinculação, conforme ensina Paulo Otero, ocorre em virtude de substituição da lei pela Constituição como fundamento direto e imediato do agir administrativo sobre determinadas matérias.
>
> Portanto, no Estado Constitucional, configurou-se uma substituição da reserva vertical da lei por uma reserva vertical

13 ABBOUD, 2011.

14 ABBOUD, 2011.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14493588.

> da própria Constituição. Essa substituição permitiu que a Constituição passasse a ser o fundamento direto do agir administrativo, tendo reflexo imediato em duas áreas de incidência: (a) a Constituição torna-se norma direta e imediatamente habilitadora da competência administrativa; (b) a Constituição passa a ser critério imediato da decisão administrativa.
>
> (…)
>
> A vinculação da Administração não é mais apenas em relação à legalidade, mas, sim, a um bloco de legalidade dentro do qual possui especial destaque o texto constitucional."[15]

Disponíveis à atuação integradora tão-somente os aspectos do art. 68 do ADCT que dizem com a regulação do comportamento do Estado na implementação do comando constitucional, **não identifico invasão de esfera reservada à lei nem concluo**, por conseguinte, pela violação, pelo Poder Executivo, do **art. 84 da Carta Política** ao editar o Decreto 4.887/2003. Este, do meu ponto de vista, traduz efetivo **exercício do poder regulamentar da Administração** inserido nos limites estabelecidos pelo **art. 84, VI, da Constituição da República**.

Em convergência com esse entendimento a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no julgamento do paradigmático caso *Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, em 2001, ao declarar violados os artigos 21 (direito de propriedade) e 25 (direito a proteção judicial eficaz) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) pelo Estado da Nicarágua porque, não obstante reconhecida, na Constituição daquele país, a propriedade comunal dos povos indígenas sobre as terras por eles ocupadas, jamais havia sido regulado procedimento especifico para permitir o exercício desse direito. Sentenciou a Corte Interamericana que o Estado demandado – a Nicarágua – equipasse o seu direito interno com mecanismos para efetivar a delimitação e a titulação da propriedade dos povos tradicionais, em conformidade com seus costumes, **fosse por medidas legislativas,**

15 ABBOUD, 2011.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14493588.

fosse por medidas administrativas ou de qualquer outro caráter – justamente por se tratar de direito fundamental.

Antes as razões expostas, e pedindo vênia ao eminente Relator, não visualizo na edição, pelo Poder Executivo, do ato normativo impugnado – Decreto 4.887/2003 – mácula aos postulados da **legalidade** e da **reserva de lei** e, consequentemente, julgo **improcedente** o pedido de declaração de **inconstitucionalidade formal** por ofensa ao **art. 84, IV e VI, da Carta Política**.

Passo ao exame dos pedidos de declaração de inconstitucionalidade material dos arts. 2º, § 1º, 2º e 3º, e 13, *caput* e § 2º, do Decreto 4.887/2003.

4.2. O parâmetro constitucional de controle inscrito no art. 68 do ADCT. Ultrapassada a questão relativa à densidade normativa do art. 68 do ADCT – com a conclusão de que o preceito, porquanto dotado de significação juridicamente completa, dispensa integração legislativa – o debate sobre a constitucionalidade do Decreto 4.887/2003 se convola na indagação acerca da **exegese do art. 68 do ADCT empreendida pela Administração ao editá-lo – se adequada ou não ao real conteúdo do texto constitucional**. Assim dimensionada, percebe-se que a insurgência deduzida no presente feito se relaciona menos à normatividade do Decreto impugnado do que às próprias possibilidades hermenêuticas do dispositivo constitucional (art. 68 do ADCT) em si considerado.

Não se pode perder de vista, no exame da constitucionalidade de ato normativo, que o parâmetro é sempre a realização do conteúdo do comando constitucional articulado em oposição à sua negativa. Reconhecido, na Carta, um direito fundamental, a inviabilização do seu exercício – por ação ou omissão – se reveste do vício da inconstitucionalidade. Assim, **a declaração de inconstitucionalidade deve traduzir uma aplicação jurisdicional da Constituição**. **Em outras palavras, a eventual declaração de inconstitucionalidade somente se legitima se não falha ao ser descrita, ela mesma, como aplicação efetiva da Constituição**.

4.3. Critério de identificação (art. 2º, *caput* e § 1º, do Decreto 4.887/2003). O Autor reputa incompatível com a ordem constitucional a

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14493588.

adoção, no art. 2º, § 1º, do Decreto 4.887/2003, para a caracterização da condição de remanescente dos quilombos, do critério de autoatribuição da própria comunidade, sob pena de reconhecimento do direito a mais pessoas do que as efetivamente beneficiárias do art. 68 do ADCT. Agrega que, segundo a letra do texto constitucional, indispensável a comprovação (1) da remanescência – e não da descendência – das comunidades dos quilombos para que fossem emitidos os títulos e (2) a posse das terras em que se localizavam os quilombos quando da promulgação da Constituição.

Eis o teor do dispositivo impugnado, no tópico:

> "Art. 2º Consideram-se remanescentes das comunidades dos quilombos, para os fins deste Decreto, os **grupos étnico-raciais**, **segundo critérios de autoatribuição**, **com trajetória histórica própria**, **dotados de relações territoriais específicas**, **com presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida**.
>
> § 1º Para os fins desse decreto, a **caracterização dos remanescentes das comunidades dos quilombos** será **atestada mediante autodefinição da própria comunidade**." (destaquei)

Para o devido equacionamento da matéria, cumpre perquirir qual o universo dos chamados "**remanescentes das comunidades quilombolas**" aos quais reconhecida, pelo art. 68 do ADCT, a propriedade definitiva das terras ocupadas.

Os chamados quilombolas são povos tradicionais cuja contribuição histórica à formação cultural plural do Brasil somente foi reconhecida na Constituição de 1988. Embora não sejam propriamente nativos, como os povos indígenas, ostentam, à semelhança desses, **traços étnico-culturais distintivos** marcados por **especial relacionamento sociocultural com a terra ocupada**: **nativizaram-se, incorporando-se ao ambiente territorial ocupado.**

Homenageia a Constituição o papel protagonizado pelos quilombolas na resistência ao injusto regime escravista, ou escravagista,

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14493588.

para os que preferem o galicismo, que por séculos vicejou no Brasil, de panorama bem conhecido:

> "A escravidão de africanos nas Américas consumiu cerca de 15 milhões ou mais de homens e mulheres arrancados de suas terras. (...) A participação do Brasil nessa trágica aventura foi enorme. Para o Brasil, estima-se que vieram perto de 40% dos escravos africanos. Aqui, não obstante o uso intensivo da mão-de-obra cativa indígena, foram os africanos e seus descendentes que constituíram a força de trabalho principal durante os mais de trezentos anos de escravidão."[16]

O Brasil, como sabido, foi o último país do continente americano a retirar da legalidade o trabalho escravo, após mais de três séculos de exploração, em 13 de maio de 1888.

Dos pampas à Amazônia, a historiografia contemporânea não claudica mais em afirmar que era generalizada a presença de quilombos, ou mocambos, no Brasil colonial[17] – sociedade cuja complexidade sabe-se hoje maior do que se supunha, e na qual os quilombos desempenharam relevante papel social, político e econômico. Praticamente todas as estimativas isoladas, ainda que baseadas em uma documentação lacunar, sugerem que, nos períodos de normalidade institucional, o contingente que se encontrava permanentemente fugido girava em torno de 2 a 5% da população escrava.[18]

Também a historiografia contemporânea dá conta de que o

---

16 REIS, João José; GOMES, Flávio dos Santos. Uma História de Liberdade In REIS, João José; GOMES, Flávio dos Santos (orgs.). Liberdade por um fio: história dos quilombos no Brasil.São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

17 RAMOS, Donald. Quilombos e o Sistema Escravista em Minas Gerais do Século XVIII. In REIS, João José; GOMES, Flávio dos Santos (orgs.). Liberdade por um fio: história dos quilombos no Brasil.São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

18 FIABANI, Adelmir. Mato, Palhoça e Pilão: o quilombo, da escravidão às comunidades remanescentes [1532-2004]. São Paulo: Expressão Popular, 2012.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14493588.

fenômeno consistente na reunião de escravos fugidos em agrupamentos jamais foi uniforme, assumindo múltiplos matizes a depender de para onde se volta o olhar, no amplo espectro temporal e espacial que conformou o modo de produção escravagista no Novo Mundo em geral e no território brasileiro em particular. Pertinente, pois, a observação do professor do Departamento de História e diretor do *Office of International Programs* da Universidade Estadual de Cleveland – Estados Unidos, Donald Ramos, de que

> "A atenção dos historiadores tem-se geralmente voltado para os grandes quilombos, como os de Palmares e o do Ambrósio. Mas igualmente significativas para a compreensão do passado escravista foram as centenas, os milhares de pequenos quilombos que pontilharam o interior do Brasil no século XVIII. A maioria nem chegou a ganhar nome, sendo identificados simplesmente pela localização (...). Esses quilombos anônimos eram parte integrante da vida do século XVIII."[19]

Destaca, ainda, esse autor, que nas Minas Gerais os quilombos, ou calhambos, como ali designados,

> "eram tão comuns no século XVIII, tanto em número como em localização geográfica, que o pesquisador é obrigado a vê-los como parte integral da sociedade colonial brasileira. Eles representavam uma porta de saída da escravidão mas, ao mesmo tempo, os calhambolas se tornaram parte de um sistema maior que se desenvolveu nas zonas de mineração. Sua existência permitiu que os escravos desempenhassem diferentes papéis: escravos obedientes a maior parte do tempo, algumas vezes cooperavam e ajudavam calhambolas e talvez se juntassem a eles temporariamente. Isso criou uma ambiguidade que provocava frustrações sem fim às autoridades locais."[20]

19 RAMOS, 1996.

20 RAMOS, 1996.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14493588.

Se, por um lado, os quilombos "eram vistos como uma ameaça pelos potentados e autoridades locais, para os quais significavam uma constante violação da ordem natural das coisas, violação dos princípios de propriedade e hierarquia que eram parte importante do paradigma cultural dominante", por outro, "eram parceiros de negócios dos comerciantes", de tal modo que "dentro dos limites urbanos de Vila Rica, a capital da região mineradora, (...) os calhambolas circulavam e mantinham contatos entre os residentes".[21] Os quilombos, longe de representarem um mundo isolado, criaram "um mundo subterrâneo interagindo com a escravidão"[22], influenciando a vida e o comportamento também dos escravos e dos homens livres que permaneciam inseridos no sistema escravagista.

> "Em diversas regiões escravistas brasileiras, assim como em outras áreas das Américas negras, (...) os quilombolas, com suas atividades econômicas, acabaram por formar um campesinato negro ainda durante a escravidão."[23]

A **heterogeneidade** do fenômeno quilombola é evidenciada, entre outros exemplos, pelos chamados "quilombos abolicionistas", "formados próximos aos grandes centros nos momentos finais da escravidão, (…) liderados por personalidades públicas com relações sólidas com a sociedade legal, na qual declinava o apoio à escravidão" e cuja característica marcante era justamente "a sua proximidade com a cidade dissociada do escravismo, que o protegia dos escravizadores, nos momentos finais da dissolução do sistema."[24] Foi o caso, estudado por

21 RAMOS, 1996.

22 GOMES, Flávio dos Santos. Quilombos do Rio de Janeiro no Século XIX In REIS, João José; GOMES, Flávio dos Santos (orgs.). Liberdade por um fio: história dos quilombos no Brasil.São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

23 GOMES, 1996.

24 FIABANI, 2012.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14493588.

Eduardo Silva, pesquisador da Fundação Casa da Rui Barbosa e professor da UFBA, do chamado mocambo do Leblon, no Rio de Janeiro, idealizado pelo comerciante português José de Seixas Magalhães, que adquiriu uma chácara situada na área que hoje abriga o conhecido bairro carioca, onde cultivava flores com o auxílio de escravos fugidos que lá escondia "com a cumplicidade dos principais abolicionistas da capital do Império."[25] E também do quilombo de Jabaquara, que, nos anos finais do período escravista, se organizou "em terras cedidas por um abolicionista da elite e os quilombolas ergueram suas cabanas com dinheiro recolhido entre as pessoas de bem e comerciantes de Santos"[26].

Sob qualquer ângulo, é de se enfatizar, a formação dos quilombos, calhambos ou mocambos retém o caráter de ato de resistência, de inconformismo, enfim, de **luta por reconhecimento**. Apesar de frequentemente inseridos no ambiente e na economia locais, os quilombos representavam uma possibilidade de organização social alternativa à ordem escravista.

Não bastasse o **Brasil** ter sido o **último país das Américas a abolir o regime escravocrata**, negligenciou, até o advento da Constituição Cidadã, os direitos – inclusive territoriais – das coletividades originadas dos agrupamentos formados por escravos fugidos.

Quem são, pois, os remanescentes das comunidades dos quilombos aos quais alude o art. 68 do ADCT, os "quilombolas atuais"? O historiador Dirceu Lindoso, *doutor honoris causa* da Universidade Federal de Alagoas, descreve-os como

> "comunidades familiares de negros e mulatos, em que dominam, com raras exceções, as características somáticas dos afrodescendentes; (...) comunidades ora concentradas, e ora esparsas em forma de campesinato; (...) comunidades de afro-descendentes em que varia o grau de consciência de uma

25 SILVA, Eduardo. As Camélias do Leblon e a abolição da escravatura: uma investigação de história cultural. São Paulo, Companhia das Letras, 2003.

26 SILVA, 2003.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14493588.

> cultura quilombola, ora intensa e presente, ora frágil e apagada. Mas, de uma forma ou de outra, as suas origens africanas se fazem presentes por meio de uma consciência étnica.
>
> (...) criaram um grau de consciência de sua procedência quilombola, que (...) se amplia pela continuidade de uma consciência social de origem que é dominantemente africana. É uma consciência que não busca uma volta à África como ideologia do desenraizamento, mas um movimento que busca sua inclusão no espaço da sociedade nacional."[27]

No mesmo passo segue a definição fornecida pela antropologia:

> "Toda comunidade negra rural que agrupe descendentes de escravos vivendo da cultura de subsistência e onde as manifestações culturais têm forte vínculo com o passado."[28]

Para trazer um exemplo concreto, cito estudo acadêmico sobre as raízes da **comunidade negra rural** – leia-se comunidade **remanescente de quilombo** – do Pacoval, localizada à margem do rio Curuá, no oeste do Estado do Pará, no qual constatado que

> "suas manifestações culturais, seu cotidiano e seu modo de ser revelam suas origens. Origens mais bem expressas não apenas na cor da pele de sua gente, mas sobretudo na memória, nas lembranças dos velhos, de histórias contadas por seus avós, que nos remetem sempre a um outro passado: o dos mocambos. A história dos avós é história vivida."[29]

---

27 LINDOSO, Dirceu. A razão quilombola: estudos em torno do conceito quilombola de nação etnográfica. Maceió: EDUFAL, 2011.

28 ANDRADE, Tânia. Quilombos em São Paulo: tradições, direitos e lutas. São Paulo: Imesp, 1997.

29 FUNES, Eurípedes A. "Nasci nas Matas, Nunca Tive Senhor" – história e memória dos mocambos do baixo Amazonas In REIS, João José; GOMES, Flávio dos Santos (orgs.). Liberdade por um fio: história dos quilombos no Brasil. São Paulo: Companhia das Letras,

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14493588.

Memória essa que é **referencial** não só de **ancestralidade**, mas também, e fundamentalmente, de **identidade**.[30] Nesse sentido, prossegue o estudo:

> "(...) a memória constitui elemento de significativa importância à reconstituição do processo histórico. Nas comunidades remanescentes de mocambos ela está mais viva entre os velhos, netos e bisnetos de mocambeiros, guardiões das histórias que seus antepassados lhes contavam. É a eles que se recorre, para ampliar os horizontes da pesquisa sobre essas organizações sociais. (...) depositários de uma memória que, mesmo narrada de forma individual, express[a] lembranças coletivas."[31]

Com efeito, a perversa aspereza da vida servil "permanece na memória dos remanescentes e é sempre ressaltado ao falarem sobre o porquê da fuga de seus ascendentes."[32] Bem ilustrado, tal aspecto – o **vínculo de identidade com o passado** – na mencionada pesquisa sobre a comunidade do Pacoval, na qual entrevistado José Santa Rita, descendente de escravos aquilombados falecido em 1992 aos setenta anos. Ele afirmou, sobre seus avós mocambeiros, que

> "contavam histórias acontecidas com eles mesmos, lá com a Maria Macambira, que comiam em cochos, parecia porco. Quando um escravo errava o mandado deles, saíam com o chicote para lambar, davam surra mesmo. Quando tavam dormino, assim muito, aí chegavam lá onde eles tavam dormino e cortavam as cordas da rede e eles caíam, tinha que alevantá pra trabalhá [...] tudo ali era uma sujeição ridícula, que eles não tavam acostumado mas foram obrigados acostumá, por que

1996.

30 FUNES, 1996.

31 FUNES, 1996.

32 FUNES, 1996.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14493588.

> eles vieram da África. Aí foi o tempo que eles resolveram fugi. É penoso, a gente acha penoso o que eles contavam, como era o trato deles."

A identidade da personagem Maria Macambira, do relato acima, não foi desprezada na pesquisa desenvolvida por Funes, e é elucidativa da relação entre **identidade e memória**:

> "A imagem dessa senhora, violenta e sem dúvida de forte personalidade, está associada, aos momentos mais significativos da história desses mocambeiros, como se depreende das falas dos narradores que, quando se lhes pergunta de quem eram escravos seus antepassados, respondem rapidamente: 'de Maria Macambira, uma mulher malvada'. As fugas dos escravos dessa proprietária e de seus herdeiros, entre eles o barão de Santarém, constituíram um mito de origem de uma parcela considerável daqueles que posteriormente constituíram o Pacoval."[33]

A considerar, ainda, as ocorrências envolvendo doações de terras aos afrodescendentes. Se em um primeiro olhar não podem ser confundidas com quilombos, a atenção à dinâmica da vida ensina a dificuldade de se traçar uma linha de distinção:

> "Em algumas fazendas, alguns proprietários entregaram, em vida ou por testamento, pedaços de terra para que fossem cultivadas pelos trabalhadores escravizados. Após a abolição, mesmo não legalizada a propriedade, essas terras transformaram-se em pontos de atração para outros afrodescendentes. (…) comumente, a doação de terras aos trabalhadores escravizados era feita a toda a coletividade."[34]

Exemplo dessa prática ocorreu em Mostardas, Município do Rio

33 FUNES, 1996.

34 FIABANI, 2012.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14493588.

Grande do Sul. Dona Maria Quitéria Pereira do Nascimento deixou em testamento, aberto em 22 de março de 1827, a fazenda dos Barros Vermelhos aos recém-libertos e demais famílias possivelmente residentes ali. Essas terras, a abrigar a que passou a ser conhecida como comunidade da Casca, teriam se convertido em "um dos destinos de fuga e abrigo de escravos fugidos. Ali, mesmo antes do testamento e oficialização da partilha, os escravos [da referida fazenda] e ex-escravos [fugidos] viviam como posseiros"[35]. A titularidade das terras ocupadas pela comunidade de Casca, que busca a sua regularização desde a década de 1960, somente lhes foi concedida pelo poder público em novembro de 2010.

Com a abolição, alguns quilombolas continuaram vivendo como posseiros nas áreas de seus quilombos. Com o fim da escravidão, "o quilombo deixou de existir como entidade gerada no seio e a partir das contradições da sociedade escravista, fruto da resistência do produtor escravizado contra a apropriação de sua pessoa, e, portanto, de sua força de trabalho, pelo escravizador."[36]

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.[37]

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."[38]

---

35 LEITE, Ilka Boaventura. O Legado do Testamento: a comunidade de Casca em perícia. Florinanópolis: NUER/UFSC, 2002.

36 FIABANI, 2012.

37 FIABANI, 2012.

38 ARRUTI, José Maurício Andion. Comunidades negras rurais: entre a memória e o

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14493588.

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."[39]

Seria falacioso perquirir acerca de um metafísico significado "puro" do termo "quilombo", que inexiste, tampouco de um suposto significado "do Constituinte" (igualmente metafísico), na medida em que, além do **significado já incorporado como referência no próprio significante – o texto aprovado pelo legislador (no caso, o constituinte) da norma jurídica** –, "não cabe a questão de sermos capazes de atribuir à legislatura como tal quaisquer pensamentos, intenções, crenças ou propósitos, (…) não há nenhum estado ou condição que corresponda à 'intenção da legislatura' da qual alguma outra coisa – como aquilo que membros ou grupos específicos disseram, pensaram, escreveram ou fizeram – pudesse oferecer uma pista."[40]

Os limites da cognoscibilidade jurídica da questão posta residem na **adequação do emprego do termo "quilombo" realizado pela Administração Pública às balizas linguísticas e hermenêuticas impostas pelo texto-norma do art. 68 do ADCT**.

A controvérsia espelha um **desacordo hermenêutico entre a Administração Pública e o Autor da ação**, mais **sobre o próprio conteúdo do art. 68 do ADCT do que propriamente sobre o teor da norma infraconstitucional com ele confrontada**.

---

desejo. In Suplemento especial de Tempo e Presença, março/abril, 1998.

39 BODEI, Remo. Livro da Memória e da Esperança. São Paulo: EDUSC, 2004

40 WALDRON, Jeremy. A Dignidade da Legislação. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14493588.

Se, até o final de 2002, era conhecida a existência de pouco mais de 700 comunidades quilombolas,[41] em mapeamento feito em 2012, o INCRA, órgão incumbido de levar a cabo o processo de identificação, delimitação, demarcação e titulação das terras dos remanescentes das comunidades quilombolas, estimou em três mil o número de comunidades remanescentes de quilombolas no país. Dados disponibilizados pela Fundação Cultural Palmares no mesmo ano apontavam 34,5 mil famílias vivendo em 1.838 comunidades certificadas como remanescentes de quilombos.

Conforme dados oficiais constantes do "Quadro Atual da Política de Regularização de Territórios Quilombolas no INCRA", elaborado pela Coordenação Geral de Regularização de Territórios Quilombolas daquele órgão, até o mês de julho de 2014 haviam sido emitidos 154 títulos, regularizando 1.007.827,8730 hectares em benefício de 127 territórios, 217 comunidades e 13.145 famílias quilombolas. Foram publicados 63 decretos de desapropriação por interesse social, incidentes sobre 529.441,9897 ha em benefício de 6.829 famílias.

Essas comunidades eram invisíveis até o advento da Constituição de 1988 – verdadeiros párias os quilombolas –, à margem da sociedade, sujeitas a "um quadro de miséria e abandono, diretamente vinculado à sua situação territorial"[42], passíveis de designação, em geral, como **populações extremamente vulneráveis e com elevado déficit na fruição de direitos fundamentais**.

Ao assegurar aos remanescentes das comunidades quilombolas a posse das **terras por eles ocupadas desde tempos coloniais ou imperiais**, a Constituição brasileira reconhece-os como **unidades dotadas de identidade étnico-cultural distintiva**, equiparando a proteção que merecem à dispensada aos povos indígenas.

A devida compreensão da problemática posta se beneficia das reflexões desenvolvidas pela renomada filósofa Nancy Fraser ao

41 ASSIS, Alexandre Caminho de; MELO, Paula Balduino. A Questão Quilombola Hoje In Revista Jurídica Consulex n° 340, março-2011.

42 ASSIS; MELO, 2011.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14493588.

caracterizar o mundo pós-queda do Muro de Berlim como aquele no qual às clássicas demandas fundadas na redistribuição, adicionam-se aquelas ligadas à luta por reconhecimento. **Reconhecimento** e **distribuição**, portanto, seriam os dois **vetores da busca da justiça social na sociedade contemporânea**.[43]

Na questão do reconhecimento da propriedade definitiva das terras ocupadas pelos remanescentes das comunidades dos quilombos, convergem as dimensões da luta pelo reconhecimento – expressa no fator de determinação da identidade de grupo – e da demanda por justiça socioeconômica, de caráter redistributivo – compreendida no fator de medição e demarcação das terras. Da ótica de uma **Constituição comprometida com a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e com a redução das desigualdades sociais, consoante o art. 3º, I e III**, da Lei Maior, não se mostra, portanto, adequado abordar a "questão quilombola" sem atentar para a necessária conciliação entre "reconhecimento cultural e igualdade social de forma a que sustentem um ao outro, ao invés de se aniquilarem (pois há muitas concepções concorrentes de ambos)"[44]. Há de se reconhecer que se cuida de problemática na qual "a privação econômica e o desrespeito cultural se entrelaçam e sustentam simultaneamente"[45].

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

> "O remédio para a injustiça econômica é alguma espécie

43 FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça numa era "pós-socialista" In Cadernos de campo, v.15, n. 14/15, São Paulo: jan-dez/2006, p. 231-9.

44 FRASER, 2006

45 FRASER, 2006

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14493588.

> de reestruturação político-econômica. Pode envolver redistribuição de renda, reorganização da divisão do trabalho, controles democráticos do investimento ou a transformação de outras estruturas econômicas básicas. (...) O remédio para a injustiça cultural, em contraste, é alguma espécie de mudança cultural ou simbólica. Pode envolver a revalorização das identidades desrespeitadas e dos produtos culturais dos grupos difamados. Pode envolver, também, o reconhecimento e a valorização positiva da diversidade cultural. Mais radicalmente ainda, pode envolver uma transformação abrangente dos padrões sociais de representação, interpretação e comunicação, de modo a transformar o sentido do eu de *todas as pessoas*."[46]

E a adoção da autoatribuição como critério de determinação da identidade quilombola em absoluto se ressente, a meu juízo, de ilegitimidade perante a ordem constitucional. Assumindo-se a boa-fé, a ninguém se pode recusar a identidade a si mesmo atribuída – e para a má-fé o direito dispõe de remédios apropriados. Logo, em princípio, ao sujeito que se afirma quilombola ou mocambeiro não se pode negar o direito de assim fazê-lo sem correr o risco de ofender a própria dignidade humana daquele que o faz.

A adoção de tal critério, de outra parte, tem a virtude de **vincular a justiça socioeconômica reparadora, consistente na formalização dos títulos de domínio às comunidades remanescentes dos quilombos, à valorização da específica relação territorial por eles desenvolvida, objeto da titulação, com a afirmação da sua identidade étnico-racial e da sua trajetória histórica própria.** Isso decorre do caráter peculiar das coletividades remanescentes de quilombos, e em especial do **fundamento étnico-racial inerente ao tipo de injustiça que o art. 68 do ADCT quis reparar**:

> "A 'raça', como o gênero, é um modo bivalente de coletividade. Por um lado, ela se assemelha à classe, sendo um

46 FRASER, 2006

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14493588.

princípio estrutural da economia política. (...) Ela estrutura a divisão dentro do trabalho remunerado, entre as ocupações de baixa remuneração, baixo *status*, enfadonhas, sujas e domésticas, mantidas desproporcionalmente pelas pessoas de cor, e as ocupações de remuneração mais elevada, de maior *status*, de 'colarinho branco', profissionais, técnicas e gerenciais, mantidas desproporcionalmente pelos 'brancos'. (...) Atualmente, além disso, a 'raça' também estrutura o acesso ao mercado de trabalho formal, constituindo vastos segmentos da população de cor como subproletariado ou subclasse, degradado e 'supérfluo' que não vale a pena ser explorado e é totalmente excluído do sistema produtivo. O resultado é uma estrutura econômico-política que engendra modos de exploração, marginalização e privação especificamente marcados pela 'raça'. (...) Sob esse aspecto, a injustiça racial aparece como uma espécie de injustiça distributiva que clama por compensações redistributivas. De modo muito semelhante à classe, a injustiça racial exige a transformação da economia política para que se elimine a racialização desta. Para eliminar a exploração, marginalização e privação especificamente marcadas pela 'raça' é preciso abolir a divisão racial do trabalho – a divisão racial entre trabalho explorável e supérfluo e a divisão racial dentro do trabalho remunerado. A lógica do remédio é semelhante à lógica relativa à classe: trata-se de fazer com que a 'raça' fique fora do negócio. Se a 'raça' não é nada mais do que uma diferenciação econômico-política, a justiça exige, em suma, que ela seja abolida.

Entretanto, a raça, como o gênero, não é somente econômico-política. Ela também tem dimensões culturais-valorativas, que a inserem no universo do reconhecimento. Assim, a 'raça' também abarca elementos mais parecidos com a sexualidade do que com a classe. Um aspecto central do racismo é o (...) racismo cultural: a desqualificação generalizada das coisas codificadas como 'negras', 'pardas' e 'amarelas', paradigmaticamente – mas não só – as pessoas de cor. Esta depreciação se expressa numa (...) sujeição às normas

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14493588.

eurocêntricas que fazem com que as pessoas de cor pareçam inferiores ou desviantes e que contribuem para mantê-las em desvantagem mesmo na ausência de qualquer intenção de discriminar; a discriminação atitudinal; a exclusão e/ou marginalização das esferas públicas e centros de decisão; e a negação de direitos legais plenos e proteções igualitárias. Como no caso do gênero, esses danos são injustiças de reconhecimento. Por isso, a lógica do remédio também é conceder reconhecimento positivo a um grupo especificamente desvalorizado.

A 'raça' também é, portanto, um modo bivalente de coletividade com uma face econômico-política e uma face cultural-valorativa. (...) Para compensar a injustiça racial, portanto, é preciso mudar a economia política e a cultura. (...) Uma vez que as pessoas de cor sofrem, no mínimo, de dois tipos de injustiça analiticamente distintos, elas necessariamente precisam, no mínimo, de dois tipos de remédios distintos: redistribuição e reconhecimento, que não são facilmente conciliáveis. Enquanto a lógica da redistribuição é acabar com esse negócio de 'raça', a lógica do reconhecimento é valorizar a especificidade do grupo."[47]

Recusar a autoidentificação implica **converter a comunidade remanescente do quilombo em gueto**, substituindo-se **a lógica do reconhecimento pela lógica da segregação**.

Observo, no direito comparado, que a Constituição adotada em 2008 pela República do Equador, após referendo popular, reconhece as comunidades afroequatorianas como povos distintos e assegura a proteção das terras comunais e dos territórios ancestrais por elas ocupados. É o que emerge dos seguintes dispositivos, que transcrevo à demasia:

"Art. 57, nº 4: Conservar a la propriedad imprescritible de sus tierras comunitarias, que serán inalienables, inembargables

47 FRASER, 2006

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14493588.

> e indivisibles;
>
> Art. 57, nº 5: Mantener la posesión de las tierras y territorios ancestrales u obtener su adjudicación gratuita;
>
> Art. 57, nº 9: Conservar y desarollar sus propias formas de convivencia y organización social, y de generación y ejercicio de la autoridad, em sus territorios legalmente reconocidos y tierras comunitarias de posesión ancestral."

Tal texto mostra-se mais avançado do que o da Carta Constitucional equatoriana anterior, de 1998, a qual, todavia, já assegurava a comunidades afroequatorianas a propriedade das terras ancestrais.

No mesmo passo, a Constituição da República da Colômbia, promulgada em 1991, consagra, no Artigo 55 das Disposições Transitórias, o direito de propriedade das comunidades negras daquele país sobre as terras por elas tradicionalmente ocupadas segundo suas próprias práticas, *verbis*:

> "Dentro de los dos años siguientes a la entrada en vigencia de la presente Constitución, el Congreso expedirá, previo estudio por parte de una comisión especial que el Gobierno creará para tal efecto, una ley que les reconozca a las comunidades negras que han venido ocupando tierras baldías en las zonas rurales ribereñas de los ríos de la Cuenca del Pacífico, de acuerdo con sus prácticas tradicionales de producción, el derecho a la propiedad colectiva sobre las áreas que habrá de demarcar la misma ley.
>
> En la comisión especial de que trata el inciso anterior tendrán participación en cada caso representantes elegidos por las comunidades involucradas.
>
> La propiedad así reconocida sólo será enajenable en los términos que señale la ley.
>
> La misma ley establecerá mecanismos para la protección de la identidad cultural y los derechos de estas comunidades, y para el fomento de su desarrollo económico y social.
>
> Parágrafo 1o. Lo dispuesto en el presente artículo podrá aplicarse a otras zonas del país que presenten similares

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14493588.

condiciones, por el mismo procedimiento y previos estudio y concepto favorable de la comisión especial aquí prevista.

Parágrafo 2o. Si al vencimiento del término señalado en este artículo el Congreso no hubiere expedido la ley a la que él se refiere, el Gobierno procederá a hacerlo dentro de los seis meses siguientes, mediante norma con fuerza de ley."

A destacar, ainda, a incorporação, pelo Estado brasileiro, a seu direito interno da **Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, de 27.6.1989,** aprovada pelo **Decreto Legislativo 143/2002** e ratificada pelo **Decreto 5.051/2004**, que consagrou a "consciência da própria identidade" como critério para determinar os grupos tradicionais – indígenas ou tribais – aos quais aplicável, enunciando que **nenhum Estado tem o direito de negar a identidade de um povo indígena ou tribal que se reconheça como tal**.

Eis o teor do **art. 1°, itens 1 e 2, da Convenção 169/OIT**:

"1. A presente convenção aplica-se:

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

b) aos povos em países independentes, considerados indígenas pelo fato de descenderem de populações que habitavam o país ou uma região geográfica pertencente ao país na época da conquista ou da colonização ou do estabelecimento das atuais fronteiras estatais e que, seja qual for sua situação jurídica, conservam todas as suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas, ou parte delas.

2. A consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos que se aplicam as disposições da presente Convenção."

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14493588.

Para os efeitos do Decreto 4.887/2003, **a autodefinição da comunidade como quilombola é atestada por certidão emitida pela Fundação Cultural Palmares, nos termos do art. 2°, III, da Lei 7.668/1988**. Embora apresentem congruências, vale registrar que não se sobrepõem os **conceitos de consciência da própria identidade, consagrado na Convenção 169 da OIT, e o de autoatribuição/autodefinição, da forma como previsto no Decreto 4.887/2003.**

Nada há na Convenção 169 da OIT que induza à conclusão de que a qualificação de determinado grupo como indígena ou tradicional – caso dos quilombolas – decorra – por relação de causalidade – de um procedimento qualquer de autodefinição ou autoatribuição de identidade. O conceito de **consciência da própria identidade indígena ou tribal**, tal como expresso naquela normatividade, reporta-se a **dado objetivamente aferível**, não obstante este dado – a consciência – manifeste um **fenômeno psíquico**, essencialmente subjetivo – ou intersubjetivo. **A consciência da identidade não se impõe de modo solipsista, não se imuniza ao controle social da legitimidade da sua pretensão de verdade.** Os **mecanismos para atestar a autodefinição** devem ser compreendidos como **meios pelos quais essa consciência de grupo pode ser identificada, aferida e exteriorizada, e não como indutores de uma característica**.

Na dicção da Convenção 169 da OIT, uma coletividade "x" é determinada como povo tradicional enquanto passível de ser identificada nos seus membros, como traço singularizador do grupo, a consciência de uma identidade própria. **Não é possível extrair do texto da Convenção tratar-se, a "consciência da própria identidade", de conceito infenso à constatação, apreensão externa e à objetivação**. E nem se diga que esses traços, pertencentes ao domínio da subjetividade-intersubjetividade não se oferecem ao mundo exterior, pois isso significaria colocar em causa as próprias premissas que determinam a possibilidade de conhecimento sobre o objeto de ciências como a psicologia, a antropologia, a sociologia e o próprio direito.

Faço estas considerações não para deslegitimar o critério de

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14493588.

autodefinição, mas para **dimensioná-lo**, **afastando temores** como os referidos na petição inicial desta ação, **decorrentes de exegeses que lhe atribuem conotação de presunção absoluta de veracidade**.

Corretamente compreendido e dimensionado, o critério da autoidentificação cumpre adequadamente a tarefa de **trazer à luz os destinatários do art. 68 do ADCT**, em absoluto se prestando a inventar novos destinatários, ampliando indevidamente o universo daqueles a quem a norma é dirigida.

Entendo que, se de um lado a falta de cuidado no seu emprego é um convite à irregularidade e ao oportunismo, de outro a sua recusa frustra a concretização de direitos constitucionais protegidos pela Constituição da República. O sentido das normas protetivas de direitos fundamentais, como já enfatizado, deve sempre ser buscado na interpretação que lhes confere a máxima eficácia.

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

Pontuo, por oportuno, que **a ostentação de uma identidade – que pode ser autoatribuída – não se confunde com a satisfação dos critérios objetivos exigidos pelo texto constitucional para o reconhecimento da titularidade do direito assegurado no art. 68 do ADCT** – que é, pelo menos em uma de suas dimensões, um direito real de propriedade. Assim, para os fins específicos da incidência desse dispositivo constitucional transitório, **além de uma dada comunidade ser qualificada como remanescente de quilombo** – elemento subjetivo que reside no âmbito da autoidentificação –, mostra-se **necessária a satisfação de um elemento objetivo, empírico: a reprodução da unidade social que se afirma originada de um quilombo há de estar atrelada a uma ocupação continuada do espaço ainda existente, em sua organicidade, em 05 de outubro de 1988**, de modo a se caracterizar como **efetiva atualização histórica das comunidades dos quilombos**.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14493588.

Julgo, pois, **improcedente o pedido de declaração de inconstitucionalidade do art. 2°, § 1°, do Decreto 4.887/2003.**

4.4. Terras ocupadas por remanescentes das comunidades quilombolas (art. 2º, §§ 2º e 3º, do Decreto 4.887/2003). Tampouco prospera, a meu juízo, a tese da inconstitucionalidade do art. 2º, §§ 2º e 3º, do Decreto 4.887/2003 por supostamente sujeitarem a identificação, medição e demarcação das terras aos critérios indicados pelos próprios interessados, em detrimento de critérios histórico-antropológicos.

Eis os preceitos impugnados:

> "§ 2º São terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos as utilizadas para a garantia de sua reprodução física, social, econômica e cultural.
>
> § 3º Para a medição e demarcação das terras, **serão levados em consideração** **critérios de territorialidade indicados pelos remanescentes das comunidades dos quilombos**, sendo **facultado** à comunidade interessada apresentar as peças técnicas para a **instrução procedimental**." (**destaquei**).

4.4.1. Lastreado na realidade do fenômeno social que descreve, o conceito de ocupação tradicional aproxima semanticamente a ocupação quilombola da ocupação indígena. A área ocupada pelos remanescentes das comunidades dos quilombos pode ser conceituada como correspondente "às terras utilizadas por aquele grupo social para garantir sua sobrevivência, ou mais ainda, para assegurar a reprodução de seu modo de vida específico."[48] Destaco que muitas vezes a própria ideia de um território fechado, com limites individualizados, parece estranha aos moradores dessas comunidades.[49]

48 ANDRADE, Lucia. O Papel da Perícia Antropológica no Reconhecimento das Terras de Ocupação Tradicional – O Caso das Comunidades Remanescentes de Quilombos do Trombetas (Pará) In A Perícia Antropológica em Processos Judiciais. Florianópolis: Editora da UFSC, 1994.

49 ANDRADE, 1994.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14493588.

A temática mereceu debate no âmbito do sistema regional interamericano de proteção internacional dos direitos humanos. No caso da comunidade *Moiwana v. Suriname* (2005), a Corte Interamericana de Direitos Humanos reconheceu o direito de propriedade de comunidade descendente dos *maroons* – designação dada em diversos países das Américas aos escravos fugitivos que formaram grupos independentes, que guardam evidentes similaridades com os quilombolas brasileiros – sobre as terras tradicionais com as quais mantidas relações territoriais específicas.

Já no caso da comunidade *Saramaka v. Suriname* (2007), também descendente de *maroons*, a Corte Interamericana ressaltou que o Estado demandado estava sujeito, forte no art. 21 do Pacto de San José da Costa Rica, a uma obrigação positiva "consistente em adotar medidas especiais que garantam aos membros do povo Saramaka o pleno e igualitário exercício do seu direito aos territórios que tradicionalmente tem utilizado e ocupado," aí incluídos os recursos naturais imprescindíveis à sua sobrevivência neles contidos.

É em respeito a esse traço constitutivo dos próprios modos de relação territorial praticados por comunidades quilombolas que não cuida, o Decreto 4.887/2003, da apropriação individual pelos integrantes da comunidade, e sim da **formalização da propriedade coletiva das terras**, **atribuída à unidade sociocultural – e, para os efeitos específicos, entidade jurídica – que é a comunidade quilombola**. O título emitido é coletivo, pró-indiviso e em nome das associações que legalmente representam as comunidades quilombolas.

Pela similaridade, pertinente invocar, aqui, as palavras do Ministro Carlos Ayres Brito, no julgamento da Pet 3.388, relativamente aos direitos dos povos indígenas sobre as terras por eles tradicionalmente ocupadas, ao se referir àquele tipo tradicional de posse como "um heterodoxo instituto de Direito Constitucional, e não uma ortodoxa figura de Direito Civil".

Anoto que o art. 6°, item 1, da Convenção 169 da OIT garante consulta aos "povos interessados, mediante procedimentos apropriados e,

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14493588.

particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente." Visa a assegurar, assim, a participação das populações tradicionais afetadas nos procedimentos necessários à determinação das terras por eles ocupadas, garantindo efetiva proteção a seus direitos de propriedade e posse.

4.4.2. O art. 2º, § 3º, do Decreto 4.887/2003, ao comandar sejam levados em consideração, na medição e demarcação das terras, os critérios de territorialidade indicados pelos remanescentes das comunidades quilombolas, longe de submeter o procedimento demarcatório ao arbítrio dos próprios interessados, positiva o **devido processo legal** na garantia de que as comunidades interessadas tenham voz e sejam ouvidas. Aliás, não há leitura do **art. 2º, § 3º, do Decreto 4.887/2003 que ampare a conclusão de que deixada, a delimitação das terras ocupadas pelos remanescentes das comunidades dos quilombos, ao arbítrio exclusivo dos interessados**. Tal conclusão corresponde a verdadeiro *non sequitur*, sequer admitida, portanto, como possibilidade hermenêutica legítima.

Com efeito, o fato de o art. 2º, § 3º, do Decreto 4.887/2003 dispor que os critérios de territorialidade indicados pelos remanescentes das comunidades quilombolas **serão levados em consideração** pela Administração durante o procedimento de medição e demarcação das terras, assegurando a sua participação, em absoluto traduz sejam tais parâmetros os únicos objeto de análise ou vinculem o ato administrativo correspondente.

Dessa forma, não detecto, nos critérios em exame, tal como definidos no Decreto 4.887/2003, incompatibilidade com a Constituição da República.

4.4.3. A possibilidade do controle institucional dos sujeitos alcançados pela norma constitucional transitória, apesar de limitada quanto ao componente da determinação dos sujeitos coletivos considerados remanescentes das comunidades dos quilombos, diante do critério da autodefinição, não deixa de se fazer **presente no tocante à**

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14493588.

caracterização da ocupação territorial. Isso porque **não basta, à incidência do art. 68 do ADCT, a autodefinição do sujeito coletivo como remanescente de quilombo. Necessária a evidência da ocupação tradicional das terras reivindicadas, sem o que, de resto, sequer se poderia cogitar de relação territorial específica**.

4.4.4 À falta de deliberação do Plenário quanto a eventual marco temporal, deixo de tecer considerações, ainda que em *obiter dictum* a respeito, anotando, contudo, que a data de 13 de maio de 1888 não tem serventia metodológica à definição do *status* dos quilombos. A uma porque o próprio conceito de remanescente de quilombo nos dias atuais exige a reprodução contínua de uma comunidade que, originada da resistência à escravidão, permaneceu coesa. A duas porque é impossível saber, hoje, em que momento do passado histórico a Lei Áurea, embora assinada naquela data, se tornou de conhecimento público em localidades remotas do território brasileiro, bem como a disposição que tiveram as autoridades locais de lhe conferir eficácia. Enfim, a data da abolição formal da escravidão não induz a que após 13 de maio de 1888 não tenha persistido o perverso regime em tal ou qual localidade. No universo hipotético-formal dos juristas é que a figura do quilombo perde o sentido existencial de forma simultânea à abolição, o mesmo não ocorrendo necessariamente na vida. Convergem nessa linha as análises de autorizados juristas e antropólogos.

Na lição de Dalmo Dallari e Walter Rothenburg, "do ponto de vista histórico, sustenta-se a formação de quilombos ainda após a abolição formal da escravatura, por (agora) ex-escravos (e talvez não apenas por estes) que não tinham para onde ir ou não desejavam ir a outro lugar." Complementam os festejados juristas que "*o fato de ter havido a abolição da escravatura em 1888 é irrelevante para a aplicação do art. 68, o que me parece bem inspirado, pois, mesmo depois de abolida a escravatura, muitos negros precisaram de refúgio numa comunidade negra até mesmo para sobreviver, além do que, para muitos, era a única possibilidade de preservação da cultura*"[50].

---

50 *DALLARI, Dalmo de Abreu. (nota de rodapé) apud ROTHENBURG, Walter Claudius. O processo administrativo relativo às terras de quilombos: análise do Decreto n° 3.912, de 10 de*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14493588.

Igualmente para a antropóloga Leynard Ayer de Oliveira,

> "a data de 1888, embora seja um marco formal para os negros no Brasil, não tem importância central no que diz respeito aos quilombos. Eles se formaram por escravos libertos e insurretos e negros livres antes e depois da abolição. Enquanto vigora a escravidão, os quilombos cumprem a função de abrigar as populações negras, configurando um tipo de resistência."[51]

Julgo, pois, **improcedente** o pedido de declaração de inconstitucionalidade do **art. 2º, §§ 1º, 2º e 3º, do Decreto 4.887/2003.**

4.5. Adequação do instrumento da desapropriação (art. 13, *caput* e § 2º, do Decreto 4.887/2003. Também não vinga a tese de que, ao reconhecer a propriedade definitiva, o art. 68 do ADCT não admite a realização de desapropriações, pelo INCRA, visando à transferência, aos remanescentes das comunidades dos quilombos, das áreas por eles ocupadas (art. 13, *caput* e § 2º, do Decreto 4.887/2003).

Eis o teor do art. 13, caput e § 2º, do Decreto 4.887/2003:

> "Art. 13. Incidindo nos territórios ocupados por remanescentes das comunidades dos quilombos título de domínio particular não invalidado por nulidade, prescrição ou comisso, e nem tornado ineficaz por outros fundamentos, será realizada vistoria e avaliação do imóvel, objetivando a adoção dos atos necessários à sua desapropriação, quando couber.
>
> (...)
>
> § 2º O INCRA regulamentará as hipóteses suscetíveis de desapropriação, com obrigatória disposição de prévio estudo

---

setembro de 2001 In OLIVEIRA, Leynard Ayer de. (org.) Quilombos: a hora e a vez dos sobreviventes. São Paulo: Comissão Pró-Índio de São Paulo, 2001.

51 OLIVEIRA, Leynard Ayer de. (org.) Quilombos: a hora e a vez dos sobreviventes. São Paulo: Comissão Pró-Índio de São Paulo, 2001.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14493588.

> sobre a autenticidade e legitimidade do título de propriedade, mediante levantamento da cadeia dominial do imóvel até a sua origem."

4.5.1. Na hipótese do art. 68 do ADCT, **os atos administrativos que, envolvendo a identificação, o reconhecimento, a delimitação e a demarcação, resultam na titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos formalizam o direito de propriedade constituído pela norma constitucional**. A ocupação – posse – conduz à propriedade, desde que observadas as demais condições constantes do preceito. Reconhece-se o **fato da ocupação tradicional**, com as relações territoriais específicas que lhe são inerentes, como **constitutivo da propriedade e do domínio** e, em vista disso, se procede a titulação, formalizando a situação fundiária. O art. 68 do ADCT, leciona José Afonso da Silva, não exige outra formalidade "senão a simples constatação da ocupação – pressuposto que dá direito aos beneficiados de obter os títulos de propriedade respectivos."[52]

4.5.2. O art. 68 do ADCT, por definir e assegurar direito fundamental, reveste-se de autoaplicabilidade, a teor do art. 5º, § 1º, da Lei Maior. Em consequência, juridicamente perfeita a edição de decreto federal com regras administrativas visando a dar àquela norma constitucional efetividade prática, possibilitando o gozo dos direitos."[53]

A respeito da natureza da norma insculpida no art. 68 do ADCT, discorre Antônio Carlos Caetano de Menezes:

> "O **Ato das Disposições Constitucionais Transitórias**, como sabemos, é estabelecido em **caráter temporário** e se destina à **transição de um regime constitucional para outro**. Dessa forma, tende a perder sua importância na medida em que suas determinações se efetivam, mas **enquanto isso não ocorre**,

52 SILVA, José Afonso da. Comentário Contextual à Constituição. São Paulo: Malheiros, 2010.

53 DALLARI, Dalmo de Abreu. Direitos constitucionais dos quilombos In Gazeta Mercantil/Caderno A, 23.03.2009.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14493588.

> obviamente deve ser aceito ainda como **parte integrante do texto constitucional, ao qual se deve conferir a máxima efetividade.**" (destaquei)[54]

É a própria Constituição, portanto, o nascedouro do título, ao outorgar, aos remanescentes de quilombos, a propriedade das terras por eles ocupadas. C**onstatada a situação de fato – ocupação tradicional das terras por remanescentes dos quilombos –, a Lei Maior do país confere-lhes o título de propriedade**. E o faz não só em proteção ao **direito fundamental à moradia**, mas à própria **dignidade humana**, em face da **íntima relação entre a identidade coletiva das populações tradicionais e o território por elas ocupado**. A injustiça que o art. 68 do ADCT visa a coibir não se restringe à "terra que se perde, pois a identidade coletiva também periga sucumbir"[55].

4.5.3. Na própria Constituição há de se buscar a solução para a questão procedimental atinente a eventual existência de títulos em nome de terceiros relativos às mesmas áreas, pois **em nenhum de seus dispositivos reputa nulos ou extintos os títulos eventualmente incidentes sobre as terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos**, diverso do que ocorre, por exemplo, no tocante às terras tradicionalmente ocupadas pelos índios – art. 231, § 6º –, em relação às quais esta Corte já assentou:

> "(...) DIREITOS 'ORIGINÁRIOS'. Os direitos dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam foram constitucionalmente 'reconhecidos', e não simplesmente outorgados, com o que o ato de demarcação se orna de natureza declaratória, e não propriamente constitutiva. Ato declaratório de uma situação jurídica ativa preexistente. Essa a razão de a Carta Magna havê-los chamado de 'originários', a traduzir um

54 MACHADO, Costa (Org.); FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Constituição Federal Interpretada. Barueri, SP: Manole, 2011.

55 SARMENTO, Daniel. A Garantia do Direito à Posse dos Remanescentes de Quilombos antes da Desapropriação.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14493588.

> direito mais antigo do que qualquer outro, de maneira a preponderar sobre pretensos direitos adquiridos, mesmo os materializados em escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de não-índios. Atos, estes, que a própria Constituição declarou como 'nulos e extintos' (§ 6º do art. 231 da CF)." (Pet 3.388/RR, Tribunal Pleno, Relator Ministro Ayres Brito, DJe 24.9.2009)

No caso dos remanescentes das comunidades quilombolas, a Constituição reconhece, pela primeira vez na ordem jurídica, a própria existência jurídica de tais sujeitos coletivos de direitos e lhes outorga o direito de propriedade sobre as terras por eles ocupadas. **Não invalida os títulos de propriedade eventualmente existentes**, de modo que **a regularização do registro exige o necessário o procedimento expropriatório**.

4.5.4. O princípio exegético da máxima efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais impõe ao intérprete da Constituição, diante de um texto polissêmico, optar, dentre os sentidos que a linguagem possibilita, por aquele que lhe confere a maior concretude.

A interpretação do art. 68 do ADCT no sentido de que contempla hipótese de aquisição da propriedade por meio de **usucapião *sui generis* esvazia o seu conteúdo,** uma vez que tal **modalidade de aquisição da propriedade independe de previsão específica de proteção** aos remanescentes das comunidades dos quilombos.

Por outro lado, na medida em que assegura uma **proteção especial**, a previsão do art. 68 do ADCT **não prejudica nem interfere na aquisição da propriedade por meio do usucapião que já se tenha eventualmente operado**: se já ocorreu o usucapião em favor dos remanescentes das comunidades quilombolas, não há razão para a instauração do procedimento de desapropriação. Diversamente, se por alguma razão não se operou a prescrição aquisitiva – pela intercorrência de alguma causa suspensiva ou interruptiva – aí sim tem lugar a desapropriação.

4.5.5. Entender, como o fazem Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14493588.

Martins, que o escopo do dispositivo se limita às terras devolutas,[56] chancela, com a devida vênia, discriminação indevida entre remanescentes das comunidades dos quilombos alcançados pela proteção constitucional e remanescentes das comunidades dos quilombos em relação aos quais se retira a concretude da norma do art. 68 do ADCT – norma definidora de direito fundamental. Tal discriminação, fundada tão só o *status* da terra ocupada, não encontra respaldo no sistema da Constituição da República de 1988.

4.5.6. A Constituição de 1988 consagra o instituto, já presente na Constituição de 1946, da **desapropriação por interesse social**. Consoante o **art. 5º, XXIV, da Lei Maior**, "a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por **interesse social**, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição" (destaquei).

A respeito dessa categoria de desapropriação, afirma Seabra Fagundes, um dos autores do texto da **Lei 4.132/1962** – definidora, ainda sob a égide da Carta de 1946, de suas hipóteses –, que "**haverá motivo de interesse social quando a expropriação se destine a solucionar os chamados problemas sociais**, isto é, aqueles diretamente atinentes às classes pobres, aos trabalhadores e à massa do povo em geral, pela melhoria das condições de vida, pela mais equitativa distribuição da riqueza, enfim, pela atenuação das desigualdades sociais. Com base nele, terão lugar as expropriações que se façam para atender a planos de habitações populares ou de distribuições de terras, à monopolização de indústrias ou nacionalização de empresas quando relacionadas com a política econômico-trabalhista do governo."

Ressalte-se que não cuida da espécie a **Lei 8.629/1993**, que dispõe sobre a desapropriação para fins de reforma agrária, do que aqui não se cogita.

O **conteúdo jurídico da desapropriação por interesse social** é, ainda hoje, dado pela **Lei 4.504/1964, cujo art. 18, alínea "a"**, reza: a

56 BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2000.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14493588.

desapropriação por interesse social é **aquela que tem por fim, entre outros objetivos, "condicionar o uso da terra à sua função social".**

Nessa medida, **a função social das terras ocupadas pelos remanescentes das comunidades dos quilombos somente pode ser aquela que lhes é dada diretamente pela Constituição**, pois nenhuma norma outra a ela se sobrepõe. Assim,

> "o próprio texto constitucional operou a afetação das terras ocupadas pelos quilombolas a uma finalidade pública de máxima relevância, eis que relacionada a direitos fundamentais de uma minoria étnica vulnerável: o seu uso, pelas próprias comunidades, de acordo com os seus costumes e tradições, de forma a garantir a reprodução física, social, econômica e cultural dos grupos em questão."[57]

A **possibilidade de desapropriação decorre, portanto, diretamente da Constituição**, de todo inviável inferir do art. 68 do ADCT presunção de que devolutas as terras ocupadas pelos quilombolas ou pertinentes a propriedades com títulos inválidos.

4.4.7. Compreendida a **norma constitucional transitória** como **veiculadora de direito fundamental de uma população vulnerável** e uma vez atrelado a esse direito o estabelecimento, pelo legislador constituinte, de **política pública voltada ao resgate dos direitos dessa população** – agora reconhecidos, mas até então sistematicamente recusados –, a **responsabilidade pela respectiva implementação não pode recair somente nos ombros dos eventuais detentores de título de propriedade sobre terras quilombolas**.

Além disso, **por se tratar de direito que não se esgota na dimensão do direito real de propriedade, e sim de direito qualificado como direito cultural fundamental, a norma do art. 68 do ADCT deve ser interpretada em conjunto com a do art. 216, § 1º, da Constituição da República, que expressamente autoriza a desapropriação para a**

57 SARMENTO, Daniel. A Garantia do Direito à Posse dos Remanescentes de Quilombos antes da Desapropriação.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14493588.

proteção do patrimônio cultural brasileiro.

Reforça essa exegese o fato de que o texto que veio a se constituir no art. 68 do ADCT partiu de demandas apresentadas pelo movimento negro organizado a integrantes da Assembleia Nacional Constituinte, tendo sua **gênese nas discussões sobre o patrimônio cultural brasileiro** que se encontram na base dos arts. 215 e 216 do corpo da Constituição. Nada obstante,

> "durante o processo constituinte, nem uma única discussão foi registrada nos anais do Congresso sobre o futuro artigo 68 do ADCT. Incluído inicialmente em uma das propostas sobre a proteção do patrimônio cultural brasileiro, a proposição de titulação das terras dos remanescentes de comunidades de quilombos foi deslocada para o ADCT devido à sua própria natureza transitória."[58]

A adequada exegese do art**. 68 do ADCT passa,** pois, pela perspectiva de sua íntima relação com o disposto nos **arts. 215 e 216 do corpo da Constituição da República**. Nessa medida, **a compreensão sistemática** da Carta Política **não só autoriza como exige**, quando incidente título de propriedade particular legítimo sobre as terras ocupadas por quilombolas, **seja o processo de transferência da propriedade para estes mediada por regular procedimento de desapropriação. E esse imperativo constitucional é preservado pelo art. 13 do Decreto 4.887/2003**.

Assim, por não vislumbrar vício de inconstitucionalidade no procedimento de desapropriação previsto no Decreto 4.887/2003, julgo **improcedente** o pedido de declaração de inconstitucionalidade material do **art. 13, *caput* e § 2º,** que encontram amparo no **art. 5º, XXIV, da Lei Maior**, tal como conformado pela **legislação infraconstitucional** vigente.

5. Impertinente, para o exame da constitucionalidade do Decreto

58 OLIVEIRA JR., Leinard Ayer. Reflexão antropológica e prática pericial. In CARVALHO, José Jorge de. (Org.) O Quilombo do Rio das Rãs: histórias, tradições, lutas. Salvados: EDUFBA, 1995.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14493588.

4.887/2003, o argumento calcado na suposta insuficiência, em comparação com determinadas expectativas, dos resultados obtidos até o momento pela política pública de titulação das terras ocupadas pelas comunidades remanescentes dos quilombos. Somente pode ser aperfeiçoado um sistema em funcionamento. A imperfeição dos resultados alcançados por uma politica pública – sob prisma outro que não a de sua constitucionalidade – requer ajuste e aperfeiçoamento, em absoluto a sua paralisação.

6. Conclusão. Ante o exposto, pedindo vênia ao eminente relator, **conheço** da ação direta de inconstitucionalidade e a julgo **improcedente.**

É como voto.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14493588.

25/03/2015 **PLENÁRIO**

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.239 DISTRITO FEDERAL

RELATOR	**: MIN. CEZAR PELUSO**
REDATORA DO ACÓRDÃO	**: MIN. ROSA WEBER**
REQTE.(S)	: DEMOCRATAS
ADV.(A/S)	: FABRÍCIO JULIANO MENDES MEDEIROS E OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S)	: PRESIDENTE DA REPÚBLICA
ADV.(A/S)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
AM. CURIAE.	: INSTITUTO PRO BONO
AM. CURIAE.	: CONECTAS DIREITOS HUMANOS
AM. CURIAE.	: SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO PÚBLICO - SBDP
ADV.(A/S)	: ELOISA MACHADO DE ALMEIDA E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	: CENTRO PELO DIREITO À MORADIA CONTRA DESPEJOS - COHERE
AM. CURIAE.	: CENTRO DE JUSTIÇA GLOBAL
AM. CURIAE.	: INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL - ISA
AM. CURIAE.	: INSTITUTO DE ESTUDOS, FORMAÇÃO E ASSESSORIA EM POLÍTICAS SOCIAIS - POLIS
AM. CURIAE.	: TERRA DE DIREITOS
ADV.(A/S)	: ANDRESSA CALDAS E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	: FEDERAÇÃO DOS TRABALHADORES NA AGRICULTURA DO ESTADO DO PARÁ - FETAGRI-PARÁ
ADV.(A/S)	: GIROLAMO DOMENICO TRECCANI
AM. CURIAE.	: ESTADO DO PARÁ
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PARÁ
AM. CURIAE.	: ESTADO DE SANTA CATARINA
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA
AM. CURIAE.	: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA AGRICULTURA E PECUÁRIA DO BRASIL - CNA
ADV.(A/S)	: ILMAR NASCIMENTO GALVÃO
AM. CURIAE.	: CONFEDERACAO NACIONAL DA INDUSTRIA

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14447687.

ADV.(A/S)	:CASSIO AUGUSTO MUNIZ BORGES E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	:ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE CELULOSE E PAPEL - BRACELPA
ADV.(A/S)	:GASTAO ALVES DE TOLEDO E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	:SOCIEDADE RURAL BRASILEIRA
ADV.(A/S)	:RICARDO DE AQUINO SALLES E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	:CENTRO DE ASSESSORIA JURÍDICA POPULAR MARIANA CRIOLA
AM. CURIAE.	:KOINONIA PRESENÇA ECUMÊNICA E SERVIÇO
ADV.(A/S)	:FRANCINE DAMASCENO PINHEIRO E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	:ASSOCIAÇÃO DOS QUILOMBOS UNIDOS DO BARRO PRETO E INDAIÁ
AM. CURIAE.	:ASSOCIAÇÃO DE MORADORES QUILOMBOLAS DE SANTANA - QUILOMBO DE SANTANA
AM. CURIAE.	:COORDENAÇÃO DAS COMUNIDADES NEGRAS RURAIS QUILOMBOLAS DE MATO GROSSO DO SUL
ADV.(A/S)	:FERNANDO GALLARDO VIEIRA PRIOSTE E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	:INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA - INCRA
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL FEDERAL
AM. CURIAE.	:ESTADO DO PARANÁ
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PARANÁ
AM. CURIAE.	:CONFERÊNCIA NACIONAL DOS BISPOS DO BRASIL - CNBB
ADV.(A/S)	:CARLOS ROBERTO SIQUEIRA CASTRO E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	:INSTITUTO DE ADVOCACIA RACIAL E AMBIENTAL - IARA
ADV.(A/S)	:HUMBERTO ADAMI SANTOS JÚNIOR
AM. CURIAE.	:CLUBE PALMARES DE VOLTA REDONDA - CPVR
ADV.(A/S)	:HUMBERTO ADAMI SANTOS JÚNIOR

VISTA

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14447687.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Senhor Presidente, sem prejuízo, evidentemente, dos Colegas que votam antes - no caso, o Ministro **Teori** não vota, porque já há o voto do Ministro **Peluso**, mas o Ministro **Barroso** e o Ministro **Fux** sim-, sem prejuízo de Suas Excelências quererem fazer a manifestação na ordem, já adianto que eu vou pedir vista deste processo.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14447687.

25/03/2015 **PLENÁRIO**

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.239 DISTRITO FEDERAL

EXPLICAÇÃO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Senhor Presidente, permita-me, serei breve. Só para dizer o seguinte: teci uma série de considerações ao longo do voto, que se, eventualmente, assim entenderem, poderiam levar até a uma interpretação conforme, estabelecendo determinadas balizas, não porque eu entenda que haja qualquer inconstitucionalidade, mas exclusivamente para efeito de definição de critérios.

Então, acho extremamente oportuno o pedido de vista do Ministro Toffoli, porque terei oportunidade, depois, até de expor. Pulei essa parte justamente em razão do tempo.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Se Vossa Excelência pudesse disponibilizar por escrito o voto para nós?

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Gostaria de registrar também o belíssimo voto trazido pela Ministra **Rosa Weber**.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Sem dúvida nenhuma, uma verdadeira aula de Direito.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14447688.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL 3585

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.239
PROCED. : DISTRITO FEDERAL
RELATOR : MIN. CEZAR PELUSO
REQTE.(S) : DEMOCRATAS
ADV.(A/S) : FABRÍCIO JULIANO MENDES MEDEIROS E OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA
ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
AM. CURIAE. : INSTITUTO PRO BONO
AM. CURIAE. : CONECTAS DIREITOS HUMANOS
AM. CURIAE. : SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO PÚBLICO - SBDP
ADV.(A/S) : ELOISA MACHADO DE ALMEIDA E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : CENTRO PELO DIREITO À MORADIA CONTRA DESPEJOS - COHERE
AM. CURIAE. : CENTRO DE JUSTIÇA GLOBAL
AM. CURIAE. : INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL - ISA
AM. CURIAE. : INSTITUTO DE ESTUDOS, FORMAÇÃO E ASSESSORIA EM POLÍTICAS SOCIAIS - POLIS
AM. CURIAE. : TERRA DE DIREITOS
ADV.(A/S) : ANDRESSA CALDAS E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : FEDERAÇÃO DOS TRABALHADORES NA AGRICULTURA DO ESTADO DO PARÁ - FETAGRI-PARÁ
ADV.(A/S) : GIROLAMO DOMENICO TRECCANI
AM. CURIAE. : ESTADO DO PARÁ
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PARÁ
AM. CURIAE. : ESTADO DE SANTA CATARINA
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA
AM. CURIAE. : CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA AGRICULTURA E PECUÁRIA DO BRASIL - CNA
ADV.(A/S) : ILMAR NASCIMENTO GALVÃO
AM. CURIAE. : CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA - CNI
ADV.(A/S) : CASSIO AUGUSTO MUNIZ BORGES E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE CELULOSE E PAPEL - BRACELPA
ADV.(A/S) : GASTAO ALVES DE TOLEDO E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : SOCIEDADE RURAL BRASILEIRA
ADV.(A/S) : RICARDO DE AQUINO SALLES E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : CENTRO DE ASSESSORIA JURÍDICA POPULAR MARIANA CRIOLA
AM. CURIAE. : KOINONIA PRESENÇA ECUMÊNICA E SERVIÇO
ADV.(A/S) : FRANCINE DAMASCENO PINHEIRO E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO DOS QUILOMBOS UNIDOS DO BARRO PRETO E INDAIÁ
AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO DE MORADORES QUILOMBOLAS DE SANTANA - QUILOMBO DE SANTANA
AM. CURIAE. : COORDENAÇÃO DAS COMUNIDADES NEGRAS RURAIS QUILOMBOLAS DE MATO GROSSO DO SUL
ADV.(A/S) : FERNANDO GALLARDO VIEIRA PRIOSTE E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA - INCRA
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL FEDERAL
AM. CURIAE. : ESTADO DO PARANÁ
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PARANÁ
AM. CURIAE. : CONFERÊNCIA NACIONAL DOS BISPOS DO BRASIL - CNBB
ADV.(A/S) : CARLOS ROBERTO SIQUEIRA CASTRO E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : INSTITUTO DE ADVOCACIA RACIAL E AMBIENTAL - IARA

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o número 8240007

ADV.(A/S) : HUMBERTO ADAMI SANTOS JÚNIOR
AM. CURIAE. : CLUBE PALMARES DE VOLTA REDONDA - CPVR
ADV.(A/S) : HUMBERTO ADAMI SANTOS JÚNIOR

Decisão: Após o voto do Relator, Senhor Ministro Cezar Peluso (Presidente), julgando procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade do Decreto nº 4.887/2003, modulando os efeitos dessa declaração, nos termos do seu voto, pediu vista dos autos a Senhora Ministra Rosa Weber. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Celso de Mello, Joaquim Barbosa e Cármen Lúcia. Falaram: pelo requerente, o Dr. Carlos Bastide Horbach; pela Advocacia-Geral da União, o Ministro Luís Inácio Lucena Adams, Advogado-Geral da União; pelos *amici curiae* Associação Brasileira de Celulose e Papel-BRACELPA; Sociedade Rural Brasileira; Conferência Nacional dos Bispos do Brasil-CNBB; Estado do Paraná; Associação dos Quilombos Unidos do Barro Preto e Indaiá, Associação de Moradores Quilombolas de Santana-Quilombo Santana e Coordenação das Comunidades Negras Rurais Quilombolas de Mato Grosso do Sul; Instituto de Advocacia Racial e Ambiental-IARA e Clube Palmares de Volta Redonda-CPVR, respectivamente, o Dr. Gastão Alves de Toledo; o Dr. Francisco de Godoy Bueno; o Dr. Torquato Jardim; o Dr. Carlos Frederico Maré de Souza Filho, Procurador do Estado; o Dr. Eduardo Fernandes de Araújo; e o Dr. Humberto Adami Santos Júnior, e, pelo Ministério Público Federal, a Vice-Procuradora-Geral da República, Dra. Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira. Plenário, 18.04.2012.

Decisão: Após o voto-vista da Ministra Rosa Weber, que conhecia da ação direta e a julgava improcedente, pediu vista dos autos o Ministro Dias Toffoli. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 25.03.2015.

Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki e Roberto Barroso.

Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros.

p/ Fabiane Pereira de Oliveira Duarte
Assessora-Chefe do Plenário

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o número 8240007

09/11/2017 **PLENÁRIO**

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.239 DISTRITO FEDERAL

VOTO-VISTA

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de liminar, ajuizada pelo Partido Democratas contra o Decreto nº 4.887, de 20 de novembro de 2003, que *regulamenta o procedimento de 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*.

Considerando o decurso do tempo havido entre a sessão em que iniciado o julgamento da presente ação direta e a sessão de hoje, em que retomamos a relevante discussão aqui posta, tenho, por oportuno, rememorar as principais alegações do autor no sentido da inconstitucionalidade do referido decreto.

Inicialmente, alega o Partido Democratas que o Decreto presidencial nº 4.887/03 é formalmente inconstitucional, pois, ao inovar na ordem jurídica, criando direitos e deveres para particulares, teria invadido o espaço reservado à lei em sentido estrito.

Aduz, também, que o citado diploma normativo cria nova espécie de desapropriação, diversa das modalidades previstas no art. 5º, inciso XXIV, da Constituição Federal e das reguladas pela legislação correspondente.

Sustenta, outrossim, ser errônea a utilização do critério da autoatribuição para a identificação dos remanescentes dos quilombos mediante mera declaração do próprio interessado e que o art. 68 do ADCT exige, para o reconhecimento da propriedade nele prevista, a comprovação da efetiva ocupação das terras pelos remanescentes, e não por meros descendentes dos quilombolas.

Por fim, defende que a qualificação das terras como áreas ocupadas por remanescentes dos quilombos não pode ser atribuída pelos próprios interessados, devendo antes ser objeto de estudos histórico-antropológicos.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14447685.

A Advocacia-Geral da União e a Procuradoria-Geral da República suscitaram preliminar de não conhecimento da ação, por entender que o Decreto nº 4.887/03 não é autônomo, pois não haure seu fundamento de validade do próprio texto constitucional, prestando-se a regulamentar o art. 14, inciso IV, c, da Lei nº 9.649/98 e o art. 2º, inciso III, **caput** e parágrafo único, da Lei nº 7.668/98. Caso ultrapassada a preliminar, defendem a improcedência da ação.

Na sessão de julgamento do dia 18 de abril de 2012, o Relator, Ministro **Cezar Peluso**, julgou procedente a ação direta, por entender que o Decreto nº 4.887/03 é formalmente inconstitucional e que diversas de suas normas padeceriam, ainda, de vício de inconstitucionalidade material. Sugeriu, entretanto, a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, de modo que as concessões de títulos de propriedade efetuadas até o julgamento desta ação sejam consideradas válidas.

Ato contínuo, pediu vista dos autos a Ministra **Rosa Weber**, que, na sessão de 25 de março de 2015, proferiu voto no sentido da improcedência da ação direta ora em análise.

Em seguida, pedi vista dos autos para melhor analisar a questão, tendo devolvido os autos para julgamento em 1º de julho de 2015.

É o breve relato.

1. A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E OS REMANESCENTES DAS COMUNIDADES DOS QUILOMBOS

Em momento histórico singular, a Constituição de 1988, no art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, consagrou aos remanescentes das comunidades de quilombos o direito à propriedade das terras que estivessem ocupando. Conforme assevera o dispositivo transitório:

> "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

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14447685.

respectivos."

Girolamo Domenico Treccani, em livro intitulado "Terras de Quilombo: caminhos e entraves do processo de titulação", esclarece que a proposta original para que fosse reconhecido o direito à terra para as comunidades remanescentes dos quilombos foi apresentada à Assembleia Nacional Constituinte pelo movimento negro, por intermédio de uma emenda de origem popular. Como a proposta não alcançou o número necessário de assinaturas, o Deputado Carlos Alberto Cão (PDT-RJ) formalizou o mesmo pedido, cuja redação era a seguinte:

> "Fica declarada a propriedade definitiva das terras ocupadas pelas comunidades negras remanescentes de quilombos, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos. Ficam tombadas essas terras bem como documentos referentes à história dos quilombos no Brasil".

Em reação a isso, foi apresentada emenda modificativa no sentido de suprimir exatamente a primeira parte do dispositivo, que reconhecia o direito de propriedade, alegando-se que esse direito favoreceria a criação de "guetos".

A emenda, contudo, foi rejeitada pelo relator, pois

> "[a] despeito da preocupação do Constituinte quanto a possibilidade de segregação social e desigualdade dos direitos civis, a nossa posição não enxerga esses males, porém apenas **objetiva legitimar uma situação de fato e de direito, isto é, a posse e o domínio das comunidades negras sobre as áreas nas quais vivem**"(**Terras de Quilombo**: caminhos e entraves do processo de titulação. Belém: 2006. p. 82-83).

Não há dúvida de que o preceito constitucional motivou-se na necessidade de se reparar uma dívida histórica decorrente da injustiça secularmente praticada contra os negros desde o período escravocrata brasileiro. Trata-se de reparação concretizada no reconhecimento dos

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14447685.

direitos de descendentes das comunidades dos antigos escravos à propriedade das terras por eles historicamente ocupadas.

Indo mais além, garantiu a Carta da República, agora em seu texto permanente, **a proteção das manifestações culturais afro-brasileiras** (art. 215, § 1º, CF) e **o tombamento de todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos** (art. 216, § 5º, CF).

A Lei Maior reconheceu, ainda, como patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, referentes à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem as formas de expressão, os modos de criar, fazer e viver e as criações científicas, artísticas e tecnológicas (art. 216, **caput**).

Há de se ressaltar o caráter inovador da Carta da República ao conceder especial atenção à relevância da raça negra e de suas manifestações culturais para a formação da sociedade brasileira, em especial ao reconhecer direitos territoriais a grupos étnicos e minoritários.

Com a Constituição de 1988, operou-se, nas palavras de Treccani, "uma verdadeira inversão do pensamento jurídico: o ser quilombola, fato tipificado como crime durante o período colonial e imperial, passa a ser elemento constitutivo de direito" (p. 79). Ou, como destaca Dalmo Dallari, "[a] questão dos quilombos saiu das páginas da História do Brasil, deixou de ser apenas o registro de uma enorme injustiça praticada no passado, para ser encarada como um fato da realidade brasileira do século XXI" (Negros em busca de justiça. In: OLIVEIRA, Leinad Ayer de. **Quilombos: a hora e a vez dos sobreviventes**. São Paulo: Comissão Pró-Índio de São Paulo, 2001, p. 11).

Nesse contexto, a análise do art. 68 do ADCT no bojo da presente ação direta de inconstitucionalidade se mostra meio adequado e oportuno para realçarmos a importância desse reconhecimento constitucional.

Todavia, não há de se negar, que se trata de reconhecimento complexo, que tem suscitado interpretações divergentes quanto ao alcance subjetivo e objetivo desse direito, bem como quanto às formas

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14447685.

para sua aplicação, divergências essas das quais decorre, no meu sentir, o ajuizamento da presente ação direta de inconstitucionalidade.

É inconteste que o comando está dirigido à proteção dos remanescentes das comunidades dos quilombos e das terras por eles ocupadas. Cumpre, contudo, esclarecer alguns aspectos acerca do comando transitório, tais como: Quem será beneficiado pela norma constitucional? Quem são os "remanescentes das comunidades dos quilombos"? Quais critérios utilizar para identificá-los? Quais terras serão objeto de titulação? Para ser reconhecido o direito de propriedade, em que momento a comunidade deveria "estar ocupando suas terras"?

Esses pontos coincidem exatamente com as impugnações formuladas pelo partido autor da presente ação direta de inconstitucionalidade em face do Decreto federal nº 4.887, de 20 de novembro de 2003.

Não obstante, antes de adentrar nos pontos impugnados, é importante iniciarmos com um histórico dos atos normativos que se seguiram à promulgação da Constituição e da sua aplicação ao reconhecimento das terras das comunidades quilombolas.

2. EVOLUÇÃO NORMATIVA DO PROCEDIMENTO DE IDENTIFICAÇÃO E TITULAÇÃO DAS TERRAS OCUPADAS POR REMANESCENTES DAS COMUNIDADES DOS QUILOMBOS

Após a Constituição de 1988 e o reconhecimento da propriedade conferida às terras ocupadas pelas comunidades remanescentes de quilombolas, houve a necessidade de detalhamento dos procedimentos a serem utilizados para a identificação das comunidades e a demarcação das terras que seriam titularizadas.

Mesmo não havendo regulamentação, o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA) e a Fundação Cultural Palmares (FCP), criada pela Lei 7.668, de 22 de agosto de 1988, vinculada ao Ministério da Cultura, iniciaram, de forma separada, os processos de titulação.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14447685.

A Fundação Cultural Palmares, em 15 de agosto de 1995, editou o primeiro instrumento normativo acerca do tema, a Portaria nº 25/95, estabelecendo "as normas que regerão os trabalhos de identificação e delimitação das terras ocupadas por comunidades remanescentes de quilombo, de modo geral, também autodenominadas Terras de Preto, a serem procedidas por Grupo Técnico, como parte do processo de titulação" (art. 1º).

Contudo, com fundamento na Portaria INCRA nº 307, de 22 de novembro de 1995, a qual estabeleceu, em contraposição, a competência do INCRA para demarcar e titular as terras ocupadas por comunidades de quilombos existentes em áreas públicas federais ou arrecadadas pela União mediante processo de desapropriação, **foi, de fato, o INCRA quem efetivamente começou o processo de demarcação, titularizando, em novembro de 1996, a primeira terra de quilombo, a Comunidade de Boa Vista (Oriximiná – Pará)**, um grande marco jurídico que deu início ao entendimento no sentido da autoaplicabilidade do art. 68 do ADCT.

Até 1998, o INCRA havia expedido seis títulos, todos no Estado do Pará, perfazendo uma área total de 95.979,9744 hectares e beneficiando 567 famílias, titulações essas facilitadas em virtude de recaírem sobre terras da União (TRECCANI, p. 108).

Em 10 de setembro de 2001, foi editado o Decreto Federal nº 3.912, que regulamentou "as disposições relativas ao processo administrativo para identificação dos remanescentes das comunidades dos quilombos e para o reconhecimento, a delimitação, a demarcação, a titulação e o registro imobiliário das terras por eles ocupadas".

Esse ato normativo conferiu à Fundação Cultural Palmares a responsabilidade, no âmbito federal, pela titulação das terras de quilombo (art. 1º), excluindo o INCRA da condução dos procedimentos. Centrou-se, ainda, na identificação das terras ocupadas pelos remanescentes, determinando, expressamente, que a titularidade somente recaísse sobre terras que eram "ocupadas por quilombos em 1888" e que "estavam ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos em 5 de outubro de 1988" (art. 1º, parágrafo único).

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14447685.

O direito de propriedade estabelecido no art. 68 do ADCT decorreria, nesses termos, da **ocupação centenária das terras que, no passado, tinham abrigado quilombos**.

Nos termos do Decreto nº 3.912/01, a Constituição de 1988 teria beneficiado tão somente os moradores de quilombos ou seus remanescentes que viviam desde 1888 nas terras sobre as quais estavam localizadas aquelas comunidades, até 5 de outubro de 1988, data de promulgação da Constituição.

Como se vê, esse decreto, ao exigir, que as terras estivessem ocupadas por quilombos em 1888, acrescentou requisito que, a meu ver, não se coaduna com o comando constitucional.

O decreto tomou como premissa o **conceito colonial de quilombo**, muito embora, esse conceito seja, nos dias atuais, **insuficiente para a identificação de quais comunidades estão amparadas pelo art. 68 do ADCT**.

Com efeito, ainda durante o período escravocrata, mais precisamente em 2 de dezembro de 1740, assim definiu o Rei de Portugal o quilombo: "toda habitação de negros fugidos que passem de cinco, em parte despovoada ainda que não tenham ranchos levantados nem se achem pilões neles". Ressaltava-se, nessa definição clássica de quilombo, o seu **caráter transgressor e marginal**.

Todavia, como ressaltam Lúcia Andrade e Girolamo Treccani,

> "[a]s novas análises dos fatos históricos indicam que a definição clássica de quilombo – impregnada no senso comum e aceita pela própria ciência – não abrange todas as diferentes situações de resistência dos escravos e não reflete a realidade dos quilombos".

Nestes termos, Dalmo Dallari esclarece que

> "[u]m fato importante, revelado por esses novos estudos e pesquisas, foi a comprovação de que, além dos quilombos remanescentes do período da escravidão, outros quilombos

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14447685.

> foram formados após a abolição forma da escravatura em 1888, pois, desde que extinto o direito de propriedade sobre os negros, estes foram abandonados à própria sorte e para muitos o quilombo era um imperativo de sobrevivência (…). Assim, muitos dos quilombos formados anteriormente não se desfizeram e outros se constituíram, porque continuaram a ser, para muitos, a única possibilidade de viver em liberdade, segundo sua cultura e preservando sua dignidade" (op. cit., p. 11-12).

Além disso, a adoção do critério de que o reconhecimento da titularidade seria limitado às terras que "eram ocupadas por quilombos em 1888" inviabilizaria, ainda, o cumprimento do comando constitucional, pois seria difícil sua comprovação.

Não se deve esquecer que, após a abolição dos escravos, em 14 de dezembro de 1890, no intuito de inviabilizar eventuais pleitos indenizatórios dos fazendeiros, Rui Barbosa, quando Ministro da Fazenda do Governo Deodoro da Fonseca, determinou a destruição de todos os papéis, livros e documentos existentes nas repartições do Ministério da Fazenda relativos aos elementos servil, matrículas dos escravos, dos ingênuos, filhos livres das mulheres escravas e libertos sexagenários; decisão essa que foi, em 20 de dezembro de 1890, aprovada no Congresso Nacional, com a seguinte moção: "O Congresso Nacional felicita o Governo Provisório por ter ordenado a eliminação nos arquivos nacionais dos vestígios da escravatura no Brasil".

De toda sorte, sob a regência do Decreto nº 3912/2001, a Fundação Cultural Palmares chegou a expedir 15 títulos, beneficiando 6.479 famílias, perfazendo uma área total de 339.887,87 hectares (TRECCANI, p. 122).

Sob forte mobilização das entidades relacionadas à defesa dos remanescentes de quilombolas, foi instituído, por meio do Decreto de 13 de maio de 2003, grupo de trabalho para rever as disposições do Decreto nº 3.912/01 e propor modificações aos instrumentos legais vigentes que regulamentavam o art. 68 do ADCT.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14447685.

O trabalho desse grupo resultou exatamente na edição do Decreto nº 4.883, de 20 de novembro de 2003, ora questionado na presente ação direta de inconstitucionalidade.

Por fim, não há de se olvidar a importância da Convenção nº 169 da OIT, aprovada pelo Congresso Nacional a partir da edição do Decreto Legislativo nº 142/2002, e promulgada pelo Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004, a qual, lembrando da particular contribuição dos povos indígenas e tribais à diversidade cultural, à harmonia social e ecológica da humanidade e à cooperação e à compreensão internacionais, densificou o arcabouço normativo protetivo das comunidades indígenas e dos povos tribais.

Com efeito, já em seu art. 1.1, a Convenção determina sua aplicação "aos povos tribais em países independentes, cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros setores da coletividade nacional, e que estejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial", dentre os quais, inegavelmente, inserem-se os remanescentes das comunidades dos quilombos.

Vide, desde logo, os dispositivos que reconhecem a importância da relação dos povos tribais com o território:

> "Artigo 5º
>
> Ao se aplicar as disposições da presente Convenção:
>
> a) **deverão ser reconhecidos e protegidos os valores e práticas sociais, culturais religiosos e espirituais próprios dos povos mencionados** e dever-se-á levar na devida consideração a natureza dos problemas que lhes sejam apresentados, tanto coletiva como individualmente;
>
> (…)
>
> Artigo 13
>
> 1. Ao aplicarem as disposições desta parte da Convenção, os governos deverão **respeitar a importância especial que para as culturas e valores espirituais dos povos interessados possui a sua relação com as terras ou territórios**, ou com ambos, segundo os casos, que eles ocupam ou utilizam de alguma

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14447685.

maneira e, particularmente, os aspectos coletivos dessa relação.

2. A utilização do termo "terras" nos Artigos 15 e 16 deverá incluir o conceito de territórios, o que abrange **a totalidade do habitat das regiões que os povos interessados ocupam ou utilizam de alguma outra forma**.

Artigo 14

1. Dever-se-á reconhecer aos povos interessados **os direitos de propriedade e de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam**. Além disso, nos casos apropriados, deverão ser adotadas medidas para salvaguardar o direito dos povos interessados de utilizar terras que não estejam exclusivamente ocupadas por eles, mas às quais, tradicionalmente, tenham tido acesso para suas atividades tradicionais e de subsistência. Nesse particular, deverá ser dada especial atenção à situação dos povos nômades e dos agricultores itinerantes.

2. **Os governos deverão adotar as medidas que sejam necessárias para determinar as terras que os povos interessados ocupam tradicionalmente e garantir a proteção efetiva dos seus direitos de propriedade e posse**."

A partir dessa contextualização normativa, passo, então, à análise das impugnações do autor ao Decreto nº 4.887/03.

3. DA CONSTITUCIONALIDADE FORMAL DO DECRETO Nº 4.887/2003

De início, o autor impugna o ato normativo sob a perspectiva formal, afirmando que seu conteúdo somente poderia ser veiculado por meio de lei. O decreto regulamentar, nessa seara, seria eivado de inconstitucionalidade, na medida em que se caracterizaria como decreto autônomo não previsto no ordenamento jurídico brasileiro, já que não abrangido pela autorização contida no art. 84, IV e VI, da Constituição Federal.

Tenho, contudo, que o decreto não padece do referido vício, uma vez que trouxe, de forma válida, conteúdo normativo dentro das balizas da

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14447685.

constitucionalidade e da legalidade.

Na linha proclamada pela Advocacia-Geral da União, que foi seguida pela Procuradoria-Geral da República,

> "(...) o Decreto nº 4.887, de 2003, está no segundo grau de concretização das normas do art. 215 e do art. 216 da Constituição Federal, bem como do art. 68 do ADCT. A Lei nº 9.649, de 1998, e a Lei nº 7.668, de 1988, é que efetivamente, regulamentam diretamente a Constituição, concretizando-a em primeiro grau. O Decreto, por sua vez, retira seu fundamento de validade das próprias leis federais, não havendo, portanto, a tal 'autonomia legislativa' propagada pelo requerente" (fls. 106).

Cite-se, ainda, que o Brasil é signatário da Convenção 169 da OIT, sobre povos indígenas e tribais, aprovada pelo Congresso Nacional com a edição do Decreto Legislativo nº 142/02, e promulgada pelo Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004.

Ademais, presente a determinação constitucional de que o Estado Brasileiro emitisse em favor das comunidades quilombolas os títulos de propriedade das terras por elas ocupadas, surgiu a imposição ao legislador de concretizar (viabilizar) tal atuação estatal.

Partindo-se do pressuposto de que a inovação normativa adveio da própria Constituição Federal, o espaço a ser preenchido pela legislação infraconstitucional, desde logo, foi reduzido, cabendo, entre outros temas, instrumentalizar o modo de consecução de tal determinação constitucional.

Nesse sentido, as disposições da Lei nº 9.649, de 1998, e a Lei nº 7.668, de 1988, bem como a Convenção 169 da OIT, servem, como dito pela AGU, de primeiro anteparo normativo de concretização dos arts. 215 e 216 da Constituição Federal e do art. 68 do ADCT, definindo a competência administrativa para a identificação das comunidades quilombolas e a demarcação das terras a elas pertencentes.

O decreto ora impugnado, por sua vez, tem função normativa diversa, já que procurou estabelecer o procedimento administrativo

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14447685.

destinado ao cumprimento de tais funções.

Sob esse prima, não vejo incongruência formal no ato normativo impugnado, pois sua edição se deu com a observância dos limites constitucionais pertinentes aos regulamentos, sem que se cogite, à primeira vista, de seu conteúdo haver trazido matéria afeta à reserva legal.

A regulamentação dos procedimentos administrativos por meio de decretos do Poder Executivo não é inválida, nem incomum, haja vista que normas procedimentais de relevância prática tem residência nessa espécie normativa, tal como a definição do processo administrativo de demarcação de terras indígenas, previsto no Decreto nº 1.775/96, cuja constitucionalidade a Corte já teve oportunidade de atestar (Pet nº 3.388, Tribunal Pleno, Relator o Ministro **Ayres Britto**, DJe 1º/7/10).

Por outro lado, esta Corte, de igual forma, reconhece a constitucionalidade de atos normativos que concretizam diretamente normas emanadas de preceitos constitucionais, a exemplo da Resolução nº 7/05 do CNJ, que proibiu a prática de nepotismo no âmbito do Poder Judiciário. **Vide** trecho da ementa do julgamento da ADC nº 12/DF-MC:

> "A Resolução nº 07/05 se dota, ainda, de caráter normativo primário, dado que arranca diretamente do § 4º do art. 103-B da Carta-cidadã e tem como finalidade debulhar os próprios conteúdos lógicos dos princípios constitucionais de centrada regência de toda a atividade administrativa do Estado, especialmente o da impessoalidade, o da eficiência, o da igualdade e o da moralidade.
>
> O ato normativo que se faz de objeto desta ação declaratória densifica apropriadamente os quatro citados princípios do art. 37 da Constituição Federal, razão por que não há antinomia de conteúdos na comparação dos comandos que se veiculam pelos dois modelos normativos: o constitucional e o infraconstitucional. Logo, o Conselho Nacional de Justiça fez adequado uso da competência que lhe conferiu a Carta de Outubro, após a Emenda 45/04" (Relator o Ministro **Ayres Britto**, DJ de 1º/9/06).

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14447685.

Ressalte-se, ainda, que **o art. 68 do ADCT**, ao consagrar um comando de imperatividade ao Poder Público, **é dotado de eficácia plena e aplicabilidade imediata**, não necessitando, em verdade, de intermediação de lei formal para a regulamentação dos procedimentos necessários à concretude do comando constitucional.

Ausente, portanto, inconstitucionalidade formal no diploma questionado.

4. DA IDENTIFICAÇÃO DOS REMANESCENTES DAS COMUNIDADES DOS QUILOMBOS E O CRITÉRIO DA AUTODEFINIÇÃO

Ataca, ainda, o partido autor a utilização, no art. 2º, **caput** e § 1º, do Decreto nº 4.887/03, do **critério da autoatribuição** como essencial para a identificação dos remanescentes titulares do direto a que se refere o art. 68 do ADCT, o qual, segundo afirma, ficaria restrito a uma mera manifestação de vontade do interessado.

Não assiste razão ao requerente.

O reconhecimento da propriedade pelo art. 68 do ADCT da Constituição de 1988 passou a exigir uma melhor definição da expressão "remanescentes das comunidades dos quilombos"; conceito esse de fundamental importância na identificação dos titulares do direito conferido pelo dispositivo constitucional.

Com efeito, trata-se de definição complexa que, na atualidade, como já salientado, deve superar o conceito colonial de quilombo, levando em consideração aspectos socioantropológicos.

Conforme levantamento bibliográfico realizado por Alfredo Wagner Berno de Almeida, apenas entre os anos de 1995 e 1997, foram encontrados 73 títulos, entre livros, teses, dissertações, monografias, artigos em revistas especializadas, comunicações em eventos científicos, folhetins, relatórios de associações acadêmicas e artigos na imprensa periódica, referentes, direta ou indiretamente, ao tema (Quilombos:

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14447685.

repertório bibliográfico de uma questão redefinida. **Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais.** Rio de Janeiro, nº 45, p. 57, 1998).

No sentido de auxiliar na aplicação do art. 68 do ADCT, em 1994, foi elaborado documento pela Associação Brasileira de Antropologia/ABA, a partir dos estudos do Grupo de Trabalho sobre Comunidades Negras Rurais da ABA, definindo que as comunidades remanescentes de quilombos "constituem grupos étnicos conceitualmente definidos pela antropologia como um tipo organizacional que confere pertencimento através de normas e meios empregados para indicar filiação ou exclusão". Segue o referido documento:

> "Contemporaneamente, portanto, o termo não se refere a resíduos ou resquícios arqueológicos de ocupação temporal ou de comprovação biológica. Também não se trata de grupos isolados ou de uma população estritamente homogênea. Da mesma forma nem sempre foram constituídos a partir de movimentos insurrecionais ou rebelados, mas sobretudo, consistem em grupos que desenvolveram práticas de resistência na manutenção e reprodução de seus modos de vida características num determinado lugar" (Regulamentação de terras de negros no Brasil. Boletim Informativo NEUR, Florianópolis, v. 1, n. 1, 1997).

Nesses termos, de acordo com essa concepção antropológica, o Decreto nº 4.887/03, estabeleceu, **in verbis**:

> "Art. 2º Consideram-se remanescentes das comunidades dos quilombos, para os fins deste Decreto, os grupos étnico-raciais, **segundo critérios de auto-atribuição**, com trajetória histórica própria, dotados de relações territoriais específicas, com presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida.
>
> § 1º Para os fins deste Decreto, a caracterização dos remanescentes das comunidades dos quilombos será atestada

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14447685.

mediante **autodefinição da própria comunidade**."

Como se percebe, o decreto ora questionado deixou de lado a antiga definição de quilombo, utilizada pelo Decreto nº 3.912/01, **elegendo critérios antropológicos mais adequados à atual realidade das comunidades quilombolas existentes contemporaneamente**.

Nessa concepção, as comunidades remanescentes de quilombos constituem grupos étnicos que compartilham certa identidade baseada numa ancestralidade comum, em manifestações culturais com forte vínculo com o passado, em relações organizacionais próprias e em formas específicas de relacionamento com a terra.

Ponto de fundamental importância e questionado pelo autor da presente ação foi o fato de o decreto atacado ter realçado o critério da autodefinição como meio de identificação das comunidades, permitindo, com isso, aos próprios membros da comunidade seu reconhecimento como remanescentes.

Ao contrário do que afirma o requerente, trata-se, em verdade, de critério plenamente adequado à identificação dos "remanescentes das comunidades dos quilombos". Com efeito, cabe aos próprios indivíduos e membros do grupo se reconhecerem e se identificarem como pertencentes a determinado grupo étnico.

A autoidentificação "é elemento definidor essencial da condição de grupo étnico", pois, para a antropologia, "importa compreender como o grupo opera tal identidade" (Terras de Quilombo. In: LARANJEIRA, Raymundo (coord.). **Direito agrário brasileiro.** São Paulo:LTr, 1999. p. 597-598).

De igual forma, Carlos Ari Sundfeld defende:

> "(...) o critério a ser seguido na identificação dos remanescentes das comunidades quilombolas em si é também o da 'auto definição dos agentes sociais'. Ou seja, para que se verifique se certa comunidade é de fato quilombola, é preciso que se analise a construção social inerente àquele grupo, de que forma os agentes sociais se percebem, de que forma almejaram

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14447685.

> a construção da categoria a que julgam pertencer. Tal construção é mais eficiente e compatível com a realidade das comunidades quilombolas do que a simples imposição de critérios temporais ou outros que remontem ao conceito colonial de quilombo. Mais uma vez, Alfredo W.B. De ALMEIDA: '(...) o ponto de partida da análise crítica é a indagação de como os próprios agentes sociais se definem e representam suas relações e práticas com os grupos sociais e as agências com que interagem. Este dado de como os segmentos sociais chamados 'remanescentes' se definem é fundamental, porquanto foi dessa forma que a identidade coletiva foi construída e afirmada. O importante (…) não é tanto como as agências definem, ou como os próprios sujeitos sociais se definem e quais os critérios político-organizativos que norteiam as suas práticas e mobilizações que forjam a coesão em torno de uma certa identidade. Os procedimentos de classificação que interessam são aqueles construídos a partir dos próprios conflitos pelos próprios sujeitos e não necessariamente aqueles produtos de classificação externas, muitas vezes estigmatizantes." (SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Comunidades quilombolas**: direito à terra. Brasília: Fundação Cultural Palmares-MinC/Abaré, 2002. p. 79-80).

Ademais, o critério da "autoatribuição" decorre, inclusive, de determinação da Convenção nº 169 da OIT, cujo art. 1º.2 determina que "a consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como **critério fundamental** para determinar os grupos aos que se aplicam as disposições da presente Convenção".

Por outro lado, verifica-se que a impugnação do autor parte do entendimento equivocado de que o critério da autoatribuição seria suficiente para a titularização das terras, não acompanhado da utilização de critérios complementares para a identificação dos remanescentes de quilombo. Como bem esclarece o memorial apresentado pela União e pelo INCRA:

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14447685.

"Ocorre que a legislação não olvidou do fato de que **autodeterminação não significa ausência de determinações exteriores**. Da leitura do art. 2º do Decreto 4.887/03, verifica-se claramente que há *outros critérios* que também devem estar presentes para que um grupo possa qualificar-se legitimamente como remanescente de quilombos, na medida em que o referido dispositivo também alude à necessidade de que o grupo possua uma *trajetória histórica própria*, que mantenha uma *relação específica com o território ocupado*, e que tenha *ancestrais negros com passado relacionado à resistência e à opressão*. A norma impugnada formula **exigências de caráter mais objetivo**, que dizem respeito à identidade étnica do grupo, à sua territorialidade (caracterizada, em geral, pela apropriação coletiva das terras) e à sua trajetória histórica singular.

Ademais, o § 4º do art. 3º determina que '*a autodefinição de que trata o § 1º do art. 2º deste Decreto será inscrita no Cadastro Geral junto à Fundação Cultural Palmares, que expedirá certidão respectiva na forma do regulamento*', sendo previsto prazo para a impugnação de todo o procedimento (art. 9º). O regramento administrativo da Fundação, por sua vez, determina que a auto-atribuição é **ato coletivo da comunidade**, visto que ligada à **consciência do grupo** sobre si mesmo, e não fruto do arbítrio de qualquer um dos seus integrantes isoladamente considerado.

Assim a Fundação Cultural Palmares realiza vistoria técnica à comunidade para colheita de informações, dirimir eventuais dúvidas da comunidade relacionada com o procedimento de certificação e ainda, constatar *in loco* a veracidade das informações prestadas. Grife-se que esse procedimento adotado é independente do procedimento administrativo adotado pelo INCRA.

Concluiu-se, portanto, que a auto-atribuição, já de si passível de controle pela Fundação Palmares e por qualquer interessado, constituiu critério **fundamental, mas não suficiente** para o reconhecimento do direito."

Conclui-se, portanto, que o art. 2º, **caput** e § 1º, do Decreto nº

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14447685.

4.887/03, ao adotar o critério da autodefinição como fundamental à identificação dos remanescentes das comunidades dos quilombos, não incide em nenhuma inconstitucionalidade.

5. O ALCANCE DA EXPRESSÃO "QUE ESTEJAM OCUPANDO SUAS TERRAS"

Questão de fundamental importância é a necessidade de se esclarecer a exata identificação do alcance da expressão constitucional "estejam ocupando suas terras", contida no art. 68 do ADCT, cuja compreensão é essencial para a identificação das terras que serão objeto de titulação.

Nesse ponto, insurge-se o partido autor contra os §§ 2º e 3º do art. 2º do Decreto 4.887/03, que, definindo as terras reconhecidas aos remanescentes dos quilombos, dispõem:

> "Art. 2º (...)
>
> § 2º São **terras ocupadas** por remanescentes das comunidades dos quilombos **as utilizadas para a garantia de sua reprodução física, social, econômica e cultural**.
>
> § 3º Para a medição e demarcação das terras, serão levados em consideração **critérios de territorialidade indicados pelos remanescentes das comunidades dos quilombos**, sendo facultado à comunidade interessada apresentar as peças técnicas para a instrução procedimental."

Segundo o requerente, as terras referidas pelo art. 68 do ADCT seriam somente os territórios sobre os quais, comprovadamente, foram formados os quilombos durante a fase imperial da história do Brasil, ocupando os membros da comunidade a área de forma pacífica e ininterrupta desde 1888 até a promulgação da Constituição em 1988.

Contesta, ainda, o fato de o decreto qualificar as terras a serem titularizadas como aquelas em que os remanescentes tiveram sua reprodução física, social, econômica e cultural, sujeitando a demarcação aos critérios indicados pelos próprios interessados, o que não constituiria

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14447685.

procedimento idôneo, moral e legítimo de definição.

Como se vê, o autor busca interpretar o comando constitucional contido no art. 68 do ADCT a partir dos critérios territoriais definidos no revogado Decreto nº 3.912/01, o qual, de fato, determinou que somente podia ser reconhecida a propriedade sobre terras que eram ocupadas por quilombos em 1888. Trata-se, contudo, de interpretação que, além de não consentânea com o texto constitucional, já se encontra superada.

Como já salientado, a exigência de que a titulação somente recaísse sobre as terras ocupadas em 1888, além de partir equivocadamente de conceito ultrapassado de quilombo, o qual não mais se adequada às definições contemporâneas dessas comunidades, **acrescenta requisito não contido, sequer implicitamente, no art. 68 do ADCT, restringindo de forma ilegítima o comando protetivo nele previsto, pois somente beneficiaria aquelas comunidades formadas até a abolição da escravatura**.

Por sua vez, embora não seja idôneo estabelecer requisitos não contidos no dispositivo constitucional, de igual forma, não há de se interpretar o texto constitucional de forma a ampliar em demasia seu comando.

O benefício assegurado no art. 68 do ADCT consiste no **reconhecimento da propriedade definitiva da terras**, contemplando regra de legitimação de domínio, em benefício das comunidades de remanescentes de quilombos.

Não há dúvida de que se trata de disposição constitucional transitória orientada a promover uma **discriminação positiva**, atribuindo vantagens especiais e extraordinárias a minorias oprimidas ao longo da história brasileira.

Para tanto, **adotou a Constituição <u>solução específica, determinada e transitória</u>, a qual deve ser adotada nos estritos limites do art. 68 do ADCT**.

Nesses termos, o texto constitucional é expresso ao reconhecer a propriedade definitiva das terras **<u>que estivessem sendo ocupadas</u>** pelos remanescentes das comunidades dos quilombos. **Vide**, mais uma vez o

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14447685.

parâmetro constitucional:

> "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."

No texto, reconhece-se o domínio sobre as áreas ocupadas pelos remanescentes das comunidades de quilombo, **legitimando uma situação fática presente** e garantindo a manutenção das comunidades nas área até então ocupadas.

Diante dessa perspectiva, em meu sentir, a partir da leitura do dispositivo constitucional, **foram contemplados com a titularidade aqueles remanescentes que estavam ocupando suas terras <u>no momento da promulgação da Constituição de 1988</u>.**

Não foram estabelecidos limites máximos ou mínimos para a titulação, mas a locução verbal "estejam ocupando suas terras", contida no texto constitucional, acaba por delimitar o aspecto temporal do direito, reconhecendo uma **<u>ocupação presente</u>, não passada**, e, como veremos a seguir, nem futura.

Já adianto que não se trata de uma interpretação meramente literal do dispositivo. Para além de uma interpretação gramatical, busca-se o alcance do direito a partir de uma interpretação igualmente sistemática e teleológica da Constituição. Aqui, em meu modo de ver, a interpretação literal não será má conselheira, levando-nos, sim, a um resultado que esses outros métodos recomendam.

De início, é importante destacar a posição topográfica do art. 68 do ADCT, o qual, diversamente dos arts. 215, 216 e 231 da Constituição Federal, foi inserido no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, não se podendo atribuir a essa disposição transitória a mesma extensão normativa dos princípios constitucionais consagrados no texto definitivo da Constituição, por se tratar de comando transitório e excepcional destinado a solucionar situação verificada ao tempo da promulgação da Carta.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14447685.

Não se deve, por outro lado, alargar o alcance do dispositivo constitucional para incluir entre as terras de propriedade dos remanescentes das comunidades dos quilombos **áreas que não eram por eles ocupadas à época da entrada em vigor da Constituição de 1988**.

É bem verdade que a identificação das áreas "ocupadas" pelas comunidades quilombolas, a partir da leitura do art. 68 do ADCT, tem sido objeto de interpretações as mais variadas possíveis, muitas delas desvinculadas, por completo, do preceito constitucional.

A título de exemplo, quando da edição do Decreto nº 4.887/03, ora questionado, a Advocacia-Geral da União foi instada a emitir parecer no sentido de explicitar a interpretação oficial, no âmbito da administração federal, do art. 68 do ADCT, especialmente em razão da necessidade de exata identificação do alcance da expressão constitucional "estejam ocupando suas terras", compreensão essa essencial para os procedimentos demarcatórios.

Foi, então, emitido o Parecer AGU/MC nº 1, de 2006, da lavra do então Consultor-Geral da União, Manoel Lauro Volkmer de Castilho, aprovado pelo Advogado-Geral da União, Álvaro Augusto Ribeiro Costa, o qual conferiu interpretação demasiadamente ampla ao art. 68 do ADCT, conforme se verifica nos seguintes trechos do mencionado parecer:

> "(...) A ocupação de que aí se cogita, por conseguinte, é a ocupação das terras em que de fato se alojam e vivem as respectivas comunidades, *mas também* os espaços para tanto **necessários** nos limites das características e valores por elas cultivados.
>
> **A *terras ocupadas*, nessa medida, são as que eles efetivamente possuem e mais as que sejam suficientes e necessárias para o natural desenvolvimento e reprodução de sua cultura e valores.** A expressão '*as terras que estejam ocupando*' significa logicamente mais do que a simples dimensão geográfica, atual ou histórica, das comunidades de remanescentes de quilombos, posto que – a exemplo das terras indígenas (art. 231, § 1º Constituição), cuja proteção constitucional obedece, *tal como aqu*i, a idêntico princípio de

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14447685.

> proteção dos formadores da nacionalidade brasileira – constituem tais terras territórios de habitação permanente, utilizadas para as suas atividades produtivas e imprescindíveis para a preservação dos recursos ambientais necessários ao seu bem-estar e **as necessárias à sua reprodução (presente e futura) física e cultural** *segundo seus usos, costumes e tradições*.
>
> (…)
>
> O desdobramento das proposições constitucionais do art. 68 do ADCT sugere ainda outras questões de difícil solução. O crescimento vegetativo da população remanescente das comunidades de quilombos, por exemplo, pode exigir *legitimamente* a expansão da área de ocupação titulada, assim como os legítimos remanescentes que não tenham ocupação por terem sido desapossados das terras, tal qual aqueles que as deixaram voluntariamente mas que a elas querem retornar, e outros podem pretender aumentar as terras coletivas e não parece contestável ou infundada essa pretensão uma vez que deriva ela da mesma razão constitucional que presidiu o reconhecimento da ocupação e propriedade destinadas à proteção das comunidades, porque visando também a sua reprodução natural."

Ora, Senhores Ministros, não vejo espaço normativo para a interpretação acima mencionada. Em verdade, estenderam-se para a demarcação das terras das comunidades remanescente de quilombos os critérios constitucionais assegurados expressamente pela Constituição Federal às terras indígenas.

Ocorre, todavia, que, cotejando os textos aplicáveis às terras indígenas e àquelas ocupadas por comunidades quilombolas, verifica-se a presença de divergência quanto aos regimes incidentes a cada uma das espécies, bem como quanto aos efeitos da concessão da titularidade da posse ou do domínio sobre tais glebas.

Por isso, não se pode olvidar que o silêncio constitucional é eloquente, em certa medida, para refletir a diferenciação entre o estatuto protetivo atinente às terras indígenas, previsto no art. 231 da Constituição

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14447685.

Federal, e aquele ora discutido.

Não se deve cair no equívoco de equiparar a titulação das terras das comunidades quilombolas com os critérios de demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, as quais são e sempre foram públicas.

A Constituição da República, em relação às terras indígenas, estabeleceu, expressamente, uma ampla rede de proteção das terras tradicionalmente ocupadas por eles, estabelecendo sua "posse permanente" e já definindo, textualmente, o que seria entendido por "terras tradicional ocupadas", bem como qual seria sua destinação. **Vide**:

> "Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.
>
> **§ 1º - São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.**
>
> **§ 2º - As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.**
>
> (...)
>
> § 4º - As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.
>
> (...)
>
> § 6º - São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União,

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14447685.

> segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé."

Embora tanto as terras indígenas como as terras de quilombolas sejam referidas juridicamente como "terras tradicionalmente ocupadas", receberam do texto constitucional regramento bastante diferenciado.

Vê-se que, em relação às terras indígenas, **a Lei Fundamental <u>não conferiu às comunidades a titularidade</u>** sobre o espaço geográfico destinado a seu desenvolvimento físico, cultural e espiritual, incumbindo à União o exercício de tal tutela. Conferiu-lhes, porém, um arcabouço substancial e perene de prerrogativas sobre as terras por elas ocupadas, **reconhecendo-lhes a posse permanente (<u>não a propriedade</u>)** das terras **utilizadas** para suas atividades produtivas, das **imprescindíveis** à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e das **necessárias** a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições, além do usufruto sobre os bens naturais ali presentes.

De forma diversa, o art. 68 do ADCT conferiu aos remanescentes das comunidades quilombolas a **<u>propriedade definitiva</u>** das terras que **<u>estivessem ocupando</u>** e, com isso, não teve a pretensão de conferir-lhes, como o fez para os indígenas, todas as terras, presentes e futuras, **necessárias** para suas atividades produtivas, para a preservação dos recursos ambientais, para o seu bem-estar e para a sua reprodução física e cultural.

Em verdade, enquanto, para as terras indígenas, a Constituição adotou os **critérios da imprescindibilidade e da necessidade**, para os quilombolas, pautou-se pelo **critério da ocupação**.

Dessa forma, não se deve alargar o âmbito de proteção do dispositivo constitucional para inserir em seu alcance o reconhecimento do direito de propriedade às comunidades quilombolas das terras "**suficientes** e **necessárias** para o natural desenvolvimento e reprodução de sua cultura e valores", independentemente do critério de "ocupação"

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14447685.

eleito pela Carta Magna. Muito menos se deve ampliar esse direito de propriedade, reconhecido taxativamente no texto constitucional, para possibilitar a **ampliação futura dos domínios territoriais**.

Há, sem dúvida, diferenças substanciais entre o regime jurídico das terras indígenas e o das comunidades remanescentes de quilombos, a impedir a extensão do regramento contido no art. 231 da Constituição como norma para a definição do alcance da expressão "terras ocupadas" quando aplicada às comunidades quilombolas. **Fazer isso seria deferir a essas comunidade o melhor dos dois regimes jurídicos. Ressalte-se mais uma vez: o art. 68 do ADCT conferiu aos remanescentes das comunidades quilombolas a propriedade definitiva das terras que estivessem ocupando; enquanto para os indígenas, o art. 231 da Constituição conferiu apenas a posse permanente.**

As duas situações jurídicas são bastante distintas, havendo um regramento específico acerca das terras indígenas que não se repete no caso dos quilombolas. **Se a Constituição Federal não equiparou essas situações, não caberá aos interpretes fazê-lo.**

Em meu sentir, são realidades que têm características, necessidades e origens históricas distintas, não havendo sustentação jurídica para a aplicação dos critérios territoriais assegurados pela Constituição Federal para a demarcação das terras indígenas às propriedades dos quilombolas.

Por certo, o alcance das terras abrangidas pelo direito de propriedade reconhecido pelo art. 68 do ADCT não pode decorrer de extensão legal ou mesmo de aplicação analógica dos critérios utilizados pela Constituição Federal para as terras indígenas, dependendo, sim, a teor do texto constitucional, do reconhecimento da comunidade como "remanescente de quilombo" e da identificação das áreas por ela ocupadas na data da promulgação da Constituição.

Por sua vez, nem sequer uma leitura conjunta com o § 5° do art. 216 da Constituição permitiria essa interpretação ampliativa, pois esse dispositivo autoriza o **tombamento** dos "sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos", aqui a partir da concepção tradicional de quilombo, portanto, bem mais restrita que o

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14447685.

conceito de "comunidades remanescentes de quilombos". Ademais, não reconhece o dispositivo o direito de propriedade em favor dos remanescentes ou de qualquer outra pessoa sobre esses imóveis, mas a sua proteção e preservação histórico-cultural.

A meu ver, essa interpretação de "terras ocupadas" em aberto, admitindo inclusive a **ampliação das faixas territoriais**, de acordo com as **necessidades da comunidade**, não resolve inúmeras situações conflitivas às quais o comando constitucional buscou pôr fim.

Essa ampliação do texto constitucional, além de deixar de lado, completamente, o critério da ocupação adotado pelo constituinte originário, esquece de outra finalidade que se buscou atingir com essa garantia constitucional, também igualmente importante: **a de assegurar estabilidade jurídica às relações entre as comunidades remanescentes de quilombo e suas áreas territoriais, <u>assegurando-se-lhes o direito definitivo de propriedade</u>**.

Bem se sabe que a questão da terra se apresenta historicamente conflituosa, cercada de fortes interesses e expectativas. Buscou a Lei Maior promover a paz fundiária, transformando as posses precárias dessas comunidades em domínio. Mas, para tanto, exigiu-se precisa definição dos limites territoriais das terras a serem reconhecidas.

Nesse sentido, como já salientado, **o art. 68 do ADCT estabeleceu critério objetivo de definição da propriedade, ou seja, a ocupação das terras em que se localizavam os quilombos na data da promulgação da Constituição Federal de 1988.**

Deixar em aberto a possibilidade de definição desse território a partir de parâmetros de "necessidade" ou mesmo de sua ampliação futura, sem critérios objetivos, é conferir insegurança jurídica a relações já essencialmente conflituosas, enfraquecendo, desse modo, a estabilidade jurídica que se quis alcançar com o reconhecimento expresso do território dessas comunidades.

Não há dúvida de que a identificação da área ocupada pela comunidade é ponto decisivo e complexo da regularização, além de envolver grupos sociais e interesses diversificados, podendo ensejar

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14447685.

conflitos fundiários e violência rural. E a ausência de um marco temporal de ocupação servirá, nesse caso, de **estímulo ao agravamento de conflitos fundiários.**

Não se questiona, todavia, o critério acertadamente utilizado no Decreto nº 4.887/03, tendo-se definido, no § 2º do art. 2º, como terras ocupadas "as **utilizadas** para a garantia de sua [da comunidade] reprodução física, social, econômica e cultural". Ressalte-se que o decreto refere-se a terras "utilizadas" (termo compatível com o critério aqui defendido de ocupação), e **não a terras "necessárias"**.

Com efeito, **a titulação deve, de fato, recair não somente sobre os espaços em que o grupo mora ou vive, mas de igual forma, sobre as áreas comunais de cultivo, de estoque de recursos naturais, as utilizadas para o lazer e demais formas de convivência, bem como para a realização de suas manifestações culturais e religiosas**.

Todavia, como o decreto foi silente em relação à data de ocupação/utilização das terras, para evitar interpretações como aquela conferida pelo mencionado parecer, **deve-se conferir interpretação conforme à Constituição ao § 2º do art. 2º do Decreto nº 4.887/03, de modo a esclarecer que somente devem ser titularizadas as áreas que estavam ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos, inclusive as utilizadas para a garantia de sua reprodução física, social, econômica e cultural, na data da promulgação da Constituição (5 de outubro de 1988), salvo comprovação, por todos os meios de prova juridicamente admitidos, da suspensão ou perda da posse em decorrência de atos ilícitos praticados por terceiros.**

Por fim, ainda em relação à identificação do território, alega o requerente a inconstitucionalidade do § 3º do mesmo art. 2º do decreto, pois, segundo afirma, ele teria sujeitado a demarcação aos critérios indicados pelos próprios interessados, o que não constituiria procedimento idôneo, moral e legítimo de definição.

No sentido de afastar a alegada inconstitucionalidade, utilizo-me dos esclarecimentos trazidos em memorial pela AGU e pelo INCRA:

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14447685.

"O autor tenta induzir essa Corte a erro, mais uma vez, ao afirmar que o Decreto 4.887/03 *sujeitaria* a demarcação aos indicativos do interessado.

A norma impugnada apenas obriga o INCRA a 'levar em consideração' os critérios de territorialidade do próprio grupo para, a partir daí, instruir o procedimento de demarcação e titulação das terras.

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

IV. 2.6.1 A instrução normativa 57/09 do INCRA. Do Grupo de Trabalho Interministerial

Não bastasse, em atenção ao disposto no art. 3º, §1º, do Decreto 4.887/03, a matéria se encontra ainda mais minudentemente regulamentada, com alto grau técnico-objetivo, pela Instrução Normativa nº 57 do INCRA, fruto do Grupo de Trabalho para a Revisão das Normas sobre Implemento de Políticas Públicas relativas a quilombolas e indígenas instaurado no âmbito do Governo Federal,

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14447685.

coordenado pela Consultoria-Geral desta Advocacia-Geral da União.

No espectro de aperfeiçoamento do procedimento para a titulação quilombola levado a cabo pelo GT, merece especial referência a instituição de um rito criterioso para a confecção do Relatório Técnico de Identificação e Delimitação, com a atribuição de diversos critérios, de natureza objetiva, aliado à ampliação das condições de divulgação do procedimento, do prazo para interposição de recursos e da possibilidade de resguardo dos direitos das comunidades, mediante a notificação da Fundação Cultural Palmares, acerca das decisões a serem proferidas. (…)

(...)

Além disso, a Instrução Normativa prevê, em seus arts. 12 e 13, a consulta a **diversos órgãos e entidades com atribuições técnicas** afetas ao tema (IPHAN, IBAMA, SPU, FUNAI, Conselho de Defesa Nacional, ICMBio, Fundação Palmares e SFB) para manifestação acerca do Relatório Técnico de Identificação e Delimitação, e a possibilidade de **qualquer interessado** interpor contestação com **efeito suspensivo** contra o RTID.

É de se ver, portanto, a ampla regulamentação técnico-objetiva do procedimento de identificação e titulação das terras, em consonância com os parâmetros fixados no âmbito internacional e com estrita observância ao devido processo legal, garantindo-se o contraditório e a ampla defesa de todos os interessados. **Não há, destarte, que se falar de sujeição da demarcação aos indicativos do interessado,** como pretende o autor."

Não há, portanto, razão de ser na referida impugnação, tendo em vista que a indicação do território pelas comunidades interessadas não é critério isolado, precedendo à titulação das terras outras fases técnicas, inclusive com a emissão do Relatório Técnico de Identificação de Delimitação, com a observância de diversos critérios antropológicos e de natureza objetiva.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14447685.

6. DESAPROPRIAÇÃO DE TERRAS PARTICULARES

Questiona-se, ainda, especificamente, a previsão contida no art. 13 do Decreto nº 4.887/03, que trata da desapropriação de terras ocupadas por comunidades quilombolas sobre as quais incidam títulos de domínio particular. É a dicção do referido dispositivo:

> "Art. 13. Incidindo nos territórios ocupados por remanescentes das comunidades dos quilombos título de domínio particular **não invalidado por nulidade, prescrição ou comisso, e nem tornado ineficaz por outros fundamentos**, será realizada vistoria e avaliação do imóvel, objetivando a adoção dos atos necessários à sua desapropriação, quando couber.
>
> § 1º Para os fins deste Decreto, o INCRA estará autorizado a ingressar no imóvel de propriedade particular, operando as publicações editalícias do art. 7º efeitos de comunicação prévia.
>
> § 2º O INCRA regulamentará as hipóteses suscetíveis de desapropriação, com obrigatória disposição de prévio estudo sobre a autenticidade e legitimidade do título de propriedade, mediante levantamento da cadeia dominial do imóvel até a sua origem."

Afirma o requerente que, a teor do art. 68 do ADCT, descabe ao Poder Público desapropriar a área, visto que a propriedade decorreria diretamente da Constituição, não havendo que se falar em propriedade alheia a ser desapropriada para ser transferida aos remanescentes de quilombos, muito menos em promover despesas públicas para fazer frente a futuras indenizações.

A questão do direito ou não à indenização, por desapropriação, do eventual detentor de título de propriedade sobre as terras ocupadas pelas comunidades quilombolas não é tão simples como quer fazer crer o requerente.

Por óbvio, há que se ter em mente que a disposição contida no art. 68 do ADCT é texto originário da Constituição Federal, razão pela qual não

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14447685.

se aplica ao caso as limitações jurídicas impostas aos poderes constituídos.

A alegação de direito adquirido ou de qualquer outro **status** de proteção ao direito de domínio até então titularizado por particulares é absolutamente ineficaz em face do poder constituinte originário, porquanto este é desobrigado e livre (juridicamente) para a construção do conteúdo das normas constitucionais.

Além disso, nota-se a marca do resgate histórico e patrimonial efetuado pela Constituição de 1988 dos direitos e da dignidade dos povos indígenas e dos remanescentes das comunidades de quilombos, atores da cultura brasileira. Esse fator tem de ser considerado como elemento axiológico para a interpretação dos dispositivos constitucionais protetivos, inclusive com a finalidade de preencher os espaços normativos encontrados no art. 68 do ADCT.

Ocorre, todavia, que, o comando constitucional transitório não repetiu, em relação às terras de quilombo, a disposição contida no § 6º do art. 231 do texto permanente acerca das terras indígenas.

Sobre as terras indígenas, o resgate histórico, cultural e patrimonial realizado pela Constituição Federal foi tão profundo que **taxou expressamente como írritos os títulos de domínio particulares incidentes sobre as referidas glebas, excluindo os direitos a qualquer tipo de indenização pela terra nua, ressalvando as benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé**.

Tal entendimento foi atestado pela Corte no célebre caso Raposa Serra do Sol. Naquela assentada, ressaltou-se o **caráter de ancianidade dos direitos dos povos indígenas sobre as terras por eles tradicionalmente ocupadas**, os quais remontam historicamente ao período anterior à colonização portuguesa. **Vide**:

> "(…) 12. DIREITOS 'ORIGINÁRIOS'. Os direitos dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam foram constitucionalmente 'reconhecidos', e não simplesmente outorgados, com o que o ato de demarcação se orna de natureza declaratória, e não propriamente constitutiva. Ato declaratório

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14447685.

> de uma situação jurídica ativa preexistente. Essa a razão de a Carta Magna havê-los chamado de 'originários', a traduzir um direito mais antigo do que qualquer outro, de maneira a preponderar sobre pretensos direitos adquiridos, mesmo os materializados em escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de não-índios. Atos, estes, que a própria Constituição declarou como 'nulos e extintos' (§ 6º do art. 231 da CF) (...)" (Pet nº 3.388, Tribunal Pleno, Relator o Ministro **Ayres Britto**, DJe 1º/7/10).

Trata-se de exemplo de retroatividade máxima da norma constitucional, na medida em que atingiu deliberadamente atos ou situações jurídicas consolidadas no passado, regulando seus efeitos.

Contudo, na linha da jurisprudência desta Corte (ex. RE nº 242.740/GO, Primeira, Relator o Ministro **Moreira Alves**, DJ de 18/5/01), a incidência retroativa dos preceitos contidos na Constituição Federal, quando atingem o núcleo (existência e validade) de situações consolidadas no tempo, defluem de **determinação expressa no texto**, de forma que **o estatuto jurídico conferido às terras indígenas não é de ser aplicado às terras ocupadas por comunidades remanescente de quilombolas, já que o texto constitucional não conferiu a essas estatuto protetivo semelhante**.

O termo "reconhecimento", contido no art. 68 do ACDT, operou, em verdade, **uma conversão de uma situação jurídica precária, qual seja a ocupação/posse em direito de propriedade (situação jurídica definitiva), cabendo ao Estado emitir os respectivos títulos**.

Com a atestação da situação cultural-geográfica da ocupação de terras por essas comunidades, houve a constituição de uma nova realidade jurídica de propriedade, sem invalidar, contudo, como no caso das terras indígenas, as situações jurídicas pretéritas à Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, **foi cuidadoso o art. 13 do decreto impugnado, na medida em que não excluiu a possibilidade de aquisição do domínio pelos remanescentes das comunidades quilombolas <u>mediante</u>**

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14447685.

prescrição aquisitiva (usucapião) que já tenha se operado, **ou quando presente vício no título de propriedade particular**, hipóteses nas quais não haverá desapropriação.

Sendo necessário, porém, o ato expropriatório, deve o Estado, como responsável direto pela execução das políticas e das diretrizes constitucionais, indenizar os proprietários particulares **se esses exerciam regularmente seu direito até a promulgação da Carta de 1988**. O referido processo de desapropriação é de nítido interesse social e será feito em benefício das comunidades remanescentes de quilombos.

Nesse sentido esclarece Carlos Ari Sundfeld:

> "Diversamente, acreditamos ser possível e, principalmente, necessária, a prévia desapropriação de terras particulares em benefício dos remanescentes das comunidades dos quilombos que as estiverem ocupando. Não se deve equiparar a titulação das terras das comunidades quilombolas com a demarcação das terras ocupadas pelos índios, as quais são e sempre foram públicas. Com relação a estes últimos a Constituição Federal criou um complexo sistema de proteção com previsão de 'posse permanente' das terras tradicionalmente ocupadas por eles (art. 231). Mas o art. 68 do ADCT tratou da questão quilombolas de forma diversa e não teve a pretensão de criar uma forma originária de aquisição da propriedade em favor das comunidades remanescentes de quilombos, sem o pagamento de qualquer indenização ao proprietário, assim reconhecido pelas formas de direito. O direito constitucional da propriedade só pode ser limitado nas formas e procedimentos expressamente estabelecidos na Constituição. Não é viável falar-se em perda 'imediata' da propriedade no caso de terras ocupadas por comunidades quilombolas como sustentou o Parecer nº 1.490/01 da Casa Civil. A perda compulsória da propriedade particular em favor de remanescentes de comunidades quilombolas só pode dar-se em razão de usucapião ou pela desapropriação" (**op. cit.** p. 117).

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14447685.

Nesses termos, forte na premissa de que não se aplica às comunidades remanescentes de quilombos o regime jurídico protetivo previsto para os indígenas, nem o que está prescrito no art. 231, § 6º, da Carta Magna, concluo que o art. 13 do Decreto nº 4.887/03 está em consonância com a Constituição Federal.

7. CONCLUSÃO

Conforme consta no sítio eletrônico do INCRA (atualizado em 13/04/2017), foram expedidos **220 títulos** de propriedade aos remanescentes de comunidades quilombolas, regularizando-se **754.811,0708 hectares** em benefício de **152 territórios**, **294 comunidades** e **15.910 famílias**. Muito já foi feito, mas ainda há muito por fazer.

Contudo, não é ampliando o alcance do texto constitucional que se vai efetivar esse relevante direito. Pelo contrário, talvez tenha sido exatamente essa tentativa de se ampliar em demasia seu alcance que tenha retardado e tornado ainda mais complexa a demarcação e a titulação definitiva dessas terras.

Em meu sentir, o direito estabelecido pelo art. 68 do ADCT é o direito das comunidades remanescentes de quilombo de terem a propriedade das terras por elas ocupadas quando da edição da Constituição, aqui incluídas as **utilizadas** nessa data para a garantia de sua reprodução física, social, econômica e cultural.

Entendo que essa é a interpretação que deriva diretamente do texto constitucional e que é passível de ser garantida e realizada pelo Estado brasileiro; nem mais, nem menos e sem idealismos ou falsas promessas.

Ante o exposto, voto no sentido de julgar parcialmente procedente a presente ação direta de inconstitucionalidade, tão somente para conferir interpretação conforme ao § 2º do art. 2º do Decreto nº 4.887, de 20 de novembro de 2003, no sentido de esclarecer, nos termos do art. 68 do ADCT, que somente devem ser titularizadas as áreas que estavam ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos,

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14447685.

inclusive as utilizadas para a garantia de sua reprodução física, social, econômica e cultural, na data da promulgação da Constituição (5 de outubro de 1988), salvo comprovação, por todos os meios de prova juridicamente admitidos, da suspensão ou perda da posse em decorrência de atos ilícitos praticados por terceiros.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14447685.

09/11/2017 **PLENÁRIO**

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.239 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Senhora Presidente, eminentes pares, a minha manifestação não vai se alongar.

Quero iniciar, nada obstante, cumprimentando o Ministro Dias Toffoli, que apresenta um robusto e denso, como sói acontecer, voto-vista. E registro que, embora não tenha composto o quórum quando esta votação se iniciou, procurei inteirar-me do relatório, das sustentações orais e também dos dois votos que até hoje já haviam sido proferidos e, hoje, é o terceiro voto, do eminente Ministro Dias Toffoli, como Vossa Excelência acaba efetivamente de enunciar.

Neste caso, nós estamos, a esta altura do julgamento, com três votos, a rigor, distintos: o primeiro, do eminente Relator Ministro Cezar Peluso, que acolheu o argumento da inconstitucionalidade em sentido formal; o segundo, abrindo a divergência, da eminente Ministra Rosa Weber, que julgou a demanda improcedente, o que significa um entendimento oposto ao do Relator, sem embargo de eventuais pontos de interseção, mas que não dizem respeito à conclusão do voto; e, no dia de hoje, o Ministro Dias Toffoli, ao afastar a inconstitucionalidade formal e outros argumentos, como também as preliminares, acolhe um dos pontos para fixar o marco temporal em 5 de outubro de 1988, a partir dessa interpretação sistemática que trouxe à colação.

Eu gostaria de registrar, Senhora Presidente, que aqui está, efetivamente, como todos sabemos, em debate um decreto de 2003, que foi impugnado diligentemente pela parte autora no próprio ano de 2003. O Relator adotou o rito do artigo 12, o que significa que remeteu, consoante a lei própria e esse dispositivo que estribou o despacho do eminente Ministro-Relator, o conteúdo direta e imediatamente para apreciação do Plenário. Isso começou a se dar em abril de 2012, com o voto do eminente Ministro Cezar Peluso julgando a demanda procedente, pela reflexão e conclusão da inconstitucionalidade formal. Em 2015 se

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14341253.

retoma o julgamento, e a Ministra Rosa Weber então preferiu voto, quando o Ministro Dias Toffoli pediu vista, devolveu-o em seguida, em 2015.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Embora – se me permite, Ministro Fachin – eu tenha devolvido os autos em cinco dias. Pedi vista dos autos quando a nossa querida Presidente tomava posse como Presidente do TSE, em 18 de abril de 2012, justamente porque o Ministro Cezar Peluso encerrou o seu voto nesta ação em torno de 18h30, e Sua Excelência, nossa Presidente, lá tomaria posse às 19h. Devolvi o processo em 23 de abril de 2012, não obstante ele só tenha entrado em pauta em 2015.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Perfeitamente.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Obrigada, Ministro Fachin.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - E Vossa Excelência, portanto, foi mais rígida do que a regra regimental, que permite devolver os autos até a segunda sessão subsequente e votar tão logo apregoado.

Eu estou fazendo esta rememoração, Senhora Presidente, para dizer que, nada obstante tratar-se aqui de uma demanda alongada, por assim dizer, pois este Tribunal está a debater de algum tempo, a relevância do tema, que se situa nas questões de importância, obviamente, que desaguam no Plenário deste Supremo Tribunal Federal, é inquestionável, e o voto-vista que hoje o Ministro Dias Toffoli apresenta, em meu modo de ver, dá não apenas a forma, mas o fundo desta questão que, a rigor, diz respeito a um debate sobre a própria compreensão da Constituição na relação entre o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e o texto constitucional, a própria compreensão da Convenção 169 da OIT, bem como um conjunto de interesses legítimos, tanto das comunidades quilombolas quanto de outros interesses igualmente legítimos que se colocam subjacentes, ou até mesmo no primeiro plano do debate e, portanto, desta controvérsia.

Eu estou dizendo isso tudo, Senhora Presidente, para evidenciar que, sem embargo desse alongado e também de um conjunto de

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14341253.

circunstâncias que demandam lapso temporal razoável, como diz a Constituição, eu estou, a rigor, justificando, em primeiro lugar, que há temas como este de índole estrutural que demandam mesmo um amadurecer-se das reflexões quando dizem respeito a essa verticalidade sobre a própria sociedade, o Estado brasileiro e a Constituição, e, em segundo lugar, para justificar que estou a pedir vista para examinar a matéria.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14341253.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.239
PROCED. : DISTRITO FEDERAL
RELATOR : MIN. CEZAR PELUSO
REQTE.(S) : DEMOCRATAS
ADV.(A/S) : FABRÍCIO JULIANO MENDES MEDEIROS (27581/DF) E OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA
ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
AM. CURIAE. : INSTITUTO PRO BONO
AM. CURIAE. : CONECTAS DIREITOS HUMANOS
AM. CURIAE. : SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO PÚBLICO - SBDP
ADV.(A/S) : ELOISA MACHADO DE ALMEIDA (201790/SP) E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : CENTRO PELO DIREITO À MORADIA CONTRA DESPEJOS - COHERE
AM. CURIAE. : CENTRO DE JUSTIÇA GLOBAL
AM. CURIAE. : INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL - ISA
AM. CURIAE. : INSTITUTO DE ESTUDOS, FORMAÇÃO E ASSESSORIA EM POLÍTICAS SOCIAIS - POLIS
AM. CURIAE. : TERRA DE DIREITOS
ADV.(A/S) : ANDRESSA CALDAS (27530/PR) E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : FEDERAÇÃO DOS TRABALHADORES NA AGRICULTURA DO ESTADO DO PARÁ - FETAGRI-PARÁ
ADV.(A/S) : GIROLAMO DOMENICO TRECCANI (6172/PA)
AM. CURIAE. : ESTADO DO PARÁ
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PARÁ
AM. CURIAE. : ESTADO DE SANTA CATARINA
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA
AM. CURIAE. : CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA AGRICULTURA E PECUÁRIA DO BRASIL - CNA
ADV.(A/S) : ILMAR NASCIMENTO GALVÃO (19153/DF)
AM. CURIAE. : CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA - CNI
ADV.(A/S) : CASSIO AUGUSTO MUNIZ BORGES (20016/DF, 091152/RJ) E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE CELULOSE E PAPEL - BRACELPA
ADV.(A/S) : GASTAO ALVES DE TOLEDO (0082034/SP) E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : SOCIEDADE RURAL BRASILEIRA
ADV.(A/S) : RICARDO DE AQUINO SALLES (183476/SP) E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : CENTRO DE ASSESSORIA JURÍDICA POPULAR MARIANA CRIOLA
AM. CURIAE. : KOINONIA PRESENÇA ECUMÊNICA E SERVIÇO
ADV.(A/S) : FRANCINE DAMASCENO PINHEIRO (117373/RJ) E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO DOS QUILOMBOS UNIDOS DO BARRO PRETO E INDAIÁ
AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO DE MORADORES QUILOMBOLAS DE SANTANA - QUILOMBO DE SANTANA
AM. CURIAE. : COORDENAÇÃO DAS COMUNIDADES NEGRAS RURAIS QUILOMBOLAS DE MATO GROSSO DO SUL

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o número 14127495

ADV.(A/S) : FERNANDO GALLARDO VIEIRA PRIOSTE (247350/SP) E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA - INCRA
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL FEDERAL
AM. CURIAE. : ESTADO DO PARANÁ
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PARANÁ
AM. CURIAE. : CONFERÊNCIA NACIONAL DOS BISPOS DO BRASIL - CNBB
ADV.(A/S) : CARLOS ROBERTO SIQUEIRA CASTRO E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : INSTITUTO DE ADVOCACIA RACIAL E AMBIENTAL - IARA
ADV.(A/S) : HUMBERTO ADAMI SANTOS JÚNIOR (000830/RJ)
AM. CURIAE. : CLUBE PALMARES DE VOLTA REDONDA - CPVR
ADV.(A/S) : HUMBERTO ADAMI SANTOS JÚNIOR

Decisão: Após o voto do Relator, Senhor Ministro Cezar Peluso (Presidente), julgando procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade do Decreto nº 4.887/2003, modulando os efeitos dessa declaração, nos termos do seu voto, pediu vista dos autos a Senhora Ministra Rosa Weber. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Celso de Mello, Joaquim Barbosa e Cármen Lúcia. Falaram: pelo requerente, o Dr. Carlos Bastide Horbach; pela Advocacia-Geral da União, o Ministro Luís Inácio Lucena Adams, Advogado-Geral da União; pelos *amici curiae* Associação Brasileira de Celulose e Papel-BRACELPA; Sociedade Rural Brasileira; Conferência Nacional dos Bispos do Brasil-CNBB; Estado do Paraná; Associação dos Quilombos Unidos do Barro Preto e Indaiá, Associação de Moradores Quilombolas de Santana-Quilombo Santana e Coordenação das Comunidades Negras Rurais Quilombolas de Mato Grosso do Sul; Instituto de Advocacia Racial e Ambiental-IARA e Clube Palmares de Volta Redonda-CPVR, respectivamente, o Dr. Gastão Alves de Toledo; o Dr. Francisco de Godoy Bueno; o Dr. Torquato Jardim; o Dr. Carlos Frederico Maré de Souza Filho, Procurador do Estado; o Dr. Eduardo Fernandes de Araújo; e o Dr. Humberto Adami Santos Júnior, e, pelo Ministério Público Federal, a Vice-Procuradora-Geral da República, Dra. Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira. Plenário, 18.04.2012.

Decisão: Após o voto-vista da Ministra Rosa Weber, que conhecia da ação direta e a julgava improcedente, pediu vista dos autos o Ministro Dias Toffoli. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 25.03.2015.

Decisão: Após o voto-vista do Ministro Dias Toffoli, pela procedência parcial da ação, para se dar interpretação conforme a Constituição ao § 2º ao art. 2º do Decreto n. 4.887/2003, pediu vista dos autos o Ministro Edson Fachin. Ausente, justificadamente, o Ministro Ricardo Lewandowski. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 9.11.2017.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o número 14127495

Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Procuradora-Geral da República, Dra. Raquel Elias Ferreira Dodge.

p/ Doralúcia das Neves Santos
Assessora-Chefe do Plenário

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o número 14127495

08/02/2018 **PLENÁRIO**

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.239 DISTRITO FEDERAL

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Muito obrigado, Senhora Presidente, eminentes Pares. Saúdo os ilustres Colegas e eminentes Ministros Dias Toffoli e Rosa Weber, que já se pronunciaram sobre este tema. Também faço o registro do voto acutíssimo do Ministro Cezar Peluso, que estava na relatoria originária deste feito, razão pela qual o Ministro Alexandre Moraes, neste feito, portanto, não participa da votação.

Senhora Presidente, eu pedi vista, fiz um estudo relativamente alongado, que tomei a liberdade de fazer chegar o resultado aos gabinetes de Vossa Excelências e, agora, creio que está a chegar às mãos do eminente Ministro Marco Aurélio. A rigor, uma das razões que me impulsionaram a pedir vista foi precisamente o consenso e eventual dissonância dos três votos anteriormente proferidos.

Para principiar essa retomada de julgamento, se Vossa Excelência me permitir, apenas para verificar se bem hauri o ponto do qual vou partir, se esse ponto estiver correto, uma parte substancial do voto que trago não precisarei dela tratar, eis que me concentrarei, quiçá, naquilo que eu considero a eventual divergência mais nuclear aqui presente. Do que eu hauri, Senhora Presidente, o eminente Ministro Cezar Peluso julgava a demanda inteiramente procedente, ou seja, declarava, portanto, a inconstitucionalidade completa do decreto que foi objeto da pretensão inicial. Portanto, esta foi a posição do Ministro Cezar Peluso.

No primeiro pedido de vista e do voto vista da Ministra Rosa Weber, nós temos a conclusão pela improcedência da ação, com um conjunto de fundamentos, dentre eles, um deles é o tema atinente ao marco temporal, em relação ao qual, permito-me antecipar, tenho uma percepção distinta da eminente Ministra Rosa Weber, com a devida vênia, em relação a este ponto, mas não em relação ao julgamento de improcedência da ação. Já no voto do eminente Ministro Dias Toffoli, o eminente Ministro julga

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14447689.

parcialmente procedente a ação, para dar a interpretação conforme ao § 2º do artigo 2º, apenas ressaltando também o aspecto atinente ao marco temporal. Creio que Sua Excelência entende pela fixação do marco temporal...

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Mas ressalvando aquelas áreas em que, comprovadamente, houve, no passado, suspensão ou perda da posse, ou seja algum tipo de inviabilidade de manutenção da posse. Eu fiz essa opção, divergindo, no dispositivo, do voto da Ministra Rosa Weber - na concepção, estamos identicamente colocados, divergindo do Ministro Cezar **Peluso**, que julgava totalmente procedente. E por que eu o fiz? Eu acompanho esse caso desde a elaboração do decreto pela Presidência da República. O grupo de trabalho que elaborou esse decreto foi criado, na Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil, em 2003, quando eu era o subchefe da Casa Civil. Então, eu acompanhei toda a elaboração desse decreto. Por fim, depois, como advogado-geral da União, eu tive conhecimento dos conflitos que estariam surgindo, por meio de uma interpretação que foi dada pelo meu antecessor na Advocacia-Geral da União, que aplicava às terras de quilombos a mesma análise do decreto para as terras indígenas, ou seja, não é somente a terra que se ocupa, mas a terra futura, no sentido de que, ao longo do tempo, será necessário ampliar essas terras.

Eu entendo que, para evitar conflitos, é fundamental que nós, no dispositivo dessa decisão, tenhamos bem claro o que estamos a decidir.

Então, o que eu decido: o marco temporal pelo vernáculo do ADCT é a ocupação temporal à época da edição da Constituição, ressalvados também aqueles casos em que os quilombos foram tirados do local. Um exemplo clássico é um caso de Porto Alegre: no local, já havia a urbanização e o quilombo foi indenizado, houve, então, o reconhecimento da terra quilombola, mesmo sem posse já há muitos anos. Isso, pelo meu voto, continua sendo possível.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Creio que até mesmo com a elucidação do Ministro Dias Toffoli, até para Vossa Excelência conduzir os trabalhos, coletar os votos e, ao final, proclamar o resultado

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14447689.

do julgamento, creio que fica portanto mais elucidado. Também a posição que vou explicitar agora, creio, recebe mais nitidez.

Então, Senhora Presidente, este voto, que tem um pouquinho mais de três dezenas de páginas, vou sumariar para tocar neste ponto nuclear que até esse momento me parece a questão que mais chama atenção neste julgamento.

Como eu já mencionei e me permitir começar pelo fim, trago o posicionamento no sentido do julgamento da integral improcedência da ação. Portanto, não faço a interpretação conforme e, em relação à questão pontual do marco temporal, também não acolho com as devidas vênias as objeções que foram suscitadas.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14447689.

08/02/2018 **PLENÁRIO**

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.239 DISTRITO FEDERAL

VOTO VISTA

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: Sra. Presidente, de início, cumpre-me afirmar que, apesar de não ter composto o quórum para o julgamento do feito quando da leitura do relatório e das sustentações orais, nos termos do artigo 134, § 2°, declaro-me esclarecido e em condições de prolatar voto no presente caso.

E, já adentrando ao voto, ressalto que acolho o bem lançado relatório proferido pelo e. Ministro Cezar Peluso.

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Partido da Frente Liberal, hoje Democratas, a qual questiona a compatibilidade com o texto constitucional do Decreto nº 4.887/2003, o qual 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.

Sustenta o Autor a inconstitucionalidade do ato normativo, por configurar violação à reserva legal de lei, eis que impõe direitos e deveres sem lei anterior que os estabeleça, além de questionar a utilização da desapropriação de terras de particulares para outorgar seu domínio às comunidades quilombolas, bem como o critério de autoatribuição como definição de quem são os remanescentes de quilombos e a localização e extensão das terras cuja titulação pretendem.

O I. Ministro Relator, Cezar Peluso, proferiu voto assentando a inconstitucionalidade formal da norma, por entender que há a necessidade de lei para regulamentar o reconhecimento e a titulação de terras aos quilombolas, bem como entendeu haver inconstitucionalidade material dos artigos 2º, §§ 1º, 2º e 3º, 7º, § 2º, 9º, 13 e 17 do Decreto 4.887/2003.

Apresentando voto vista, a I. Ministra Rosa Weber divergiu do posicionamento do Relator, pronunciando-se pela improcedência da ação,

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14488833.

de modo a assentar a constitucionalidade das disposições do Decreto ora em análise.

Naquela assentada, pediu vista o I. Ministro Dias Toffoli, que devolveu os autos para a continuidade do julgamento, o qual fora levado a efeito na data de 13 de novembro de 2017, ocasião na qual proferiu voto no sentido de julgar parcialmente procedente a presente ação direta de inconstitucionalidade, "*tão somente para conferir interpretação conforme ao § 2º do art. 2º do Decreto nº 4.887, de 20 de novembro de 2003, no sentido de esclarecer, nos termos do art. 68 do ADCT, que* ***somente devem ser titularizadas as áreas que estavam ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos, inclusive as utilizadas para a garantia de sua reprodução física, social, econômica e cultural, na data da promulgação da Constituição (5 de outubro de 1988), salvo comprovação, por todos os meios de prova juridicamente admitidos, da suspensão ou perda da posse em decorrência de atos ilícitos praticados por terceiros***".

Em detida análise do feito, peço vênia aos entendimentos em sentido contrário, mas **voto por acompanhar a divergência como inaugurada pela Min. Rosa Weber, no sentido da improcedência da presente ação direta de inconstitucionalidade, com ressalva de entendimento quanto a um ponto**, conclusão essa que exponho a seguir.

De início, ressalto a concordância com o Relator, no que tange à rejeição das preliminares alegadas no processo.

Efetivamente, quanto a alegada natureza concreta do Decreto em comento, ressalto que possui ele a nota de generalidade e abstração suficiente a possibilitar o controle concentrado de constitucionalidade de suas disposições.

De outra parte, ainda que de forma sucinta, o Autor apresentou fundamentação quanto aos pedidos de reconhecimento da inconstitucionalidade dos dispositivos do Decreto nº 4.887/2003, depreendendo-se das razões apresentadas que indica como parâmetro de aferição da compatibilidade ao texto constitucional os artigos 5º, XXIV e 84, VI da Constituição, e 68 do ADCT.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14488833.

Finalmente, como bem pontuaram a I. Min. Rosa Weber em seu voto divergente, não há óbice ao conhecimento da demanda em virtude da não impugnação ao Decreto nº 3. 912/2001, que seria restaurado pelo efeito repristinatório da decisão, mas que padeceria de vício idêntico àquele que acometeria o Decreto ora impugnado, no sentido de não ser vedado a esta Corte *excluir, dos efeitos da decisão declaratória, eventual efeito repristinatório, uma vez constatada incompatibilidade com a ordem constitucional*. Ademais, somente se dá referida discussão no caso de acolhimento do pedido de inconstitucionalidade formal, eis que naquilo que se impugna quanto à inconstitucionalidade material, não há correspondência entre as normas.

Superadas as preliminares, passo ao exame do mérito do pedido.

Inicio com breves considerações que creio importantes para a contextualização da sensível questão quilombola no ordenamento jurídico brasileiro.

A ideia da existência de quilombos remonta ao período da tragédia da escravidão no Brasil, desembarcando para o labor forçado milhões de negros trazidos da África, que para cá trouxeram sua cultura e um modo de vida que, apesar de sufocado pela sociedade branca envolvente, sobreviveu ao longo dos séculos e incorporou-se ao patrimônio cultural brasileiro.

No entanto, a libertação da escravidão, com a assinatura da Lei Áurea em 13 de abril de 1888, não trouxe consigo nenhum tipo de amparo à população negra, recém liberta mas sem acesso a qualquer política emancipatória ou aos mais básicos direitos assegurados ao restante da população. Ao racismo já existente na sociedade, associou-se um quadro de abandono que levou a maioria dos negros à marginalização social, condição que envergonha, até os dias de hoje, uma sociedade que se pretende plural, mas que ainda tem muito passos no caminho da igualdade social e da promoção das diferenças.

Essa configuração da questão negra no Brasil é responsável pela verdadeira invisibilidade, para o ordenamento jurídico, da questão relativa à regularização das comunidades remanescentes dos quilombos até a promulgação da Constituição de 1988, que por vez primeira

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14488833.

disciplinou o assunto no artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que reza:

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

A inserção do dispositivo na parte transitória do texto constitucional poderia, numa interpretação mais literal, levar a crer que a questão se resolveria em tempo reduzido, contudo, trinta anos depois da promulgação da Constituição Cidadã, milhares de requerimentos continuam sem a garantia da titulação definitiva das propriedades junto ao Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária INCRA, além de restar ainda desconhecido o número total de comunidades quilombolas existentes no País.

Em trabalho que versa acerca da questão quilombola para o Direito, Antônio Carlos Wolkmer, Carlos Frederico Marés de Souza Filho e Maria Cristina Vidotte Blanco Tartega explicitam os problemas daí decorrentes:

> "A realidade do interior brasileiro, porém, é muito diferente da retórica urbana. Para viver lá é preciso estar em comunhão; a comunidade é essencial, e a aliança com a natureza é um imperativo. Os quilombos não deixaram de existir porque uma lei, em 1888, decretou a abolição da escravidão. Por ventura no fim da escravidão foi decretado também o fim das comunidades? A ligação estreita de amor, fidelidade e fraternidade se restaria apenas por uma lei que declarasse que já não poderia existir aquilo que nunca deveria ter existido? É claro que não! Porventura a caça aos quilombos se encerrou após a lei de abolição? A caça por pessoas sim, e os quilombolas já não eram mais mercadoria. A consequência disso, porém, não há de ter sido o fim dos quilombos, mas uma significativa melhora de vida. A comunidade e seu lugar não precisavam estar sempre escondidos e protegidos, o tambor

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14488833.

podia tocar mais alto e os recém-chegados não precisavam ficar em quarentena de segurança. **No entanto, a vida nos quilombos, a partir de 1888, não se tornou tão fácil quanto nossa imaginação e vontade poderiam sugerir. Havia a questão da terra. Se a pessoa não era mais mercadoria, a terra era. A lei de abolição não se referiu aos quilombos, mas a lei de terras, nas entrelinhas, os proibia. A terra pertencia ao Rei, e o Rei a transformaria em mercadoria, não em bem comunitário em aliança com a natureza. Os quilombolas continuaram ilegais, continuaram marrons, porque ocuparam uma terra que não lhes era destinada e, assim como os índios, tinham que continuar lutando por ela**." (WOLKMER, Antônio Carlos; SOUZA FILHO, Carlos Marés de; TARREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco. O que são os quilombolas? In: Os direitos territoriais quilombolas: além do marco temporal. Goiânia: PUC Goiás, 2016, p. 7-8).

É esse o contexto inafastável sobre a questão da titulação das terras ocupadas pelos remanescentes de comunidade quilombolas, e que permeia a análise sobre a constitucionalidade do Decreto n° 4.887, de 2003. Passo, portanto, à apreciação das alegações lançadas na presente ação.

1. Da alegação de institucionalidade do Decreto n° 4.887/2003 por violação ao princípio da reserva de lei

Segundo a exordial, o ato normativo ora em comento estaria inquinado de inconstitucionalidade por invadir esfera restrita à regulamentação por lei, tratando-se portanto de regulamento autônomo, sem fundamento em lei, vedado pelo ordenamento constitucional.

A alegação restou acolhida pelo I. Relator. Contudo, filio-me no ponto, sem ressalvas, ao entendimento manifestado pela divergência, por entender que a previsão constitucional não necessita de integração por lei, pois se trata de preceito veiculador de direito fundamental, autoaplicável por disposição da própria Constituição.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14488833.

De fato, a previsão de que são garantidas aos remanescentes de comunidades quilombolas a propriedade das terras que ocupam não necessita de nenhuma mediação legal para garantir a sua eficácia.

É um direito fundamental que, embora não inscrito no rol contido no Título II do texto constitucional (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), também carrega consigo a nota de fundamentalidade, por assegurar a uma minoria étnica o direito de propriedade e, por meio deste, o resgate do exercício dos demais direitos de cidadania, inclusive a garantia do respeito à sua identidade comunitária, embasado em considerações sociais, históricas e culturais.

Nas palavras de Daniel Sarmento:

> "(...) o artigo 68 do ADCT, apesar de redigido de forma concisa, já contém em si todos os elementos necessários para viabilizar a sua incidência. Como bem ressaltou Walter Rothenburg, **tal dispositivo há indica o objeto do direito, a condição para o seu reconhecimento, o seu titular e sujeito passivo**. Não há, portanto, necessidade de edição de lei para viabilizar a tutela imediata do direito à propriedade dos remanescentes de quilombo. Sem embargo, é altamente recomendável que o legislador discipline o dispositivo constitucional em questão, para conferir maior segurança jurídica aos direitos dos quilombolas.
>
> Sobre questão conexa, cumpre fazer breve referência ao debate que está sendo travado na ADI 3.239, em curso no STF, através da qual o partido Democratas impugnou o Decreto n. 4.887/03, que dispõe sobre a aplicação do art. 68 do ADCT. Um dos fundamentos da ação, que ora nos interessa, é a inconstitucionalidade do Decreto, por alegada afronta ao princípio da legalidade, já que tratar-se-ia, segundo o Autor, de um regulamento autônomo, o que seria vedado pela Constituição.
>
> O argumento não procede por duas razões. Em primeiro lugar, porque se a norma constitucional é dotada de aplicabilidade imediata, como é o caso do art. 68 do ADCT, ela

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14488833.

> não só pode como deve ser aplicada diretamente pela Administração Pública, independentemente de qualquer mediação concretizadora da lei. Em hipóteses como essa, parece evidente a possibilidade de edição de atos normativos pela administração que aludem esta aplicação, seja para explicitar o sentido de norma constitucional, seja para definir os procedimentos tendentes à viabilização de sua incidência. Desta maneira, por um lado, não se compromete a força normativa da Constituição, evitando que ela se torne refém da inércia do legislador. E por outro, prestigia-se a igualdade, ao garantir uniformidade na aplicação dos ditames constitucionais pelos administradores, bem como a segurança jurídica, ao assegurar uma maior previsibilidade das ações estatais voltadas à concretização da Lei Maior. Em casos dessa espécie, o STF tem admitido a edição de atos regulamentares fundados diretamente na Constituição." (SARMENTO, Daniel. Art. 68. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; et alli. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 2244-2245.)
>
> (*grifos nossos*)

Evidentemente, tratando-se de direito fundamental, aplica-se o disposto no § 1° do art. 5° da Constituição, inexistindo a imperatividade de lei regulamentadora para a plena eficácia da garantia constitucional. Em se tratando de categoria tão especial de direitos, não se pode pretender interpretá-los de modo a reduzir sua aplicabilidade e efetividade por meio da submissão à atividade legislativa ordinária, decorrendo a possibilidade de seu exercício diretamente do texto constitucional.

Nesse sentido, bem asseverou o voto divergente prolatado pela Ministra Rosa Weber – no que foi seguida pelo voto do Ministro Dias Toffoli – ao assentar que:

> "Nessa linha, o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias elenca de modo completo e abrangente os elementos delineadores do direito que consagra,

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14488833.

> ainda que sem esmiuçar os detalhes procedimentais ligados ao respectivo exercício. Nele definidos, como destaca a melhor doutrina, o **titular** (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)."
>
> (*destaques no original*)

Todos os elementos necessários à configuração do direito fundamental tutelado pela norma constitucional estão nela contidos, donde **não ser necessária a edição de lei regulamentadora para conferir eficácia ao direito dos remanescentes de comunidades quilombolas à aquisição da propriedade das terras por eles ocupadas**.

O Decreto n° 4.887/2003, portanto, surge como meio de disciplinar a atuação administrativa na concretização desse direito fundamental, adequando-se ao disposto no artigo 84, inciso VI, a da Constituição, e não subsiste qualquer razão para inquiná-lo de inconstitucionalidade, como pretende a inicial.

Não se olvide o disposto na Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, adotada em Genebra no ano de 1989, aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo º 143, de 20 de junho de 2002, e promulgada pelo Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004. Referida Convenção explicita o compromisso internacional dos Estados signatários em defender as terras ou os territórios das comunidades indígenas e tribais, como se depreende dos artigos a seguir discriminados:

> "Artigo 1º
>
> 1. A presente convenção aplica-se:
>
> a) **aos povos tribais em países independentes, cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros setores da coletividade nacional, e que estejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial**;

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14488833.

b) aos povos em países independentes, considerados indígenas pelo fato de descenderem de populações que habitavam o país ou uma região geográfica pertencente ao país na época da conquista ou da colonização ou do estabelecimento das atuais fronteiras estatais e que, seja qual for sua situação jurídica, conservam todas as suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas, ou parte delas.

2. **A consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos que se aplicam as disposições da presente Convenção**.

3. A utilização do termo "povos" na presente Convenção não deverá ser interpretada no sentido de ter implicação alguma no que se refere aos direitos que possam ser conferidos a esse termo no direito internacional.

(…)

Artigo 13

1. **Ao aplicarem as disposições desta parte da Convenção, os governos deverão respeitar a importância especial que para as culturas e valores espirituais dos povos interessados possui a sua relação com as terras ou territórios, ou com ambos, segundo os casos, que eles ocupam ou utilizam de alguma maneira e, particularmente, os aspectos coletivos dessa relação**.

2. A utilização do termo "terras" nos Artigos 15 e 16 deverá incluir o conceito de territórios, o que abrange a totalidade do habitat das regiões que os povos interessados ocupam ou utilizam de alguma outra forma.

Artigo 14

1. **Dever-se-á reconhecer aos povos interessados os direitos de propriedade e de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Além disso, nos casos apropriados, deverão ser adotadas medidas para salvaguardar o direito dos povos interessados de utilizar terras que não estejam exclusivamente ocupadas por eles, mas às quais, tradicionalmente, tenham tido acesso para suas atividades**

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14488833.

> **tradicionais e de subsistência**. Nesse particular, deverá ser dada especial atenção à situação dos povos nômades e dos agricultores itinerantes.
>
> 2. **Os governos deverão adotar as medidas que sejam necessárias para determinar as terras que os povos interessados ocupam tradicionalmente e garantir a proteção efetiva dos seus direitos de propriedade e posse**.
>
> 3. **Deverão ser instituídos procedimentos adequados no âmbito do sistema jurídico nacional para solucionar as reivindicações de terras formuladas pelos povos interessados**."

Portanto, a Constituição Federal, em seu artigo 68 do ADCT, em conjunto com as disposições da Convenção 169 da OIT, do Estatuto da Igualdade Racial consubstanciado na Lei nº 12.288/2010 (que, inclusive, em seu art. 31 repete a previsão constitucional) e do Decreto n° 4.887/2003, formam o arcabouço jurídico de tutela dos direitos de propriedade das comunidades quilombolas, formando verdadeiro sistema protetivo a garantir as possibilidades de exercício da cidadania por esse segmento social que, dadas as condições acima narradas, ainda se encontra distante do gozo dos mais básicos direitos inerentes à condição de cidadãos brasileiros.

Se por um lado, resta evidente que a questão encerra complexidade naquilo que se pretende como fixação definitiva de sentido ao dispositivo constitucional, é certo também que as complexidades inerentes à interpretação e aplicação das disposições constitucionais não se esgotam em critérios meramente normativos, mas se inserem num plano hermenêutico a reclamar atuação dos mais diversos intérpretes, sem que se possa atribuir exclusividade dessa tarefa ao Legislador, nem mesmo imprescindibilidade de sua atuação.

Assim, concluo pela inexistência de motivo, portanto, para apontar qualquer inconstitucionalidade formal ao Decreto nº 4.887/2003, razão pela qual divirjo do I. Relator nesse tópico.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14488833.

2. <u>Da alegada inconstitucionalidade material do artigo 13 do Decreto n° 4.887/2003</u>

Prosseguindo na análise dos demais argumentos suscitados pelo Autos da presente ação, sustenta-se a inconstitucionalidade do conteúdo do art. 13 do Decreto impugnado, pelo fundamento de que o dispositivo criaria hipótese de desapropriação não prevista pelo ordenamento jurídico, e que a Constituição não teria determinado a expropriação de nenhuma terra, mas somente reconheceu o direito de propriedade aos remanescentes de quilombolas das terras que já ocupavam, limitando a atuação do Poder Público à mera expedição dos títulos dominiais.

A redação do artigo impugnado é a que segue:

> "Art. 13. Incidindo nos territórios ocupados por remanescentes das comunidades dos quilombos título de domínio particular não invalidado por nulidade, prescrição ou comisso, e nem tornado ineficaz por outros fundamentos, será realizada vistoria e avaliação do imóvel , objetivando a adoção dos atos necessários à sua desapropriação, quando couber.
>
> §1º Para os fins deste Decreto, o INCRA estará autorizado a ingressar no imóvel de propriedade particular, operando as publicações editalícias do art. 7o efeitos de comunicação prévia.
>
> §2º O INCRA regulamentará as hipóteses suscetíveis de desapropriação, com obrigatória disposição de prévio estudo sobre a autenticidade e legitimidade do título de propriedade, mediante levantamento da cadeia dominial do imóvel até a sua origem."

Aqui, entretanto, ao contrário do que pugna a exordial, entendo adequada a conclusão adotada pela divergência, no sentido de inexistir vício na previsão normativa que implique violação ao direito de propriedade, da forma como configurado pela Constituição.

Ocorre que referido artigo não cria hipótese nova de desapropriação, ou seja, não inova na ordem jurídica para limitar o exercício do direito de propriedade, mas apenas prevê a possibilidade de utilização das

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14488833.

hipóteses já existentes na legislação pátria e devidamente albergadas pelo texto constitucional, na efetivação dos direitos das comunidades quilombolas.

Referida previsão mostrou-se necessária em razão da configuração da propriedade quilombola pelo texto constitucional, que foi mais enxuta que aquela destinada à garantia da posse indígena.

De fato, a posse indígena sobre as terras que ocupam é reconhecida pelo ordenamento jurídico incidente no Brasil desde o Alvará Régio de 1680, e vem sendo positivada nos textos constitucionais desde a Carta de 1934. Ademais, o artigo 231 é expresso ao prever a nulidade de quaisquer títulos possessórios ou de domínio nas terras de ocupação tradicional indígena:

> "Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.
>
> § 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.
>
> § 2º As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.
>
> § 3º O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.
>
> § 4º As terras de que trata este artigo são inalienáveis e

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14488833.

indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

§ 5º É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, "ad referendum" do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.

§ 6º **São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé**.

§ 7º Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, § 3º e § 4º."

Contudo, referida previsão não foi repetida pelo texto do art. 68 do ADCT. Sendo assim, e em especial se se considerar a situação de invisibilidade regulatória da propriedade quilombola antes da Constituição de 1988, compreende-se a possibilidade de que essas terras de ocupação tradicional dos remanescentes quilombolas estejam tituladas em nome de terceiros, muitas vezes de boa-fé e que devem perder a propriedade de suas terras mediante justa indenização.

Há vozes contrárias a esse posicionamento, que entendem pela atribuição de um direito originário dos remanescentes de quilombos a essas terras. Entretanto, razões de segurança jurídica impõem-se a fim de assegurar a plena efetivação de ambos os direitos fundamentais, em especial diante da omissão constitucional quanto à questão.

Desta feita, é legítima a opção administrativa pela instauração de processo de desapropriação das terras eventualmente na posse ou de domínio de terceiros, para assegurar a propriedade sem embaraços das comunidades quilombolas às terras que tradicionalmente ocupam.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14488833.

Não se trata, registre-se uma vez mais, de criação de nova hipótese de desapropriação, uma vez que ela se enquadra na hipótese de desapropriação por interesse social, prevista pelo artigo 5º, XXIV da Constituição da República, e regulamentada pela Lei nº 4.132/1964, cujo artigo 2º assim dispõe:

> "Art. 2º **Considera-se de interesse social:**
>
> I - o aproveitamento de todo bem improdutivo ou explorado sem correspondência com as necessidades de habitação, trabalho e consumo dos centros de população a que deve ou possa suprir por seu destino econômico;
>
> II - a instalação ou a intensificação das culturas nas áreas em cuja exploração não se obedeça a plano de zoneamento agrícola, VETADO;
>
> III - **o estabelecimento e a manutenção de colônias ou cooperativas de povoamento e trabalho agrícola;**
>
> IV - a manutenção de posseiros em terrenos urbanos onde, com a tolerância expressa ou tácita do proprietário, tenham construído sua habilitação, formando núcleos residenciais de mais de 10 (dez) famílias;
>
> V - a construção de casa populares;
>
> VI - as terras e águas suscetíveis de valorização extraordinária, pela conclusão de obras e serviços públicos, notadamente de saneamento, portos, transporte, eletrificação armazenamento de água e irrigação, no caso em que não sejam ditas áreas socialmente aproveitadas;
>
> VII - a proteção do solo e a preservação de cursos e mananciais de água e de reservas florestais.
>
> VIII - a utilização de áreas, locais ou bens que, por suas características, sejam apropriados ao desenvolvimento de atividades turísticas."

Ainda que as hipóteses de desapropriação por interesse social não tratem especificamente da titulação da propriedade quilombola, não antevejo óbice a uma interpretação que compreenda que essa espécie de

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14488833.

domínio também se encontra abarcada por essa modalidade de desapropriação, pois, como assevera Edilson Vitorelli, quando da edição da norma acima citada, não se pensava na tutela das comunidades quilombolas. (VITORELLI, Edilson. Estatuto da Igualdade Racial e Comunidades Quilombolas: Lei 12.288/2010, Decreto 4.887/2003. 4.ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 327).

Trata-se de dar cumprimento ao ditame constitucional da função social da propriedade, com a devida outorga dos títulos de domínio da terra aos quilombolas, para nela desenvolverem seu modo de vida, seus costumes e tradições, consideradas patrimônio cultural do Brasil, nos termos do artigo 216 do texto constitucional, o qual, inclusive, autoriza a realização de desapropriações para a tutela desse patrimônio, ainda que imaterial, conforme depreendo da interpretação desse artigo, *in verbis*:

> "Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.
>
> § 1º **O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional**.
>
> (...)"
>
> "Art. 216. **Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem**:
>
> I - as formas de expressão;
>
> II - **os modos de criar, fazer e viver**;
>
> III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;
>
> IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;
>
> V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14488833.

> § 1º **O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação**."

Nem trata a hipótese de usucapião de terras rurais, pois se essa fosse a hipótese, as regras de Direito Civil bastariam a configurar a aquisição da propriedade pelo simples decurso do tempo, entretanto, a propriedade quilombola, por se tratar de direito fundamental especialmente destinado à proteção de um modo de vida, merece uma compreensão maximizadora de suas possibilidades, que por vezes refoge ao direito privado comum para regular-se de maneira qualificada pela tutela constitucional.

Portanto, por se tratar de norma procedimental, para dar efetividade máxima ao disposto no artigo 68 do ADCT, afasto também aqui a alegação de institucionalidade material do dispositivo questionado.

3. Da alegada inconstitucionalidade do artigo 2° do Decreto n° 4.887/2003

O Autor aponta inconstitucionalidade no artigo 2° do Decreto em comento, ao argumento de que o critério de autoatribuição da condição de quilombola, somado à indicação, pela própria comunidade, da extensão da terra cuja titulação se pretende e da atribuição de propriedade de áreas necessárias à reprodução física e cultural dos quilombolas, desborda da previsão constitucional.

Eis a redação do dispositivo impugnado:

> "Art. 2º **Consideram-se remanescentes das comunidades dos quilombos, para os fins deste Decreto, os grupos étnicoraciais, segundo critérios de auto-atribuição, com trajetória histórica própria, dotados de relações territoriais específicas, com presunção de ancestralidade negra**

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14488833.

> **relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida**.
>
> § 1º Para os fins deste Decreto, **a caracterização dos remanescentes das comunidades dos quilombos será atestada mediante autodefinição da própria comunidade**.
>
> § 2º **São terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos as utilizadas para a garantia de sua reprodução física, social, econômica e cultural**.
>
> § 3º **Para a medição e demarcação das terras, serão levados em consideração critérios de territorialidade indicados pelos remanescentes das comunidades dos quilombos, sendo facultado à comunidade interessada apresentar as peças técnicas para a instrução procedimental**."

Nesse ponto, acompanho a divergência inaugurada pela Min. Rosa Weber no que concerne à conclusão pela constitucionalidade da previsão impugnada, mas apresento ponto de vista distinto em relação à utilização do conceito de marco temporal em relação à definição dos destinatários da norma constitucional. Portanto, manifesto-me, no ponto, de maneira oposta àquela sustentada, com a devida vênia, pelo I. Min. Dias Toffoli, que proferiu voto pela necessidade de interpretação conforme ao dispositivo impugnado.

Apresento, portanto, os argumentos que me levam a discordar, na fundamentação, porém não na conclusão, da proposta divergente apresentada pela Ministra Rosa Weber.

De início, cumpre referir que a utilização do critério de autoatribuição da condição de remanescentes das comunidades de quilombos é prevista também pela Convenção 169 como forma de garantia do reconhecimento das comunidades tradicionais, como dispõe o já citado artigo 1º, item 2 da Convenção: *A consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos que se aplicam as disposições da presente Convenção*.

Efetivamente, a utilização do critério da auto identificação como ponto de partida ao reconhecimento da condição quilombola é consentânea com as definições conferidas pela antropologia ao conceito

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14488833.

de remanescentes de comunidades de quilombos, ciência está que se dedica justamente a estudar as características dessas organizações humanas em particular, cujas conclusões não podem ser ignoradas pela ciência jurídica, apenas uma dentre as diversas ciências humanas e que se enriquece por meio do diálogo com os demais ramos do conhecimento humano.

Como bem aponta o Parecer da Procuradoria-Geral da República:

> "27. No presente caso, para a delimitação do conteúdo essencial da norma do art. 68 do ADCT, não pode o jurista prescindir das contribuições da Antropologia na definição da expressão "remanescentes das comunidades dos quilombos". Segundo relato de ELIANE CANTARINO O'DWYER, "os antropólogos, por meio da Associação Brasileira de Antropologia (ABA), fundada em 1955, tiveram papel decisivo no questionamento de noções baseadas em julgamentos arbitrários, corno a de *remanescente de quilombo,* ao indicar a necessidade de se perceberem os fatos a partir de urna outra dimensão que venha a incorporar o ponto de vista dos grupos sociais que aspiram à vigência do direito atribuído pela Constituição".
>
> 28. Assim, o critério da auto-atribuição é considerado pela Antropologia corno o parâmetro mais razoável para a identificação das comunidades quilombolas. Os estudos realizados pelo antropólogo F. BARTH chegam à conclusão de que a identificação de grupos étnicos não depende mais de parâmetros diferenciais objetivos fixados por um observador externo, mas dos "sinais diacríticos", é dizer, das diferenças que os próprios integrantes das unidades étnicas consideram relevantes. Corno assevera ELIANE CANTARINO O'DWYER, "essa abordagem tem orientado a elaboração dos relatórios de identificação, os também chamados laudos antropológicos, no contexto da aplicação dos direitos constitucionais às comunidades negras rurais consideradas remanescentes de quilombos, de acordo com o preceito legal". Assim, "em vez de emitir urna opinião preconcebida sobre os fatores sociais e

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14488833.

culturais que definem a existência de limites, é preciso levar em conta somente as diferenças consideradas significativas para os membros dos grupos étnicos". Nesse caso, "apenas os fatores socialmente relevantes podem ser considerados diagnósticos para assinalar os membros de um grupo, e a característica crítica é a auto-atribuição de urna identidade básica e mais geral que, no caso das comunidades negras rurais, costuma ser determinada por sua origem comum e formação no sistema escravocrata".

29. Também nesse sentido, o Estudo realizado pela Sociedade Brasileira de Direito Público, acima citado:

"(...) ***o critério a ser seguido na identificação dos remanescentes das comunidades quilombolas em si é também o da 'autodefinição dos agentes sociais'***. *Ou seja, para que se verifique se certa comunidade é de fato quilombola, é preciso que se analise a construção social inerente àquele grupo, de que forma os agentes sociais se percebem, de que forma almejaram a construção da categoria a que julgam pertencer.*

Tal construção é mais eficiente e compatível com a realidade das comunidades quilombolas do que a simples imposição de critérios temporais ou outros que remontem ao conceito colonial de quilombo."

30. Cabe, ainda, citar os estudos antropológicos de ALFREDO WAGNER BERNO DE ALMEIDA:

"O recurso de método mais essencial, que suponho deva ser o fundamento da ruptura com a antiga definição de quilombo, refere-se às representações e práticas dos próprios agentes sociais que viveram e construíram tais situações em meio a antagonismos e violências extremas. ***A meu ver, o ponto de partida da análise crítica é a indagação de como os próprios agentes sociais se definem e representam suas relações e práticas com os grupos sociais e as agências com que interagem. Esse dado de como os grupos sociais chamados 'remanescentes' se definem é elementar, porquanto foi por essa via que se construiu e afirmou a identidade coletiva. O importante aqui não é tanto como as agências definem, ou como uma ONG define, ou como um***

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14488833.

> ***partido político define, e sim como os próprios sujeitos se auto-representam*** *e quais os critérios político-organizativos que norteiam suas mobilizações e forjam a coesão em torno de uma certa identidade. Os procedimentos de classificação que interessam são aqueles construídos pelos próprios sujeitos a partir dos próprios conflitos, e não necessariamente aqueles que são produtos de classificações externas, muitas vezes estigmatizantes. Isso é básico na consecução da atividade coletiva e das categorias sobre as quais ela se apóia." (Fls. 136-137)*

Para complementar, colho lição de Edílson Vitorelli, no ponto:

> "(...) **o que se observa é que o elemento identitário quilombola se centra eminentemente na autoafirmação. É esse dado, que é interno à comunidade, que será a pedra angular para a definição de um grupo quilombola enquanto tal**. Os elementos externos, que apenas complementam a definição, é que vêm roubando a cena das discussões jurídicas. É significativo, nesse sentido, que, quando trata da preservação da história, a Constituição utilize a expressão antigos quilombos, enquanto, ao tratar da proteção dos quilombolas, utilize o termo remanescentes das comunidades dos quilombos. As comunidades quilombolas são algo vivo, e não a simples reminiscência dos antigos quilombolas.
>
> (…)
>
> Ao contrário do que se possa imaginar, o autorreconhecimento não é uma grande festa das comunidades, interessadas nos benefícios que advirão dessa condição. A opressão histórica foi tão fortemente exercida que muitas comunidades efetivamente existentes resistem a se autodeclararem quilombolas. Em Minas Gerais, o Ministério Público Federal acompanhou esse processo em relação à Comunidade Quilombola Marques, localizada no município de Carlos Chagas. Ao final, integrantes da comunidade, principalmente aqueles mais idosos, afirmavam categoricamente que não queriam se autodeclarar, pois isso

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14488833.

> geraria mais problemas com os proprietários rurais vizinhos."
>
> (VITORELLI, Edilson. Estatuto da Igualdade Racial e Comunidades Quilombolas: Lei 12.288/2010, Decreto 4.887/2003. 4.ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 287-288)

O voto apresentado pela I. Min. Rosa Weber bem aponta a heterogeneidade das ocupações quilombolas, as Terras de Preto, Terras de Santo, Mocambos, que, muito embora tenham uma relação com a escravidão a que seus antepassados foram sujeitos, não se resumem somente aos espaços para os quais os negros escravos fugiam ao escapar dessa condição, mas foram adquiridas por compra, doação, ou outras formas de ocupação distintas daquela que vem imediatamente à mente quando se aborda a temática.

Não se mostra adequado, assim, pretender reduzir o conceito de comunidades quilombolas, hoje, à vinculação com a fuga de escravos até o período imperial. Uma visão constitucionalmente apreensiva da totalidade do fenômeno ora em análise precisa considerar que a tutela constitucional equaciona-se à proteção de um modo de vida distinto daquele da sociedade envolvente, uma relação distinta com a terra e com a natureza, que é constitutiva da própria identidade dessas comunidades.

Cito, uma vez mais, o posicionamento de Edílson Vitorelli:

> "O conceito jurídico de quilombo não se confunde, portanto, com o conceito leigo que a ele se costuma associar, de local de aglomeração de escravos fugidos. Quilombo, juridicamente, são as terras de preto, as áreas tradicionalmente ocupadas por comunidades negras, que ali se instalaram não apenas em razão da fuga, mas por doação, herança, compra ou pela simples tolerância do antigo senhor. Essas comunidades construíram suas vidas nesses locais, conservando suas tradições e modos de produção, perpetuando-se geração após geração, mesmo com a não rara pressão dos proprietários vizinhos. A terra, nessa circunstância, **deixa de ser mera propriedade ou ativo produtivo, passando a constituir um elemento da própria identidade da comunidade que, por isso,**

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14488833.

> **resiste à passagem do tempo, chegando à contemporaneidade**.
>
> Com esses fundamentos, é possível estabelecer o conceito de comunidade quilombola:
>
> **Comunidade quilombola é todo grupo negro, usualmente habitante de área rural, desde tempos que remontam, pelo menos, às primeiras décadas do século XX, tendo nela se instalado por qualquer razão histórica e ali vivido até os dias atuais, compartilhando um território e uma identidade, e que assim se autorreconheça."**
>
> (Idem, p. 292-293)

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

Ademais, trata-se de ponto de partida ao processo administrativo de reconhecimento da condição de comunidade tradicional, bem como da extensão de suas terras, a ser aferida tanto pela Fundação Cultural Palmares, que emitira o certificado de registro no Cadastro Geral de Remanescentes das Comunidades dos Quilombos, como pelo INCRA, no bojo do processo de titulação das terras, além de se assegurar a qualquer particular que se sinta prejudicado a oportunidade de impugnação, seja pela via administrativa, seja pela via judicial.

O que se transfere é o ônus probatório que recai sobre o terceiro, que deve provar o direito que alega demonstrando não se tratar de ocupação tradicional de comunidade quilombola.

Nesse ínterim, apresento minha discordância pontual a um fundamento constante de ambos os votos divergentes já prolatados, acerca da aplicação do marco temporal de 05 de outubro de 1988 para a configuração do direito previsto pelo art. 68 do ADCT.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14488833.

Com efeito, de acordo com o entendimento manifestado, a autoidentificação deve vir acompanhada de um elemento objetivo, que seria a presença da comunidade na área cuja titulação pretende na data de 05 de outubro de 1988. Sem essa prova, a incidência da norma expressa no art. 68 do ADCT não seria admissível.

Pedindo vênia aos entendimentos em sentido contrário, compreendo que, se já em relação à questão indígena a aplicação do marco temporal enseja questionamentos de complexa solução, até mesmo em virtude da positivação do direito em diversas Leis e Constituições anteriores à vigente, em relação ao reconhecimento do direito à propriedade das terras tradicionais ocupadas por remanescentes de comunidades quilombolas, a questão se revela com contornos ainda mais sensíveis.

Primeiramente, ressalte-se, uma vez mais, que, ao contrário do direito de posse conferido aos índios, a ausência de qualquer regulamentação da matéria antes da Constituição de 1988 transforma a prova dessa presença contínua e sem turbação na área na data da promulgação da Constituição bastante difícil, senão impossível a essas comunidades.

Como assentam Liana Amin Lima da Silva e Carlos Frederico Marés de Souza Filho:

> "Esse mesmo raciocínio poderia ser aplicado ao marco temporal da data da promulgação da Constituição, qual seja de que não se pode reduzir a eficácia de um direito fundamental a um marco formal. **Em muitos casos, torna-se difícil comprovar a existência de comunidades que até então eram invisibilizadas propositadamente pelo sistema jurídico vigente**.
>
> (…)
>
> Os processos históricos de esbulho, invasão de terras e expulsão de comunidades foram na maior parte legitimados por títulos concedidos pelo Estado, como se o território ocupado por povos e comunidades tradicionais tratassem de terras devolutas, assim como legitimada e legalizada tem sido a grilagem de terra.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14488833.

> **Os povos e comunidades tradicionais seguiram e seguem no limbo da invisibilidade jurídica por serem espoliados e expulsos de suas terras, seja por violência pública, seja por violência privada. Tais povos, resistindo à opressão sofrida, podem temporariamente se distanciar de suas terras originárias, mas não perdem sua identidade étnica, que está intrinsecamente ligada à terra, que originou a concepção de povo e que originou a própria comunidade**."
>
> (SILVA, Liana Amin Lima da; SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *Marco temporal como retrocesso dos direitos territoriais originários indígenas e quilombolas* . In: WOLKMER, Antônio Carlos; SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de; TARREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco. Os direitos territoriais quilombolas: além do marco temporal. Goiânia: PUC Goiás, 2016, p.70; 79)

De fato, se as áreas de ocupação indígena estavam mais bem documentadas por diversos trabalhos de cunho acadêmico e científico, em relação às comunidades quilombolas, contudo, o conhecimento dessas regiões era muito mais reduzido, situação que dificulta a documentação da área e a preservação de vestígios de posse, e pode levar a injustiças, além do risco de ineficácia da previsão constitucional, reduzindo as possibilidades de efetivação de direito fundamental, o que, com todo o respeito, não se coaduna com a ordenação constitucional pós redemocratização.

Como restou demonstrado pelas intervenções dos diversos *amici curiae* no processo, as realidades quilombolas eram absolutamente desconhecidas até poucos anos atrás, e muitas podem, até os dias de hoje, ainda restar invisíveis ao Poder Público, numa situação perene de negação de direitos, tanto de cunho material como processuais.

Nesse sentido, acentua Maria Cristina Vidotte Blanco Tarrega:

> "A noção de remanescentes das comunidades dos quilombos ou quilombola, terras por ele ocupadas e terras tradicionalmente ocupadas, não foi articulada anteriormente na

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14488833.

> 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 referendas e validar o direito."
>
> (TARREGA; MARIA Cristina Vidotte Blanco. *Inconstitucionalidade do marco temporal como referência histórica para a constituição do direito quilombola* . In: WOLKMER, Antônio Carlos; SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de; TARREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco. Os direitos territoriais quilombolas: além do marco temporal. Goiânia: PUC Goiás, 2016, p.70; 79)

Assim, dentro de uma hermenêutica constitucionalmente adequada à interpretação e aplicação de um direito fundamental que surge, pela vez primeira, na Constituição de 1988, não depreendo da redação do artigo 68 do ADCT a restrição do direito à titulação de propriedade apenas àqueles remanescentes de comunidades quilombolas que estivessem na posse mansa e pacífica da área na data da promulgação do texto constitucional.

Respeitosamente às opiniões contrárias, compreendo que referido dispositivo constitucional não afasta apenas pela redação textual no tempo presente a concessão do direito ao reconhecimento enquanto comunidade quilombola a essas realidades ainda desconhecidas, ainda invisíveis ao conhecimento do Estado.

Nem a topologia da norma tem o condão, no meu sentir, de restringir o direito dessas comunidades, por meio do estabelecimento de um marco temporal objetivo que limita a aquisição e o exercício do direito ali proclamado.

De fato, esta Corte já decidiu que as disposições encartadas no Ato

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14488833.

das Disposições Constitucionais Transitórias possuem a mesma normatividade das demais normas constitucionais, encartadas na parte permanente.

Cito, para exemplificar, voto prolatado pelo Decano desta Corte:

> "PRECATÓRIO - PAGAMENTO PARCELADO – ADCT, ART. 33 - NATUREZA JURÍDICA DAS NORMAS INTEGRANTES DO ADCT - RELAÇÕES ENTRE O ADCT E AS DISPOSIÇÕES PERMANENTES DA CONSTITUIÇÃO - ANTINOMIA APARENTE - A QUESTÃO DA COERÊNCIA DO ORDENAMENTO POSITIVO – RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO. - **Os postulados que informam a teoria do ordenamento jurídico e que lhe dão o necessário substrato doutrinário assentam-se na premissa fundamental de que o sistema de direito positivo, além de caracterizar uma unidade institucional, constitui um complexo de normas que devem manter entre si um vínculo de essencial coerência. - O Ato das Disposições Transitórias, promulgado em 1988 pelo legislador constituinte, qualifica-se, juridicamente, como um estatuto de índole constitucional. A estrutura normativa que nele se acha consubstanciada ostenta, em conseqüência, a rigidez peculiar às regras inscritas no texto básico da Lei Fundamental da República. Disso decorre o reconhecimento de que inexistem, entre as normas inscritas no ADCT e os preceitos constantes da Carta Política, quaisquer desníveis ou desigualdades quanto à intensidade de sua eficácia ou à prevalência de sua autoridade. Situam-se, ambos, no mais elevado grau de positividade jurídica, impondo-se, no plano do ordenamento estatal, enquanto categorias normativas subordinantes, à observância compulsória de todos, especialmente dos órgãos que integram o aparelho de Estado**. - Inexiste qualquer relação de antinomia real ou insuperável entre a norma inscrita no art. 33 do ADCT e os postulados da isonomia, da justa indenização, do direito adquirido e do pagamento mediante precatórios, consagrados pelas disposições permanentes da Constituição da República,

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14488833.

> eis que todas essas cláusulas normativas, inclusive aquelas de índole transitória, ostentam grau idêntico de eficácia e de autoridade jurídicas. - O preceito consubstanciado no art. 33 do ADCT - somente inaplicável aos créditos de natureza alimentar - compreende todos os precatórios judiciais pendentes de pagamento em 05/10/88, inclusive aqueles relativos a valores decorrentes de desapropriações efetivadas pelo Poder Público."
>
> (RE 160486, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Primeira Turma, julgado em 11/10/1994, DJ 09-06-1995 PP-17246 EMENT VOL-01790-06 PP-01223)

Ademais, em consonância com o entendimento acima manifestado, entendo que, por se tratar de direito fundamental, a interpretação adequada à sua aplicação deve levar em consideração o princípio da máxima eficácia das normas constitucionais.

De fato, se nos termos do artigo 5º, §2º do texto constitucional, "*os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*", não parece coerente com uma hermenêutica que vá ao encontro dos objetivos da Constituição interpretar-se o conteúdo do artigo 68 do ADCT de modo a compreender que apenas aquelas comunidades que consigam comprovar a efetiva ocupação das terras utilizadas para sua sobrevivência, na exata data de 05 de outubro de 1988, estão contidas na proteção da norma, levando-se em consideração o tempo verbal utilizado e a topologia da norma dentro do texto constitucional.

Não se trata de assegurar fraudes ou de possibilitar a titulação de comunidades que não estejam vinculadas a esse passado de resistência e a um modo de vida característico e tradicional. Nada obstante, entender-se que a Constituição solidificou a questão ao eleger um marco temporal objetivo para a atribuição do direito fundamental a esse grupo étnico significa, com todo o respeito aos posicionamentos em sentido contrário, fechar-lhes uma vez mais a porta para o exercício completo e digno de todos os direitos inerentes à cidadania.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14488833.

Retomo o ponto: essas comunidades eram invisíveis ao ordenamento jurídico até a Assembleia Constituinte que originou o texto constitucional vigente, quando o movimento negro obteve, na redação do artigo 68 do ADCT, uma vitória contra um evidente racismo incrustado em nossa sociedade e a recomposição histórica da dignidade dessas comunidades.

É inegável a relação entre a aquisição da propriedade das terras e a inclusão desses grupos nas políticas públicas de saúde, educação, incentivo à produção agrícola, pois antes, aos olhos do Direito então vigente, os remanescentes das comunidades quilombolas nada mais eram que invasores de terras, sem nenhuma garantia jurídica.

Se, dentro de uma visão antropológica, essas comunidades já se constituíam em grupos identificáveis e com características a demonstrar um modo de vida tradicional e distinto da sociedade envolvente, por outro lado, só se mostra possível falar-se juridicamente em uma identidade quilombola quando da promulgação da Constituição de 1988, momento no qual essas comunidades começaram a se organizar por meio de associações, fóruns e coordenações para lutar por melhoria de vida e por seus direitos.

Não desconsidero a possibilidade da ocorrência de conflitos fundiários em razão do Decreto ora impugnado; nada obstante, a própria regulamentação do art. 68 do ADCT, em se considerando a tutela do direito fundamental exposta nesse dispositivo, prevê a possibilidade de desapropriação aos proprietários atingidos, o que não desconfigura o direito à propriedade privada mediante justa indenização.

Por outro lado, antever a existência desses conflitos não pode inviabilizar o reconhecimento do direito assegurado pelo texto constitucional, colocando essas comunidades, uma vez mais, à margem da tutela pelo ordenamento jurídico.

Deduzo, ademais, também inexistir autorização constitucional à desconsideração da ocorrência de situações de esbulho, violências, desocupações forçadas, que, notoriamente, como se depreende do conjunto de relatos juntados pelo *amici curiae* no feito, acometeram as comunidades quilombolas ao longo de todos esses anos, uma vez que

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14488833.

nem a posse e nem o domínio das terras estava albergada pelo ordenamento jurídico.

Assevero, ainda, que a leitura do artigo 68 do ADCT não pode ser feita descurando-se da previsão, acima já citada, dos artigos 215 e 216 do texto constitucional, que elevam as manifestações afro-brasileiras e seu modo de criar, fazer e viver como patrimônio cultural imaterial brasileiro. Portanto, é direito de todos os brasileiros a tutela do patrimônio quilombola, como forma de conhecimento da nossa história e proteção das manifestações culturais que compõem não apenas a identidade do povo quilombola, mas também a identidade brasileira. Negar às gerações futuras essa compreensão da própria gênese do País, em meu sentir, não se apreende de interpretação constitucional que confira ao art. 68 do ADCT a máxima efetividade inerente aos direitos fundamentais.

Da leitura da Constituição da República, entendo que a disposição do artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias consistiu em exceção ao modo como a regra de aquisição de domínio vem estabelecida ordinariamente. Contudo, enquanto exceção constitucionalmente protegida, seja pela opção expressa do constituinte, seja pela caracterização enquanto direito fundamental de uma minoria étnica, compreendo que dela não se deve extrair nem menos nem mais de sua potencialidade em conferir a integralidade dos direitos de cidadania aos remanescentes das comunidades quilombolas; por essa razão, entendo inexistir fundamento constitucional para a incidência da teoria do marco temporal na hipótese presente.

Em conclusão, voto por acompanhar a divergência instaurada pela I. Min. Rosa Weber, na conclusão pela improcedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pontual dissonância em parte da fundamentação.

É como voto.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14488833.

08/02/2018 **PLENÁRIO**

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.239 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Presidente, as alegações de inconstitucionalidade deste decreto que regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombolas, de que trata o artigo 68 do ADCT, foi objeto de um conjunto de cinco impugnações relevantes: a primeira, extrai-se da inicial, inconstitucionalidade formal por se tratar, o Decreto 4.887, de decreto autônomo em matéria não autorizada pela Constituição; a segunda alegação de inconstitucionalidade é a do critério de autodefinição para a caracterização das comunidades quilombolas; a terceira tese em favor da inconstitucionalidade é a inclusão, nos territórios destinados às comunidades quilombolas, de todas as áreas destinadas à sua reprodução física, social, econômica e cultural; o quarto argumento invocado para a inconstitucionalidade é a previsão de desapropriação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades de quilombolas; em quinto lugar, o argumento de inconstitucionalidade da pretensão de se atribuir títulos de propriedade às comunidades que não estavam ocupando suas áreas quando da entrada em vigor da Constituição de 1988.

O eminente Relator, Ministro Cezar Peluso, acolheu o pedido, como todos nós sabemos, e julgou procedente a demanda. Eu vou enfrentar muito brevemente os diferentes pontos porque percebo que o Tribunal se encaminha por não se alinhar à posição do Relator, de modo que o dissídio que se delineia é muito pontual a propósito do marco temporal.

Apenas para encadeamento do meu raciocínio, eu não teria dúvida - e aqui pedindo todas as vênias ao eminente Ministro Cezar Peluso - acerca da validade do decreto. Acho que o decreto claramente disciplina,

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14780097.

concretiza, um direito fundamental previsto no artigo 68 da Constituição e, por ser direito fundamental, tem aplicabilidade direta e imediata, de modo que o decreto apenas concretiza a Constituição.

A ideia do princípio da legalidade, como sempre exigindo a interposição do legislador, foi progressivamente sendo superada por um conceito mais amplo, que é o de juridicidade, e que, portanto, permite ao administrador, por atos administrativos, concretizar diretamente a Constituição independentemente da interposição do legislador, tanto a Constituição quanto o bloco de constitucionalidade, se considerarmos os tratados internacionais que venham a ser incorporados.

Portanto, não caracterizaria isso como um decreto autônomo porque acho que ele concretiza a Constituição. De parte isso, acho até que pode ser caracterizado como um decreto regulamentar, porque, em ampla medida, ele tem fundamento de validade na Convenção 169 da OIT; na Lei 7.668, que instituiu a admirável Fundação Cultural Palmares; a Lei 9.649, que conferiu ao Ministério da Cultura atribuições para o processo de reconhecimento das áreas quilombolas; e a própria Lei federal que disciplina o processo administrativo federal.

Portanto, eu descarto, pedindo todas as vênias, o argumento de que se trataria de um decreto inválido. Penso que o decreto é perfeitamente válido do ponto de vista formal. Também penso que o critério de autodefinição igualmente impugnado é perfeitamente válido. Aqui, como em qualquer outra situação da vida, a autodeclaração, ou autodefinição, não é uma carta branca para a fraude, portanto, mesmo nas questões raciais, nós aqui assentamos que a condição racial de cada um se faz por autodeclaração, mas se, evidentemente, houver fraude, é possível, por formas legítimas, desfazer-se a fraude.

Aqui, no caso da autodefinição, é preciso registrar que a autodefinição feita pela comunidade quilombola é apenas o ponto de partida de um procedimento - eu contei - que é feito em 14 fases, que inclui laudo antropológico, inclui manifestação do INCRA e inclui manifestação de todos os interessados. Logo, eu acho que é perfeitamente possível expurgar-se uma fraude que eventualmente pudesse ocorrer,

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14780097.

que, aliás, era um dos outros argumentos, a possibilidade de fraude. A ideia de que pudesse haver fraude é um pouco fantasiosa, porque era preciso enganar muita gente! E era preciso que a Comunidade Quilombola conseguisse criar uma sociedade puramente imaginária para se argumentar que há fraude. Ela teria que documentar um modo de produção econômica, as relações com os antepassados, teria que simular os cemitérios que geralmente se encontram nessas comunidades. Então, eu penso que a possibilidade de fraude envolveria muitos erros ou muitos conluios para que pudesse ocorrer. De modo que eu também descarto esse terceiro fundamento.

O quarto fundamento é a questão da desapropriação. Evidentemente, se é um direito constitucional reconhecido a essas comunidades e em terras imemorialmente ocupadas, não há sentido em se exigir a desapropriação, mas também não há impedimento a que o Poder Público convenha, por qualquer razão, que, para compor um determinado conflito, a desapropriação seja uma fórmula útil e válida. Portanto, a desapropriação não pode ser exigida, mas não há porque excluí-la como uma das possibilidades de composição de eventual conflito.

Penso que até aqui - tirando o eminente Relator, Ministro Cezar Peluso - estamos todos de acordo, tanto a Ministro Rosa, que iniciou a divergência, quanto o Ministro Dias Toffoli e quanto o Ministro Luiz Edson Fachin. Nós chegamos, portanto, à questão do marco temporal. Embora exista uma aparente divergência, eu acho que, se formos ao núcleo essencial da posição de cada um, talvez ela não exista.

Portanto, eu vou tentar verbalizar a minha posição em relação ao marco temporal muito alinhada com a que foi aqui adotada pelo Ministro Edson Fachin, mas na crença de que não estamos tão distantes assim, porque penso que a posição mais explicitamente verbalizada pelo Ministro Dias Toffoli é o que de ordinário deve acontecer, porém, acho que é preciso que haja uma ressalva.

De modo que eu vou ler, para ser preciso, porque justamente esse é o ponto central. Quanto ao marco temporal, digo eu, fazem jus ao direito

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14780097.

previsto no art. 68 do ADCT: 1 - As comunidades remanescentes de quilombos que estavam na área quando da promulgação da Constituição. E, nesse ponto, também estamos todos de acordo, todos os que divergiram do Ministro Peluso. Mas penso que, aqui, é preciso acrescentar uma segunda possibilidade já expressa pelo Ministro Fachin - apenas verbalizei de forma diferente, mas, em termos de conteúdo, estamos na mesma página - que é, além dos que lá se encontravam, Presidente, também aquelas comunidades que haviam sido forçadamente desapossadas, isto é, que foram vítimas de um esbulho renitente, mas cujo comportamento, à luz da sua cultura, aponta para sua inequívoca intenção de retornar ao território que ocupavam e desde que sua vinculação cultural com ele tenha sido preservada, o que pode ser objetivamente demonstrado por laudos antropológicos. Portanto, se a comunidade tiver sido desapossada à força, mas tiver conservado vínculos econômicos, sociais ou culturais com aquela área, eu penso que o direito subsiste.

O conceito central aqui, portanto, é um conceito que foi ventilado, pela primeira vez, quando o Tribunal julgou - e eu ainda não estava aqui - a questão da Raposa Serra do Sol, mas, depois, eu já estava aqui quando nós julgamos os embargos de declaração - eu mesmo fui o Relator -, e nós até limitamos o sentido e alcance daquelas condicionantes estabelecidas no julgamento da Raposa Serra do Sol.

Mas um conceito importante é o de esbulho renitente. O nosso querido e saudoso Ministro Teori Zavascki, num caso superveniente, ao interpretar o que significava esbulho renitente, exemplificou a ideia de esbulho renitente, mas de preservação de vinculação com a área, a existência, por exemplo, de ações possessórias, ou pelo menos de conflitos possessórios. Acho que esse é um ótimo critério, porém não acho que deva ser um único critério, porque muitas vezes recorrer ao Poder Judiciário, ou mesmo a conflitos físicos - a violência pode não ser da índole dessa comunidade. Parece óbvio e natural para nós que vivemos neste universo, mas é muito distante para pessoas que vivem em um universo distinto. De modo que eu penso, conforme o Ministro Teori, que

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14780097.

a existência de resistência física ou a existência de ações possessórias claramente demonstram a subsistência do vínculo, mas não só essas circunstâncias. Portanto, é perfeitamente possível que, tendo havido o desapossamento forçado, injusto e tendo permanecido o vínculo, ao menos cultural com a área, entendo que essas comunidades preservam o direito de serem reconhecidas, de terem as suas áreas reconhecidas como Comunidades Quilombolas.

Presidente, concluindo, penso que meu voto está totalmente alinhado com a manifestação do Ministro Luiz Edson Fachin, que não está - e vamos ouvir, evidentemente, a Ministra Rosa - distante do que Sua Excelência entende e felizmente está presente para dar a sua própria opinião, assim o Ministro Toffoli.

Presidente, a minha conclusão é pela improcedência do pedido, com a proposição das seguintes teses que anuncio brevemente: 1. O art. 68 do ADCT é autoaplicável; 2. É legítimo o critério de autodefinição da comunidade como ponto de partida para sua caracterização como Quilombola; 3. O direito de propriedade das Comunidades Quilombolas deve ser estendido a todo o espaço territorial necessário à preservação de sua cultura e do seu *modus vivendi;* 4. Tal direito decorre diretamente da Constituição e prescinde de desapropriação ou do pagamento de prévia indenização aos terceiros que perderam suas áreas, embora não seja vedado à União proceder a desapropriação, se assim entender, como forma adequada de resolver o conflito.

E, por fim e o mais importante, fazem jus ao direito previsto no art. 68 do ADCT: 1. As comunidades que ocupavam suas áreas quando da promulgação da Constituição; e ainda 2. aquelas que foram delas desapossadas à força e cujo comportamento, à luz da sua cultura, indica intenção de retomar a permanência do vínculo cultural e tradicional com o território, dispensada a comprovação de conflito possessório atual de fato ou mediante ajuizamento de ação.

Portanto, Presidente, estou julgando improcedente. Acho que essas são as teses que sumariam o meu voto, todas em consonância com os demais, salvo a última, que será explicitada no debate da posição de cada

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14780097.

um.

Muito obrigado.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14780097.

08/02/2018 **PLENÁRIO**

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.239 DISTRITO FEDERAL

Ementa: DIREITO DAS COMUNIDADES QUILOMBOLAS À PROPRIEDADE DO SEU TERRITÓRIO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DECRETO 4.887/2003. NORMA REGULAMENTAR. IMPROCEDÊNCIA.

1. O art. 68 do ADCT (c/c CF/88, arts. 215 e 216) constitui norma garantidora de direito fundamental cultural. É, portanto, objeto de aplicação imediata, nos termos do art. 5º, §1º, CF/1988. O Decreto 4.887/2003 tem por fundamento de validade a própria Constituição. Exercício abusivo de poder regulamentar não configurado.

2. O critério de autodefinição e a garantia da propriedade quilombola sobre todo o território necessário à preservação de seu *modus vivendi* derivam diretamente dos arts. 215 e 216 da Constituição, que determinaram a proteção da cultura e do modo de ser e de viver dos povos tradicionais. Tem, ainda, amparo na Convenção 169 da OIT, na Convenção Americana de Direitos Humanos e em decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

3. O reconhecimento dos direitos de propriedade das comunidades quilombolas decorre diretamente do art. 68 do ADCT, prescindindo de processo de

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14780098.

desapropriação ou do pagamento de prévia indenização pelo Poder Público, em favor de terceiros que perderam sua propriedade. Nada impede, contudo, que o processo de desapropriação seja utilizado, caso seja necessário para instrumentalizar tal reconhecimento ou para promover a indenização de particulares prejudicados.

4. Fazem jus ao direito previsto no art. 68 do ADCT: (i) as comunidades remanescentes de quilombos que estavam na área quando da promulgação da Constituição ou, ainda, (ii) aquelas que haviam sido forçadamente desapossadas (vítimas de esbulho renitente), mas cujo comportamento, à luz da sua cultura, aponta para a sua inequívoca intenção de retornar ao território que ocupavam, desde que sua vinculação cultural com ele tenha sido preservada.

5. A comprovação da existência de conflito possessório de fato ou de ajuizamento de ação é desnecessária para configurar o esbulho renitente. Não se pode interpretar o comportamento de uma comunidade pertencente a cultura diversa, com base em critérios e em instituições que lhe são estranhos.

6. Improcedência do pedido.

7. Teses: "1. O art. 68 do ADCT é autoaplicável; 2. É legítimo o critério de autodefinição da comunidade, como ponto de partida para sua caracterização como

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14780098.

> Quilombola; 3. O direito de propriedade das Comunidades Quilombolas deve ser estendido a todo o espaço territorial necessário à preservação de sua cultura e do seu *modus vivendi;* 4. Tal direito decorre diretamente da Constituição e prescinde de desapropriação ou do pagamento de prévia indenização aos terceiros que perderam suas áreas, embora não seja vedado à União proceder a desapropriação, se assim entender, como forma adequada de resolver o conflito."

1. SÍNTESE DA CAUSA

1. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, proposta pelo Partido da Frente Liberal, em face do Decreto nº 4.887/2003, que *"regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que trata o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias"*. É o seguinte o teor do art. 68 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 títulos respectivos."

2. São os seguintes os vícios de inconstitucionalidade alegados pelo requerente:

(i) Inconstitucionalidade formal por se tratar o Decreto 4.887/2003 de norma autônoma em matéria não autorizada pela Constituição de 1988: O decreto impugnado não regulamenta a fiel execução de lei (CF/88, art. 84,

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14780098.

IV), tampouco se limita à matéria de organização e funcionamento da Administração que não implique em aumento de despesa ou criação ou extinção de cargos, hipóteses excepcionais em que se admitem os decretos autônomos (CF/88, art. 84, VI). Assim, teria o decreto em questão se imiscuído em matéria reservada à lei.

(ii) Inconstitucionalidade do critério de autodefinição para caracterização das comunidades quilombolas (art. 2º, caput e §1º, do Decreto 4.887/2003): Comunidades quilombolas são aquelas formadas no Império. O critério de autodefinição permite que pessoas estranhas aos quilombos se beneficiem do disposto no art. 68 do ADCT**[1]**.

(iii) Inconstitucionalidade da inclusão nos territórios destinados às comunidades quilombolas de todas áreas destinadas à sua reprodução física, social, econômica e cultural (art. 2º, caput e §§ 2º e 3º, do Decreto 4.887/2003): A Constituição atribuiu aos quilombos apenas a área efetivamente ocupada pela comunidade. Não conferiu tamanha extensão, a ponto de ampliar seu direito de propriedade a terras relacionadas ao *modus vivendi* da comunidade, tal como fez o decreto, que teria ido muito além do dispositivo constitucional **[2]**.

(iv) Inconstitucionalidade da previsão de desapropriação das áreas ocupadas por remanescentes das comunidades de quilombos (art. 13 do Decreto 4.887/2003): O art. 68 do ADCT já teria atribuído às comunidades quilombolas o direito de propriedade sobre suas terras, de forma que não faria sentido falar em desapropriação das áreas em favor de tais comunidades, uma vez que a desapropriação tem natureza constitutiva. Além disso, tal desapropriação não se enquadraria nas hipóteses prescritas no art. 5, XXIV, da CF/88, quais sejam "necessidade ou utilidade pública" ou "interesse social"**[3]**.

(v) Inconstitucionalidade da pretensão de atribuir títulos de propriedade às comunidades que não estavam ocupando suas áreas quando da entrada em vigor

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14780098.

da Constituição de 1988: O art. 68 do ADCT assegurou o direito de propriedade às áreas que as comunidades quilombolas *"estejam ocupando"*. Portanto, o início da vigência da Constituição de 1988 seria o *marco temporal* que permitiria aferir tal direito. Se a comunidade ocupou áreas no passado, mas não se encontrava na posse delas, no momento da entrada em vigor da Constituição, a dicção literal e expressa do dispositivo afastaria seu direito de propriedade.

3. O Min. Relator aplicou ao feito o rito previsto no art. 12 da Lei nº 9.868/99.

4. A Advocacia-Geral da União se manifestou pelo não conhecimento da ação, ao fundamento de que a impugnação ao decreto seria genérica e de que veicularia alegação de ofensa reflexa à Constituição, uma vez que este, em verdade, regulamentaria: (i) o art. 2º, III e parágrafo único, da Lei 7.668/1988, na parte em que atribuiu competência à Fundação Cultural Palmares - FCP para proceder à identificação das comunidades quilombolas e conferir-lhes os respectivos títulos de propriedade**[4]**; e (ii) o art. 14 da Lei 9.649/1988 (com redação alterada pela MP 2.216-37/2001), que atribuiu ao Ministério da Cultura a aprovação da delimitação das terras remanescentes das comunidades quilombolas. No mérito, defendeu a improcedência da ação**[5]**.

5. A Procuradoria Geral da República opinou pela inadmissibilidade da ação, quer em virtude da existência de violação reflexa à Constituição, quer porque o Decreto 3.912/2001, que tratava anteriormente do procedimento de titulação das terras das comunidades quilombolas, extraía igualmente da própria Constituição seu fundamento de validade, de forma que, a se julgar procedente a presente ação direta, a norma seria repristinada, ensejando o mesmo vício de ilegalidade ora combatido. O requerente não teria, por isso, se desincumbido de impugnar toda a cadeia de atos normativos supostamente inconstitucionais, o que implicava no indeferimento da ação. Neste sentido: ADI 2.215, Rel. Min. Celso de Mello; ADI 2.574, Rel. Min. Carlos Velloso).

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14780098.

6. No mérito, a Procuradoria salientou que o critério de autodefinição não é o único utilizado para a determinação dos titulares do direito. Assinalou que não é possível proteger uma "cultura" sem ter em conta a percepção da própria cultura protegida a respeito de seu significado e extensão. E opinou pela procedência parcial da ação, para conferir interpretação conforme ao art. 13 do Decreto 4.887/2003, que trata da desapropriação das comunidades quilombolas, a fim de explicitar que o direito de propriedade de tais comunidades independe de desapropriação, mas que seu procedimento pode ser usado para a quantificação e o pagamento de indenização aos proprietários eventualmente prejudicados pelo reconhecimento de tal direito, uma vez que competiria, diante do princípio da igualdade, dividir com toda a sociedade o ônus de se reconhecê-lo.

7. O relator, Min. Cezar Peluso, votou pelo conhecimento da ação e, no mérito, pela declaração da inconstitucionalidade da norma com efeitos *ex nunc*. Na sequência, a Ministra Rosa Weber pediu vista e, posteriormente, votou pela improcedência da ação, observado, contudo, o marco temporal da vigência da Constituição de 1988, de forma a que comunidades que não mais estivessem ocupando suas áreas em tal data não teriam direito de propriedade sobre seu território. Na sequência, pediu vista o Ministro Toffoli.

8. A solução do caso impõe, portanto, que se respondam as seguintes questões: (i) Havia necessidade de lei para que o art. 68 do ADCT se tornasse aplicável, ou bastava um decreto regulando seu procedimento? (ii) O critério de autodefinição das comunidades quilombolas é o único critério utilizado para a atribuição dos títulos de propriedade? Trata-se de critério válido e compatível com a Constituição? (iii) A extensão da propriedade sobre o território conferida pelo decreto é compatível com a Constituição? (iv) É (in)cabível procedimento de desapropriação para promover a transferência da propriedade às comunidades quilombolas? (v) É possível aplicar o direito previsto no art. 68 do ADCT às comunidades que não estavam ocupando seu território

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14780098.

quando da entrada em vigor da Constituição (marco temporal)?

2. ADMISSIBILIDADE DA AÇÃO

9. No que respeita às preliminares suscitadas, embora a petição inicial não tenha, efetivamente, sido expressa em relação aos dispositivos constitucionais violados, é possível inferi-los de sua argumentação, e, consequentemente, compreender os fundamentos da questão constitucional trazida ao Tribunal. Seria, por isso, um formalismo excessivo negar conhecimento à ADI, ao argumento de "impugnação genérica".

10. Já quanto às alegações de ofensa reflexa e de repristinação de norma com o mesmo vício de ilegalidade alegado, entendo que se confundem com o próprio mérito da ação porque sua solução depende de considerar-se o decreto norma secundária, meramente regulamentar de outras normas infraconstitucionais, ou norma primária, diretamente criadora de direitos e obrigações. Por essa razão, será apreciada conjuntamente com o mérito, a seguir.

3. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

3.1.O ART. 68 DO ADCT COMO PRIMEIRO FUNDAMENTO DE VALIDADE DO DECRETO

11. O art. 68 do ADCT estabeleceu, com clareza solar, que aos *"remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos"*. O próprio dispositivo constitucional definiu os elementos essenciais de tal comando. Determinou o titular do direito: os *"remanescentes das comunidades quilombolas"*; o objeto do direito: *"as terras que estejam ocupando"*; e a obrigação do Poder Público: de emissão do título. Como todo direito de propriedade, o direito das comunidades quilombolas é oponível *erga omnes*. Por conseguinte, e com base em

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14780098.

norma constitucional expressa, afasta qualquer outra pretensão de terceiros sobre as respectivas áreas. O art. 68 do ADCT traz, portanto, em si, todos os elementos necessários à sua aplicação. Sequer se trata de um princípio, de caráter fluido, mas de uma regra, com uma determinação precisa acerca da providência da vida a ser adotada.

12. Como é de conhecimento geral, a visão tradicional acerca da sujeição da atividade administrativa à legalidade se encontra superada. A Administração Pública está vinculada não apenas à lei formal, mas também - e sobretudo - a um bloco normativo conhecido como *juridicidade*, no qual, de certo, se inclui a Constituição, que é a norma de maior hierarquia do ordenamento jurídico, à qual todo o Poder Público está vinculado. Se a própria Constituição traz todos os elementos necessários à aplicação de um comando, não há qualquer sentido em exigir lei formal - a menos que o propósito seja tão-somente retardar o seu cumprimento.

13. Tampouco há qualquer sentido em pretender que a norma regulamentada por um decreto tenha predeterminado todo o seu conteúdo, absolutamente todos os seus elementos, sob pena de se alegar que o decreto exorbitou de sua função regulamentar. Tal raciocínio, obviamente, conduziria à inocuidade do decreto. Se o decreto nada pode acrescentar à norma que regulamenta, quer tornando mais detalhado o seu sentido, quer explicitando o procedimento a ser adotado para concretizá-la, não tem como exercer sua função de regulamentá-la.

14. A questão não é nova e já foi enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal em ao menos duas outras ocasiões. O Supremo já assentou que a resolução do Conselho Nacional de Justiça que vedava o nepotismo não violava o princípio da legalidade estrita porque tal resolução tão somente concretizara os princípios constitucionais da moralidade, da impessoalidade e da eficiência, previstos no art. 37 da Constituição. A Corte entendeu que a vedação ao nepotismo derivava diretamente de tais princípios. E reconheceu que a resolução impugnada tinha mero conteúdo declaratório, que não criava nova obrigação no ordenamento**[6]**.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14780098.

15. Em outra oportunidade, o Supremo reconheceu, ainda, a validade de portarias do Departamento de Operações de Comércio Exterior - Decex, da Secretaria de Comércio Exterior - Secex, do Conselho Nacional do Meio Ambiente - Conama e de decretos que vedaram a importação de pneus usados, sem prévia disposição em lei formal, tendo-se afirmado que tais normas secundárias davam cumprimento à tutela constitucional do direito à saúde (por se tratarem tais pneus de fator de propagação de doenças tropicais) e da proteção do meio ambiente equilibrado (por constituírem resíduo tóxico)**[7]**.

16. Veja-se que, se nos dois casos acima, a Corte inferiu diretamente dos mencionados princípios constitucionais, preceitos vagos e fluidos, a proibição do nepotismo e a vedação à importação de pneus usados. No caso presente, contudo, a legitimidade constitucional do decreto é ainda mais evidente, uma vez que *o art. 68 do ADCT não veicula um princípio constitucional assegurando direitos de conteúdo indeterminado às comunidades quilombolas. Tem-se, ao contrário, uma regra constitucional, que predeterminou todos os componentes essenciais de tal direito e das obrigações dele decorrentes*. Não há dúvida, portanto, da autoaplicabilidade da cláusula, quer em virtude do exposto, quer em virtude de veicular direito fundamental (de propriedade e cultural) e, portanto, de se sujeitar à dicção do art. 5º, §1º, CF/88, que determina que as *"normas definidoras de direitos fundamentais têm aplicação imediata"*.

17. O Decreto 4.887/2003, no presente caso, regulamentou norma constitucional muito mais determinada do que aquelas que serviram de base para que o STF reconhecesse a legitimidade da vedação ao nepotismo ou da proibição de importação de pneus usados. Não se trata, portanto, de caso de arguição de inconstitucionalidade reflexa, razão pela qual essa ação pode ser admitida, muito embora seja improcedente a alegação de que o decreto teria violado o princípio da legalidade.

3.2. A CONVENÇÃO 169 DA OIT, A CONVENÇÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E AS LEIS 7.668/1988 E 9.649/1998 COMO SEGUNDO

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14780098.

FUNDAMENTO DE VALIDADE DO DECRETO

18. É importante observar, igualmente, que normas infraconstitucionais também serviram de fundamento de validade para o Decreto 4.887/2003, dentre elas: a Convenção 169 sobre Povos Indígenas e Tribais da Organização Internacional do Trabalho (OIT)**[8]**, a Convenção Americana de Direitos Humanos**[9]** e as Leis 7.668/1988 e 9.649/1998.

19. A Convenção 169 da OIT define os povos tribais como aqueles *"cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros setores da coletividade nacional, e que estejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial"* (artigo 1º, 1, "a"). Esse conceito aplica-se às comunidades quilombolas, que apresentam justamente condições sócio-culturais, costumes e tradições particulares, distintas do resto da população brasileira, e que exatamente por isso recebem proteção especial da Constituição.

20. A própria Convenção 169 da OIT estabelece que o critério fundamental para a determinação dos grupos por ela protegidos (artigo 1º, 2) é *"a consciência de sua identidade indígena ou tribal"*, legitimando, portanto, a autodefinição, tal como prevista na norma atacada. Prevê, ainda, que os Estados signatários devem promover a plena efetividade dos direitos de tais comunidades, *"respeitando a sua identidade social e cultural, os seus costumes e tradições, e as suas instituições"* (artigo 2º, 1, "b"). Determina aos signatários que assegurem a elas *"os direitos de propriedade e posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam"* (artigo 14), bem como que prevejam procedimentos adequados para solucionar as reivindicações de tais direitos (artigo 14, 3).

21. As convenções e os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos têm *status* supralegal, conforme jurisprudência consolidada no Supremo Tribunal Federal**[10]**. Pode-se dizer, portanto, que, além da própria Constituição, norma com *status* supralegal prevê explicitamente o direito de povos tribais, incluindo os quilombolas, ao reconhecimento da titularidade das terras que ocupam, nos mesmos moldes determinados pelo Decreto n. 4.887/2003, servindo-lhe, portanto,

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14780098.

de fundamento de validade.

22. É certo que o decreto presidencial que promulgou a Convenção 169 da OIT é posterior ao Decreto 4.887/2003, impugnado por meio desta ação. No entanto, no momento em que o Decreto 4.887/2003 foi editado, o Presidente da República já havia manifestado sua adesão à norma (CF/1988, art. 84, VIII**[11]**), e o Congresso Nacional já a havia ratificado, por meio de decreto legislativo editado em 2002 (CF/1988, art. 49, I**[12]**). Portanto, os dois órgãos de soberania cuja comunhão de vontades era necessária à internalização do tratado já haviam se manifestado nesse sentido. Seria um formalismo excessivo invalidar o Decreto 4.887/2003, pelo fato de ter se antecipado ao decreto presidencial de mera promulgação da Convenção, quando dava justamente cumprimento a ela. Nota-se, portanto, que a Convenção 169 da OIT também constitui fundamento de validade do Decreto 4.887/2003.

23. Não bastasse o exposto, a Convenção Americana de Direitos Humanos - esta, internalizada anteriormente ao Decreto 4.887/2003 - dispôs sobre o direito de propriedade, bem como sobre a sua sujeição à função social, tendo a Corte Interamericana de Direitos Humanos decidido que tal direito abrange a pretensão ao reconhecimento da propriedade comunal de populações indígenas e étnicas, na extensão necessária à preservação de sua cultura e de seu "modus vivendi"**[13]**. Portanto, também a Convenção Interamericana de Direitos Humanos constitui fundamento de validade do Decreto 4.887/2003.

24. No âmbito legal, a Lei Federal 7.668/1988 (com as alterações efetuadas pela Medida Provisória n. 2.216-37/2001) autorizou o Executivo a criar a Fundação Cultural Palmares "*com a finalidade de promover a preservação dos valores culturais, sociais e econômicos decorrentes da influência negra na formação da sociedade brasileira*" (art. 1º). E conferiu-lhe atribuição para "*realizar a identificação dos remanescentes das comunidades dos quilombos, proceder ao reconhecimento, à delimitação e à demarcação das terras por eles ocupadas e conferir-lhes a correspondente titulação*" (art. 2º, III). Na mesma linha, a Lei Federal 9.649/1998 conferiu ao Ministério da Cultura (MinC) a atribuição "*de aprovar a delimitação das terras dos*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14780098.

remanescentes das comunidades dos quilombos, bem como determinar as suas demarcações, que serão homologadas mediante decreto" (art. 14, IV, "c"). E a Lei 9.784/1999 estabeleceu normas gerais em matéria de procedimento administrativo inteiramente observadas pelo Decreto 4.887/2003. As três leis constituem igualmente fundamento de validade do decreto - muito embora o confronto entre norma secundária e norma infraconstitucional não possa ser objeto de ação direta, como é válido lembrar.

25. De todo modo, o que se constata é que o direito das comunidades quilombolas à propriedade de seus territórios está previsto: em uma norma constitucional autoaplicável, em dois tratados internacionais de que o Brasil é parte e em duas leis federais. O procedimento estabelecido para a implementação de tal direito tem amparo, ainda, na lei que dispôs sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. *Portanto, o Decreto 4.887/2003 não é autônomo, uma vez que disciplina nada mais que 6 normas primárias sobre a questão*.

4. A CONSTITUCIONALIDADE DO CRITÉRIO DE AUTOATRIBUIÇÃO

4.1. O CRITÉRIO DA AUTODEFINIÇÃO É LEGITIMADO PELA SOCIEDADE DE ANTROPOLOGIA

26. O requerente afirma que o critério de autoatribuição previsto no art. 2º do Decreto 4.887/2003 é inconstitucional porque não está expressamente estabelecido na norma do art. 68 do ADCT. Defende que o dispositivo tutela apenas o direito de grupos remanescentes de quilombos formados durante o Império, segundo alegado conceito histórico. Afirma, por isso, que o decreto teria permitindo que grupos não destinatários da norma dela se beneficiassem, em violação ao princípio da moralidade e em fraude à vontade da Constituição. Confira-se a redação do dispositivo questionado:

> "Art. 2º. Consideram-se remanescentes das comunidades dos quilombos, para os fins deste Decreto, os grupos étnico-

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14780098.

raciais, segundo **critérios de auto-atribuição, com trajetória histórica própria, dotados de relações territoriais específicas, com presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida.**

§ 1º. Para os fins deste Decreto, a caracterização dos remanescentes das comunidades dos quilombos será atestada mediante autodefinição da própria comunidade." (Grifou-se)

27. Em primeiro lugar, é importante esclarecer que o conceito que o requerente atribui a tais grupos se assemelha àquele utilizado pelo Conselho Ultramarino do Brasil Colônia, em 1740, quando se reconhecia como quilombo *"toda a habitação de negros fugidos que passem de cinco, em parte despovoada"*. Trata-se de norma escravocata, elaborada com propósitos repressivos, em momento em que a compreensão do fenômeno quilombola era inteiramente diversa. *Tal conceito está há muito superado*. Confira-se o que esclarece, a seu respeito, trabalho publicado pela Associação Brasileira de Antropologia:

"Quilombo tem novos significados na literatura especializada, também para grupos, indivíduos e organizações. Ainda que tenha conteúdo histórico, vem sendo ressemantizado para designar a situação presente dos segmentos negros em regiões e contextos do Brasil. Quilombo não se refere à resídua ou resquícios de ocupação temporal ou de comprovação biológica. Também não se trata de grupos isolados ou de população estritamente homogênea. Nem sempre foram constituídos a partir de movimentos inssureicionais ou rebelados. Sobretudo consistem em ***grupos que desenvolveram práticas cotidianas de resistência na manutenção e na reprodução de modos de vida característicos, e na consolidação de território próprio****. A identidade desses grupos não se define por tamanho nem número de membros, mas por* ***experiência vivida e versões compartilhadas de sua trajetória comum e da continuidade como grupo****. Constituem grupos étnicos conceituados pela antropologia como* ***tipo organizacional que confere pertencimento por normas e meios de afiliação ou exclusão****."* (Eliane

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14780098.

> Cantarino O'Dwyer. Terra dos Quilombos, Rio de Janeiro, Boletim da Associação Brasileira de Antropologia , grifou-se)

28. Veja-se que o texto acima esclarece que o que caracteriza a comunidade quilombola é justamente tratar-se de tipo organizacional com *modus vivendi* particular, que se reconhece com base em *normas de pertencimento próprias*. Justamente por isso o ponto de partida para o reconhecimento dos grupos remanescentes das comunidades dos quilombos precisa ser a percepção da própria comunidade quanto a *pertencer* ou não a tal grupo.

4.2. O CRITÉRIO DE AUTODEFINIÇÃO DERIVA DIRETAMENTE DA DOS ARTIGOS 215 E 216 DA CONSTITUIÇÃO

29. Ademais, o critério da autodefinição deriva diretamente dos arts. 215 e 216 da Constituição, que previram que o Estado assegurará a todos o pleno exercício dos direitos culturais, protegerá as manifestações populares, indígenas, afro-brasileiras e dos demais grupos participantes do processo civilizatório nacional, bem como o patrimônio cultural brasileiro. O patrimônio cultural brasileiro se compõe, por dicção constitucional expressa, *pelas formas de expressão dos diferentes grupos formadores da sociedade, por seus modos de criar, fazer e viver; suas criações científicas, artísticas e tecnológicas*; suas obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; seus sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico. Confira-se:

> "Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.
>
> § 1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional. [...].

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14780098.

> Art. 216. **Constituem patrimônio cultural brasileiro** os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:
>
> I - ***as formas de expressão***;
>
> II - ***os modos de criar, fazer e viver***;
>
> III - ***as criações científicas, artísticas e tecnológicas***;
>
> IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;
>
> V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico. [...]." (Grifou-se)

30. Não é possível proteger uma cultura - suas formas de expressão, seu modo de criar fazer e viver, suas manifestações artísticas - exclusivamente a partir da compreensão de membros que lhes são externos. Para compreender os elementos que a compõem, seu alcance e suas particularidades, é preciso levar em consideração a compreensão que dela tem quem a integra. Qualquer outra abordagem legitimaria uma visão *etnocêntrica* do modo de viver dos povos tradicionais e promoveria, em verdade, a sujeição de sua cultura aos valores e às concepções dominantes, sua homogeneização e integracionismo, comprometendo o *pluralismo* e a própria *diversidade* que a Constituição pretendeu assegurar.

4.3. *O CRITÉRIO DA AUTODEFINIÇÃO ESTÁ PREVISTO NA CONVENÇÃO 169 DA OIT*

31. É válido assinalar, ainda, que o critério da autodefinição é internacionalmente aceito e corresponde ao "estado da arte" em matéria de reconhecimento de comunidades tradicionais, estando positivado no artigo 1º, item 1, "a", e item 2 da Convenção 169 da OIT, ratificada e internalizada pelo Brasil. Veja-se, mais uma vez, o que diz a convenção:

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14780098.

> "Artigo 1º. 1. A presente convenção aplica-se:
>
> a) aos povos tribais em países independentes, cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros setores da coletividade nacional, e que estejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial;
>
> .....
>
> 2. **A consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos que se aplicam as disposições da presente Convenção**." (Grifou-se)

32. A consciência de pertencimento, a identidade tal como percebida pelos integrantes de tais grupos, é um fator fundamental a ser considerado na caracterização dos grupos tradicionais. É, contudo, apenas o ponto de partida de tal processo.

4.4. O CRITÉRIO DE AUTODEFINIÇÃO NÃO É O ÚNICO CRITÉRIO EMPREGADO PELO DECRETO

33. De fato, *a autodefinição não é o único elemento levado em conta pelo Decreto 4.887/2003* para a garantia da propriedade às comunidades quilombolas. Será preciso demonstrar, ainda, de acordo com o art. 2º, que se trata de grupo étnico-racial com: (i) trajetória histórica própria, (ii) relações territoriais específicas e (iii) ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida.

34. O procedimento observado pelo INCRA para o reconhecimento de área remanescente de quilombo é minucioso, abrangendo 14 etapas, a saber: (i) requerimento da parte ou iniciativa de ofício; (ii) declaração de autodefinição; (iii) inscrição da autodefinição; (iv) identificação e delimitação da área pelo INCRA; (v) *elaboração de relatório técnico***[14]**; (vi) publicação do relatório; vii) *notificação dos ocupantes e confinantes***[15]**; (viii) *contestação*; (ix) *consulta a diversos órgãos e entidades da Administração Pública***[16]**, dentre os quais o Instituto do Patrimônio

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14780098.

Histórico e Nacional - IPHAN, o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, a Fundação Nacional do Índio - FUNAI e a Fundação Cultural Palmares; (x) análise da situação fundiária do imóvel; (xi) desapropriação (sendo imóvel particular); (xii) reassentamento dos não-quilombolas; (xiii) outorga de título de definitivo; (xiv) registro cadastral do imóvel em favor da comunidade quilombola, com averbação no RGI.

35. O processo é, ainda, objeto de *estudos e de laudo antropológico* rigorosamente disciplinados pela Instrução Normativa 49/2008 do INCRA, pela qual se exige um rol amplíssimo de informações cartográficas, fundiárias, agronômicas, ecológicas, geográficas, sócio econômicas, históricas, etnográficas, antropológicas, a exemplo de levantamentos que verifiquem a identidade étnica do grupo; suas formas de construção de critérios de pertencimento e fronteiras sociais; sua representação genealógica; suas redes de reciprocidade intra e extraterritoriais; suas manifestações de caráter cosmológico, religioso e festivo; suas atividades lúdico-recreativas em sua relação com a terra utilizada, os recursos naturais, as atividades produtivas e o seu calendário, entre inúmeras outras exigências (art. 10).

36. Em síntese, portanto, a autodefinição não é inconstitucional tampouco dá margem à aplicação desvirtuada da norma constitucional, uma vez que: (i) trata-se de exigência que deriva diretamente do arts. 215 e 216 da Constituição; (ii) está prevista na Convenção 169 da OIT, correspondendo ao "estado da arte" na matéria; (iii) não é o único critério utilizado pelo decreto; (iv) deve ser corroborada por estudos minuciosos sobre a comunidade. Ao contrário, a autodefinição constitui apenas o *ponto de partida* de um longo e complexo processo, que impõe a plena comprovação pelas comunidades de sua trajetória histórica, das suas relações territoriais, da sua ancestralidade negra, e submete a decisão final a exame técnico antropológico.

5. A CONSTITUCIONALIDADE DA DELIMITAÇÃO DA PROPRIEDADE COM A INCLUSÃO DAS ÁREAS UTILIZADAS PELOS QUILOMBOLAS PARA A SUA

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14780098.

REPRODUÇÃO FÍSICA, SOCIAL, ECONÔMICA E CULTURAL: EXIGÊNCIA QUE DERIVA DOS ARTS. 215 E 216

37. O requerente impugna também os parágrafos 2º e 3º do art. 2º do Decreto 4.887/2003, que definem como terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos aquelas *"utilizadas para a garantia de sua reprodução física, social, econômica e cultural"*, com base nos *"critérios de territorialidade indicados"* pela comunidade, à qual se facultou instruir o processo com a documentação pertinente. Reitera que somente deveriam ser reconhecidas em favor de quilombolas as áreas efetivamente ocupadas "durante a fase imperial da História do Brasil", nas quais os membros da comunidade tenham permanecido de forma mansa, pacífica e com *animus domini* de 1888 até a promulgação da Constituição de 1988.

38. É manifesto o equívoco do argumento, que cria em (des)favor dos quilombos *uma espécie de usucapião sujeito ao prazo de cem anos*, quando o prazo estabelecido pelo Código Civil para o usucapião extraordinário é de 15 anos (art. 1.238). Se a intenção do constituinte foi reconhecer a titularidade das terras ocupadas por quilombolas, não faz qualquer sentido tal interpretação, pois, em lugar de favorecê-los diante de situações ordinárias de ocupação de terra, os desfavorece gravemente, sendo manifestamente anti-isonômica.

39. Trata-se, ademais, de critério que decorre diretamente dos arts. 215 e 216 da Constituição e da Convenção 169 da OIT, pelos mesmos argumentos já articulados quando do exame do critério de autodefinição. Se o propósito do art. 68 do ADCT, interpretado em consonância com os arts. 215 e 216, é a proteção da cultura, dos modos de ser e de viver característicos de um grupo tradicional, e se uma relação diferenciada com a terra integra tal modo de ser e de viver, é preciso compreendê-la a partir do olhar de quem detém tal relação porque, caso contrário, se estaria impondo ao grupo uma compreensão sobre o significado da terra que lhe é estranha.

40. As comunidades tradicionais têm relação com a terra bastante diversa daquela travada na cultura ocidental contemporânea.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14780098.

Como salientado por Daniel Sarmento, em parecer anexado pela Procuradoria Geral da República: "*não se trata apenas de moradia, que pode ser trocada pelo indivíduo sem maiores traumas, mas sim do elo que mantém a união do grupo, e que permite a sua continuidade no tempo através de sucessivas gerações, possibilitando a preservação da cultura, dos valores e do modo peculiar de vida da comunidade étnica*". E a função social da propriedade ocupada pela comunidade quilombola, amparada pelos arts. 5º, XXIII, e 170, III, CF/88, é a de servir para à reprodução de sua cultura.

41. Trata-se, ademais, de compreensão absolutamente consolidada no âmbito internacional, como se verifica pelos trechos de decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos transcritos a seguir.

> *SARAMAKA V. SURINAME* (28.09.2007):
>
> "91. Em essência, em conformidade com o artigo 21 da Convenção, **os Estados devem respeitar a especial relação que os membros dos povos indígenas e tribais têm com seu território, para assim garantir sua sobrevivência social, cultural e econômica**. Esta proteção da propriedade, nos termos do artigo 21 da Convenção, lida em conjunto com os artigos 1.1 e 2 deste instrumento, atribui aos Estados a **obrigação positiva de adotar medidas especiais para garantir aos integrantes dos povos indígenas e tribais o exercício pleno e igualitário do direito aos territórios que tradicionalmente usaram e ocuparam**." (Grifou-se).

> *COMUNIDADES MOIWANA V. SURINAME* (15.06.2002):
>
> "86(1). Durante a colonização europeia do atual Suriname, no século XVII, africanos foram forçadamente levados para a região e usados como escravos nas plantações. Muitos desses africanos, entretanto, conseguiram escapar para áreas de floresta na parte oeste do atual território nacional do Suriname, onde eles estabeleceram comunidades novas e autônomas; esses

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14780098.

> indivíduos vieram a ser conhecidos como Bush Negros ou Maroons. Eventualmente, seis grupos distintos de Maroons surgiram: os N'djuka, os Matawi, os Saramaka, os Kwinti, os Paamaka, e os Boni ou Aluku".
>
> .....
>
> 133. Dessa forma, **os membros da comunidade Moiwana, um povo tribal N'djuka, possuem uma "relação totalizante" (all-encompassing relationship) com as suas terras tradicionais**, e o seu conceito de propriedade não é baseado no indivíduo, mas, ao contrário, na comunidade como um todo. **Assim, a orientação da Corte em relação às comunidades indígenas e os seus direitos comunais de propriedade decorrentes do art. 21 da Convenção também deve ser aplicada aos membros da comunidade tribal Moiwana**: sua ocupação tradicional da aldeia Moiwana e terras vizinhas [...] deve ser suficiente para obter do Estado o reconhecimento da sua propriedade." (Grifou-se)

42. Nota-se, assim, que não há qualquer inconstitucionalidade ou perplexidade em assegurar às comunidades quilombolas a propriedade de toda a área necessária a preservar seu *modus vivendi* em sentido amplo. Trata-se, ao contrário, de exigência constitucional expressa, decorrente dos arts. 215 e 216. Por outro lado, os critérios de territorialidade indicados pela comunidade constituem apenas o ponto de partida para a delimitação da área e serão submetidos a estudos e a laudo antropológico que poderão corroborar ou afastar a alegada territorialidade e sua extensão, assim como ocorre com o critério de autodefinição.

6. A INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL DA PREVISÃO DE DESAPROPRIAÇÃO DAS ÁREAS OCUPADAS POR REMANESCENTES DAS COMUNIDADES DE QUILOMBOS

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14780098.

43. Alega o requerente que as terras em questão já pertencem aos quilombolas por força de aplicação direta do o art. 68 do ADCT e que por isso a previsão de desapropriação, que dá ensejo a ato constitutivo da propriedade e não a ato meramente declaratório, seria inconstitucional. Afirma, ainda, que o Decreto 4.887/2003 estaria criando, nesse ponto, uma nova hipótese de desapropriação, que não se enquadraria na exigência de "necessidade ou utilidade pública" tampouco na de "interesse social", em desacordo com o art. 5º, XXIV, CF/88.

44. De fato, como já se sustentou acima, o art. 68 do ADCT constitui previsão autoaplicável que operou a imediata transmissão da propriedade a tais comunidades. As normas que o regulamentam cuidam apenas do reconhecimento e da formalização de tal direito. Nada impede, contudo, que o processo de desapropriação seja utilizado, caso seja necessário para instrumentalizar o seu reconhecimento ou para promover a indenização de particulares prejudicados. A Constituição não vedou a indenização. Nesse ponto, conferiu-se às comunidades quilombolas tratamento diverso daquele consagrado aos índios, já que, no que respeita aos últimos, o art. 231, §6º, CF/88 estabeleceu que os atos de ocupação de suas terras seriam nulos e não produziriam quaisquer efeitos, não ensejando, portanto, direito à indenização**[17]**.

45. Entretanto, é importante que fique claro que o reconhecimento do direito de propriedade das comunidades quilombolas independe de desapropriação ou do pagamento de indenização prévia aos terceiros, podendo ser concretizado por qualquer outra via. Caso utilizado para promover a regularização da propriedade dos povos tradicionais, ele resultará no reconhecimento de um direito preexistente - e não na sua constituição - e deterá, por isso, conteúdo puramente declaratório, e não conteúdo constitutivo do direito.

46. De resto, o recurso à desapropriação para assegurar a terra às comunidades remanescentes dos quilombos não enseja qualquer inconstitucionalidade. Atende ao art. 68 do ADCT e configura hipótese de interesse social, amparada pelo art. 5º, LLIV, da Constituição e legitimada pela função social da propriedade ocupada por tais comunidades, nos

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14780098.

termos dos arts. 170, III, 215, 216 da Constituição**[18]**.

7. A QUESTÃO DO MARCO TEMPORAL

47. Alega-se, ainda, que só fazem jus ao direito previsto no art. 68 do ADCT as comunidades remanescentes de quilombos que estivessem ocupando as suas terras no momento da promulgação da Constituição. A assertiva se baseia em dois fundamentos. Invoca-se, primeiramente, o teor literal do dispositivo, que assegurou o direito de propriedade *"aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras"*. Portanto, de acordo com o texto expresso da norma, a efetiva ocupação da terra seria imprescindível para a configuração do direito. Alude-se, ainda, que o mesmo marco temporal foi aplicado para o reconhecimento das terras indígenas, conforme condicionantes definidas no caso Raposa Serra do Sol, uma vez que o propósito da Constituição seria encerrar conflitos fundiários, o que só seria possível com a definição de um marco preciso.

48. Sobre o que restou decidido no Caso Raposa Serra do Sol, já tive a oportunidade de manifestar, em embargos de declaração, que as condicionantes ali fixadas se referem especificamente a tal demarcação, não se estendendo a outros processos. A discussão do marco temporal indígena não é objeto desta ação e, portanto, me reservo o direito de debater o tema quando ele efetivamente se colocar.

49. Quanto à utilização do mencionado marco temporal para o reconhecimento de remanescentes de comunidades de quilombos, deve-se considerar, primeiramente, a possibilidade de que algumas de tais comunidades não se encontravam ocupando seu território porque foram dele retiradas à força, anteriormente ao momento de redemocratização do país. Não deixaram suas áreas, portanto, voluntariamente, e não retornaram a elas porque estavam impedidas de fazê-lo.

50. Diante dessa realidade, parece-me que o art. 68 do ADCT deve ser interpretado conjuntamente com os artigos 215 e 216 da Constituição, de modo a reconhecer que o propósito da Constituição foi

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14780098.

preservar direitos fundamentais culturais dos povos tradicionais, bem como o direito da sociedade brasileira, como um todo, à sua pluralidade e diversidade cultural e à preservação do modo de vida dos povos que contribuíram para a sua constituição. Trata-se, portanto, de direito fundamental cultural ao qual se deve conferir a maior efetividade possível, em observância ao comando do art. 5º, §1º, da Constituição.

51. Por isso, entendo que a comunidade quilombola só não será contemplada com o reconhecimento de seu direito de propriedade, caso reste demonstrado que deixou voluntariamente o território que postula e/ou desde que se verifique que os laços culturais que a uniam a tal território se desfizeram. Se a comunidade não permaneceu na área, mas está postulando a sua propriedade, continua ligada a ela, tem a expectativa de retornar e perfaz os demais requisitos para a configuração como povo tradicional, ela faz jus à sua titulação porque essa é a providência que permite a realização da vontade constitucional, qual seja a proteção dos direitos fundamentais culturais da comunidade e da sociedade brasileira.

52. Veja-se que noção semelhante – mas não exatamente igual – está contemplada no próprio Caso Raposa Serra do Sol, em que o Supremo observou que a saída que rompe a continuidade e a tradicionalidade de uma posse indígena é aquela espontânea, e não a decorrente de renitente esbulho, praticado por não índios. No caso, reconheceu-se que a população fora retirada da área contra a sua vontade, que não retornou ao território porque foi impedida, mas que permaneceu a ele vinculada, tanto assim que ainda faz uso de seus recursos ambientais e naturais, praticando a caça e a coleta na região**[19]**.

53. Ocorre que, no julgamento do Ag. Reg. no RE com Agravo 803.462, rel. Min. Teori Zavascki, manifestou-se o entendimento de que para a configuração do esbulho renitente haveria a necessidade de comprovar a existência de *"situação de efetivo conflito possessório que, mesmo iniciado no passado, ainda persista até o marco demarcartório temporal atual, vale dizer, a data da promulgação da Constituição de 1988"*. Afirmou-se, ainda, que o conflito deveria se materializar *"por circunstâncias de fato ou, pelo*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14780098.

menos, por uma controvérsia possessória judicializada".

54. Não estou de acordo com o significado que se atribuiu, nesse caso, à figura do "renitente esbulho". Não me parece razoável e nem prudente que se exija violência ou conflito para a sua configuração, quando o comportamento da população aponta para a sua inequívoca intenção de retornar ao território que ocupava e quando sua vinculação com ele é evidente. Mais absurdo, ainda, seria exigir o ajuizamento de uma ação possessória. Trata-se de grupos vulneráveis, pobres, de difícil acesso, que vivem sob as instituições de uma outra cultura, que pode ser pacífica, avessa a conflitos e sequer compreender o significado de uma ação judicial. Exigir a presença de conflito de fato ou ação possessória ajuizada para caracterizar a vinculação das populações tradicionais às suas terras, além de poder atentar contra o seu instinto de sobrevivência, significa interpretar o comportamento de tais comunidades à luz dos nossos costumes e instituições, o que de forma alguma será adequado para captar seu sentimento, muito menos para preservar a sua cultura, que é o propósito da Constituição.

55. Por isso, entendo como esbulho renitente apto a configurar a desocupação forçada o desapossamento não voluntário de uma comunidade quilombola de seu território e a existência de comportamento atual que, à luz da sua cultura, caracterize sua inequívoca intenção de retornar ao território que ocupava. Em tal caso, a comunidade fará jus ao direito previsto no art. 68 do ADCT porque somente não estava ocupando suas terras por ter sido impedida de fazê-lo, tendo tido, portanto, seus direitos fundamentais violados.

56. Veja-se que o próprio Poder Constituinte efetuou um juízo de ponderação entre o direito de propriedade de terceiros e os direitos culturais das comunidades quilombolas e assentou que estes últimos teriam prioridade sobre aqueles. Observo, ainda, que as terras que detenham reminiscências históricas dos antigos quilombos não se sujeitam à livre exploração econômica, pois foram tombadas pelo art. 215, §5º, CF/88, competindo às autoridades administrativas fiscalizar e zelar pela sua preservação**[20]**.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14780098.

8. CONCLUSÃO

58. Por todo o exposto, julgo improcedente o pedido.

59. Fixo as seguintes teses: "1. O art. 68 do ADCT é autoaplicável; 2. É legítimo o critério de autodefinição da comunidade, como ponto de partida para sua caracterização como Quilombola; 3. O direito de propriedade das Comunidades Quilombolas deve ser estendido a todo o espaço territorial necessário à preservação de sua cultura e do seu *modus vivendi;* 4. Tal direito decorre diretamente da Constituição e prescinde de desapropriação ou do pagamento de prévia indenização aos terceiros que perderam suas áreas, embora não seja vedado à União proceder a desapropriação, se assim entender, como forma adequada de resolver o conflito".

Notas:

[1] "Art. 2º Consideram-se remanescentes das comunidades dos quilombos, para os fins deste Decreto, os grupos étnico-raciais, segundo critérios de auto-atribuição, com trajetória histórica própria, dotados de relações territoriais específicas, com presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida. § 1º Para os fins deste Decreto, a caracterização dos remanescentes das comunidades dos quilombos será atestada mediante autodefinição da própria comunidade" (grifou-se).

[2] "Art. 2º. [...]. § 2º São terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos as utilizadas para a garantia de sua reprodução física, social, econômica e cultural. § 3º Para a medição e demarcação das terras, serão levados em consideração critérios de territorialidade indicados pelos remanescentes das comunidades dos quilombos, sendo facultado à comunidade interessada apresentar as peças técnicas para a instrução procedimental" (grifou-se).

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14780098.

[3] "Art. 13. Incidindo nos territórios ocupados por remanescentes das comunidades dos quilombos título de domínio particular não invalidado por nulidade, prescrição ou comisso, e nem tornado ineficaz por outros fundamentos, será realizada vistoria e avaliação do imóvel, objetivando a adoção dos atos necessários à sua desapropriação, quando couber".

[4] Lei 7.668/1988: "Art. 2º A Fundação Cultural Palmares - FCP poderá atuar, em todo o território nacional, diretamente ou mediante convênios ou contrato com Estados, Municípios e entidades públicas ou privadas, cabendo-lhe: [...]; III - realizar a identificação dos remanescentes das comunidades dos quilombos, proceder ao reconhecimento, à delimitação e à demarcação das terras por eles ocupadas e conferir-lhes a correspondente titulação".

[5] Lei 9.649/1988: "Art. 14. Os assuntos que constituem área de competência de cada Ministério são os seguintes: [...]; IV - Ministério da Cultura: [...]; c) aprovar a delimitação das terras dos remanescentes das comunidades dos quilombos, bem como determinar as suas demarcações, que serão homologadas mediante decreto".

[6] ADC 12, rel. Min. Ayres Britto: "Os condicionamentos impostos pela Resolução nº 07/05, do CNJ, não atentam contra a liberdade de prover e desprover cargos em comissão e funções de confiança. As restrições constantes do ato resolutivo são, no rigor dos termos, as mesmas já impostas pela Constituição de 1988, dedutíveis dos republicanos princípios da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade".

[7] ADI 101, rel. Min. Cármen Lúcia: "Princípios constitucionais (art. 225) a) do desenvolvimento sustentável e b) da equidade e responsabilidade intergeracional. Meio ambiente ecologicamente equilibrado: preservação para a geração atual e para as gerações futuras. Desenvolvimento sustentável: crescimento econômico com garantia paralela e superiormente respeitada da saúde da população, cujos direitos devem ser observados em face das necessidades atuais e daquelas previsíveis e a serem prevenidas para garantia e respeito às gerações

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14780098.

futuras. Atendimento ao princípio da precaução, acolhido constitucionalmente, harmonizado com os demais princípios da ordem social e econômica. 5. Direito à saúde: o depósito de pneus ao ar livre, inexorável com a falta de utilização dos pneus inservíveis, fomentado pela importação é fator de disseminação de doenças tropicais. Legitimidade e razoabilidade da atuação estatal preventiva, prudente e precavida, na adoção de políticas públicas que evitem causas do aumento de doenças graves ou contagiosas. Direito à saúde: bem não patrimonial, cuja tutela se impõe de forma inibitória, preventiva, impedindo-se atos de importação de pneus usados, idêntico procedimento adotado pelos Estados desenvolvidos, que deles se livram".

[8] Decreto-Legislativo nº 143/2002 e Decreto nº 5.051/2004.

[9] Decreto-Legislativo nº 27/1992 e Decreto nº 678/1992.

[10] STF, ADI 5240, rel. Min. Luiz Fux; e RE 349.703, rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes.

[11] CF/1988, art. 84: "Compete privativamente ao Presidente da República: [...]; VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional".

[12] CF/1988, art. 49, I: "É da competência exclusiva do Congresso Nacional: I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional".

[13] V. Caso *Saramaka v. Suriname* (28.09.2007); Caso das *Comunidades Moiwana v. Suriname* (15.06.2002).

[14] Decreto 4.887/2003, art. 8º.

[15] Decreto 4.887/2003, art. 9º: "Todos os interessados terão o prazo de noventa dias, após a publicação e notificações a que se refere o art. 7º, para oferecer contestações ao relatório, juntando as provas pertinentes. Parágrafo único. Não havendo impugnações ou sendo elas rejeitadas, o INCRA concluirá o trabalho de titulação da terra ocupada pelos remanescentes das comunidades dos quilombos".

[16] Decreto 4.887/2003, art. 8º.

[17] CF/88, art. 231, § 6º: "São nulos e extintos, não produzindo

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14780098.

efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé".

[18] Há inclusive decisões do Superior Tribunal de Justiça reconhecendo a legitimidade da desapropriação por interesse social para tal fim. V. REsp 1543505, rel. Min. Humberto Martins; REsp 1046178, rel. Min. Mauro Campbell Marques. Também os Ministros Teori Zavascki e Cármen Lúcia já reconheceram, durante os debates travados no julgamento do Ag. Reg. no RE com Agravo 803.462, rel. Min. Teori Zavascki, que a desapropriação para fins de indenização de área de comunidade quilombola configuraria hipótese de desapropriação por interesse social.

[19] Nas palavras do relator: "[...]. **Retração que deve ser contemporaneamente espontânea, pois ali onde a reocupação das terras indígenas, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, somente não ocorreu por efeito de renitente esbulho por parte dos não-índios, é claro que o caso não será de perda da tradicionalidade da posse nativa**." (Grifou-se)

[20] CF/1988, art. 215, § 5º: "Ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos".

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14780098.

08/02/2018 **PLENÁRIO**

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.239 DISTRITO FEDERAL

V O T O

O Senhor Ministro **Ricardo Lewandowski**:

I - INTRODUÇÃO

Como se sabe, o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias dispõe que "Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos".

O Decreto impugnado, o 4.887, de 20 de novembro de 2003, que revogou o anterior (3.912, de 10 de setembro de 2001), implementou inúmeras inovações legais ao "Regulamenta(r) 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".

A fim de evitar indesejável superposição, valho-me do relatório elaborado pelo Ministro Peluso, relator do feito, para resumir as alegações do autor desta ação em tópicos. Sustenta-se, em suma, que o Decreto 4.887/2003:

> "1.1 invade esfera reservada à lei;
> 1.2 cria nova modalidade de desapropriação;
> 1.3 resume a identificação dos remanescentes das comunidades de quilombolas ao critério de autoatribuição; e
> 1.4 sujeita a delimitação das terras a serem tituladas aos indicativos fornecidos pelos próprios interessados".

II - PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO INTEGRAL

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14350544.

DESTA AÇÃO

De início, peço *venia* ao Min. Peluso para ressaltar que não há, na inicial deste feito, qualquer pedido de declaração de inconstitucionalidade do Decreto 3.912/2001 o que, pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, encerra hipótese de não conhecimento da ação.

De resto, a pretensa declaração de inconstitucionalidade do Decreto 4.887/2003, que, em seu art. 25, revoga o Decreto 3.912/2001, em verdade, implica a possibilidade de repristinação deste Decreto de 2001, que, em tese, padeceria do mesmo vício formal de inconstitucionalidade sustentado pelo autor.

No entanto, acaso entenda a Corte superar tal óbice, passarei às seguintes considerações:

III – DO NÃO CONHECIMENTO DA AÇÃO QUANTO ÀS ALEGAÇÕES EXPOSTAS NOS ITENS 1.3 E 1.4.

Tenho para mim que não o autor não logrou demonstrar, ainda que minimamente, as supostas violações constitucionais do Decreto impugnado, ao alegar que este se limita a resumir "a identificação dos remanescentes das comunidades de quilombolas ao critério de autoatribuição", sujeitando "a delimitação das terras a serem tituladas aos indicativos fornecidos pelos próprios interessados", a que alude nos itens 1.3 e 1.4 acima descritos.

É que o subscritor da exordial não especificou a forma como se deu a alegada afronta ao texto magno, limitando-se a aduzir assertivas genéricas de inconstitucionalidade sem, todavia, expor quais as disposições constitucionais que foram efetivamente violadas pela norma

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14350544.

objeto desta ação, o que, em verdade, revela mero inconformismo com os critérios por ela adotados.

É facilmente perceptível, da leitura da inicial, que o autor pretende fazer valer os critérios que lhe parecem mais adequados para solucionar a problemática em questão, o que, por si só, não leva, à inconstitucionalidade do diploma impugnado. O que ele busca, a rigor, por meio desta ação, é resgatar alguns dos parâmetros estabelecidos pelo Decreto 3.912/2001, revogado pelo Decreto 4.887/2003, ora questionado.

Nesse sentido, o pleito, a meu ver, também se afigura contraditório, uma vez que o apontado vício de inconstitucionalidade, acaso reconhecido, contaminaria ambos os Decretos acima referidos e não somente aquele que não está em consonância com os interesses do autor.

Em que pese essa flagrante inconsistência revelada na fundamentação do pedido, dado o caráter relevantíssimo da matéria, anoto, *ad argumentandum tantum*, que, diversamente do quanto alegado na inicial desta ação, o § 3º do art. 2º do Decreto impugnado não "sujeita a delimitação das terras a serem tituladas aos indicativos fornecidos pelos próprios interessados", mas, ao revés, estabelece que além dos citados parâmetros, outras providências administrativas precisam ser desencadeadas para a titulação das terras (*vide*, em particular, o disposto no art. 7º. do Decreto em impugnado**).**

Ademais, o art. 2º, *caput*, do Decreto 4.887/2003, esclarece que a autoatribuição não é o único critério estabelecido para a caracterização dos remanescentes das comunidades dos quilombos, pois o diploma normativo em questão também prevê a necessidade da observância dos requisitos correspondentes à territorialidade e identidade coletiva.

Noto, por oportuno, que o critério de autoatribuição, ainda que não exclusivo, constitui importante garantia contra eventual categorização

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14350544.

unilateral, caracterizada por um viés etnocêntrico, pela simples lógica de que não se pode impor uma identidade étnica ou cultural a quem quer que seja por terceiros.

Não bastasse isso, a adoção do referido parâmetro segue a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT (incorporada ao nosso ordenamento pelo Decreto Legislativo 143/2002 e pelo Decreto 5.051/2004) e é adotado pela Associação Brasileira de Antropologia, que define a identidade "pela experiência vivida e as versões compartilhadas de sua trajetória comum e da continuidade enquanto grupo". Tratando-se, portanto, "de uma referência histórica comum, construída a partir de vivências e valores partilhados"[1].

Assim, por todos os motivos expostos, não conheço do pedido, no tocante às razões aduzidas nos itens 1.3 e 1.4.

IV – DAS ALEGAÇÕES EXPOSTAS NOS ITENS 1.1 E 1.2

No que concerne ao alegado vício formal do decreto impugnado, entendo ser imperioso sublinhar que o artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, ao assegurar o reconhecimento, pelo Estado, da propriedade definitiva das terras aos remanescentes das comunidades dos quilombolas que as estejam ocupando, encerra verdadeira norma asseguradora de direitos fundamentais, dotada, inclusive, de eficácia plena e aplicabilidade imediata, porquanto contém todos os elementos jurídicos necessários à sua incidência - sujeito passivo (Estado), sujeito ativo (remanescentes das comunidades dos quilombos), objeto do direito (propriedade definitiva de suas terras) e condição[2] (ocupação tradicional

1 **ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ANTROPOLOGIA, Documento do Grupo de Trabalho sobre Comunidades Negras Rurais, Rio de Janeiro, 17/18 de outubro de 1994.**

2 ROTHENBURG, Walter Claudius. Direito dos Descendentes de Escravos (Remanescentes das Comunidades de Quilombos). In: *Igualdade, Diferença e Direito Humanos.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 461.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14350544.

das terras) – não existindo, ademais, qualquer previsão constitucional que demande lei em sentido formal para dar-lhe efetividade.

Extraio, por relevante, da ementa do MI 304-AgR, Rel. Min. Moreira Alves, o entendimento consolidado pelo Pleno deste Tribunal no sentido de que

> "**Não se confunde com regulamentação** – que só é necessária quando o dispositivo constitucional não é auto-aplicável – **o ato normativo expedido pela Administração Pública para disciplinar sua conduta interna na aplicação** de lei vigente ou **de texto constitucional auto-aplicável**" (grifei).

Ressalto, na sequência, por relevante, que a possibilidade de integração normativa decorrente de preceito abrigado na Carta Magna, independentemente da existência de lei em sentido formal a ampará-la, não é, de forma alguma, matéria estranha a esta Corte. Cito, a título de exemplo, o RE 121.140/RJ, Rel. Min. Maurício Corrêa, o RE 199.092/CE, Rel. Min. Francisco Rezek e, mais recentemente, a ADPF 101/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia.

Nessa linha, infere-se que o novo texto constitucional dirigiu comandos expressos ao Estado visando a proteção dos grupos sociais que contribuíram para a formação da identidade étnica, cultural e histórica de nossa sociedade, ao dispor *verbis*:

> "Art. 215. **O Estado garantirá** a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.
>
> § 1º - **O Estado protegerá** as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.
>
> (...)
>
> Art. 216. Constituem **patrimônio cultural brasileiro** os

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14350544.

> bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória **dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira**, nos quais se incluem:
>
> (...)
>
> § 5º - Ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos" (grifos meus).

A preocupação em proteger os remanescentes desses grupos, cuja identidade cultural se busca preservar, foi objeto de diversos debates na Assembleia Nacional Constituinte de 1987. Disse à época o sociólogo Florestan Fernandes à Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias:

> "A escravidão destruiu de forma sistemática, tudo que pôde da cultura dos africanos. (...) Havia uma razão fundamental para destruir a cultura, assim como a destribalização indígena era um processo para destruir a capacidade do indígena de resistir à colonização; destruir a cultura africana, inclusive a língua, era um elemento fundamental de dominação racial. Se os negros pudessem comunicar-se em linguagem que os brancos não entendessem, poderiam eles combinar formas de rebelião sob os olhos dos brancos, sem que estes as pudessem entender. Dessa forma, era preciso submeter a herança cultural africana a um processo de desmoronamento e de destruição sistemática. O que sobreviveu subterraneamente, graças à vida na senzala, à sobrevivência de formas mágicas e religiosas de atividade humana, e (sic) algumas comunidades que se isolaram, e hoje são relíquias, descobertas ocasionalmente aqui e ali e que mantém formas transplantadas de cultura".

A propósito, na já conhecida linha de pensamento de Gomes

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14350544.

Canotilho[3] a respeito do princípio da máxima efetividade do texto constitucional, lembro que o intérprete, na sua atividade concretizadora, ao se deparar com mais de um sentido possível para uma norma, deve preferir a que confira maior eficácia aos direitos fundamentais, valendo-se, ainda, do denominado princípio do efeito integrador, para que, na busca de soluções aos problemas jurídico-constitucionais, possa dar-se primazia aos critérios ou pontos de vista que favoreçam a integração política e social.

Dessa forma, para bem avaliar o alcance do artigo 68 do ADCT, cumpre empregar a metodologia hermenêutica que lhe empreste a máxima efetividade, mormente por tratar-se de direito fundamental assegurado a uma minoria, cuja relação estabelecida com a terra que ocupa está diretamente ligada à preservação de sua identidade cultural, conforme bem observou Daniel Sarmento, em parecer juntado pela Procuradoria-Geral da República:

> "(...) Para as comunidades tradicionais, a terra possui um significado completamente diferente da que ele apresenta para a cultura ocidental de massas. Não se trata apenas de moradia, que pode ser trocada pelo indivíduo sem maiores traumas, mas sim do elo que mantém a união do grupo, e que permite a sua continuidade no tempo através de sucessivas gerações, possibilitando a preservação da cultura, dos valores e do modo peculiar de vida da comunidade étnica.
>
> Privado da terra, o grupo tende a se dispersar e a desaparecer, absorvido pela sociedade envolvente. Portanto, não é só a terra que se perde, pois a identidade coletiva também periga sucumbir. Dessa forma, não é exagero afirmar que quando se retira a terra de uma comunidade quilombola, não se está apenas violando o direito à moradia de seus membros. Muito mais que isso, se atenta contra a própria identidade étnica destas pessoas. Daí porque o direito à terra dos

3 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina. 2010, p. 1224.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14350544.

> remanescentes de quilombo é também um direito fundamental cultural (art. 215, CF)" (fl. 1.102).

Tem-se, assim, no caso do Decreto impugnado, norma que traz em seu bojo mero procedimento administrativo (art. 1º), definidor de critérios aptos a colocar em movimento o comando constitucional impositivo de uma obrigação estatal (que não faz nenhuma referência à necessidade de lei em sentido formal para integrá-lo), cuja execução, não resta dúvida, a meu sentir, compete ao Executivo, por intermédio de seus órgãos técnicos.

Por fim, verifico que tampouco merece prosperar a alegação de que o Decreto 4.887/2003 "cria nova modalidade de desapropriação".

É que se está, na prática, diante daquilo que se convencionou chamar *desintrusão*, terminologia utilizada para designar ideia da necessidade de viabilizar-se a atribuição da propriedade definitiva das terras constitucionalmente reservadas aos remanescentes das comunidades quilombolas, em acordo com os particulares detentores de títulos válidos de propriedade sobre as mesmas áreas[4], inclusive para resolver as situações de comunidades que foram expulsas das terras que ocupavam e que se fixaram em outra localidade próxima.

Esse instituto deve, a meu ver, comportar interpretação harmônica com aquilo que se contém no artigo 216, § 1º, segundo o qual

> "**o Poder Público**, com a colaboração da comunidade, **promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de** inventários, registros, vigilância, tombamento e **desapropriação**, e de outras formas de acautelamento e preservação" (grifei).

4 SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Comunidades quilombolas: Direito à terra (artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias).* P. 40. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/livros_ver.php?idConteudo=4

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14350544.

Por essas razões, não merece acolhida a irresignação do autor quanto ao procedimento adotado no artigo 13 do Decreto 4.887/2003.

À guisa de conclusão, tenho que a questão central deste debate, não pode apartar-se da ideia de que é preciso conferir-se o máximo de efetividade aos direitos assegurados originariamente pela Carta Magna aos chamados grupos minoritários.

Em um Estado Democrático de Direito exige-se mais do que a simples concretização dos interesses da maioria. É preciso respeitar também os direitos fundamentais de todos, componham eles a maioria ou não[5].

Diante do exposto, superada a questão do conhecimento desta ação direta de inconstitucionalidade, julgo-a improcedente.

5 BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana.* 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 251.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14350544.

08/02/2018 **PLENÁRIO**

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.239 DISTRITO FEDERAL

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Ministro **Ricardo Lewandowski**, me permita, por favor, interrompê-lo, porque eu penso que está havendo uma interpretação equivocada de meu voto. Porque eu nem sequer exijo o esbulho. É muito menos do que isso. Eu vou ler, então, o dispositivo de meu voto, porque, com a devida vênia do Ministro Luís **Roberto Barroso** se eu não estou entendendo equivocadamente Sua Excelência, penso que meu dispositivo é até mais abrangente que o de Sua Excelência.

Eu disse, na conclusão der meu voto, que voto no sentido de julgar parcialmente procedente a ação direta de inconstitucionalidade, tão somente para conferir interpretação conforme ao § 2º do art. 2º do Decreto nº 4.887, de 20 de novembro de 2003, no sentido de esclarecer, nos termos do artigo 68 do ADCT, que somente devem ser titularizadas as áreas que estavam ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos, inclusive as utilizadas para a garantia de sua reprodução física, social, econômica e cultural, na data da promulgação da Constituição, 5 de outubro de 1988, salvo comprovação, por todos os meios de prova. Não é só judicial, Ministro **Barroso**, que eu coloquei, não é só em caso de esbulho. Salvo comprovação por todos os meios de prova juridicamente admitidos - todos - de suspensão ou perda da posse - portanto não é só esbulho, porque o esbulho exige uma violência - em decorrência de atos ilícitos praticados por terceiros. **Então, com a devida vênia, na minha leitura, a minha posição é, inclusive, mais abrangente do que outras aqui que estão nos seus fundamentos.**

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - O que gerou a dificuldade é que Vossa Excelência julga procedente em parte.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Mas por que eu o faço? Eu vou explicar, porque eu penso que é aí que não está havendo compreensão. Então, eu vou explicar o porquê. É

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14743105.

porque hoje, em razão de um parecer da Advocacia-Geral da União, deixou-se em aberto não só aquela terra que a comunidade ocupava em 88, mas aquela de que ela futuramente – em tese - vai precisar, quando ela crescer, equiparando a terra quilombola à terra indígena. É por isso que essa compreensão do marco de 1988 é para se evitar que, em 2030, v.g., uma comunidade já reconhecida exija que precisa de mais terra.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Mas Vossa Excelência vai me perdoar, o § 2º do artigo 2º tem a seguinte dicção: são terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos as utilizadas para a garantia de sua reprodução física, social, econômica e cultural. Eu não consigo ver nenhuma inconstitucionalidade nesse dispositivo.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Eu já disse, assim que o Ministro Luiz Edson Fachin começou a votar, que eu dou a interpretação conforme para evitar que haja a continuidade dos conflitos, para explicitar a abrangência, senão vai haver conflitos eternos aí.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - É quase preventivo.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Mas, na verdade, Ministro Toffoli, eu acho que a nossa única divergência é essa. Porque, quando eu comecei a falar, disse que as divergências são aparentes, porque eu acho que, no núcleo essencial, estamos de acordo. Apenas não estou de acordo em julgar procedente o pedido.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - E o Ministro Dias Toffoli dá interpretação conforme quase que preventivamente.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Até porque, na verdade, parece-me que aqui há um misto de confusão entre o conceito de quilombos, terras ocupadas por quilombolas e terras ocupadas por indígenas. O texto constitucional é bem diferente no trato do tema. O trato do tema é bem diferente. Mesmo em se tratando de terras ocupadas por indígenas, não há essa obrigação de desapropriação. Pode-se até

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14743105.

discutir isso, mas não há essa obrigação.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Grande parte do o meu voto, Ministro **Gilmar**, foi exatamente fazendo essa distinção.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Data vênia, Vossa Excelência não estava presente, mas foi exatamente o que eu disse.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Foi fazendo essa distinção e citando o parecer de um grande jurista, que serviu a magistratura no Tribunal Regional Federal, recentemente serviu o Supremo Tribunal Federal, no gabinete do saudoso Ministro Teori Zavascki, o eminente Dr. Wolkmer de Castilho, que, quando foi Consultor-Geral da União, sob o Advogado-Geral Álvaro Ribeiro Costa - também outra personalidade da defesa dos direitos humanos, um ícone na defesa dos direitos humanos do Ministério Público da União -, proferiu parecer que foi aprovado pela Presidência da República. Portanto, esse parecer tem efeito vinculante na Administração Pública Federal no sentido de que as terras de quilombos se equiparam a terras indígenas. Ocorre que não estão só analisando aquilo que era ocupado historicamente, mas também aquilo de que vai se precisar no futuro. E mesmo que se demarque uma terra hoje, amanhã vai se reabrir a discussão.

Por isso que Vossa Excelência – Sra. Presidente - bem acertou quando disse: a minha interpretação conforme não é para impedir o passado, é exatamente preventiva, uma interpretação para o futuro que a Advocacia-geral Geral da União já deu. Tanto que, em meu voto e também no voto da Ministra **Rosa**, citamos o parecer da Advocacia-Geral da União. Exatamente por quê? Porque, senão, nós vamos ter a seguinte situação: se reconhece um quilombo hoje, com ocupação de, vamos supor, mil metros quadrados, dez mil metros quadrados, amanhã esse quilombo, daqui a dez, quinze, anos vai falar: "de acordo com a interpretação que foi dada pela a AGU e depois placitada pelo Supremo, eu também agora preciso aumentar o quilombo porque a comunidade cresceu. Então, eu preciso ir expandindo minha área". E essa área é

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14743105.

particular, essa área não é da União, como a área da terra indígena é.

Por isso que, em meu voto, faço toda essa distinção. O meu voto não excepciona as terras que foram atingidas, muito pelo contrário, inclui as terras que não estavam ocupadas no momento da promulgação da Constituição. E, historicamente, já ocorreu, após esse decreto, a demarcação de terras nesse sentido, o que se previne na interpretação conforme - eu faço interpretação conforme exatamente para evitar conflitos futuros, não é para rechaçar o passado, muito pelo contrário.

E não insiro apenas as áreas que foram esbulhadas, eu digo: qualquer área da qual, por qualquer motivo, eles foram desapossados quando veio o marco de 5 de outubro de 1988.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Senhora Presidente, eu vou encerrar. Peço excusas se, por ventura, não entendi bem o voto do Ministro Dias Toffoli, mas a verdade é que Sua Excelência consigna que poderá haver comprovação, por todos os meios de prova juridicamente admitida, da suspensão ou perda da posse em decorrência de atos ilícitos praticados por terceiros.

O que me ocorreu é que essa é uma prova diabólica! O que é uma prova diabólica? É uma prova difícil ou impossível de ser produzida. E eu lembro que...

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Esses conflitos já estão acontecendo na realidade, nas instâncias ordinárias. Se nós não colocarmos marcos claros aqui, os conflitos vão continuar.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Eu lembro, só para terminar, que a origem desta expressão "quilombola" vem do tupi-guarani, vem da expressão *cañybó* e que significa exatamente aquele que foge muito.

Os remanescentes dos quilombolas são descendentes daqueles que estão fugindo há mais de quinhentos anos. Como é que se vai fazer uma prova de fatos que ocorreram há quase meio século atrás? Evidentemente, essa prova é impossível. Não se pode admitir aqui, num grupo claramente hipossuficiente, que assuma o ônus da prova, que se inverta o

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14743105.

ônus da prova. Portanto, eu penso que essa Corte tem que decidir se o pedido é procedente ou é improcedente, ou parcialmente procedente.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14743105.

08/02/2018 **PLENÁRIO**

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.239 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Presidente, este é um julgamento que se arrasta por muito tempo, tanto é que o voto inicial foi proferido pelo Ministro Peluso, que há muito já deixou a Corte. O objeto da ação, como foi destacado, é o Decreto 4.887, que regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombolas.

O decreto é de todos conhecido, e nós sabemos que um dos debates travados diz respeito à possibilidade de controle ou ao caráter autônomo do decreto referido.

O Ministro Peluso, como já foi destacado, batia na tese de que aqui haveria uma questão importante de princípio da legalidade. E, de fato, esse tema não é um adminículo no sistema constitucional. Isto precisa ser claramente colocado. A ideia de que direitos fundamentais dispensam regulamentação, para mim, é extravagante. A base do sistema é o princípio da legalidade; não é o princípio da decretalidade, e por razões inclusive históricas. É o Parlamento que faz a lei e tem representatividade. Se nós compulsarmos o Texto Constitucional no artigo 5º, vamos nos deparar com claras disposições que remetem à lei, indispensável. E, mesmo quando não houver previsão de reserva legal, a disciplina de qualquer direito fundamental, se assim se entender, há de se fazer por lei.

Nesse sentido me parece que qualquer outra tese que invoque a ideia de que o decreto pode regulamentar direitos fundamentais é extravagante. Daqui a pouco, nós poderíamos, por exemplo, ter tipo penal por decreto. Isso seria realmente uma extravagância. Se não houver previsão legal, de fato, nós estaríamos nos ambientes de barbárie. A despeito de o Texto Constitucional mandar criminalizar determinada conduta, a criminalização há de se fazer por lei. Essa é a base do sistema. E não é por um fetiche legal; é porque se supõe que quem vai decidir a matéria tem representatividade. Esse é o *link* que se faz entre direitos

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14693057.

fundamentais e representatividade. Esse é o *link* que se faz entre o Parlamento e a soberania popular. Portanto, isso precisa ser muito bem definido.

O que o Ministro Toffoli propõe é uma outra abordagem. O que Sua Excelência diz no seu voto é que a questão já estaria, de alguma forma, disciplinada em legislação de conteúdo legal. E cita, por exemplo (página 13 do seu voto), que:

(...) "as disposições da Lei nº 9.649, de 1998, e a Lei nº 7.668, de 1988, bem como a Convenção 169 da OIT, servem, como dito pela AGU, de primeiro anteparo normativo de concretização dos arts. 215 e 216 a Constituição Federal e do art. 68 do ADCT" (...).

Portanto, não é a ideia de que um decreto... porque isto levaria a resultados realmente absurdos. A regulamentação do texto constitucional dar-se-ia por decreto. O princípio da reserva legal desapareceria. Toda a dogmática dos direitos fundamentais que nós conhecemos seria varrida, Ministro Celso, do mapa. Porque a ideia da legalidade ou da reserva legal - esta última que tem toda uma sistemática: a reserva legal simples, reserva legal qualificada -, ela tem, não só um valor para limitação do direito fundamental, como também para sua concretização. A concretização, inclusive, de que Hesse fala muitas vezes, é a ideia de que a conformação de direitos fundamentais ter que se dar por lei.

Ainda ontem, nós discutíamos o tema do direito à saúde. E ninguém ocorreu que ali poder-se-ia disciplinar por decreto. Portanto, a mim me parece que, se é possível advogar-se uma tese segundo a qual o tema há de ser versado - e é legítimo que seja versado por decreto - é por remissão a alguma lei. Não há outra alternativa. Do contrário, nós estaríamos no mundo das extravagâncias, fora do modelo da democracia constitucional. Ainda há pouco, nós discutimos aqui a ideia do decreto autônomo, do decreto delegado e do decreto autorizado. Estava presente entre nós o Ministro Velloso, que escreveu artigos, textos e ensaios significativos sobre essa temática no direito brasileiro.

O princípio é da lei, e não só por um fetiche. É porque este é o

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14693057.

elemento que permite fazer a avaliação de que houve uma manifestação do parlamento, que representa o povo. Por isso que há de se levar em conta esse aspecto importante, relevante, para a solução da controvérsia. O Ministro Toffoli não fala, ao contrário do voto do Ministro Peluso, em regulamento autônomo. Entende Sua Excelência, que há base legal para se emitir o regulamento, dentro de marcos legais já definidos, inclusive da convenção internacional. E disse então: que o que o decreto faz e o que há de fazer é tomar como data marco a data da Constituição de 88. Desde já, Sua Excelência, claramente repudia a interpretação, que aparentemente foi sustentada em pareceres da AGU, de que são a mesma coisa: quilombola e terras indígenas. Nós todos, que temos alguma experiência de vida, sabemos que são coisas diferentes. E que os conceitos, inclusive de posse, tema que aqui já foi muito discutido, no Supremo Tribunal Federal, e remonta há tempos já bastante antigos. Se nós pegarmos os primeiros casos, discutidos com tanta ênfase, por exemplo, da relatoria de Victor Nunes Leal, o próprio conceito de posse indígena, que nada tem a ver com a ideia da posse tal como definida no artigo 68 do ADCT. Ah, mas há de se prever também essa possibilidade de expansão. E nós sabemos, hoje, que já há debates e conflitos quase que incontornáveis em determinadas áreas. Nós temos a questão, por exemplo, colocada toda vez que se conversa com os militares, em relação à Base de Alcântara, no Maranhão, e Marambaia, aqui no Rio de Janeiro, em que a interpretação sobre uma ou outra compreensão leva a conflitos e impasses.

Então é preciso que tenhamos também a dimensão prática da nossa decisão, uma vez que, aqui, não se trata, como no que diz respeito à terra indígena, de declarar nulos os títulos incidentes sobre a dada área, trata-se de fazer uma expropriação, para a qual nós temos um procedimento administrativo complexo, a partir de atos da Administração, de pagamento da propriedade privada, portanto de mobilização da máquina pública nesse sentido.

Eu fico a imaginar que as Forças Armadas, a Aeronáutica, daqui a pouco, a prevalecer o parecer da AGU, encerre as suas atividades em

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14693057.

Alcântara, a partir da nossa decisão, ou certamente o Ministro da Defesa vai levar uma proposta de alteração do Decreto ao Presidente da República.

Então essa questão é relevantíssima para o desate. E fez muito bem o Ministro Toffoli no sentido de dizer que é preciso que se declare parcialmente a inconstitucionalidade do Decreto, seja no sentido de uma interpretação conforme, no sentido substancial, seja no sentido de definir claramente o que nós estamos falando, mas não venha a pelo, é herético até, dizer que basta decreto para regulamentar direitos fundamentais, não no sistema da Constituição de 88, não no sistema do constitucionalismo brasileiro, até foi sob a Constituição de 1937, decretos regulamentavam realmente a Constituição, mas não sob esta Constituição, decreto regulamentar a Constituição sob a Polaca, é uma interpretação autoritária do texto constitucional.

De modo, Presidente, que eu vinha até preparado para acompanhar o voto do Ministro Cezar Peluso, mas, diante dos esclarecimentos feitos pelo Ministro Toffoli e considerando que Sua Excelência se louva em fundamentos legais para justificar a edição do Decreto e propõe uma interpretação que tenta ajustá-lo à realidade institucional, eu vou acompanhá-lo integralmente.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14693057.

08/02/2018 **PLENÁRIO**

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.239 DISTRITO FEDERAL

RELATOR	**: MIN. CEZAR PELUSO**
REDATORA DO ACÓRDÃO	**: MIN. ROSA WEBER**
REQTE.(S)	: DEMOCRATAS
ADV.(A/S)	: FABRÍCIO JULIANO MENDES MEDEIROS E OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S)	: PRESIDENTE DA REPÚBLICA
ADV.(A/S)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
AM. CURIAE.	: INSTITUTO PRO BONO
AM. CURIAE.	: CONECTAS DIREITOS HUMANOS
AM. CURIAE.	: SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO PÚBLICO - SBDP
ADV.(A/S)	: ELOISA MACHADO DE ALMEIDA E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	: CENTRO PELO DIREITO À MORADIA CONTRA DESPEJOS - COHERE
AM. CURIAE.	: CENTRO DE JUSTIÇA GLOBAL
AM. CURIAE.	: INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL - ISA
AM. CURIAE.	: INSTITUTO DE ESTUDOS, FORMAÇÃO E ASSESSORIA EM POLÍTICAS SOCIAIS - POLIS
AM. CURIAE.	: TERRA DE DIREITOS
ADV.(A/S)	: ANDRESSA CALDAS E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	: FEDERAÇÃO DOS TRABALHADORES NA AGRICULTURA DO ESTADO DO PARÁ - FETAGRI-PARÁ
ADV.(A/S)	: GIROLAMO DOMENICO TRECCANI
AM. CURIAE.	: ESTADO DO PARÁ
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PARÁ
AM. CURIAE.	: ESTADO DE SANTA CATARINA
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA
AM. CURIAE.	: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA AGRICULTURA E PECUÁRIA DO BRASIL - CNA
ADV.(A/S)	: ILMAR NASCIMENTO GALVÃO
AM. CURIAE.	: CONFEDERACAO NACIONAL DA INDUSTRIA

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14744100.

ADV.(A/S)	:CASSIO AUGUSTO MUNIZ BORGES E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	:ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE CELULOSE E PAPEL - BRACELPA
ADV.(A/S)	:GASTAO ALVES DE TOLEDO E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	:SOCIEDADE RURAL BRASILEIRA
ADV.(A/S)	:RICARDO DE AQUINO SALLES E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	:CENTRO DE ASSESSORIA JURÍDICA POPULAR MARIANA CRIOLA
AM. CURIAE.	:KOINONIA PRESENÇA ECUMÊNICA E SERVIÇO
ADV.(A/S)	:FRANCINE DAMASCENO PINHEIRO E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	:ASSOCIAÇÃO DOS QUILOMBOS UNIDOS DO BARRO PRETO E INDAIÁ
AM. CURIAE.	:ASSOCIAÇÃO DE MORADORES QUILOMBOLAS DE SANTANA - QUILOMBO DE SANTANA
AM. CURIAE.	:COORDENAÇÃO DAS COMUNIDADES NEGRAS RURAIS QUILOMBOLAS DE MATO GROSSO DO SUL
ADV.(A/S)	:FERNANDO GALLARDO VIEIRA PRIOSTE E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	:INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA - INCRA
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL FEDERAL
AM. CURIAE.	:ESTADO DO PARANÁ
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PARANÁ
AM. CURIAE.	:CONFERÊNCIA NACIONAL DOS BISPOS DO BRASIL - CNBB
ADV.(A/S)	:CARLOS ROBERTO SIQUEIRA CASTRO E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	:INSTITUTO DE ADVOCACIA RACIAL E AMBIENTAL - IARA
ADV.(A/S)	:HUMBERTO ADAMI SANTOS JÚNIOR
AM. CURIAE.	:CLUBE PALMARES DE VOLTA REDONDA - CPVR
ADV.(A/S)	:HUMBERTO ADAMI SANTOS JÚNIOR

OBSERVAÇÃO

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14744100.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Presidente, Vossa Excelência me concede a palavra?

Existem muitas formas de pensar o Direito e a vida e, portanto, gostaria de deixar documentada a minha, porque considero que esse tema dos direitos fundamentais é um dos mais importantes na agenda do Supremo.

Os direitos humanos, Presidente, são direitos pré-jurídicos, são direitos que independem de positivação. Ao longo da história, eles passaram a ser positivados, primeiro, em declarações internacionais, depois na Carta da ONU e depois em tratados internacionais. Mas sempre foram reconhecidos como direitos naturais, inerentes à condição humana e que, portanto, valeriam independentemente de positivação.

Com a consagração histórica dos direitos humanos ao final do Século IX, eles passam a ser incorporados às Constituições. Portanto, surgidos originariamente como direitos naturais, passam a ser positivados nos Textos Constitucionais. Aí, a doutrina passa a chamar esses direitos humanos, entronizados no Direito Constitucional, de direitos fundamentais. Aqui há uma questão muito importante e que é uma divergência que precisa ser pontuada.

Eu participei, há alguns anos atrás, de um debate, aqui mesmo na Universidade de Brasília, com o Ministro Antonin Scalia, da Suprema Corte Americana, recentemente falecido – recentemente, há uns dois anos, talvez. Debatia-se a questão do Caso *Lawrence vs Texas*, em que a Suprema Corte Americana considerou inconstitucional a criminalização de relações homoafetivas. Havia uma lei que considerava crime as relações entre pessoas do mesmo sexo. A Suprema Corte Americana considerou inconstitucional essa Lei, contra o voto do Ministro Scalia. E o Ministro Scalia, nesse debate, disse: "Eu votei contra, porque este direito não está previsto na Constituição". E disse eu a ele no debate: "O princípio da dignidade da pessoa humana está subjacente a todas as ordens constitucionais democráticas, independentemente de estarem escritas em letra de forma ou não". Ao que ele, com posição divergente, entendeu: "Não, para mim, se não está na Constituição, não há este

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14744100.

direito". Portanto, há diferentes formas de pensar e de ver a vida.

Eu penso que a principal característica de um direito fundamental é o de que ele não depende das maiorias. Um direito fundamental não depende de ser positivado e, muito menos, positivado em lei. E, se estiver na Constituição, no caso brasileiro, pelo artigo 5º, § 1º, ele tem aplicação direta e imediata. Vale dizer: o legislador não pode, por omissão, frustrar o exercício de um direito fundamental. Esse entendimento está consagrado textualmente pela Constituição, pela boa doutrina em toda parte do mundo e por este Supremo Tribunal Federal.

Não está escrito na Constituição Brasileira que exista direito às uniões homoafetivas, mas este Tribunal, em boa hora, reconheceu a legitimidade delas. Não está escrito na Constituição que é possível interromper a gestação num caso de feto anencefálico, o caso da relatoria do eminente Ministro Marco Aurélio, e este Tribunal reconheceu este direito. O que o legislador pode fazer é regulamentar um direito e restringi-lo, desde que o faça com proporcionalidade e para atender a outros fins constitucionais.

Portanto, para ficarem claras as posições divergentes, direito fundamental é direito que não depende da vontade do legislador; é direito que não depende da vontade da maioria; basta que esteja na Constituição. E, em certos casos, mesmo que não esteja na Constituição, o direito fundamental existirá. É assim que penso e acho importante pontuar isso em um Tribunal cujo principal papel é proteger os direitos fundamentais e as regras do jogo democrático. Esses são os grandes papéis de um Tribunal Constitucional. Nós é que fomos atirados nesse universo de paixões desenfreadas e indevidas, que é exercer jurisdição penal de primeiro grau, que nenhum tribunal constitucional do mundo exerce, e que nos traz os problemas que nós enfrentamos. Porque, quando defendemos os direitos fundamentais ou a democracia, as coisas se passam bem.

Muito obrigado, Presidente.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14744100.

08/02/2018 **PLENÁRIO**

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.239 DISTRITO FEDERAL

RELATOR	**: MIN. CEZAR PELUSO**
REDATORA DO ACÓRDÃO	**: MIN. ROSA WEBER**
REQTE.(S)	: DEMOCRATAS
ADV.(A/S)	: FABRÍCIO JULIANO MENDES MEDEIROS E OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S)	: PRESIDENTE DA REPÚBLICA
ADV.(A/S)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
AM. CURIAE.	: INSTITUTO PRO BONO
AM. CURIAE.	: CONECTAS DIREITOS HUMANOS
AM. CURIAE.	: SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO PÚBLICO - SBDP
ADV.(A/S)	: ELOISA MACHADO DE ALMEIDA E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	: CENTRO PELO DIREITO À MORADIA CONTRA DESPEJOS - COHERE
AM. CURIAE.	: CENTRO DE JUSTIÇA GLOBAL
AM. CURIAE.	: INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL - ISA
AM. CURIAE.	: INSTITUTO DE ESTUDOS, FORMAÇÃO E ASSESSORIA EM POLÍTICAS SOCIAIS - POLIS
AM. CURIAE.	: TERRA DE DIREITOS
ADV.(A/S)	: ANDRESSA CALDAS E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	: FEDERAÇÃO DOS TRABALHADORES NA AGRICULTURA DO ESTADO DO PARÁ - FETAGRI-PARÁ
ADV.(A/S)	: GIROLAMO DOMENICO TRECCANI
AM. CURIAE.	: ESTADO DO PARÁ
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PARÁ
AM. CURIAE.	: ESTADO DE SANTA CATARINA
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA
AM. CURIAE.	: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA AGRICULTURA E PECUÁRIA DO BRASIL - CNA
ADV.(A/S)	: ILMAR NASCIMENTO GALVÃO
AM. CURIAE.	: CONFEDERACAO NACIONAL DA INDUSTRIA

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14693058.

ADV.(A/S)	:CASSIO AUGUSTO MUNIZ BORGES E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	:ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE CELULOSE E PAPEL - BRACELPA
ADV.(A/S)	:GASTAO ALVES DE TOLEDO E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	:SOCIEDADE RURAL BRASILEIRA
ADV.(A/S)	:RICARDO DE AQUINO SALLES E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	:CENTRO DE ASSESSORIA JURÍDICA POPULAR MARIANA CRIOLA
AM. CURIAE.	:KOINONIA PRESENÇA ECUMÊNICA E SERVIÇO
ADV.(A/S)	:FRANCINE DAMASCENO PINHEIRO E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	:ASSOCIAÇÃO DOS QUILOMBOS UNIDOS DO BARRO PRETO E INDAIÁ
AM. CURIAE.	:ASSOCIAÇÃO DE MORADORES QUILOMBOLAS DE SANTANA - QUILOMBO DE SANTANA
AM. CURIAE.	:COORDENAÇÃO DAS COMUNIDADES NEGRAS RURAIS QUILOMBOLAS DE MATO GROSSO DO SUL
ADV.(A/S)	:FERNANDO GALLARDO VIEIRA PRIOSTE E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	:INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA - INCRA
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL FEDERAL
AM. CURIAE.	:ESTADO DO PARANÁ
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PARANÁ
AM. CURIAE.	:CONFERÊNCIA NACIONAL DOS BISPOS DO BRASIL - CNBB
ADV.(A/S)	:CARLOS ROBERTO SIQUEIRA CASTRO E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	:INSTITUTO DE ADVOCACIA RACIAL E AMBIENTAL - IARA
ADV.(A/S)	:HUMBERTO ADAMI SANTOS JÚNIOR
AM. CURIAE.	:CLUBE PALMARES DE VOLTA REDONDA - CPVR
ADV.(A/S)	:HUMBERTO ADAMI SANTOS JÚNIOR

OBSERVAÇÃO

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14693058.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Presidente, é interessante, eu não conheço Estado que foi organizado com base em aplicação de direitos naturais, essa é uma inovação do constitucionalismo. Por mais que se fale em direitos naturais, os Estados se organizaram com base em direitos fundamentais positivos. Essa é a primeira realidade.

A segunda é que o direito de propriedade aqui envolvido também é direito humano e direito fundamental. Aparece já na clássica declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Agora, eu gostaria de ver a aplicação desse direito, previsto no artigo 68, sem alguma regulamentação. Eu queria conhecer o gênio que seria capaz de fazê-lo, e, ao fazê-lo, não invocar a base legal para fazer uma desapropriação, num sistema de intervenção no direito de propriedade. É disso que se trata, é isso que se discute. Dignidade da pessoa humana é preciso que esteja previsto, minimamente disciplinado, ou aceito. Tanto é que há um texto magnífico de Häberle, cuja abertura mental é incontestável, em que diz que, nas democracias constitucionais, com cortes constitucionais, se tornou despiciendo o debate sobre conflito entre direito natural e direito positivo, porque há um tipo de incorporação. O debate que o famoso Bachof suscitou lá nos anos 50 na Alemanha.

De modo que o que é extravagante... mesmo aqui nós estamos falando do direito de propriedade, gostemos ou não, ele integra a cadeia de direitos em alguns casos, inclusive é a base de todo o sistema. Isso não tem nada a ver com o reconhecimento de direitos ou expansão do âmbito de proteção de direitos que ocorre no sistema constitucional. Eu mesmo, que me julgo um positivista, e feliz assim, votei na questão da união homoafetiva sem nenhum problema, porque me parece que é possível sim se construir um âmbito nos marcos do texto constitucional.

Agora, Estado que aplicou direitos naturais, gostaria de saber um caso, um exemplo, como que se evoluiu antes da positivação, quando o constitucionalismo, como é conhecido, é conhecido como a positivação dos direitos fundamentais, defesa. E eu não estou contra, acho que deve se regulamentar essa questão de se encontrar uma equação para esse tema, mas não dizer que se executa por decreto, porque, por decreto

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14693058.

então, se poderia suprimir a propriedade. Por que não extinguir a propriedade? Por que não confiscar? Por isso que o Ministro Toffoli buscou base legal para isso. Porque é evidente que, mais do que inclusive no que diz respeito às terras indígenas, não se falou em anulação de títulos, mas em desapropriação, o que pressupõe o pagamento prévio e justo da indenização, tem que ter base legal. Então isto precisa realmente ser muito bem assentado para este caso e para que nós não nos metamos em outras aventuras.

Por decreto, Presidente, repito, se operou sob a Constituição de 37!

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14693058.

08/02/2018 **PLENÁRIO**

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.239 DISTRITO FEDERAL

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Presidente, só um breve esclarecimento, o artigo 68 diz assim:

"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".

Portanto, ninguém está suprimindo direito de propriedade por decreto, a Constituição estabelece que o direito de propriedade é deles.

O decreto veio regulamentar o que a Constituição previu. Logo, não se está criando nem suprimindo direito por decreto. O direito foi criado pela Constituição. Se o direito foi criado pela Constituição, aí o decreto pode regulamentar, porque, senão, um direito fundamental ficaria subordinado à intermediação do legislador. Aliás, para impedir essa situação, se criou tanto o mandado de injunção quanto a ação de inconstitucionalidade por omissão, para que não se reconhecesse ao legislador o direito de paralisar a eficácia do que o constituinte deu. Portanto, é perfeitamente possível.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14744101.

08/02/2018 **PLENÁRIO**

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.239 DISTRITO FEDERAL

V O T O

CONSTITUCIONAL. DESAPROPRIAÇÃO. IDENTIFICAÇÃO, RECONHECIMENTO, DELIMITAÇÃO, DEMARCAÇÃO E TITULAÇÃO DAS TERRAS OCUPADAS POR REMANESCENTES DAS COMUNIDADES DOS QUILOMBOS. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO CRITÉRIO DE AUTO-ATRIBUIÇÃO PARA IDENTIFICAÇÃO DAS COMUNIDADES QUILOMBOLAS E DAS TERRAS A ELAS PERTENCENTES. ADCT, ART. 68. DECRETO 4.887/03.

1) Caráter jusfundamental do direito dos quilombolas. O direito das comunidades quilombolas às suas terras representa importante mecanismo de garantia do *direito à moradia*, da preservação da cultura e do modo de vida das comunidades quilombolas. Revela-se, assim, interesse público de elevada magnitude, integrante do patrimônio cultural da nação brasileira. A regularização fundiária promovida pelo Decreto nº 4.887/03, regulamentado diretamente pelo art. 68 do ADCT, visa a afirmar a identidade quilombola, reconhecer a sua cultura, quebrando os

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14639238.

atávicos estigmas que dificultam a integração da sociedade brasileira, razão pela qual é revestida de patente *jusfundamentalidade material*. O direito à terra titularizado pelas comunidades quilombolas atrai o regime jurídico reforçado inerente aos direitos fundamentais, que não podem ser prisioneiros do legislador ordinário, vigorando ao sabor das maiorias ocasionais, sob pena de frustrar-lhes o inerente papel emancipatório nas democracias constitucionais. Não verifico, portanto, qualquer vício formal.

2) Desapropriação como instrumento de repartição social dos custos e ponderação de direitos.

3) A desapropriação prevista no Decreto nº 4.887/03 importa, de um lado, resposta ao despojamento territorial sofrido pelos quilombolas, e, de outro, a justa recomposição patrimonial dos eventuais titulares de direitos sobre terras. No artigo 68 do ADCT assegurou-se o domínio sobre as terras, mas nada se falou sobre pleitos indenizatórios. A desapropriação representa a *justa medida* para acomodar otimizadamente bens jurídicos em jogo, dado que a um só tempo, resguarda, na maior extensão possível, a propriedade quilombola, assegurada pelo art. 68 do ADCT, sem descuidar dos eventuais direitos de particulares existentes sobre aqueles

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14639238.

territórios (CRFB, art. 5º, XXII).

4) A solução prestigia, ainda, o princípio da *solidariedade social*, insculpido no art. 3º, I, da Lei Maior, cujo núcleo de sentido normativo justifica a repartição coletiva dos custos inerentes à garantia e à efetivação do direito das comunidades quilombolas à sua terra. Não seria justo ou razoável que os encargos decorrentes da preservação do patrimônio cultural brasileiro recaíssem exclusivamente sobre os antigos proprietários dos territórios ocupados pelos grupos remanescentes dos quilombos.

5) A regularização fundiária quilombola configura claro interesse social (art. 5º, XXIV).

6) L<u>egitimidade da autoatribuição como critério de determinação da identidade étnico-cultural.</u>

7) A autodeclaração não é o único parâmetro para definição das comunidades quilombolas. Há outros elementos importantes para a definição da identidade étnico-cultural, como o que exige "trajetória histórica própria", "relações territoriais específicas" e "presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida", além do certificado da Fundação Cultural Palmares, sem que seja necessário acrescer qualquer critério temporal. O perigo de abuso temido pelo partido requerente não se justifica diante das cautelas adotadas pela

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14639238.

Administração Pública federal.

8) O critério de autodefinição encontra respaldo normativo na ordem jurídica brasileira, tendo sido consagrado na jurisprudência desta Suprema Corte e no plano internacional para fins definição de comunidades tradicionais (Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre Povos Indígenas e Tribais, adotada em 27 de junho de 1989 e incorporada à legislação pátria pelo Decreto nº 5.051/04).

9) A opção regulamentar pelo critério da autoatribuição representa, em verdade, a tradução *jurídico-normativa* de conclusões *técnico-científicas* produzidas no campo da Antropologia.

10) Indicativos endógenos como pontos de partida para delimitação dos territórios. Os indicativos fornecidos pelas comunidades quilombolas, tal como disciplinados pela legislação brasileira em vigor, não são, em si, absolutos para a demarcação das respectivas áreas. Trata-se apenas do *ponto de partida* para delimitação dos territórios, cuja precisa e definitiva configuração é estabelecida por ato privativo do Poder Público após o *devido processo demarcatório* que decorre da disciplina regulamentar aplicável.

11) A inaplicabilidade do marco temporal e outras condicionantes.

12) A interpretação gramatical do artigo 68 do ADCT não encontra qualquer referência

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14639238.

em datas ou outro parâmetro temporal; ao contrário, vê "reconhecida" a propriedade definitiva. O dispositivo *declara* – e não *constitui* – o direito de propriedade, sem delimitar marcos temporais. Da mesma forma, a referência àqueles que "estejam ocupando" demonstra a atualidade e a continuidade da ocupação, incluindo no campo semântico da garantia, por exemplo, aqueles que outrora foram removidos forçosamente de suas terras, mas já presentemente conseguiram reavê-la.

13) O aspecto teleológico afasta a exegese que reduz o alcance e o propósito de norma notoriamente protetiva. Caracteriza-se a "*efetiva atualização histórica das comunidades dos quilombos*" por uma atávica identidade étnico-cultural, que se une visceralmente à terra e à tradição comum, independentemente de lá estarem em uma data qualquer arbitrária. Qualquer condicionante que obste a emissão dos respectivos títulos diz mais do que o constituinte e, ao impor uma proteção menor do que a consignada na Constituição, deve ser rechaçada por inconstitucional.

14) A transferência às comunidades remanescentes dos quilombolas do ônus de comprovar os atos ilícitos que lhes comprometeram a continuidade da posse perpetua uma situação de opressão racial. É que a histórica discriminação a que foram

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14639238.

> submetidos, inclusive institucional, bem como a oralidade que caracteriza a transmissão de tradições, conhecimento e informações nas comunidades, onera sobremaneira a produção dessas provas pelos remanescentes dos quilombos.
> 15) Acompanho a divergência aberta pela Ministra Rosa Weber e voto pela improcedência da ação.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX: Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido liminar, ajuizada pelo Partido da Frente Liberal (PFL), atual Democratas (DEM), em face do Decreto nº 4.887, de 20 de novembro de 2003, que dispõe sobre "*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*".

Alega o Autor, preliminarmente, que o ato normativo atacado seria de natureza primária, buscando amparo diretamente na Constituição, razão pela qual seria admissível a respectiva impugnação em sede de ADI. No mérito, aduz que o Decreto nº 4.887/03 ofende a Constituição da República sob os seguintes fundamentos: (*i*) contraria o comando do art. 84, IV, da CRFB, que atribui aos regulamentos papel de promover a fiel execução das leis, ao dispor, sem supedâneo em lei formal, sobre a aplicação do art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), (*ii*) cria nova modalidade de desapropriação não prevista no texto da Carta Magna, ensejando desnecessárias despesas públicas para fazer frente a futuras indenizações; (*iii*) amplia injustificadamente o alcance do art. 68 do ADCT, ao prever o critério de autoatribuição para fins de identificar as comunidades remanescentes de quilombos; e (*iv*) subverte o sentido do art. 68 do ADCT pela utilização de indicativos fornecidos pelos próprios interessados com o propósito de determinar as

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14639238.

terras a serem reconhecidas às comunidades quilombolas.

Em suas informações, o Presidente da República, por intermédio da Advocacia-Geral da União, sustenta, em sede preliminar, o não-conhecimento da presente ADI, porquanto (*i*) carente de fundamentação quanto ao pedido de declaração de inconstitucionalidade, como exigem os arts. 3º e 4º da Lei nº 9.868/99, além de (*ii*) voltada para questionar ato de efeitos concretos, sem conteúdo normativo, como alega ser o Decreto nº 4.887/03, em descompasso com o art. 102, I, "a" da Constituição. No mérito, requer a improcedência da ação, lastreando-se, para tanto, nas seguintes razões: (*i*) o art. 68 do ADCT configura "*norma constitucional de eficácia jurídica plena, não dependendo da edição de qualquer ato legislativo para sua aplicabilidade*" (fls. 63), de modo que o Decreto questionado "*não invade esfera reservada à lei*" (fls. 64); (*ii*) a desapropriação é instrumento adequado para minimizar potenciais conflitos entre "*a propriedade do particular e a dos quilombolas prevista constitucionalmente*" (fls. 30); (*iii*) os critérios para determinação dos grupos quilombolas e das respectivas áreas de direito possuem fundamento técnico, amparados em sólidos estudos antropológicos voltados para manutenção da cultura e da identidade dos grupos afro-brasileiros, como requerem os arts. 215 e 216 da Constituição.

O Min. relator determinou a aplicação do rito do art. 12 da Lei nº 9.868/99, visando ao julgamento definitivo da ação.

Em cumprimento do disposto no art. 103, §3º, da Constituição, a Advocacia-Geral da União sustenta, preliminarmente, o não-conhecimento da presente ação direta de inconstitucionalidade, tendo em vista a (*i*) falta de cotejo analítico, na peça vestibular, entre o Decreto impugnado e a Lei Maior, configurando impugnação genérica não admitida pela jurisprudência desta Corte; e (*ii*) a natureza secundária do Decreto nº 4.887/03, que "*retira seu fundamento de validade diretamente das normas do art. 14, IV, 'c' , da Lei nº 9.649, de 1998, e do art. 2º, III e parágrafo*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14639238.

único, da Lei nº 7.668, de 1998, e não diretamente da Constituição Federal (art. 68, ADCT)", tornando-o insuscetível de controle abstrato de constitucionalidade consoante entendimento sedimentado deste Supremo Tribunal Federal. No mérito, defende a compatibilidade, formal e material, entre o ato questionado e a Constituição de 1988, requerendo a improcedência da ação, à luz dos seguintes argumentos: (*i*) a essência puramente regulamentar do Decreto nº 4.887/03 lhe retira qualquer "autonomia legislativa" censurável constitucionalmente; (*ii*) a base científico-antropológica dos critérios de identificação das comunidades quilombolas e das terras que lhe pertencem justificam sua utilização; e (*iii*) a necessidade da desapropriação como instrumento de resgate de terras de que historicamente foram expulsos os quilombos legitima a opção por esse instrumento jurídico.

A Procuradoria-Geral da República segue as conclusões defendidas pela Advocacia-Geral da União, em parecer assim ementado:

> "Ação Direta de Inconstitucionalidade em face do Decreto nº 4.887/03, que regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que trata o art. 68 do ADCT. Decreto que regulamenta o art. 14, IV, 'c' , da Lei nº 9.949/98 e o art. 2º, III e parágrafo único, da Lei nº 7.668/88. Inexistência de inconstitucionalidade formal. Necessidade de realização de desapropriação. Critério da auto-atribuição para identificação das comunidades quilombolas e das terras a eles pertencentes. Estudos antropológicos atestam a adequação desse critério. Parecer pela improcedência da ação".

Em seguida, solicitaram ingresso no feito, na qualidade de *amici curiae*, as seguintes entidades: (a) Instituto Pro Bono; Conectas Direitos Humanos e Sociedade Brasileira de Direito Público. (b) Centro pela Direito à Moradia contra Despejos – COHRE, Centro de Justiça Global, Instituto Socioambiental – ISA, Instituto de Estudos, Formação e

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14639238.

Assessoria em Políticas Sociais – POLIS e Terra de Direitos; (c) Federação dos Trabalhadores na Agricultura do Estado do Pará – FETAGRI-Pará; (d) Procuradoria-Geral do Estado do Pará; (e) Estado de Santa Catarina; (f) Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil – CNA; (g) Confederação Nacional da Indústria – CNI; (h) Associação Brasileira de Celulose e Papel – BRACELPA; e (i) Sociedade Rural Brasileira.

É o relatório.

REJEIÇÃO DAS PRELIMINARES: A AÇÃO MERECE SER CONHECIDA

Preliminarmente, não merecem acolhimento as questões prévias suscitadas pela Presidência da República em suas informações. Com efeito, nos termos em que articulada a inicial, a presente ação direta veicula pedido de declaração de inconstitucionalidade fundamentado nos arts. 5º, XXIV, 84, IV, da Constituição de 1988 e no art. 68 do ADCT, não havendo que se cogitar de inobservância dos arts. 3º e 4º da Lei nº 9.868/99. Ademais, o Decreto nº 4.887/03 reveste-se de coeficiente de generalidade e abstração suficiente para caracterizá-lo como ato normativo, viabilizando seu controle por via principal, na forma do art. 102, I, "a" da Constituição.

Não prospera igualmente a alegação preliminar da Advocacia-Geral da União no sentido de que a presente ADI não deve ser conhecida por lastrear-se em impugnação genérica, carecendo de cotejo analítico, na peça vestibular, entre o Decreto impugnado e a Constituição da República. Como se extrai da exordial, a presente ADI tem como *causa petendi* os arts. 5º, XXIV, 84, IV, da Constituição de 1988 e art. 68 do ADCT, suficientes, em tese, para infirmar a validade do Decreto nº 4.887/03.

Por fim, tampouco merece guarida a segunda questão preliminar

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14639238.

suscitada pela AGU, quanto ao caráter normativo secundário, evidentemente infralegal, do Decreto nº 4.887/03, que não retiraria seu fundamento de validade diretamente da Constituição. A alegação de que o Decreto nº 4.887/03 regulamenta o disposto no art. 14, IV, "c", da Lei nº 9.649/98 e no art. 2º, III e parágrafo único da Lei nº 7.668/88 não subsiste à análise dos dispositivos referidos, que se limitam a dispor sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, **sem qualquer densidade normativa**. Confira-se:

> Art. 14. Os assuntos que constituem área de competência de cada Ministério são os seguintes:
>
> (...)
>
> IV - Ministério da Cultura:
>
> (...)
>
> c) aprovar a delimitação das terras dos remanescentes das comunidades dos quilombos, bem como determinar as suas demarcações, que serão homologadas mediante decreto;
>
> Art. 2º A Fundação Cultural Palmares - FCP poderá atuar, em todo o território nacional, diretamente ou mediante convênios ou contrato com Estados, Municípios e entidades públicas ou privadas, cabendo-lhe:
>
> (...)
>
> III - realizar a identificação dos remanescentes das comunidades dos quilombos, proceder ao reconhecimento, à delimitação e à demarcação das terras por eles ocupadas e conferir-lhes a correspondente titulação.
>
> Parágrafo único. A Fundação Cultural Palmares - FCP é também parte legítima para promover o registro dos títulos de propriedade nos respectivos cartórios imobiliários.

Estabelecem os dispositivos a atribuição para atos administrativos inerentes ao processo de titulação - não regulamentam, nem delegam poder regulamentar. Prova de sua insipidez normativa, incapaz de servir de comandos legais para qualquer ato secundário, é que suas previsões

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14639238.

não subsistem e sequer foram formalmente revogadas. A delimitação das terras e a determinação das demarcações passaram à Casa Civil, nos termos da Medida Provisória nº 782, de 31 de maio de 2017, cabendo ao Ministério da Cultura tão-somente a assistência e acompanhamento da Casa Civil e do INCRA, "para garantir a preservação da identidade cultural dos remanescentes das comunidades dos quilombos". A limitação das atribuições da Fundação Cultural Palmares, por sua vez, foi promovida pelo Decreto nº 4.887/03, que atribuiu ao INCRA "*a identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras*".

Ex positis, **conheço** da presente Ação Direta de Inconstitucionalidade. Nada obstante, no mérito, a presente ação deverá ser julgada **<u>improcedente</u>**, reconhecendo-se a constitucionalidade do Decreto nº 4.887/03.

Quanto à matéria de fundo, alega o Autor que Decreto nº 4.887/03 viola a Constituição de 1988 sob seguintes fundamentos: (*i*) contraria o comando do art. 84, IV, da CRFB, que atribui aos regulamentos papel de promover a fiel execução das leis, ao dispor, sem supedâneo em lei formal, sobre a aplicação do art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), (*ii*) cria nova modalidade de desapropriação não prevista no texto da Carta Magna, ensejando desnecessárias despesas públicas para fazer frente a futuras indenizações; (*iii*) amplia injustificadamente o alcance do art. 68 do ADCT, ao prever o critério de autoatribuição para fins de identificar as comunidades remanescentes de quilombos; e (*iv*) subverte o sentido do art. 68 do ADCT pela utilização de indicativos fornecidos pelos próprios interessados com o propósito de determinar as terras a serem reconhecidas aos remanescentes das comunidades quilombolas.

Nenhuma das impugnações articuladas na inicial merece prosperar.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14639238.

A. INEXISTÊNCIA DE VÍCIO DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL

O art. 68 da CRFB como fundamento de validade do Decreto 4.887/03

A suposta invasão de campo normativo próprio à lei formal não se configura. Como já demonstrado, o Decreto nº 4.887/03 ostenta natureza regulamentar, nitidamente infralegal, não extrai seu fundamento de validade do art. 14, IV, "c", da Lei nº 9.649/98 e do art. 2º, III e parágrafo único da Lei nº 7.668/88, mas diretamente do texto constitucional.

Não obstante isso, o Decreto nº 4.887/03 não incorre em qualquer vício formal ao regulamentar diretamente, sem base em lei, o art. 68 do ADCT. É que a moderna noção de legalidade administrativa não mais se afeiçoa aos dogmas clássicos do liberalismo burguês oitocentista, que explicava a atividade da Administração Pública como inexoravelmente dependente da lei formal. Tal compreensão teórica, antes de tudo *historicamente inverossímil*, há de ser, agora, *cientificamente abandonada* haja vista a substituição da lei pela Constituição como cerne da vinculação administrativa à juridicidade (BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Renovar: Rio de Janeiro, 2008, p. 36).

Com efeito, vive-se hoje um novo paradigma no direito público brasileiro. Fala-se em *neoconstitucionalismo* para designar genericamente as sensíveis transformações por que passam as nossas teoria e a prática jurídicas (cf. BARROSO, Luís Roberto. "Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito" **in** *Revista de Direito Administrativo*, v. 240. Rio de Janeiro, 2005, pp. 1-42; SARMENTO, Daniel. "O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades" in *Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da Constituição e direitos fundamentais.* Rio de janeiro: Lumen juris, 2010, pp. 233-272). No seio dessas mudanças está um fenômeno de inegável importância: o reconhecimento da força normativa da Constituição e de

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14639238.

sua centralidade como núcleo axiológico conformador de toda a ordem jurídica. Seus valores, princípios e regras devem irradiar-se por todos os recantos do tecido normativo.

Nesse quadro, os mais variados ramos do Direito, entre os quais o Administrativo, experimentam uma verdadeira "*revolução dogmática*", como bem designou Paulo Otero, professor catedrático da Universidade de Lisboa (OTERO, Paulo. "Constituição e Legalidade administrativa: a revolução dogmática do Direito Administrativo" ***in*** *Constituição Federal – 15 anos – Mutação e Evolução*. TAVARES, André Ramos *et alii* (Orgs.). São Paulo: Editora Método, 2003, pp. 147-173).

As normas constitucionais – especialmente as instituidoras de princípios e definidoras de direitos fundamentais – passam a prescindir de lei para vincular o administrador e incidir sobre casos concretos. A Constituição deixa de ser concebida como simples documento político, despido de autêntica força normativa, para consubstanciar o fundamento jurídico primeiro do agir administrativo. Tal como afirma Canotilho, "*a reserva vertical da lei foi substituída por uma reserva vertical da Constituição*" (CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 836).

No Brasil, esse fenômeno foi captado com precisão por Gustavo Binenbojm, cujas lições merecem transcrição, *in verbis*:

> "Verifica-se, assim, o surgimento de uma verdadeira *Constituição administrativa*, que, por um processo de *autodeterminação constitucional*, se emancipou da lei na sua relação com a Administração Pública, passando a consagrar princípios e regras que, sem dependência da *interpositio legislatoris*, vinculam direta e imediatamente as autoridades administrativas. A Constituição, assim, deixa de ser mero programa político genérico à espera de concretização pelo legislador e passa a ser vista como norma diretamente

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14639238.

> habilitadora da competência administrativa e como critério imediato de fundamentação e legitimação da decisão administrativa" (grifos no original).
>
> (BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Renovar: Rio de Janeiro, 2008, p. 37).

Diante desse marco teórico de *constitucionalização do direito administrativo*, a vinculação da Administração Pública ao direito não mais se circunscreve à lei formal. Dá-se, ao revés, em relação ao ordenamento jurídico como um todo, centralizado e unificado pela matriz constitucional. Alude-se aí ao que Adolf Merkl rotulou de *princípio da juridicidade administrativa* (MERKL, Adolf. *Teoría general de decrecho administrativo*. Madrid: Editora Revista de Derecho Privado, 1935, p. 132 e segs.). Em termos práticos, isso significa que a atividade administrativa, embora continue a realizar-se, via de regra, *secundum legem*, possa, em certas circunstâncias, também operar *praeter legem*, *i.e.*, independentemente da existência de lei formal, encontrando fundamento direto na Constituição.

A razão disso é simples: se a Administração deverá aplicar imediatamente a Constituição aos casos concretos com que se deparar, independentemente de intermediação legislativa, é evidente que poderá editar *atos normativos* que orientem e disciplinem essa aplicação, conferindo segurança e previsibilidade à sua atuação, bem como assegurando uniformidade de tratamento aos terceiros com que se relacionar.

Tal constatação impõe o abandono de concepções arcaicas quanto ao papel dos regulamentos no direito administrativo brasileiro, que alegadamente se resumiriam a desempenhar função executiva, voltada apenas para o fiel cumprimento das leis. O art. 84, IV, da Constituição, embora evidencie uma espécie, não esgota todas as modalidades de regulamento existentes e válidas diante da ordem jurídica brasileira.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14639238.

Admite-se também a edição de *regulamentos autônomos*, que dispensam lei formal como condição de sua existência, haurindo seu pressuposto de validade imediatamente da Constituição. Eis aí a razão da plena compatibilidade do decreto impugnado com o disposto no art. 84, IV, da Constituição da República.

O fundamento da atuação normativa *praeter legem* da Administração decorre da previsão constitucional que impõe ao administrador preservar ou promover determinado estado de coisas. Cumprindo-lhe alcançar o desiderato constitucional, está a Administração Pública implicitamente autorizada a editar os atos normativos necessários ao alcance do fim, como, aliás, há muito consagrado pela teoria dos poderes implícitos (*implied powers*), desenvolvida pela Suprema Corte norte-americana a partir do aresto McCulloch v. Maryland, 17 U.S. 316 (1819).

É nesse exato sentido o magistério de Eros Roberto Grau, *verbis*:

> "Os *regulamentos autônomos ou independentes* são emanações a partir de *atribuição implícita* do exercício de função normativa ao Executivo, definida no texto constitucional ou decorrente de sua estrutura. A sua emanação é *indispensável à efetiva atuação do Executivo em relação a determinadas matérias, definidas como de sua competência*.
>
> Verifica-se, portanto, no caso deles, *atribuição implícita* do exercício de função normativa na destinação de determinada competência ao Executivo. **O exercício da função administrativa impõe, em certos casos, o exercício ancilar de função normativa**" (grifos em itálico no original).
>
> (GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 252-253).

A jurisprudência desta Corte já chancelou a constitucionalidade de regulamentos autônomos em mais de uma oportunidade. No julgamento do Recurso Extraordinário nº 203.954-3/CE, rel. Min. Ilmar Galvão, afirmou-se a validade da portaria autônoma do Ministério da Fazenda

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14639238.

que proibia a importação de veículos usados, editada com fulcro direto no art. 237 da Constituição, que atribui àquele órgão competência para exercer a fiscalização e o controle do comércio exterior, quando essenciais à defesa dos interesses fazendários nacionais. Vale transcrever o raciocínio pedagógico desenvolvido pelo i. Ministro Celso de Mello naquele julgado, *in verbis*:

> "Se é certo, portanto, que o exercício **válido** da competência administrativa **pressupõe** a existência de lei, não se torna menos exato reconhecer que, **no caso**, o ato estatal impugnado – vedação à importação de bens de consumo usados prevista na Portaria DECEX n. 8/91 (art. 27) – extraiu a sua autoridade e a sua eficácia de norma indiscutivelmente revestida do mais elevado grau de positividade jurídica em nosso sistema normativo: **o próprio texto da Constituição da República**" (grifos no original).
>
> (RE nº 203.954, rel. Min. Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, julgado em 20/11/1996, DJ 07-02-1997).

No mesmo sentido, esta Suprema Corte, no julgamento da ADC nº 12, rel. Min. Carlos Ayres Britto, placitou a constitucionalidade da Resolução nº 7/05, editada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), com fundamento direto no art. 103-B, §4º, da Constituição. Em seus termos, proibiu-se, sem supedâneo legal, a prática do nepotismo no âmbito do Poder Judiciário. Segundo o Excelso Pretório, não haveria qualquer vício formal a macular a Resolução CNJ nº 7/05, porquanto apenas voltada para, nas precisas palavras do i. Min relator, "*debulhar os próprios conteúdos lógicos dos princípios constitucionais de centrada regência de toda a atividade administrativa do Estado*".

Obviamente essa atuação normativa autônoma da Administração encontra limites no próprio texto constitucional. Não é possível admiti-la em campos constitucionalmente sujeitos a *reserva de lei*. Nestes casos, a lei (formal ou material, a depender da hipótese) é a única manifestação

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14639238.

legítima da juridicidade administrativa. Para todos os demais domínios não sujeitos a reservas de lei, a Administração Pública poderá editar regulamentos autônomos, desde que identificado um interesse constitucional que lhe caiba promover.

É o que ocorre na presente ADI. Por um lado, verifica-se que o art. 68 do ADCT não veicula qualquer regra jurídica sujeita à reserva legal. Ao contrário. O constituinte de 1988 foi peremptório e categórico ao assegurar, de imediato, o direito à terra titularizado pelas comunidades remanescentes dos quilombos. Não se encontra, no dispositivo em questão, qualquer indício de que sua eficácia estivesse condicionada a eventual e futura disciplina legislativa. Aliás, sequer houve menção à lei, como ocorre com diversas outras previsões igualmente definidoras de direitos contidas na Carta Magna (*v.g.*, art. 5º, incisos VI, VII, VIII, XIII, XV, XXIX, LXXVI, LXXVII; art. 7º, incisos I, IV, X, XII, XIX, XX, XIX). Assim é que atuação do Estado, para fins de concretização do art. 68 do ADCT, independe de prévia edição de lei formal.

Por outro lado, a previsão constitucional indica que a demarcação fundiária e a titulação das propriedades quilombolas consubstanciam um fim público que se deve promover. Trata-se de direito das comunidades e dever do Estado, que não pode se furtar ao cumprimento das missões assinaladas pela Lei Maior.

A conjugação desses fatores (*i.e.*, inexistência de reserva legal e existência de uma finalidade constitucional a se promover) já permite, *per se*, a regulamentação *praeter legem* da matéria pela Administração Pública. Afinal, é evidente que se o Estado, pela dicção do art. 68 do ADCT, tem o dever de, em cada caso, emitir títulos de propriedade às comunidades quilombolas, poderá estabelecer critérios genéricos e abstratos que orientem previamente a sua atuação neste campo. Ganha-se, com isso, previsibilidade, segurança e respeito à isonomia.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14639238.

Há mais, porém. A natureza do interesse constitucional em jogo amplia as bases de legitimidade do Decreto nº 4.887/03.

O caráter jusfundamental do direito dos quilombolas

Com efeito, o art. 68 das Disposições Constitucionais Transitórias prevê autêntica norma de direito fundamental, cuja essência sobressai por uma série de fatores. Primeiramente, o direito das comunidades quilombolas às suas terras representa importante mecanismo de garantia do *direito à moradia*, plasmado no art. 6º da Constituição, com redação dada pela EC nº 26/00. Assegura-se, com isso, espaço físico indispensável para adequada sobrevivência e desenvolvimento do grupo social.

Mais além: para comunidades tradicionais, a terra possui um significado completamente peculiar, insuscetível de reduzir-se às ordinárias feições de mercadoria dotada de valor econômico. A terra é o elemento de unidade e coesão do grupo, que permite sua continuidade e preservação no tempo, através de sucessivas gerações, possibilitando a manutenção da cultura, dos valores e do modo peculiar de vida da comunidade étnica. A terra integra a própria *identidade coletiva* do grupo e é indispensável para sua perpetuação (cf. ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de Almeida. "Os quilombos e as novas etnias" **in** *Quilombos: identidade étnica e territorialidade*. O'DWYER, Eliane Cantarino (Org.). Rio de Janeiro: FGV, 2002, pp. 43-82).

Daí por que o direito resguardado pelo art. 68 do ADCT consubstancia, em verdade, além de direito social elementar (moradia), importante direito fundamental cultural, protegido pelos arts. 215 e 216 da Constituição da República. (RIOS, Aurélio Virgílio. "Quilombos e Igualdade Étnico-Racial" **in** *Ordem Jurídica e Igualdade Étnico-Racial*. PIOVESAN, Flávia; SOUZA, Douglas de. (Coords.). Brasília: SEPPIR, 2006, pp. 189-191). Diante disso, a preservação da cultura e do modo de vida das comunidades quilombolas revela-se interesse público de elevada

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14639238.

magnitude, integrante do patrimônio cultural da nação brasileira (CRFB, art. 215, *caput* e §1º c/c art. 216 *caput* e §5º). Tal circunstância confere ao direito previsto no art. 68 do ADCT incontestável dimensão *transindividual*, voltada para a conservar as múltiplas identidades étnicas formadoras da sociedade brasileira.

Oportuno destacar que o art. 68 do ADCT é mais do que simples medida reparatória pela injustiça e opressão sofridas no passado pelas comunidades quilombolas. Ao pretender cultivar a sua identidade, a proteção constitucional volta seus olhos para o futuro. Deseja, na linha do disposto no art. 3º, I, da Carta Magna, "*construir uma sociedade livre, justa e solidária*", objetivo fundamental da República. Esse propósito só se revela possível a partir do reconhecimento da igual dignidade e respeito que merece cada indivíduo e grupo social. A regularização fundiária aludida no art. 68 do ADCT visa exatamente afirmar a identidade quilombola, reconhecer a sua cultura, quebrando os atávicos estigmas que dificultam a integração da sociedade brasileira.

Esses elementos são suficientes para demonstrar a patente *jusfundamentalidade material* de que se reveste o direito à terra titularizado pelas comunidades quilombolas. De fato, embora encartado em dispositivo formalmente estranho ao catálogo de direitos fundamentais (previsto no Título II do texto constitucional brasileiro), o direito assegurado pelo art.68 do ADCT insere-se naquele rol pela previsão de abertura consagrada no art. 5º, §2º, da Constituição, segundo a qual "*os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*".

Sua natureza de direito fundamental atrai, como desdobramento lógico necessário, o regime jurídico reforçado inerente a tais direitos, tornando inequívoca a incidência do art. 5º, §1º, da Constituição, cuja dicção estabelece que "*as normas definidoras de direitos e garantias*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14639238.

fundamentais têm aplicabilidade imediata". Em consequência, os direitos fundamentais não podem ser prisioneiros do legislador ordinário, vigorando ao sabor das maiorias ocasionais, sob pena de frustrar-lhes o inerente papel emancipatório nas democracias constitucionais.

Diante disso, a regulamentação do art. 68 do ADCT diretamente pelo Decreto nº 4.887/03 não dá azo a qualquer vício formal. De qualquer sorte, em reforço ao exposto, como bem observa Walter Claudius Rothenburg, o art. 68 do ADCT reveste-se de densidade semântica bastante para autorizar sua incidência imediata. De fato, "*estão suficientemente indicados, no plano normativo, o* objeto *do direito (a propriedade definitiva das terras ocupadas), seu* sujeito ou beneficiário *(os remanescentes das comunidades dos quilombos), a* condição *(ocupação tradicional das terras), o* dever correlato *(reconhecimento da propriedade e emissão dos títulos respectivos) e o* sujeito passivo ou devedor *(o Estado, o Poder Público). Qualquer leitor bem-intencionado compreende tranquilamente o que a norma quer dizer, e o jurista consegue aplicá-la sem necessidade de integração legal"* (ROTHENGURB, Walter Claudius. "Direitos dos descendentes de escravos (remanescentes das comunidades de quilombos)" **in** *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 461).

Rejeito, portanto, a alegação de inconstitucionalidade formal do Decreto nº 4.887/03.

B. <u>INEXISTÊNCIA DE VÍCIO DE INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL</u>

A desapropriação como instrumento de repartição social dos custos e ponderação de direitos

Passo à análise das impugnações de ordem material ventiladas pelo partido requerente. A primeira delas é a de que o Decreto nº 4.887/03

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14639238.

criaria, por intermédio de seu art. 13, nova modalidade de desapropriação não prevista no texto constitucional, ensejando desnecessárias despesas públicas para fazer frente a futuras indenizações. No seu entender, "*ante o enunciado constante do art. 68 do ADCT, descabe ao Poder Público desapropriar a área, visto que a propriedade decorre diretamente da Constituição*" (fls. 7). O argumento, todavia, não merece ser acolhido.

É inegável que o art. 68 do ADCT promoveu, ele próprio, o reconhecimento do domínio às comunidades quilombolas. Isso, porém, não significa que todos os problemas fundiários ligados à questão estariam desde logo resolvidos.

É que, ao longo do processo histórico, muitos grupos remanescentes de quilombos foram expulsos ou, por fatores externos, forçados a se retirar das terras que originalmente ocupavam. Com sua saída, a posse e a propriedade sobre seus territórios acabaram negociadas, permitindo a emissão de títulos em nome de terceiros. Muitos desses títulos são válidos e foram adquiridos de boa-fé. Nesse cenário, por mais cristalina que seja a redação do art. 68 do ADCT, a conflituosidade fundiária brasileira remanesce. A desapropriação prevista no Decreto nº 4.887/03 surge exatamente para pacificar a controvérsia, permitindo, de um lado, resposta ao despojamento territorial sofrido pelos quilombolas, e, de outro, a justa recomposição patrimonial dos eventuais titulares de direitos sobre terras.

Essa solução se justifica em razão do tratamento jurídico-constitucional das terras quilombolas, que foi distinto do regime aplicável a outra comunidade igualmente tradicional, os indígenas. Quanto a estes, a própria Constituição, em seu art. 237, §6º, solucionou qualquer impasse de que se pudesse cogitar, prevendo, desde logo, a nulidade e a extinção de todos os "*atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras*" tradicionalmente ocupadas pelos índios, "*não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei,*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14639238.

quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé". No que toca às terras quilombolas, o art. 68 do ADCT se limitou a assegurar o domínio pelas comunidades tradicionais. Não cominou nenhuma nulidade aos eventuais títulos que recaíssem sobre as terras, nem rejeitou pleitos indenizatórios daqueles que se sentissem prejudicados.

Esse silêncio da Constituição daria margem a infindáveis discussões, não fosse o Decreto nº 4.887/03, que, antecipando-se à celeuma, ofereceu, por intermédio da desapropriação, solução adequada para *acomodar otimizadamente* os bens jurídicos em jogo. De fato, ainda que a Lei Maior tenha resguardado os direitos das comunidades quilombolas (art. 68 do ADCT), também consagrou, em seu corpo permanente, o direito de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII). Não havendo, tal como ocorre com as terras indígenas, expressa previsão constitucional que equacione o conflito, a solução passa pela técnica da ponderação de interesses na busca da máxima concordância prática entre os valores em colisão. (cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008; SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000; BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005)

Foi o que fez o Decreto nº 4.887/03. A desapropriação prevista em seu art. 13 representa a *justa medida* encontrada pelo administrador para, a um só tempo, resguardar, na maior extensão possível, a propriedade quilombola, assegurada pelo art. 68 do ADCT, sem descuidar dos eventuais direitos de particulares existentes sobre aqueles territórios (CRFB, art. 5º, XXII). Prestigiaram-se, dessa maneira, ambos os interesses constitucionais em linha de tensão, harmonizando-os e equilibrando-os no interior do sistema jurídico brasileiro.

E não é só. Há ainda outro fundamento constitucional que confere legitimidade à desapropriação prevista pelo Decreto nº 4.887/03. Trata-se

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14639238.

do princípio da *solidariedade social*, insculpido no art. 3º, I, da Lei Maior. Seu núcleo de sentido normativo justifica a repartição coletiva dos custos inerentes à garantia e à efetivação do direito das comunidades quilombolas à sua terra. Não seria minimamente justo ou razoável que os encargos decorrentes da preservação do patrimônio cultural brasileiro (CRFB, arts. 215 e 216) recaíssem exclusivamente sobre os antigos proprietários dos territórios ocupados pelos grupos remanescentes dos quilombos. Diante disso, a atribuição ao Estado do dever de indenizá-los configura instrumento adequado para divisão entre toda a sociedade dos custos de concretização do art. 68 do ADCT. O ponto foi muito bem apontado pelo então Procurador Regional da República Daniel Sarmento, em parecer acostado aos autos pela PGR (fls. 1.094 e segs.). Em suas palavras, *verbis*:

> "Sob o prisma da justiça material subjacente à Constituição, a solução *[via desapropriação]* se afigura a mais razoável, na medida em que, através da indenização a ser paga pelo Estado, reparte-se entre toda a sociedade o ônus de financiar os custos de implementação do art. 68 do ADCT. Afinal, é interesse de todos os brasileiros – das presentes e futuras gerações – preservar a cultura dos quilombolas, e, por outro lado, é também um dever de todos nós contribuir para o resgate da dívida histórica que a Nação tem com os remanescentes de quilombos" (fls. 1.121)

Não obstante o exposto, poder-se-ia objetar que a necessidade de desapropriação para o reconhecimento do direito previsto no art. 68 do ADCT tornaria sem sentido a proteção conferida pela Carta Magna. Afinal, mesmo que referido artigo não existisse, o Poder Público poderia proteger as comunidades quilombolas mediante a desapropriação, inclusive com fulcro na preservação do patrimônio histórico e cultural brasileiro, como autorizada expressamente pelo art. 216, §1º, da Constituição. A positivação do art. 68 do ADCT teria sido inócua. O argumento, porém, não convence.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14639238.

De fato, é bem verdade que, mesmo na ausência do art. 68 do ADCT, nada impediria que essa política inclusiva fosse levada a efeito por intermédio da desapropriação seguida de regularização fundiária. No entanto, a inexistência de tal política não violaria, *prima facie*, nenhum direito subjetivo titularizado pelas comunidades quilombolas. Daí o sentido e a razão de ser do art. 68 do ADCT: ao assegurar um direito subjetivo às comunidades remanescentes dos quilombos, o constituinte *obriga* o Poder Público a desapropriar de eventuais particulares que possuam títulos válidos sobre o território. A previsão constitucional, portanto, tem o condão de transformar o que seria mera *possibilidade* em *dever* do Estado, cuja omissão pode até mesmo ser questionada judicialmente (CRFB, art. 5º, XXXV).

Também não impressiona o argumento de que a desapropriação prevista no art. 13 do Decreto "*não se enquadra em nenhuma das modalidades a que se refere o art. 5º, XXIV, do texto constitucional, bem como não se enquadra em nenhuma das leis que as regem*" (fls. 8). Isso porque, em primeiro lugar, o fundamento constitucional de que se extrai a necessidade de desapropriação não é o art. 5º, XXIX, da Constituição, e sim a justa ponderação entre o direito ***de*** propriedade (CRFB, art. 5º, XXII) dos antigos donos e o direito ***à*** propriedade (ADCT, art. 68) das comunidades quilombolas. Ademais, mesmo que assim não fosse, é inegável que a regularização fundiária quilombola configura claro *interesse social* (art. 5º, XXIV) dotado, aliás, de assento direto na Constituição da República (*ex vi* dos seus arts. 215 e 216 c/c art. 68, ADCT).

Por essas razões, não vislumbro qualquer incompatibilidade entre a desapropriação prevista no art. 13 do Decreto nº 4.887/03 e a Constituição brasileira de 1988. Muito ao contrário, entendo que tal instituto jurídico-administrativo contribui para a promoção dos valores sociais de justiça e solidariedade incorporados pela Carta Magna brasileira.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14639238.

A legitimidade da autoatribuição como um dos critérios de determinação da identidade étnico-cultural

Em seguida, alega o Autor que o Decreto nº 4.887/03 teria ampliado injustificadamente o alcance do art. 68 do ADCT, ao prever o critério de autoatribuição para fins de identificar as comunidades remanescentes de quilombos. Na sua visão, *"submeter a qualificação constitucional a uma declaração do próprio interessado nas terras importa radical subversão da lógica constitucional"* (fls. 9), na medida em que tornaria provável a *"hipótese de se atribuir a titularidade dessas terras a pessoas que efetivamente não tem relação com os habitantes das comunidades formadas por escravos fugidos, ao tempo da escravidão no país"* (fls. 11). Mais uma vez, não assiste razão ao partido requerente.

De início, esclareça-se que o critério de autoatribuição, na forma como empregado pela legislação brasileira atual, não é puramente voluntarista, como pretende fazer crer o Autor. O próprio *caput* do art. 2º do Decreto nº 4.887/03 prevê outros elementos importantes para a definição da identidade étnico-cultural. Assim é que exige *"trajetória histórica própria"*, *"relações territoriais específicas"* e *"presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida"*.

A autodefinição deverá ainda ser certificada pela Fundação Cultural Palmares, seguida de inscrição em Cadastro Geral, tudo na forma do art. 3º, §4º, Decreto nº 4.887/03. Para disciplinar o registro, a FCP editou a Portaria nº 98, de 26 de novembro de 2007, que exige das comunidades quilombolas (*i*) deliberação aprovada pela maioria de seus integrantes do grupo (ou assembleia, caso existente) a respeito da sua autodefinição (art. 3º, I e II), (*ii*) remessa à FCP, caso a comunidade os possua, de dados, documentos ou informações, tais como fotos, reportagens, estudos realizados, entre outros, que atestem a história comum do grupo ou suas manifestações culturais (art. 3º, III); e (*iii*) apresentação, em qualquer caso,

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14639238.

de relato sintético da trajetória comum do grupo. Havendo dúvidas, "*a Fundação Cultural Palmares poderá, dependendo do caso concreto, realizar visita técnica à comunidade no intuito de obter informações e esclarecer possíveis dúvidas*" (art. 3º, §2º).

Diante dessas exigências, conjura-se a afirmação de que o critério de autodefinição corresponde à pura e simples declaração de vontade do grupo social, desconectada de qualquer suporte fático que lhe dê verossimilhança. A autodeclaração, tal como tratada pela legislação brasileira, não é o único parâmetro para definição das comunidades quilombolas. O perigo de abuso temido pelo partido requerente não se justifica diante das cautelas adotadas pela Administração Pública federal tanto no Decreto nº 4.887/03 como na Portaria FCP nº 98/07.

Não bastasse, saliente-se que o critério de autodefinição encontra respaldo normativo na ordem jurídica brasileira. De fato, a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre Povos Indígenas e Tribais, adotada em Genebra, em 27 de junho de 1989, e incorporada à legislação pátria pelo Decreto nº 5.051/04, dispõe, em seu art. 1º, item 2, que "*a consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos que se aplicam as disposições da presente Convenção*". O Decreto nº 4.887/03, portanto, apenas seguiu o critério que, à época da sua edição, já era consagrado no plano internacional para fins definição de comunidades tradicionais, tendo sido, posteriormente, incorporado ao ordenamento pátrio com *status* hierárquico supralegal, à luz da jurisprudência desta Suprema Corte (cf., dentre outros, **RE 466343**, rel. Min. Cezar Peluso, **RE 349703**, rel. Min. Carlos Britto, **HC 92566**, rel. Min. Marco Aurélio, todos julgados pelo Tribunal Pleno, em 03/12/2008, DJe-104 divulgado em 04-06-2009).

Aliás, a opção regulamentar pelo critério da autoatribuição representa, em verdade, a tradução *jurídico-normativa* de conclusões

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14639238.

técnico-científicas produzidas no campo da Antropologia. Com efeito, tem-se apontado que a autodeclaração é critério imprescindível para a precisa definição das múltiplas identidades coletivas que integram o mosaico cultural de sociedades plurais como a brasileira. Nesta linha se manifesta Alfredo Wagner Berno de Almeida, antropólogo especialista na questão:

> "O recurso de método mais essencial, que suponho deva ser o fundamento da ruptura com a antiga definição de quilombo, refere-se às representações e práticas dos próprios agentes sociais que viveram e construíram tais situações em meio a antagonismos e violências extremas. A meu ver, **o ponto de partida da análise crítica é a indagação de como os próprios agentes sociais se definem e representam suas relações e práticas em face dos grupos sociais e agências com que interagem**. Esse dado de como os grupos sociais chamados 'remanescentes' se autodefinem é elementar, porquanto foi por essa via que se construiu e afirmou a identidade coletiva. O importante aqui não é tanto como as agências definem, ou como uma ONG define, ou como um partido político define, e sim como os próprios sujeitos se autorrepresentam e quais os critérios político-organizativos que norteiam suas mobilizações e forjam a coesão em torno de uma certa identidade. **Os procedimentos de classificação que interessam são aqueles construídos pelos próprios sujeitos a partir dos próprios conflitos, e não necessariamente aqueles que são produto de classificações externas, muitas vezes estigmatizantes**. Isso é básico na consecução da identidade coletiva e das categorias sobre as quais ela se apóia" (grifou-se).
>
> (ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de Almeida. "Os quilombos e as novas etnias" **in** *Quilombos: identidade étnica e territorialidade*. O'DWYER, Eliane Cantarino (Org.). Rio de Janeiro: FGV, 2002, pp. 67-68).

O partido requerente, portanto, incorre em equívoco ao pretender extrair diretamente da Constituição, em especial do art. 68 do ADCT, uma vedação à autodefinição como parâmetro para identificar o que sejam

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14639238.

"comunidades quilombolas". A Constituição, ela própria, não lhes definiu os lindes conceituais. Por maior que seja a busca, jamais se encontrará, nos recantos do texto constitucional, qualquer critério pré-estabelecido, único, inflexível e atemporal. A matéria, longe de entrincheirada nas dobras da Lei Maior, pertence aos domínios da Antropologia, à qual caberá definir as premissas metodológicas necessárias ao atendimento do escopo constitucional. Com razão, portanto, a Advocacia-Geral da União, ao afirmar que, *verbis*:

> "(...) **ao impugnar o Decreto nº 4.887, de 2003, quanto ao critério da 'auto-atribuição', o autor, na verdade, impugna não a constitucionalidade em si, mas tão-somente volta-se contra o critério da 'auto-atribuição' eleito para identificar as comunidades quilombolas.** A rigor, não há uma questão de inconstitucionalidade em jogo. Evidencia-se, isso sim, uma **controvérsia metodológica** (se é que assim se possa considerar, na medida em que os mais recentes avanços da Antropologia ratificam os critérios estabelecidos pelo Decreto nº 4.887, de 2003), há de resolver-se no âmbito da ciência antropológica, e não do Direito" (fls. 112) (grifos no original).

Nesses casos que necessariamente envolvem conhecimentos técnicos, a postura mais adequada ao Poder Judiciário é a de autocontenção (*judicial self-restraint*) e de deferência às valorações realizadas pelos órgãos especializados, dada sua maior *capacidade institucional* para o tratamento da matéria (cf. SCHAUER, Frederick. *Playing by the rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life*. Oxford: Oxford University Press, 1998; SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions in *John M. Olin Law & Economics Working Paper nº 156*, 2002).

O Judiciário não pode arvorar-se na condição de detentor da verdade absoluta, sobretudo quando estão em jogo discussões complexas, que demandam conhecimentos dos mais variados campos do saber. Na

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14639238.

ausência de evidente e manifesta contrariedade à ordem jurídica, deve-se chancelar a opção do órgão técnico-especializado. Neste ponto em apreço, propugno pela adoção de uma postura judicial *minimalista*, apelando à necessária autocrítica que deve presidir o nobre exercício da função jurisdicional, em especial no controle concentrado de constitucionalidade de leis e atos do Poder Público.

Entendo, por essas razões, que o Decreto nº 4.887/03 não viola a Constituição de 1988 ao estabelecer a autodeclaração como critério preponderante para definição das comunidades quilombolas, na medida em que: (*i*) é acompanhado de exigências complementares, estipuladas tanto pelo próprio Decreto nº 4.887/03 como pela Portaria FCP nº 98/07, minimizando seu emprego abusivo; (*ii*) revela-se compatível com o parâmetro adotado pela Convenção nº 169 da OIT (art. 1º, item 2), incorporada, pelo Decreto nº 5.051/04, à legislação pátria com *status* supralegal; (*iii*) encontra-se amparado por estudos técnico-científicos no campo da Antropologia, o que recomenda a deferência judicial quanto à escolha do administrador.

Indicativos endógenos como pontos de partida para delimitação dos territórios

Por fim, sustenta o partido requerente que o Decreto nº 4.887/03 subverte o sentido do art. 68 do ADCT pela utilização de indicativos fornecidos pelos próprios interessados para determinar as terras a serem-lhes reconhecidas. Na forma do Decreto impugnado, consideram-se "*terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos as utilizadas para a garantia de sua reprodução física, social, econômica e cultural*" (art. 2º, §2º). Para a medição e demarcação dessas terras, "*serão levados em consideração critérios de territorialidade indicados pelos remanescentes das comunidades dos quilombos*" (art. 2º, §3º).

Segundo o Autor, esse referencial da própria comunidade importaria

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14639238.

"atribuir ao pretenso remanescente o direito de delimitar a área que lhe será reconhecida" (fls. 12), quando, na realidade, *"a área cuja propriedade deve ser reconhecida constitui apenas e tão-somente o território em que comprovadamente, durante a fase imperial da história do Brasil, os quilombos se formaram"* (fls.12).

O argumento não merece prosperar.

Esclareça-se, desde logo, que os indicativos fornecidos pelas comunidades quilombolas, tal como disciplinados pela legislação brasileira em vigor, não são, em si, absolutos para a demarcação das respectivas áreas. Trata-se apenas do *ponto de partida* para delimitação dos territórios. Sua precisa e definitiva configuração é estabelecida por **ato privativo do Poder Público**, ainda que sensivelmente influenciado pela indicação da comunidade. A conclusão final somente é alcançada após o *devido processo demarcatório* que decorre da disciplina regulamentar aplicável. Nesse *iter*, busca-se assegurar a participação de todos os afetados pela regularização fundiária quilombola, bem como envolver os órgãos e entidades públicas com *expertise* sobre a questão. Em nenhum momento, porém, franqueia-se poder às próprias comunidades para determinar em definitivo, mediante simples declaração de vontade, as áreas que desejarem. Explico.

O Decreto nº 4.887/03 atribui ao INCRA a regulamentação dos *"procedimentos administrativos para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas pelos remanescentes das comunidades dos quilombos"* (art. 3º, §1º). Com fulcro nesta competência, a autarquia federal editou a Instrução Normativa nº 20, de 19 de setembro de 2005, revogada pela IN nº 57, de 20 de outubro de 2009, atualmente em vigor. Tal instrução fixa um criterioso processo para identificação e demarcação dos territórios quilombolas.

Segundo sua disciplina, a definição das áreas é precedida de

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14639238.

reuniões entre a comunidade e o Grupo Técnico interdisciplinar nomeado pela Superintendência Regional do INCRA (art. 8º). Em seguida, são colhidas indicações da própria comunidade quanto aos limites das terras reivindicadas, que deverão ser contrastadas com estudos técnicos e científicos, inclusive antropológicos (art. 9º). Só após é que surge o primeiro esboço da futura gleba quilombola, delineado no chamado Relatório Técnico de Identificação e Delimitação (RTID), cuja elaboração fica a cargo da Superintendência Regional do INCRA, para fins de caracterizar espacial, econômica, ambiental e socioculturalmente a terra demarcada.

Neste Relatório deverão ser revelados diversos dados que minimizam as chances de abuso por parte dos interessados. Exige-se demonstração da trajetória histórica própria da comunidade, das suas relações territoriais específicas, bem como da presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida (art. 10, I, "a", 1). Traça-se ainda, dentre outros aspectos, o histórico da ocupação da área, com base em diferentes fontes de prova, desde a memória do grupo envolvido a elementos documentais e bibliográficos existentes (art. 10, I, "a", III, "c", 1 e 2).

Tendo o RTID preenchido todos os requisitos de validade, é publicado edital, por duas vezes consecutivas, no Diário Oficial da União e no Diário Oficial da unidade federativa onde se localiza a área sob estudo, de modo que os interessados possam, no prazo de noventa dias após a publicação, contestar o RTID junto à Superintendência Regional do INCRA (arts. 11 e 13). Concomitantemente à sua publicação, o RTID é remetido a diferentes órgãos e entidades da Administração Pública federal (*v.g.*, IPHAN, IBAMA, FUNAI, dentre outros) para, no prazo comum de 30 (trinta) dias, apresentarem manifestação sobre as matérias de suas respectivas competências (art. 12).

Atendidas as solicitações emanadas dos entes públicos consultados e

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14639238.

não havendo contestação de nenhum interessado (ou tendo sido suas razões rejeitadas pelo Comitê de Decisão Regional do INCRA), o Presidente da entidade publicará, no Diário Oficial da União e da unidade federativa onde se localiza a área, portaria reconhecendo e declarando os limites da terra quilombola (art. 17). Somente após esse longo e criterioso itinerário procedimental é que ocorre a titulação da área, mediante a outorga de título coletivo e *pro indiviso* à comunidade remanescente de quilombo, em nome de sua associação legalmente constituída.

Diante de todo esse aparato técnico montado para a identificação e delimitação das áreas quilombolas, carece de consistência a alegação do Autor quanto a potenciais abusos na demarcação fundiária em cumprimento do art. 68 do ADCT. Sob este prisma, portanto, não reputo verificada qualquer inconstitucionalidade que inquine o Decreto nº 4.887/03.

A bem da verdade, o que sobressai na análise do Decreto nº 4.887/03 em conjunto com a IN INCRA nº 57/09 é o seu nítido *propósito garantístico* na delimitação do alcance daquelas terras. Na forma como disciplinado, o procedimento respeita o interesse de terceiros eventualmente afetados pela demarcação, oportunizando-lhes, com publicidade adequada, espaço para manifestação. Ao mesmo tempo, o rito regulamentar envolve a participação de entes públicos com *expertise* e atribuições sobre a matéria, ampliando o universo de informações técnicas disponíveis para a conclusão final do INCRA. Como se observa, o administrador foi cauteloso na construção de um *devido processo demarcatório,* zelando pela aplicação dos princípios constitucionais incidentes na hipótese, em especial o princípio da publicidade (CRFB, art. 37, *caput*) e os princípios do contraditório e da ampla defesa (CRFB, art. 5º, LV).

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14639238.

A inaplicabilidade do marco temporal e outras condicionantes

Resta enfrentar a alegação do Autor de que as áreas aludidas pelo art. 68 do ADCT seriam apenas o "*território em que comprovadamente, durante a fase imperial da história do Brasil, os quilombos se formaram*". O entendimento, adiante-se, não merece a mais tênue admissão, como precisamente apontado por Daniel Sarmento, então Procurador Regional da República, de cujo parecer extraio a arguta constatação, *verbis*:

> "Segundo o Autor, as terras a que fariam jus os remanescentes de quilombos seriam tão-somente aquelas ocupadas de forma pacífica e ininterrupta entre 1888 – ano da abolição da escravidão – até a promulgação da Constituição, em 1988. Tratar-se-ia, portanto, de uma modalidade especial de usucapião, sujeita a um prazo de cem anos.
>
> Não parece necessário enfatizar o caráter absurdo e anti-isonômico desta exegese. Quando o maior prazo para usucapião na legislação civil é de 15 anos (art. 1.238 do Código Civil), defende-se, para os quilombolas, um prazo de cem anos (!!!). Por esta interpretação, o art. 68 do ADCT, editado para proteger um grupo étnico vulnerável, transforma-se num passe de mágica no veículo de uma odiosa discriminação perpetrada contra os integrantes deste grupo" (fls. 1.135).

Se o dispositivo fosse interpretado no sentido pretendido pelo Autor, o grupo beneficiado pela norma constitucional teria de estar na posse das terras de 1888 a 1988, o que equivaleria a pelo menos cem anos. À luz do prazo máximo de usucapião admitido no direito brasileiro (15 anos, na forma do art. 1.238 do Código Civil), a norma em questão, em vez de proteger, agravaria a histórica opressão às comunidades quilombolas. Uma exegese que subverte a finalidade da norma não se presta a fixar-lhe o sentido.

Ademais, o entendimento sustentado pelo Autor traria um enorme

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14639238.

inconveniente prático na busca pela efetividade do art. 68 do ADCT. É que, ao fixar-se o período imperial como marco para definição dos territórios quilombolas, a demarcação atual de suas fronteiras pressuporia um tormentoso incurso pela história, nem sempre acompanhado de fontes de pesquisa precisas e fidedignas. Nesse cenário, a dificuldade probatória representaria obstáculo insuperável à plena satisfação do direito assegurado pela Constituição. Novamente a inteligência do art. 68 do ADCT proposta pelo Autor frustra o escopo emancipatório e inclusivo da norma, merecendo rejeição.

Diante disso, não merece endosso a interpretação retrospectiva alvitrada pelo Autor. A garantia insculpida no art. 68 do ADCT deve voltar-se para o futuro, não podendo o intérprete reduzi-la apenas às terras comprovadamente ocupadas pelas comunidades quilombolas durante a fase imperial da história do Brasil, na medida em que tal compreensão (*i*) subverte a finalidade subjacente ao dispositivo constitucional, transformando-o de instrumento protetivo a veículo discriminatório dos grupos remanescentes dos quilombos; (*ii*) cria obstáculos intransponíveis à efetivação do direito constitucionalmente reconhecido e (*iii*) ignora a dimensão territorial indispensável à preservação e à afirmação da cultura quilombola.

Em verdade, a teleologia constitucional que informa o comando do art. 68 do ADCT **desautoriza qualquer restrição cronológica de seu alcance**. O eventual estabelecimento de um *marco temporal*, uma data certa que se valha de insubstituível referencial para a ocupação de um determinado espaço geográfico por uma comunidade, não se coaduna com a literalidade, nem com a teleologia da proteção constitucional assegurada aos remanescentes das comunidades quilombolas.

É que a interpretação gramatical do texto constitucional não encontra qualquer referência em datas ou outro parâmetro temporal; ao contrário, vê "reconhecida" a propriedade definitiva. O dispositivo

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14639238.

declara – e não *constitui* – o direito de propriedade, sem delimitar marcos temporais. Da mesma forma, a referência àqueles que "estejam ocupando" demonstra a atualidade e a continuidade da ocupação, incluindo no campo semântico da garantia, por exemplo, aqueles que outrora foram removidos forçosamente de suas terras, mas já presentemente conseguiram reavê-la.

Entendimento diverso, a pretexto de estimular a paz fundiária, perpetua o *status quo ante* e impede os destinatários da garantia constitucional de reivindicar presentemente a tutela estatal. A par do exemplo acima, o marco temporal também exclui uma comunidade remanescente que, quando da promulgação da Constituição, talvez ainda não contemplasse os requisitos socioculturais objetivos suficientes, mas, somados os quase trinta anos transcorridos desde então, atualmente já fortaleceu suas raízes.

Tal exegese tampouco se ilide com o argumento topográfico. Extrair da mera topologia um marco temporal equivale a limitar os efeitos e o alcance da vontade do constituinte a uma fotografia da situação, inexoravelmente pretérita e datada. É fato que a topologia indica que a disposição constitucional inserida no ADCT se pressupôs transitória. Assim teria sido, caso houvessem sido criados os procedimentos administrativos necessários quando da promulgação da Constituição. No entanto, a vontade do constituinte não preclui por inércia do poder público ou haveria um incentivo espúrio para que fosse indefinidamente adiada a regulamentação da matéria.

Mais relevante, o aspecto teleológico afasta a exegese que reduz o alcance e o propósito de norma notoriamente protetiva. O direito à propriedade titularizado pelos remanescentes de comunidades quilombolas foi *reconhecido* pelo constituinte, sem limitações temporais ou outras reservas. Caracterizada a condição objetiva de "remanescentes das comunidades dos quilombos", fazem jus à tutela estatal. Qualquer

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14639238.

condicionante que obste a emissão dos respectivos títulos diz mais do que o constituinte e, ao impor uma proteção menor do que a consignada na Constituição, deve ser rechaçada por inconstitucional.

A necessidade de compatibilizar essa regra com outros valores de *status* constitucional é o que orienta a indenização decorrente da desapropriação, a sujeição a um procedimento administrativo de demarcação, as restrições à disposição da propriedade reconhecida, dentre outras previsões regulamentares. Não cabe ao intérprete refazer a ponderação de princípios com a segurança jurídica ou propriedade privada de terceiros, ao mais já promovida pelo constituinte e, sob tal pretexto, criar restrições - apriorísticas e em abstrato - que *obstem* a tutela constitucional assegurada aos remanescentes das comunidades dos quilombos.

Por tal razão, acompanho a divergência aberta pela Ministra Rosa Weber, em belíssimo voto, com a ressalva de que o elemento objetivo, empírico, a que se refere – "*a reprodução da unidade social que se afirma originada de um quilombo há de estar atrelada a uma ocupação continuada do espaço ainda existente, em sua organicidade*" - não encontra limitações temporais. Caracteriza-se, outrossim, a "*efetiva atualização histórica das comunidades dos quilombos*" por uma atávica identidade étnico-cultural, que se une visceralmente à terra e à tradição comum, independentemente de lá estarem em uma data qualquer arbitrária.

Sequer se cogite de uma aplicação analógica das condicionantes estabelecidas por esta Suprema Corte quando do julgamento da Pet. 3.388, quando foram fixadas balizas para a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol. Dentre tantas, fixou-se o marco temporal de ocupação, nos seguintes termos:

> 11. O CONTEÚDO POSITIVO DO ATO DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS. 11.1. O marco temporal de ocupação. A Constituição Federal trabalhou com

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14639238.

> data certa -- a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) -- como insubstituível referencial para o dado da ocupação de um determinado espaço geográfico por essa ou aquela etnia aborígene; ou seja, para o reconhecimento, aos índios, dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. 11.2. O marco da tradicionalidade da ocupação. É preciso que esse estar coletivamente situado em certo espaço fundiário também ostente o caráter da perdurabilidade, no sentido anímico e psíquico de continuidade etnográfica. A tradicionalidade da posse nativa, no entanto, não se perde onde, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, a reocupação apenas não ocorreu por efeito de renitente esbulho por parte de não-índios. (...)

No julgamento dos respectivos embargos declaratórios, a Corte sublinhou que as salvaguardas institucionais, porquanto razões de decidir, não possuem efeitos vinculantes, valendo-se quando muito como diretrizes para casos em que se rediscuta o sentido das mesmas normas constitucionais. Confira-se o excerto do voto do relator, Ministro Luís Roberto Barroso:

> "54. Essa circunstância, porém, não produz uma transformação da coisa julgada em ato normativo geral e abstrato, vinculante para outros eventuais processos que discutam matéria similar. No atual estado da arte, as decisões do Supremo Tribunal Federal não possuem, sempre e em todos os casos, caráter vinculante. Não se aplica, no Brasil, o modelo de *stare decisis* em vigor nos países do *common law*, no qual as razões de decidir adotadas pelos tribunais superiores vinculam os órgãos inferiores. Embora essa regra admita exceções, entre elas não se encontram as sentenças e acórdãos proferidos em sede de ação popular, ainda que emanados deste Tribunal.
>
> 55. Dessa forma a decisão proferida na Pet 3.388/RR não vincula juízes e tribunais quando do exame de outros processos, relativos a terras indígenas diversas. Como destacou o Ministro Carlos Ayres Britto, 'a presente ação tem por objeto

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14639238.

> tão-somente a Terra Indígena Raposa Serra do Sol' (fl. 336). Vale notar que essa linha já vem sendo observada pelo Tribunal: foram extintas monocraticamente várias reclamações que pretendiam a extensão automática da decisão a outras áreas demarcadas (Rcl 8.070 MC/MS, dec. Min. Carlos Ayres Britto [RI/STF, art. 38, I], *DJe* 24.04.2009; Rcl 15.668/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, *DJe* 13.05.2013; Rcl 15.051/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, *DJe* 18.12.2012; Rcl 13.769/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, *DJe* 28.05.2012).
>
> 56. Apesar disso, seria igualmente equivocado afirmar que as decisões do Supremo Tribunal Federal se limitariam a resolver casos concretos, sem qualquer repercussão sobre outras situações. Ao contrário, a ausência de vinculação formal não tem impedido que, nos últimos anos, a jurisprudência da Corte venha exercendo o papel de construir o sentido das normas constitucionais, estabelecendo diretrizes que têm sido observadas pelos demais juízos e órgãos do Poder Público de forma geral."
>
> (Pet 3388 ED, Relator Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 23/10/2013)

Note-se que a ressalva se refere à utilização do marco regulatório para outros casos relativos a terras indígenas. Com mais razão ainda, há de ser afastada do processo de delimitação e demarcação das terras ocupadas por quilombolas, garantia que se consubstancia em norma constitucional diversa.

Assim como não se aplica o marco temporal da promulgação da Constituição Federal – ou qualquer outro – à presente hipótese, tampouco seria suficiente a ressalva de "*renitente esbulho*" instituída no julgamento da Pet 3.388. À ocasião, ressalvaram-se do marco temporal os casos em que, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, a reocupação não tivesse ocorrido por efeito de "*renitente esbulho*", que não se confunde com ocupação passada ou desocupação forçada.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14639238.

A exceção, no entanto, mostra-se excessivamente restritiva ao exigir a comprovação de configuração de situação de efetivo conflito possessório que "*ainda persista até o marco demarcatório temporal (...), conflito que se materializa por circunstâncias de fato ou, pelo menos, por uma controvérsia possessória judicializada*" (ARE 803462 AgR, Relator Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, julgado em 09/12/2014). Dadas a belicosidade das questões fundiárias e a dificuldade de as comunidades remanescentes dos quilombolas reagirem jurídica e tempestivamente às lesões possessórias, a existência em si de um marco temporal tende a chancelar os efeitos de posses ilegais e muitas vezes violentas.

Vê-se, assim, que a delimitação das terras quilombolas não deve ser prisioneira do passado nem refém do anacronismo de datas. Como já ressaltado, a proteção conferida pela norma constitucional volta-se para o futuro, pretende criar condições para preservação da cultura e da identidade afro-brasileira ligada aos quilombos (CRFB, arts. 215 e 216), contribuindo para incluir e afirmar uma minoria *atual* historicamente marginalizada. Isso significa "*ampliar o campo de aplicação das normas jurídicas que se referem direta ou indiretamente a quilombos, para reconhecer e proteger realidades* atuais *e não apenas a memória do passado*" (ROTHENGURB, Walter Claudius. Direitos dos descendentes de escravos (remanescentes das comunidades de quilombos) **in** *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 478).

É esse olhar *finalístico-prospectivo* que deve presidir a interpretação do art. 68 do ADCT. Para tanto, não se pode perder de mira que a terra, para comunidades tradicionais, integra a sua própria identidade étnica. Dessa maneira, a efetiva preservação e afirmação de cultura quilombola – objetivada pela Constituição – pressupõe a **garantia do espaço territorial necessário para a reprodução e permanência de seus costumes e tradições, em todos os seus aspectos**. Como bem alertou a Presidência da República, em suas informações, "*para que sejam protegidos e respeitados os*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14639238.

modos de criar, fazer e viver das comunidades quilombolas é preciso garantir a propriedade de um imóvel cujo tamanho e características permitam a sua perpetuação física e cultural". (fls. 75-76).

Calha mencionar estudo coordenado por Carlos Ari Sundfeld, patrocinado pela Sociedade Brasileira de Direito Público, em que se destacou a importância da territorialidade quilombola para fins de interpretação do art. 68 do ADCT:

> "Outro parâmetro importante na identificação das comunidades quilombolas é a percepção de como as terras são utilizadas pelas mesmas. A territorialidade é um fator fundamental na identificação dos grupos tradicionais, entre os quais se inserem os quilombolas. Tal aspecto desvenda a maneira como cada grupo molda o espaço em que vive, e que se difere das formas tradicionais de apropriação dos recursos da natureza. São as terras de uso comum, em especial as 'terras de preto', cuja ocupação não é feita de forma individualizada, e sim em um regime de uso comum. O manejo do espaço territorial 'obedece a sazonalidade das atividades, sejam agrícolas, extrativistas e outras, caracterizando diferentes formas de uso e ocupação do espaço que tomam por base laços de parentesco e vizinhança, assentados em relações de solidariedade e reciprocidade'. A categoria 'terra de preto' tem uma lógica de funcionamento própria, codificada, como expressa Alfredo W.B. de Almeida: '...os recursos hídricos, por exemplo, não são privatizados, não são individualizados; os recursos de caça, pesca, do extrativismo não são também individualizados. Entretanto, as 'roças', ou tratos agrícolas, são sempre individualizados num plano de famílias, pois ninguém divide o produto da 'roça' coletivamente'. Dessa forma, e de um lado, deve ser dada especial atenção, dentre os parâmetros de identificação do *território* das comunidades quilombolas, à sua *identidade coletiva*. Trata-se de identificar a forma pela qual o grupo remanescente de quilombo conseguiu manter o seu modo de vida, resistindo às influências externas e mantendo os

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14639238.

> seus traços culturais e habitacionais ao longo das gerações. **A partir da identificação desse modo de vida, conclui-se, em regra, que a titulação deve recair não só sobre os espaços em que o grupo mora e cultiva, mas também sobre aqueles necessários ao lazer, à manutenção da religião, à perambulação entre as famílias do grupo e também aqueles destinados ao estoque de recursos naturais**" (grifou-se).
>
> (SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). *Direito à terra das comunidades quilombolas (artigo 68 do ato das disposições constitucionais transitórias)*. Brasília: Fundação Cultural Palmares/MinC/Editorial Abaré, 2002, p. 78-79)

Nesse sentido, entendo que o art. 2º, §§ 2º e 3º, do Decreto nº 4.887/03 está em sintonia com a finalidade informadora do art. 68 do ADCT. De fato, ao exigir, para fins de demarcação das áreas quilombolas, espaços necessários sua "*reprodução física, social, econômica e cultural*", bem como ao incorporar, para os mesmos fins, "*critérios de territorialidade indicados pelos remanescentes das comunidades*", o Decreto nº 4.887/03 simplesmente explicita e densifica meios idôneos à consecução dos propósitos colimados pela Lei Maior.

C. *Observações Finais*

Antes que se conclua, algumas observações finais são necessárias.

A primeira delas: urge deixar claro que o entendimento aqui defendido não negligencia outros interesses constitucionais relevantes que estão necessariamente implicados na demarcação e titulação das terras quilombolas. Refiro-me, em especial, (*i*) à preservação da segurança e da soberania nacional, (*ii*) à proteção do meio-ambiente e (*iii*) à manutenção do equilíbrio federativo. Entendo, porém, que o Decreto nº 4.887/03 já tratou devidamente desses aspectos, dispensando qualquer decisão aditiva por esta Corte.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14639238.

Com efeito, ao longo da disciplina regulamentar, sobressai o esforço do administrador em conciliar os diversos vetores axiológicos em jogo. A lógica da *moderação* e da *cautela* perpassa todos os seus dispositivos, restando patente em seus arts. 11 e 12. Eis a sua redação, *verbis*:

> Art. 11.Quando as terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos estiverem sobrepostas às unidades de conservação constituídas, às áreas de segurança nacional, à faixa de fronteira e às terras indígenas, o INCRA, o IBAMA, a Secretaria-Executiva do Conselho de Defesa Nacional, a FUNAI e a Fundação Cultural Palmares tomarão as medidas cabíveis visando garantir a sustentabilidade destas comunidades, conciliando o interesse do Estado.
>
> Art.12. Em sendo constatado que as terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos incidem sobre terras de propriedade dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, o INCRA encaminhará os autos para os entes responsáveis pela titulação.

Assim é que, na forma do Decreto, sempre que surgirem discussões relacionadas à segurança nacional, ao meio-ambiente e ao pacto federativo, a regularização fundiária quilombola será processada por órgãos e entidades especializados e diretamente envolvidos com a questão. Isso propicia, a meu sentir, duas vantagens. Por um lado, confere-se maior legitimidade técnica à decisão demarcatória implementada. Afinal, tais entes conhecem os reais desafios imbricados na tutela do direito à terra das comunidades quilombolas. Por outro lado, permite-se que as sutilezas de cada caso concreto sejam devidamente consideradas, promovendo as adaptações necessárias para satisfação otimizada dos interesses em tensão.

A segunda observação: o Decreto nº 4.887/03 também foi cuidadoso em evitar qualquer brecha para eventual especulação imobiliária. Para tanto, cercou a titulação das propriedades quilombolas de exigências razoáveis. Segundo seu art. 17, os títulos de domínio serão concedidos

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14639238.

sempre de forma coletiva e *pro indiviso*, em nome de toda a comunidade, representada por sua respectiva associação. Evita-se, assim, o fracionamento da propriedade, que poderia potencializar sua mercantilização excessiva. Mais ainda: a outorga do título obrigatoriamente deverá conter cláusula de inalienabilidade, imprescritibilidade e de impenhorabilidade. Eis aí um poderoso arsenal contra a "indústria" das terras no Brasil.

Por fim, a derradeira e mais importante observação.

A edição do Decreto nº 4.887/03 representou marco relevante na busca da máxima efetividade da Constituição brasileira de 1988. Deve-se recordar que o art. 68 do ADCT permaneceu por quase treze anos sem regulamentação expressa, que só veio a ocorrer com o advento do Decreto nº 3.912, de 10 de setembro de 2001, atualmente revogado pelo Decreto nº 4.887/03 (art. 25), objeto da presente ADI.

Segundo dados disponibilizados pelo Instituto Nacional da Colonização e Reforma Agrária (INCRA), em seu portal na *internet*, de 2003 a 2016, foram abertos mais de mil e quinhentos processos de identificação, demarcação e titulação de terras pertencentes a comunidades quilombolas. Até setembro de 2016, já haviam sido beneficiadas 219 (duzentas e dezenove) comunidades e mais de 28.000 (vinte e oito mil) famílias. Trata-se de números expressivos e simbólicos, que dão contornos concretos à busca de efetividade da Constituição. Ainda há muito a fazer.

Consoante informações divulgadas pela Fundação Cultural Palmares, 2.600 (duas mil e seiscentas) comunidades quilombolas já foram, até julho de 2017, devidamente reconhecidas e certificadas em todo o território nacional. Diante desse universo, as demarcações e titulações realizadas pelo INCRA cobrem aproximadamente 8% (oito por cento) do total dos grupos já formalmente identificados. Daí a

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14639238.

importância de dar prosseguimento às ações inclusivas de regularização fundiária quilombola.

Consta do Anexo I ao Plano Plurianual para o quadriênio 2012-2015, aprovado pela Lei nº 12.593/12, o objetivo nº 0987, voltado para "*realizar a regularização fundiária das comunidades quilombolas, por meio da delimitação, reconhecimento, indenização das benfeitorias e imóveis, desintrução e titulação dos territórios quilombolas*". As metas legalmente definidas para esse período são as seguintes: (*i*) "*decretar de interesse social 120 territórios quilombolas*", (*ii*) "*publicar 140 portarias, reconhecendo 64 mil hectares e beneficiando 14 mil famílias*", (*iii*) "*publicar 190 RTIDs, identificando 660 mil hectares e beneficiando 13 mil famílias*" e (iv) "*vistoriar e avaliar 520 de terras inseridos nos territórios quilombolas, indenizando 250 mil hectares*".

Em face desse quadro, entendo que a declaração de inconstitucionalidade do Decreto nº 4.887/03 é, além de *juridicamente incorreta*, *empiricamente perversa*, comprometendo todos os avanços já conquistados e impedindo, de imediato, progressos futuros. O direito fundamental reconhecido pelo art. 68 do ADCT retornaria à estaca zero de proteção, assumindo feição de promessa vazia, despida de sentido prático útil. Não é isso que se espera da Corte, a quem cabe, "*precipuamente, a guarda da Constituição*" (CRFB, art. 102, *caput*). Devemos atuar como *catalisadores* da efetividade constitucional, e não como *freios* à concretização da Lei Maior.

Ex positis, voto pela improcedência da presente Ação Direta de Inconstitucionalidade, reconhecendo a compatibilidade formal e material do Decreto nº 4.887/03 com a Constituição da República. Com isso, acompanho a divergência aberta pela Ministra Rosa Weber, em belíssimo voto.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14639238.

08/02/2018 **PLENÁRIO**

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.239 DISTRITO FEDERAL

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, uma curiosidade: quem ocupa hoje a cadeira que já foi ocupada pelo ministro Cezar Peluso?

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - O Ministro Alexandre de Moraes, por isso, ele não votou.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, passados trinta anos, praticamente trinta anos, considerados os ares democráticos que surgiram com a Constituição Federal de 1988, e ainda se tem dúvidas, ante a ação ajuizada, quanto à eficácia, à concretude do que se contém no artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a revelar:

> 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.

De início, constata-se que não cuida o preceito de direitos individuais, mas de direitos que estão abrangidos pelo coletivo, já que a referência é às comunidades, e ocupação, pelos remanescentes dessas comunidades, de certas áreas no território nacional. Inegavelmente, o artigo 68 reconheceu o direito desse segmento – não sei se se revela, no contexto do Brasil, minoria ou maioria – a essas terras.

Presidente, a tentativa de dar-se uma orientação à Administração Pública para que se alcançasse realmente a eficácia, a concretude do artigo 68 ocorreu no governo anterior ao do Partido dos Trabalhadores, em 2001, mediante o Decreto nº 3.912. Esse Decreto fez duas referências às terras ocupadas. O Decreto que está sendo agora examinado, sob o ângulo da constitucionalidade, contém onze menções a essa expressão "terras ocupadas". O que penso a respeito da matéria? Que o Decreto, em si, não é um ato normativo abstrato autônomo. O Decreto não inovou no cenário jurídico normativo. O artigo 68 não remete à regulamentação, que

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14430532.

teria que ser, de qualquer forma, mediante lei no sentido formal e material. O artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias mostrou-se, desde o início, autoaplicável. Claro que surgiu indispensável a fixação de diretrizes, para buscar-se a efetividade da norma constitucional.

Por isso, entendo que se tem decreto que não desafia o controle concentrado de constitucionalidade e que não podemos pretender nos substituir ao Executivo, para estabelecer regras que devam ser observadas pela Administração Pública. Não é, portanto, o Decreto que está sendo examinado ato normativo abstrato autônomo a desafiar o controle concentrado de constitucionalidade. Por isso é que assento, inicialmente, a impropriedade da ação proposta, da ação direta de inconstitucionalidade.

Indo adiante, porque estou em Colegiado, e tem sempre razão a ilustrada maioria – vence a maioria, o colegiado é um órgão democrático por excelência –, sirvo-me das mesmas premissas alusivas à inadmissibilidade da ação para concluir pela improcedência do pedido. Não vejo onde se dispôs, nesse Decreto, em contrariedade à Constituição Federal.

Aludiu-se muito à problemática da desapropriação, tendo em conta o disposto no artigo 13. Mas o que está nesse preceito é uma sinalização de observância, pela Administração Pública, da ordem jurídica, no que prevê que, "incidindo nos territórios ocupados por remanescentes das comunidades dos quilombos título de domínio particular" – um título que, formalmente, portanto, é válido; e aí vem a cláusula que revela, inclusive, condições – "não invalidado por nulidade, prescrição ou comisso, e nem tornado ineficaz por outros fundamentos, será realizada vistoria e avaliação do imóvel" – consequência jurídica do título inatacável, considerados os efeitos mencionados no preceito –, "objetivando a adoção dos atos necessários à sua desapropriação, quando couber". Evidentemente, a Administração Pública vai perceber os parâmetros e estabelecer se cabe ou não a ação de desapropriação.

Já no artigo 14, tem-se regramento que também decorre da ordem

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14430532.

natural, presente o direito posto:

> Art. 14. Verificada a presença de ocupantes nas terras dos remanescentes das comunidades dos quilombos, o INCRA acionará os dispositivos administrativos e legais para o reassentamento das famílias de agricultores pertencentes à clientela da reforma agrária ou a indenização das benfeitorias de boa-fé, quando couber.

Presidente, não vejo como adentrar-se o fundo; não vejo como dizer-se que o que estipulado no Decreto, em termos de orientação à Administração Pública, não é razoável, não é proporcional, não atende aos ditames da Constituição de 1988. A meu ver, o que previsto atende e busca, mediante acionamento, mediante orientação do Chefe do Poder Executivo Nacional aos órgãos administrativos, a eficácia do disposto no artigo 68 em exame.

Então, resumindo, inicialmente inadmito a ação direta de inconstitucionalidade. Em passo seguinte, julgo o pedido formalizado improcedente.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14430532.

08/02/2018 **PLENÁRIO**

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.239 DISTRITO FEDERAL

V O T O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: **Acompanho** *o notável voto* **proferido** pela eminente Ministra ROSA WEBER, **com a observação** de que o eminente Ministro EDSON FACHIN, **embora adotando** *fundamentos diversos*, **concluiu**, *na parte dispositiva de seu voto*, **pela improcedência** do pedido, **perfilhando**, *desse modo*, **a acertada conclusão** a que chegou, *em seu primoroso pronunciamento*, **a eminente** Ministra ROSA WEBER.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Na verdade, o Ministro Edson Fachin apenas adotou fundamentos diversos, porque a parte dispositiva é pela improcedência.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: É verdade...

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Então, mantém-se o decreto integralmente.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Sim!

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - A Ministra Rosa, apenas em *obter dictum,* não é?

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Verdade, eu só me manifestei sobre o marco temporal em *obter dictum.* Porque, quando abri a divergência, nós tínhamos um voto do Ministro Cezar Peluso julgando procedente a ação, e a minha compreensão é que era improcedente. Realmente, há em *obter dictum* a referência, mas acredito que o Ministro Luís Roberto definiu com precisão: não existe divergência entre os nossos votos. E eu posso até suprimir – inclusive conversava com o Ministro

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código B19C-6308-10D2-86B8 e senha FA5E-7FEB-ABB2-4842

Fachin antes – a referência, no meu voto, o *obter dictum.* Quem define o marco temporal é o Ministro Toffoli, na medida em que ele julga parcialmente procedente, para definir. Essa é a divergência.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - A procedência do § 2º do art. 2º. Que nem chega a ser uma divergência, porque é uma improcedência, mantendo-se o decreto.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código B19C-6308-10D2-86B8 e senha FA5E-7FEB-ABB2-4842

08/02/2018 **PLENÁRIO**

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.239 DISTRITO FEDERAL

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (Vogal):

1. Ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Partido Democratas – DEM, contra o Decreto n. 4.887, de 20.11.2003, pelo qual se "*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*".

Tem-se na norma impugnada:

> "*Art. 1º Os procedimentos administrativos para a identificação, o reconhecimento, a delimitação, a demarcação e a titulação da propriedade definitiva das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos, de que trata o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, serão procedidos de acordo com o estabelecido neste Decreto.*
>
> *Art. 2º Consideram-se remanescentes das comunidades dos quilombos, para os fins deste Decreto, os grupos étnico-raciais, segundo critérios de autoatribuição, com trajetória histórica própria, dotados de relações territoriais específicas, com presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida.*
>
> *§ 1º Para os fins deste Decreto, a caracterização dos remanescentes das comunidades dos quilombos será atestada mediante autodefinição da própria comunidade.*
>
> *§ 2º São terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos as utilizadas para a garantia de sua reprodução física, social, econômica e cultural.*
>
> *§ 3º Para a medição e demarcação das terras, serão levados em consideração critérios de territorialidade indicados pelos remanescentes das comunidades dos quilombos, sendo facultado à*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14815895.

comunidade interessada apresentar as peças técnicas para a instrução procedimental.

Art. 3º Compete ao Ministério do Desenvolvimento Agrário, por meio do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA, a identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas pelos remanescentes das comunidades dos quilombos, sem prejuízo da competência concorrente dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

§ 1º O INCRA deverá regulamentar os procedimentos administrativos para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas pelos remanescentes das comunidades dos quilombos, dentro de sessenta dias da publicação deste Decreto.

§ 2º Para os fins deste Decreto, o INCRA poderá estabelecer convênios, contratos, acordos e instrumentos similares com órgãos da administração pública federal, estadual, municipal, do Distrito Federal, organizações não-governamentais e entidades privadas, observada a legislação pertinente.

§ 3º O procedimento administrativo será iniciado de ofício pelo INCRA ou por requerimento de qualquer interessado.

§ 4º A autodefinição de que trata o § 1º do art. 2º deste Decreto será inscrita no Cadastro Geral junto à Fundação Cultural Palmares, que expedirá certidão respectiva na forma do regulamento.

Art. 4º Compete à Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial, da Presidência da República, assistir e acompanhar o Ministério do Desenvolvimento Agrário e o INCRA nas ações de regularização fundiária, para garantir os direitos étnicos e territoriais dos remanescentes das comunidades dos quilombos, nos termos de sua competência legalmente fixada.

Art. 5º Compete ao Ministério da Cultura, por meio da Fundação Cultural Palmares, assistir e acompanhar o Ministério do Desenvolvimento Agrário e o INCRA nas ações de regularização fundiária, para garantir a preservação da identidade cultural dos remanescentes das comunidades dos quilombos, bem como para

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14815895.

subsidiar os trabalhos técnicos quando houver contestação ao procedimento de identificação e reconhecimento previsto neste Decreto.

Art. 6º Fica assegurada aos remanescentes das comunidades dos quilombos a participação em todas as fases do procedimento administrativo, diretamente ou por meio de representantes por eles indicados.

Art. 7º O INCRA, após concluir os trabalhos de campo de identificação, delimitação e levantamento ocupacional e cartorial, publicará edital por duas vezes consecutivas no Diário Oficial da União e no Diário Oficial da unidade federada onde se localiza a área sob estudo, contendo as seguintes informações:

I - denominação do imóvel ocupado pelos remanescentes das comunidades dos quilombos;

II - circunscrição judiciária ou administrativa em que está situado o imóvel;

III - limites, confrontações e dimensão constantes do memorial descritivo das terras a serem tituladas; e

IV - títulos, registros e matrículas eventualmente incidentes sobre as terras consideradas suscetíveis de reconhecimento e demarcação.

§ 1º A publicação do edital será afixada na sede da prefeitura municipal onde está situado o imóvel.

§ 2º O INCRA notificará os ocupantes e os confinantes da área delimitada.

Art. 8º Após os trabalhos de identificação e delimitação, o INCRA remeterá o relatório técnico aos órgãos e entidades abaixo relacionados, para, no prazo comum de trinta dias, opinar sobre as matérias de suas respectivas competências:

I - Instituto do Patrimônio Histórico e Nacional - IPHAN;

II - Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA;

III - Secretaria do Patrimônio da União, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão;

IV - Fundação Nacional do Índio - FUNAI;

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14815895.

V - Secretaria Executiva do Conselho de Defesa Nacional;

VI - Fundação Cultural Palmares.

Parágrafo único. Expirado o prazo e não havendo manifestação dos órgãos e entidades, dar-se-á como tácita a concordância com o conteúdo do relatório técnico.

Art. 9º Todos os interessados terão o prazo de noventa dias, após a publicação e notificações a que se refere o art. 7º, para oferecer contestações ao relatório, juntando as provas pertinentes.

Parágrafo único. Não havendo impugnações ou sendo elas rejeitadas, o INCRA concluirá o trabalho de titulação da terra ocupada pelos remanescentes das comunidades dos quilombos.

Art. 10. Quando as terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos incidirem em terrenos de marinha, marginais de rios, ilhas e lagos, o INCRA e a Secretaria do Patrimônio da União tomarão as medidas cabíveis para a expedição do título.

Art. 11. Quando as terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos estiverem sobrepostas às unidades de conservação constituídas, às áreas de segurança nacional, à faixa de fronteira e às terras indígenas, o INCRA, o IBAMA, a Secretaria-Executiva do Conselho de Defesa Nacional, a FUNAI e a Fundação Cultural Palmares tomarão as medidas cabíveis visando garantir a sustentabilidade destas comunidades, conciliando o interesse do Estado.

Art. 12. Em sendo constatado que as terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos incidem sobre terras de propriedade dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, o INCRA encaminhará os autos para os entes responsáveis pela titulação.

Art. 13. Incidindo nos territórios ocupados por remanescentes das comunidades dos quilombos título de domínio particular não invalidado por nulidade, prescrição ou comisso, e nem tornado ineficaz por outros fundamentos, será realizada vistoria e avaliação do imóvel, objetivando a adoção dos atos necessários à sua desapropriação, quando couber.

§ 1º Para os fins deste Decreto, o INCRA estará autorizado a

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14815895.

ingressar no imóvel de propriedade particular, operando as publicações editalícias do art. 7º efeitos de comunicação prévia.

§ 2º O INCRA regulamentará as hipóteses suscetíveis de desapropriação, com obrigatória disposição de prévio estudo sobre a autenticidade e legitimidade do título de propriedade, mediante levantamento da cadeia dominial do imóvel até a sua origem.

Art. 14. Verificada a presença de ocupantes nas terras dos remanescentes das comunidades dos quilombos, o INCRA acionará os dispositivos administrativos e legais para o reassentamento das famílias de agricultores pertencentes à clientela da reforma agrária ou a indenização das benfeitorias de boa-fé, quando couber.

Art. 15. Durante o processo de titulação, o INCRA garantirá a defesa dos interesses dos remanescentes das comunidades dos quilombos nas questões surgidas em decorrência da titulação das suas terras.

Art. 16. Após a expedição do título de reconhecimento de domínio, a Fundação Cultural Palmares garantirá assistência jurídica, em todos os graus, aos remanescentes das comunidades dos quilombos para defesa da posse contra esbulhos e turbações, para a proteção da integridade territorial da área delimitada e sua utilização por terceiros, podendo firmar convênios com outras entidades ou órgãos que prestem esta assistência.

Parágrafo único. A Fundação Cultural Palmares prestará assessoramento aos órgãos da Defensoria Pública quando estes órgãos representarem em juízo os interesses dos remanescentes das comunidades dos quilombos, nos termos do art. 134 da Constituição.

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

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

Art. 18. Os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos, encontrados por ocasião do

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14815895.

procedimento de identificação, devem ser comunicados ao IPHAN.

Parágrafo único. A Fundação Cultural Palmares deverá instruir o processo para fins de registro ou tombamento e zelar pelo acautelamento e preservação do patrimônio cultural brasileiro.

Art. 19. Fica instituído o Comitê Gestor para elaborar, no prazo de noventa dias, plano de etnodesenvolvimento, destinado aos remanescentes das comunidades dos quilombos, integrado por um representante de cada órgão a seguir indicado:

I - Casa Civil da Presidência da República;

II - Ministérios:

a) da Justiça;

b) da Educação;

c) do Trabalho e Emprego;

d) da Saúde;

e) do Planejamento, Orçamento e Gestão;

f) das Comunicações;

g) da Defesa;

h) da Integração Nacional;

i) da Cultura;

j) do Meio Ambiente;

k) do Desenvolvimento Agrário;

l) da Assistência Social;

m) do Esporte;

n) da Previdência Social;

o) do Turismo;

p) das Cidades;

III - do Gabinete do Ministro de Estado Extraordinário de Segurança Alimentar e Combate à Fome;

IV - Secretarias Especiais da Presidência da República:

a) de Políticas de Promoção da Igualdade Racial;

b) de Aquicultura e Pesca; e

c) dos Direitos Humanos.

§ 1º O Comitê Gestor será coordenado pelo representante da Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial.

§ 2º Os representantes do Comitê Gestor serão indicados pelos titulares dos órgãos referidos nos incisos I a IV e designados pelo

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14815895.

Secretário Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial.

§ 3º A participação no Comitê Gestor será considerada prestação de serviço público relevante, não remunerada.

Art. 20. Para os fins de política agrícola e agrária, os remanescentes das comunidades dos quilombos receberão dos órgãos competentes tratamento preferencial, assistência técnica e linhas especiais de financiamento, destinados à realização de suas atividades produtivas e de infraestrutura.

Art. 21. As disposições contidas neste Decreto incidem sobre os procedimentos administrativos de reconhecimento em andamento, em qualquer fase em que se encontrem.

Parágrafo único. A Fundação Cultural Palmares e o INCRA estabelecerão regras de transição para a transferência dos processos administrativos e judiciais anteriores à publicação deste Decreto.

Art. 22. A expedição do título e o registro cadastral a ser procedido pelo INCRA far-se-ão sem ônus de qualquer espécie, independentemente do tamanho da área.

Parágrafo único. O INCRA realizará o registro cadastral dos imóveis titulados em favor dos remanescentes das comunidades dos quilombos em formulários específicos que respeitem suas características econômicas e culturais.

Art. 23. As despesas decorrentes da aplicação das disposições contidas neste Decreto correrão à conta das dotações orçamentárias consignadas na lei orçamentária anual para tal finalidade, observados os limites de movimentação e empenho e de pagamento.

Art. 24. Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 25. Revoga-se o Decreto nº 3.912, de 10 de setembro de 2001".

2. O Autor alega que o ato impugnado teria inovado o ordenamento jurídico, cuidando de matéria reservada a lei, em afronta ao art. 84, VI, da Constituição da República. Anota que "*o ato normativo refoge – e muito – à matéria de que trata o mencionado dispositivo, pois disciplina direitos e deveres entre particulares e administração pública, define os titulares da propriedade das terras onde se localizavam os quilombos, disciplina procedimentos de*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14815895.

desapropriação e, consequentemente, importa aumento de despesa".

Argumenta que o decreto criaria nova modalidade de desapropriação, diversa daquelas previstas no art. 5º, XXIV, da Constituição da República, e que, "*nos termos da dicção constitucional é reconhecida a propriedade definitiva, ou seja, não há que se falar em propriedade alheia a ser desapropriada para ser transferida aos remanescentes de quilombos, muito menos em promover despesas públicas para fazer frente a futuras indenizações"*.

Quanto à identificação dos remanescentes das comunidades de quilombolas, assinala não respaldar o texto constitucional o critério da autoatribuição ("*a partir de mera declaração do próprio interessado*"). No ponto, distingue "*comprovação da remanescência*" e "*comprovação da descendência*", afirmando somente ter direito ao reconhecimento "*o remanescente que tinha e demonstrava, à época da promulgação do texto constitucional, real intenção de dono"*, uma vez que "*o critério da autoatribuição pode levar ao reconhecimento do direito a mais pessoas do que aquelas efetivamente beneficiadas pelo artigo 68 do ADCT"*.

Pondera, ainda, que o ato normativo impugnado sujeita a demarcação aos indicativos dos próprios interessados, o que "*não constitui procedimento idôneo, moral e legítimo de definição*", subvertendo a lógica constitucional segundo a qual as áreas a serem demarcadas são aquelas nas quais, "*conforme estudos histórico-antropológicos, constatou-se a localização efetiva de um quilombo"*.

Requer medida cautelar para "*suspender a eficácia do ato normativo impugnado*" e, no mérito, a procedência da presente ação direta, "*para declarar a inconstitucionalidade do Decreto n. 4.887/2003"*.

3. Em suas informações, o Presidente da República suscitou preliminar de não conhecimento da ação direta por ausência de

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14815895.

autonomia do Decreto n. 4.887/2003.

No mérito, sustentou o acerto do critério de identificação por autoatribuição, adotado no decreto impugnado, pelo qual se teriam corrigido impropriedades do decreto anterior (Decreto n. 3.912/2001), quando *"partiu de conceito colonial e imperial de quilombos, há muito abandonado pelos antropólogos (...) e adotou dois critérios cumulativos para a titulação das terras: (1) as terras fossem ocupadas por quilombos em 1888; além disso, (2) as terras estivessem sendo, efetivamente, ocupadas na data de promulgação da constituição de 1988"*.

Afirma irrelevante a pretensa distinção entre remanescentes e descendentes, por se revelar *"plenamente desconforme com as atuais concepções de antropologia"*.

Defende a constitucionalidade do processo de desapropriação previsto no art. 13 do ato normativo impugnado e da instituição da propriedade coletiva aos remanescentes de quilombolas, porque o art. 68 do ADCT teria criado *"novo instituto jurídico (a propriedade especial quilombola)"*. Nesse contexto, a desapropriação mencionada

> *"corresponde a um resgate da expropriação sofrida pelos quilombos"; (...) é plenamente possível que se reconheçam terras de propriedade dos quilombolas, em conformidade com o Decreto nº. 4.887/2003, sem que, contudo, essas terras estejam sendo efetivamente por eles ocupadas; é plausível que sobre elas incidam títulos legítimos de propriedade particular, sendo viável a desapropriação dessas terras em benefício das comunidades quilombolas; o conceito de quilombo é, por natureza, dialético; de nada adianta reconhecer títulos de propriedade de terras para essas comunidades, se dentro da circunscrição espacial esses mesmos grupos étnicos não tiverem condições de se desenvolver, preservando sua identidade; então, não obstante não haverem ocupado em nenhum momento determinado território, mostrando-se esse lugar fundamental à preservação dos quilombos, justifica-se, também, por tal motivo, a desapropriação*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14815895.

prevista no art. 13 do Decreto nº. 4.887/2003, em favor deles".

4. A Procuradoria-Geral da República opinou pela improcedência da ação, na linha da manifestação da Advocacia–Geral da União.

5. Na assentada de 18.4.2012, o Ministro Cezar Peluso, Relator, votou pela procedência da presente ação direta, declarando inconstitucional o Decreto n. 4.887/2003. O julgamento foi interrompido por pedido de vista formulado pela Ministra Rosa Weber.

Na sessão de 25.3.2015, a Ministra Rosa Weber proferiu voto divergente, conhecendo da ação direta de inconstitucionalidade para julgá-la improcedente. Após a prolação do voto vista, o julgamento foi interrompido por pedido de vista.

Em 9.11.2017, o Ministro Dias Toffoli, devolvendo pedido de vista, votou pela procedência parcial da ação, no sentido de se dar interpretação conforme à Constituição ao § 2º do art. 2º do Decreto n. 4.887/2003.

Na sequência, pediu vista o Ministro Edson Fachin.

6. Em sede preliminar, acentuo ter o Ministro Cezar Peluso, para afastar a preliminar de não conhecimento, assentado ser "*preciso grande esforço para ver logo que o Decreto n. 4.887/2003 não extrai fundamento de validade às Leis federais 7.668/1988 e 9.649/1998, como sustenta o requerido".*

A natureza autônoma do decreto em análise é destacada pelas informações prestadas pela Advocacia-Geral da República:

> *"3. Nada obstante, em reforço, aduzo mais. A regra constitucional do art. 68 do ÁDCT é norma de eficácia plena ou autoaplicável, em princípio dispensando integração infraconstitucional. O que se afirma, porém, é que o Decreto n° 4887/2003 contem três ordens de disposições: as de mera aplicação em*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14815895.

concreto; as que regulamentam o texto constitucional e as que constituem regulamento autônomo.

4. Com efeito, como o Decreto assentou regras para "o procedimento de identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes de comunidades de quilombolas, acabou por estabelecer tanto disposições cm concreto (como no art. 8o, por exemplo), ou de regulamento autônomo sobre organização e funcionamento dos órgãos da administração que refere (art. 84, VI, 'a' da Constituição), como de regulamentação da exata aplicação do art. 68 ADCT, neste último caso com fundamento no 84, IV da Constituição (AD1N 1.590-7/SP)".

Sobre o tema, José Afonso da Silva assevera:

"Regulamento vinculado e regulamento autônomo — 'Vinculado" é chamado o regulamento de determinada lei, desenvolvendo-lhe os princípios, estabelecendo os pormenores de sua execução. É este o regulamento que o Executivo baixa para fiel execução da lei, quer porque esta expressamente determine que o faça em determinado prazo, quer por sua iniciativa própria, quando o julgue indispensável ou conveniente.

Mas também se discute sobre a possibilidade ou não de regulamento autônomo, isto é, uma forma de regulamentação que não se prenda a determinada lei; regulamento esse que dispõe por iniciativa própria. (...)

(…) Os limites do regulamento são aqueles vistos acima. Desde que não os ultrapasse, pode o poder regulamentar atuar, visto que este é poder próprio, ínsito na esfera do Poder Executivo. Vale dizer, portanto, que, no âmbito da competência administrativa, sempre se pode regular determinada matéria independentemente de lei prévia. O princípio da legalidade é que fixa os limites do poder regulamentar. Desde que ele seja respeitado, o poder regulamentar é legítimo, quer atue em função de determinada lei, quer o faça independentemente de lei prévia.

O que é preciso é não confundir "princípio da legalidade" com

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14815895.

> *"princípio da reserva da lei". O primeiro significa a submissão e respeito à lei ou a atuação dentro da esfera estabelecida pelo legislador. O segundo consiste em estabelecer que a regulamentação de determinadas matérias há de fazer-se necessariamente por lei formal. Ora, fora deste, pode atuar o poder regulamentar autônomo, respeitado aquele. Há uma esfera de competência genérica do Executivo, em cujo âmbito o poder regulamentar está autorizado a atuar, sem interferência do legislador. Nessa esfera ninguém desconhece que existe o poder discricionário do administrador, especialmente no exercício do poder de polícia. Pois bem, nessa área não se pode negar a possibilidade do regulamento autônomo.*
>
> *O poder discricionário é poder legal. É poder que atua por autorização de uma legalidade genérica, e, pois, em respeito ao princípio da legalidade, mas fora do princípio da reserva de lei, tal como o regulamento autônomo. A regulamentação da esfera discricionária, longe de ser uma inconstitucionalidade ou um abuso, constitui um regramento do próprio poder administrativo."* (SILVA, José Afonso da. Comentário Contextual à Constituição. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 485).

Nos casos em que, no exercício de sua competência excepcional e atípica, o Poder Executivo edita decreto a pretexto de assegurar direito fundamental previsto pela Constituição da República, pode-se estar diante de potencial "*conflito de constitucionalidade*" e não simples "*conflito de legalidade*", a afirmar-se a possibilidade do exame abstrato de constitucionalidade do ato normativo.

Nesse contexto, se o Decreto n. 4.887/2003 teria a finalidade de viabilizar o "*novo instituto jurídico*", criado pelo art. 68 do ADCT, como afirma o Requerido, dúvida não subsiste quanto ao caráter autônomo conferido ao decreto e, consequentemente, sobre o cabimento da presente ação direta, havendo de se analisar apenas se, ao adquirir essa configuração, o ato impugnado teria incorrido em afronta ao texto constitucional.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14815895.

7. Afasto, assim, a preliminar suscitada, conhecendo da ação direta de inconstitucionalidade.

8. No mérito, pertinente acentuar que a controvérsia versada neste caso centra-se em cinco pontos essenciais, a saber: *a)* invasão de matéria reservada a lei (art. 84, incs. IV e VI, al. a, da Constituição da República); *b)* parâmetro constitucional para controle do posto no art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias; *c)* meios de identificação dos remanescentes de comunidades de quilombo (art. 2º, *caput* e § 1º, do Decreto n. 4.887/2003); *d)* conceituação e reconhecimento das terras ocupadas por remanescentes das comunidades quilombolas (art. 2º, §§ 2º e 3º, do Decreto n. 4.887/2003); *e)* adequação do instrumento da desapropriação na espécie (art. 13, *caput* e § 2º, do Decreto n. 4.887/2003).

9. A primeira questão a ser analisada é a adequação formal do Decreto n. 4.887/2003 à Constituição, em especial aos princípios da legalidade e da reserva de lei. Discute-se a possibilidade de regulamentação por decreto do art. 68 do ADCT, no qual se dispõe:

> *"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".*

O Ministro Cezar Peluso, Relator, concluiu pela procedência dos fundamentos invocados pelo Autor, no sentido de que a norma do art. 68 do ADCT reclamaria ação legislativa integrativa que, por interferir na esfera dos direitos de terceiros, somente poderia ser regulada por lei em sentido formal.

O entendimento de Sua Excelência seria no sentido de não ser juridicamente possível a regulamentação desta matéria por decreto autônomo editado pelo Poder Executivo, em exercício de função atípica . Para comprovar o argumento, fez-se referência ao Decreto n. 3.912/2001, revogado pelo Decreto n. 4.887/2003, pelo qual se disciplinava a matéria

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14815895.

em sentido oposto ao ato impugnado.

10. O fundamento poderia impressionar num primeiro exame, por ser de pleno conhecimento que, em princípio, o poder regulamentar não pode inovar a ordem jurídica criando direitos e obrigações.

Assim ou *a)* o art. 68 do ADCT é autoaplicável, sendo possível a edição de Decreto autônomo que se limite a regulamentar o reconhecimento da propriedade e a transferência dos títulos, adotando interpretação restritiva das definições aproveitadas pela norma constitucional, sem ampliar o significado de expressões nela incluídas, como, por exemplo, "*remanescentes*" e "*estejam ocupando*"; ou *b)* a norma do ADCT em exame demanda interpretação ampliativa de seu conteúdo normativo para atingir as finalidades constitucionais, demonstrando-se a imprescindibilidade de integração por lei formal, em observância ao princípio da reserva de lei.

Ao comentar essa norma, José Afonso da Silva adverte:

> *"Por meio dessa disposição a Constituição consolida, em definitivo, a propriedade das terras ocupadas pelos remanescentes das comunidades dos quilombos, sem qualquer outra formalidade senão a simples constatação da ocupação – pressuposto que dá direito aos beneficiados de obter os títulos de propriedade respectivos" (SILVA, José Afonso da. Comentário Contextual à Constituição. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 935).*

Em estudo clássico sobre a aplicabilidade das normas constitucionais, aquele constitucionalista pondera que as normas de eficácia plena

> *"(...) estabelecem conduta jurídica positiva ou negativa com comando certo e definido, incrustando-se, predominantemente, entre as regras organizativas e limitativas dos poderes estatais, e podem conceituar-se como sendo aquelas que, desde a entrada em vigor da*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14815895.

constituição, produzem, ou têm possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular.

As normas de eficácia plena incidem diretamente sobre os interesses a que o constituinte quis dar expressão normativa. São de aplicabilidade imediata, porque dotadas de todos os meios e elementos necessários à sua executoriedade. No dizer clássico, são autoaplicáveis. As condições gerais para essa aplicabilidade são a existência apenas do aparato jurisdicional, o que significa: aplicam-se só pelo fato de serem normas jurídicas que pressupões, no caso, a existência do Estado e seus órgãos" (SILVA, José Afonso da Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.p. 101-102).

Especificamente quanto à autoaplicabilidade dessa norma constitucional, Daniel Sarmento esclarece:

"(...) pode-se afirmar que o art. 68 do ADCT encerra um verdadeiro direito fundamental'. Com efeito, sabe-se que o catálogo dos direitos fundamentais encartado no Título II do texto constitucional brasileiro é aberto, conforme se depreende do disposto no art. 5º, § 2º, da Carta, o que viabiliza o reconhecimento da fundamentalidade de outros direitos presentes dentro ou fora do texto constitucional. O principal critério para o reconhecimento dos direitos fundamentais não inseridos no catálogo é a sua ligação ao princípio da dignidade da pessoa humana, da qual aqueles direitos são irradiações. E o vínculo entre a dignidade da pessoa humana e o direito à identidade, que o art. 68 do ADCT visa salvaguardar, é claro e inequívoco. (...)

Um dos traços característicos deste regime é a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, que foi consagrada no art. 5º, parágrafo 1º, do Texto Magno. A aplicabilidade imediata significa, no mínimo, que os direitos fundamentais não dependem de concretização legislativa para surtirem os seus efeitos. Sendo eles verdadeiros "trunfos" que, pela sua importância axiológica, são protegidos tanto do arbítrio como do descaso do legislador e das maiorias de plantão,

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14815895.

> *não faria sentido condicionar a sua tutela à prévia regulamentação legislativa. Assim, a natureza de norma consagradora de direito fundamental do art. 68 do ADCT, assentada no item anterior, já bastaria para reconhecimento da sua aplicabilidade imediata.*
>
> *Não bastasse, o art. 68 do ADCT, apesar de redigido de forma concisa, já contém em si todos os elementos necessários para viabilizar a sua incidência. Como bem ressaltou Walter Rothenburgs, tal dispositivo já indica o objeto do direito, a condição para o seu reconhecimento, o seu titular e sujeito passivo. Não há, portanto, necessidade de edição de lei para viabilizar a tutela imediata do direito à propriedade dos remanescentes de quilombo. Sem embargo, é altamente recomendável que o legislador discipline o dispositivo constitucional em questão, para conferir maior segurança jurídica aos direitos dos quilombolas"* (SARMENTO, Daniel. Comentário ao artigo 68, ADCT. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 2241 – 2250).

Para defender a possibilidade de regulamentação do art. 68 do ADCT por decreto, observa aquele autor ainda que, "*em casos desta espécie, o STF tem admitido a edição de atos regulamentares fundados diretamente na Constituição*" (p. 2245 da obra citada).

11. Respeitando, como não poderia deixar de ser, aqueles que adotam compreensão diversa, também concluo ter-se constitucionalmente garantido o direito aos remanescentes das comunidades de quilombos, sendo a eles asseguradas as condições para o reconhecimento desse direito e a emissão dos títulos de propriedade definitiva.

12. Não se há de desconsiderar ou perder de vista que a norma, inserida como foi no ato das disposições constitucionais transitórias, tinha como finalidade o reconhecimento de situação de fato, historicamente construída e materializada num contexto já previsto e delimitado quando da promulgação da Constituição da República.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14815895.

Exemplo disso é a discussão travada no Congresso quanto aos destinatários da norma, como demonstrou o Relator em seu voto, ao resgatar os debates sobre o dispositivo.

13. Entretanto, apesar da autoaplicabilidade da norma em exame, por questões de segurança jurídica e de máxima efetividade, é conveniente e oportuno melhor detalhamento da forma como o direito nele assegurado será exercido. Daí por que poderia o Poder Executivo, no exercício da competência genérica, conquanto excepcional, conferida pelo art. 84, incs. IV e VI, da Constituição da República, expedir decreto objetivando a densificação desse direito fundamental.

Não se tem, pois, inconstitucionalidade formal na edição de decreto para regular o tema, reconhecendo-se, ademais, a concreta pertinência jurídica do teor do decreto questionado com o direito posto no art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

14. Quanto ao critério de identificação estipulado pelo art. 2º, *caput* e § 1º, do Decreto n. 4.887/2003, assento, na linha da divergência inaugurada pela Ministra Rosa Weber, ser compatível o critério de autoatribuição da própria comunidade como um dos requisitos inerentes ao procedimento de reconhecimento legal dos remanescentes das comunidades de quilombo.

A ausência de uniformidade entre as comunidades quilombolas, sejam elas remanescentes dos grandes quilombos, como os de Palmares e o do Ambrósio, ou mesmo oriundas dos menores agrupamentos de escravos, levam ao reconhecimento da validade da autodefinição como critério relevante para o procedimento de reconhecimento legal das comunidades de quilombo.

Essas comunidades têm igual direito de postular reconhecimento e reivindicar ancestralidade, os quais se transmudam na possibilidade de

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14815895.

se autodeterminar e de se ver igualmente reconhecido como inerente ao processo de exclusão resultante da ausência de políticas públicas pertinentes à abolição do regime escravocrata no Brasil, o qual, repita-se, foi o último País das Américas a expurgar essa prática desumana.

Esse vínculo de identidade com a memória negra, associado à indeterminação exata do significado do vocábulo "*quilombo*", o qual assumiu variadas acepções no curso da história, denotam a pertinência da autoatribuição como critério para a definição dos remanescentes das comunidades de quilombos.

Essa opção política compatibiliza-se com a variação étnico-cultural inerente aos diversos remanescentes das comunidades de quilombos e à mutação do caráter antropológico vinculado a esse conceito. Possibilita-se, assim, a mitigação do racismo veladamente inserido na sistemática negação da afro ascendência brasileira, permitindo-se a concretização do objetivo fundamental republicano de construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, inc. I, da Constituição da República).

Importante rememorar a Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, de 27 de junho de 1989, promulgada pelo Decreto n. 5.051/2004, no qual se consagrou a consciência de identidade como "*critério fundamental*" de identificação das comunidades tradicionais.

Também deve-se acentuar, no ponto, que o preenchimento do requisito de autodefinição não se converte automaticamente no reconhecimento como remanescente de comunidade de quilombo, devendo, além daquele caráter subjetivo, ser preenchido critério objetivo pertinente à existência orgânica da comunidade como subsistência essencial da comunidade existente na data da promulgação da Constituição de 1988.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14815895.

15. Concluo também ser improcedente o pleito de inconstitucionalidade dos §§ 2º e 3º do art. 2º do Decreto n. 4.887/2003, os quais versam sobre a identificação, medição e demarcação das terras ocupadas pelos remanescentes das comunidades de quilombos.

Como o reconhecimento como remanescente de comunidade de quilombo, a constituição formal da propriedade coletiva de comunidades quilombolas não deflui unicamente das informações prestadas pelo grupo interessado na demarcação, mas também requer o atendimento de critérios adotados pela Administração Pública.

Pelo § 3º do art. 2º do decreto questionado se institui que "*serão levados em consideração*" os dados informados pelos remanescentes das comunidades de quilombos, traduzindo-se, portanto, em parâmetro a ser analisado, não simplesmente adotado. O procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes de comunidades dos quilombos vale-se de critérios outros que, somados à questionada autodelimitação fundiária, servirão como fundamentos para a decisão estatal.

16. No que concerne à controvérsia sobre a desapropriação indicada no art. 13, *caput* e § 2º, do Decreto n. 4.887/2003, razão não assiste ao Autor.

Como afirmado antes, o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias prescinde de outras formalidades para a sua efetivação. Nessa linha, asseverou José Afonso da Silva que aquela norma não demanda qualquer outro requisito "*senão a simples constatação da ocupação – pressuposto que dá direito aos beneficiados de obter os títulos de propriedade respectivos*" (SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição.* 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 935).

É a Constituição da República que assegura o direito sobre a terra

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14815895.

aos remanescentes de comunidades de quilombos, pelo que, na busca pela maior efetividade das normas constitucionais, revela-se imprescindível assegurar proteção a esse direito, que não decorre de usucapião ou mesmo de desapropriação por interesse social.

Nesse sentido, mostra-se coerente com a Constituição da República a norma infralegal que busca concretizar essa condição jurídica das comunidades quilombolas, que se põe no art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e também da necessidade de obediência ao § 1º do art. 216 da Constituição, que assegura proteção ao patrimônio cultural brasileiro, inclusive por meio de desapropriações.

A interpretação sistemática da Constituição autoriza reconhecer a convergência entre a garantia de transferência do espaço físico ocupado por remanescentes de comunidades de quilombos aos seus titulares e a proteção da memória de resistência e subsistência histórica afrodescendente no Brasil.

Releva notar não haver como se dissociar a gênese das comunidades quilombolas da evolução histórica da formação social brasileira.

17. Pelo exposto, **voto no sentido de julgar improcedente a presente ação direta de inconstitucionalidade.**

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14815895.

08/02/2018 **PLENÁRIO**

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.239 DISTRITO FEDERAL

DEBATE

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Senhora Presidente, quando confeccionei esse meu voto, eu estava há três meses na Corte e não havia o hábito de nós firmarmos uma tese, por isso não preparei tese alguma. O Ministro Luís Roberto generosamente acaba de me oferecer a tese, então eu gostaria de endossá-la e, naturalmente, se houver acolhimento pelos demais, eu a proporia.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Qual é a tese?

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - É que foi julgada improcedente aqui, e nós acolhemos teses nos casos da repercussão.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, o acórdão vai ter ementa.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Vai ter ementa.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Tese em controle concentrado de constitucionalidade e concluindo o Colegiado pela improcedência do pedido?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Deixa eu explicar a razão, Ministro Marco Aurélio. A lei exige tese no caso de repercussão geral, isso é fato. É que, muitas vezes, como os votos são agregativos, você às vezes não sabe exatamente e em rigor qual foi o denominador comum jurídico do voto. Por isso que eu sempre tenho a preocupação de firmar a tese, até porque, neste caso, tem efeito vinculante, e, se tem efeito vinculante, quem for interpretar lá embaixo tem que saber vinculado a quê. Por esse motivo eu acho importante explicitar a tese.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Posso até colocar em votação se votaríamos uma tese, porque, neste caso, foi julgado improcedente, mantendo-se o Decreto.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código CCC9-DCFB-3744-4A28 e senha F43B-5CF6-8112-943D

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Mas eu acho que o Ministro Marco Aurélio tem razão de que...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Teremos de chamar à ordem o julgamento que foi implementado no dia de ontem, sob a minha relatoria, quanto aos planos de saúde!

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Mas, aí, certamente - deixe-me só ter esse diálogo com o Ministro Marco Aurélio, cuja opinião, eu sempre aprecio e levo em conta.

Diferentemente da repercussão geral, aqui é facultativo. Eu só acho que é bom ter a tese para quem for executar saber. No caso de ontem, era mais fácil, porque a tese era basicamente - eu não participei do julgamento - a de que os planos de saúde têm o dever jurídico de ressarcir o SUS nos casos tais. Então, a tese estava fácil.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) – Nós julgamos vários dispositivos, Ministro. E acho que aqui é um outro dado.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Julgamos muito mais, naquele caso, do que o ressarcimento.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Mas, certamente, não precisa ser aprovada. Nisso, o Ministro Marco Aurélio... No caso da repercussão geral, tem de ser aprovada. Mas aqui acho que é facultativo, então, a Ministra Rosa fará como a ela lhe parecer bem.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) – Sim, porque aí a Constituição estabelece, mas aqui não é o caso.

E acho que a ementa seria, neste caso, suficiente por uma razão: os fundamentos, inclusive, foram diferentes; a ementa é que vai vincular, é que dá o conteúdo vinculante. Esta é a razão pela qual acho que, neste caso, nós poderíamos suscitar mais indagações. E, sendo improcedente, mantém-se o Decreto.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: **CANCELADO**.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Mas ela já teve a cortesia de dizer que suprimiria essa parte.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código CCC9-DCFB-3744-4A28 e senha F43B-5CF6-8112-943D

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: **CANCELADO**.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Senhora Presidente, eu queria, com todo o respeito, manifestar-me neste caso contrariamente à formulação de uma tese.

É que o Supremo se pronunciou, com muita clareza, pela improcedência desse Decreto. É um decreto complexo, que pode ensejar, depois, em sua aplicação aos casos concretos, algumas dúvidas. E eu temo que uma tese que, necessariamente é sintética, possa trazer alguma dúvida para esse pronunciamento absolutamente inequívoco, retilíneo que nós fizemos hoje.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Por maioria significativa, não é, Ministro?

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - O que importa desse nosso pronunciamento? Dizermos que esse Decreto está inteiramente em vigor.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Válido.

Qualquer dúvida, acho que pode ensejar até embargos de declaração, se for o caso.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Então, eu questiono Vossas Excelências se é para fazer referência, na ementa, ao marco temporal, porque, no meu voto, eu vou suprimir.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Não, porque a maioria não foi nesse sentido. Não há mais a referência.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código CCC9-DCFB-3744-4A28 e senha F43B-5CF6-8112-943D

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.239
PROCED. : DISTRITO FEDERAL
RELATOR : MIN. CEZAR PELUSO
REDATORA DO ACÓRDÃO : MIN. ROSA WEBER
REQTE.(S) : DEMOCRATAS
ADV.(A/S) : FABRÍCIO JULIANO MENDES MEDEIROS (27581/DF) E OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA
ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
AM. CURIAE. : INSTITUTO PRO BONO
AM. CURIAE. : CONECTAS DIREITOS HUMANOS
AM. CURIAE. : SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO PÚBLICO - SBDP
ADV.(A/S) : ELOISA MACHADO DE ALMEIDA (201790/SP) E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : CENTRO PELO DIREITO À MORADIA CONTRA DESPEJOS - COHERE
AM. CURIAE. : CENTRO DE JUSTIÇA GLOBAL
AM. CURIAE. : INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL - ISA
AM. CURIAE. : INSTITUTO DE ESTUDOS, FORMAÇÃO E ASSESSORIA EM POLÍTICAS SOCIAIS - POLIS
AM. CURIAE. : TERRA DE DIREITOS
ADV.(A/S) : ANDRESSA CALDAS (27530/PR) E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : FEDERAÇÃO DOS TRABALHADORES NA AGRICULTURA DO ESTADO DO PARÁ - FETAGRI-PARÁ
ADV.(A/S) : GIROLAMO DOMENICO TRECCANI (6172/PA)
AM. CURIAE. : ESTADO DO PARÁ
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PARÁ
AM. CURIAE. : ESTADO DE SANTA CATARINA
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA
AM. CURIAE. : CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA AGRICULTURA E PECUÁRIA DO BRASIL - CNA
ADV.(A/S) : ILMAR NASCIMENTO GALVÃO (19153/DF)
AM. CURIAE. : CONFEDERACAO NACIONAL DA INDUSTRIA
ADV.(A/S) : CASSIO AUGUSTO MUNIZ BORGES (20016/DF, 091152/RJ) E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE CELULOSE E PAPEL - BRACELPA
ADV.(A/S) : GASTAO ALVES DE TOLEDO (0082034/SP) E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : SOCIEDADE RURAL BRASILEIRA
ADV.(A/S) : RICARDO DE AQUINO SALLES (183476/SP) E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : CENTRO DE ASSESSORIA JURÍDICA POPULAR MARIANA CRIOLA
AM. CURIAE. : KOINONIA PRESENÇA ECUMÊNICA E SERVIÇO
ADV.(A/S) : FRANCINE DAMASCENO PINHEIRO (117373/RJ) E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO DOS QUILOMBOS UNIDOS DO BARRO PRETO E INDAIÁ
AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO DE MORADORES QUILOMBOLAS DE SANTANA - QUILOMBO DE SANTANA
AM. CURIAE. : COORDENAÇÃO DAS COMUNIDADES NEGRAS RURAIS

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o número 14409198

QUILOMBOLAS DE MATO GROSSO DO SUL
ADV.(A/S) : FERNANDO GALLARDO VIEIRA PRIOSTE (247350/SP) E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA - INCRA
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL FEDERAL
AM. CURIAE. : ESTADO DO PARANÁ
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PARANÁ
AM. CURIAE. : CONFERÊNCIA NACIONAL DOS BISPOS DO BRASIL - CNBB
ADV.(A/S) : CARLOS ROBERTO SIQUEIRA CASTRO E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : INSTITUTO DE ADVOCACIA RACIAL E AMBIENTAL - IARA
ADV.(A/S) : HUMBERTO ADAMI SANTOS JÚNIOR (000830/RJ)
AM. CURIAE. : CLUBE PALMARES DE VOLTA REDONDA - CPVR
ADV.(A/S) : HUMBERTO ADAMI SANTOS JÚNIOR

Decisão: Após o voto do Relator, Senhor Ministro Cezar Peluso (Presidente), julgando procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade do Decreto nº 4.887/2003, modulando os efeitos dessa declaração, nos termos do seu voto, pediu vista dos autos a Senhora Ministra Rosa Weber. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Celso de Mello, Joaquim Barbosa e Cármen Lúcia. Falaram: pelo requerente, o Dr. Carlos Bastide Horbach; pela Advocacia-Geral da União, o Ministro Luís Inácio Lucena Adams, Advogado-Geral da União; pelos *amici curiae* Associação Brasileira de Celulose e Papel-BRACELPA; Sociedade Rural Brasileira; Conferência Nacional dos Bispos do Brasil-CNBB; Estado do Paraná; Associação dos Quilombos Unidos do Barro Preto e Indaiá, Associação de Moradores Quilombolas de Santana-Quilombo Santana e Coordenação das Comunidades Negras Rurais Quilombolas de Mato Grosso do Sul; Instituto de Advocacia Racial e Ambiental-IARA e Clube Palmares de Volta Redonda-CPVR, respectivamente, o Dr. Gastão Alves de Toledo; o Dr. Francisco de Godoy Bueno; o Dr. Torquato Jardim; o Dr. Carlos Frederico Maré de Souza Filho, Procurador do Estado; o Dr. Eduardo Fernandes de Araújo; e o Dr. Humberto Adami Santos Júnior, e, pelo Ministério Público Federal, a Vice-Procuradora-Geral da República, Dra. Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira. Plenário, 18.04.2012.

Decisão: Após o voto-vista da Ministra Rosa Weber, que conhecia da ação direta e a julgava improcedente, pediu vista dos autos o Ministro Dias Toffoli. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 25.03.2015.

Decisão: Após o voto-vista do Ministro Dias Toffoli, pela procedência parcial da ação, para se dar interpretação conforme a Constituição ao § 2º ao art. 2º do Decreto n. 4.887/2003, pediu vista dos autos o Ministro Edson Fachin. Ausente, justificadamente, o Ministro Ricardo Lewandowski. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 9.11.2017.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o número 14409198

Decisão: Preliminarmente, o Tribunal, por maioria, conheceu da ação direta, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski. No mérito, o Tribunal, por maioria e nos termos do voto da Ministra Rosa Weber, que redigirá o acórdão, julgou improcedentes os pedidos, vencidos o Ministro Cezar Peluso (Relator), e, em parte, os Ministros Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Votaram, no mérito, os Ministros Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski. Não votou o Ministro Alexandre de Moraes, por suceder o Ministro Teori Zavascki, que sucedera o Ministro Cezar Peluso. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 8.2.2018.

Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Procuradora-Geral da República, Dra. Raquel Elias Ferreira Dodge.

p/ Doralúcia das Neves Santos
Assessora-Chefe do Plenário

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o número 14409198