

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) : ÍLMAR 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

ADI 3239 / DF

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

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

ADI 3239 / DF

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, invade 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 apenas 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 objetos de estudos histórico-antropológicos.

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 do art. 2º, inciso III, e parágrafo único, da Lei nº 7.668/98. Caso ultrapassada a preliminar, defendem a improcedência da ação.

ADI 3239 / DF

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 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

ADI 3239 / DF

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 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 iria favorecer 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 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,

ADI 3239 / DF

§ 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).

E 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 para a 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.

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).

O direito de propriedade estabelecido no art. 68 do ADCT decorreria, nesses termos, da **ocupação centenária das terras que, no passado, abrigavam quilombos**.

Nos termos do Decreto nº 3.912/01, a Constituição de 1988 teria beneficiado tão somente os moradores dos quilombos que viviam, desde 1888, nas terras sobre as quais estavam localizadas aquelas comunidades, e que continuaram a ocupá-las, ou os seus remanescentes, 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:

“Um fato importante, revelado por esses novos estudos e pesquisas, foi a comprovação de que, além dos quilombos remanescentes do período da escravidão, outros quilombos 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).

ADI 3239 / DF

Além disso, a adoção desse 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 a 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 papeis, 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.

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 compreensão internacionais, densifica o

ADI 3239 / DF

arcabouço normativo protetivo das comunidades indígenas e dos povos tribais.

Com efeito, já em seu art. 1.1, a Convenção determina a 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 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 o 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 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

ADI 3239 / DF

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 destinado ao cumprimento de tais funções.

Sob esse *prima*, não vejo incongruência formal no ato normativo impugnado, pois sua edição deu-se 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

ADI 3239 / DF

demarcação de terras indígenas, previsto no Decreto nº 1.775/96, e 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).

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.

ADI 3239 / DF

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 direito 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: repertório bibliográfico de uma questão redefinida. **Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais**. Rio de Janeiro, nº 45, 1998, p. 57).

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, v. 1, n. 1, Florianópolis, 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 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, **elegendos critérios antropológicos mais adequados à atual realidade das comunidades quilombolas existentes contemporaneamente.**

Nessa concepção, as comunidades remanescentes de quilombos constituem grupos étnico-raciais 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 o 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 almejam 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:

“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 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.

ADI 3239 / DF

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 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 adequa 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 o 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 **solução específica, determinada e transitória**, 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 **que estivessem sendo ocupadas** pelos remanescentes das comunidades dos quilombos. **Vide**, mais uma vez o 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, no meu sentir, a partir da leitura do

dispositivo constitucional, **foram contemplados com a titularidade aqueles remanescentes que estavam ocupando suas terras no momento da promulgação da Constituição de 1988.**

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 **ocupação presente, 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, no 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.

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 aqui*, a idêntico princípio de 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 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 a 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, 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 não conferiu às comunidades a titularidade** sobre o espaço geográfico destinado ao 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 (não a propriedade)** 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 **propriedade definitiva** das terras que **estivessem ocupando** 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” 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.**

No 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, sequer uma leitura conjunta com o § 5º 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 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, assegurando-se-lhes o direito definitivo de propriedade**.

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 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 efetivamente 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:

“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, 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.

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 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 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 estas 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 **mediante prescrição aquisitiva (usucapião) que já tenha se operado, ou quando presente vício no título de propriedade particular**, hipóteses nas quais não haverá desapropriação.

Necessário, porém, o ato expropriatório, deve o Estado, como responsável direto pela execução das políticas e diretrizes constitucionais, indenizar os proprietários particulares, **se regularmente exerciam o 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 ‘imediate’ 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).

Nesses termos, mais uma vez, 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, concludo 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 o seu alcance que tenha retardado e tornado ainda mais complexa a demarcação e a titulação definitiva dessas terras.

No 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, inclusive as efetivamente 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.**