

AÇÃO ORDINÁRIA (PROCEDIMENTO COMUM ORDINÁRIO) Nº 2008.70.09.002128-0/PR

AUTOR

ANA MARIA PANDORF PETTER

FRANCISCO LEOCADIO CANHA

ADVOGADO

RAUL GALETO DINIES

RÉU

INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZACAO E REFORMA AGRARIA - INCRA

APENSO(S)

2008.70.09.000287-9

SENTENÇA

1. Relatório

ANA MARIA PANDORF PETTER e FRANCISCO LEOCÁDIO CANHA ingressaram com o presente feito em face do INCRA para que seja reconhecida "a) a inconstitucionalidade do Decreto n. 4.887/2003 e da IN INCRA n. 20/2005, afastando sua aplicabilidade em face dos autores; b) a ausência de dever dos autores de produzirem prova contrária a seus interesses legítimos, bem como de atenderem às solicitações de documentos e informações promovidas pela notificação do INCRA; c) seja declarada a nulidade do procedimento administrativo n. 54200.003339/2006-34, em curso no INCRA, no Serviço de Regularização de Territórios Quilombolas; d) seja condenado o INCRA a se abster da atuação inquisitória em face dos autores (sem observância das garantias constitucionais ao devido processo legal, contraditório e ampla defesa), inclusive com o estancamento do procedimento administrativo instaurado; e) seja condenado o INCRA a abster-se de solicitar informações e documentos de forma sumária e sem observância das garantias constitucionais já referidas, e que, em caso de instaurar novo procedimento, seja

obrigado a intimar os autores sobre o conteúdo e objeto do processo, oportunizando aos autores participar de todas as fases do processo".

Aduziram que em 31 de julho de 2008 ofícios de notificação circular do INCRA/SR foram "largados porque as mesmas (notificações) foram entregues a pessoas que não estão autorizadas a receber notificação em nome dos proprietários" informando, em síntese, que área de terra de suas propriedades estaria sob investigação de possível titularidade quilombola e que seria realizado trabalho de campo, estando o INCRA legalmente autorizado a adentrar na propriedade para realizar os estudos pertinentes. Informaram que são proprietário e legítimos possuidores de área rural na localidade de Serra do Apon, no Distrito de Socavão, Município de Castro, há mais de 25 anos e que, somada à posse de seus antecessores, teriam mais de 50 anos de posse sobre as terras.

Defenderam que o INCRA está cometendo excessos e abuso de poder, pois está contrariando o que dispõe o artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, bem como o Decreto 4.887/2003 que regulamenta o procedimento. Isto porque, tais dispositivos expressamente consignam que somente os remanescentes de quilombo que estão ocupando as terras é que poderiam ter reconhecida a propriedade como definitiva e, no caso, as referidas terras não estão sendo ocupadas por remanescentes de quilombo, que nunca existiram na região. Argumentaram, ainda, a) que o artigo 68 do ADCT só permite a afetação de terras devolutas aos remanescentes de quilombolas; b) ofensa aos limites impostos pelo artigo 84, VI, da Constituição Federal para a edição de decretos presidenciais (quebra da reserva legal); c) inobservância dos princípios do contraditório e da ampla defesa prévios, do devido processo legal e da isonomia, porque o procedimento só permite manifestação dos proprietários das terras reivindicadas tardia e ineficientemente, em estágio avançado do processo administrativo de delimitação e identificação das comunidades quilombolas remanescentes, enquanto a participação das comunidades negras é ativa desde a instauração do processo; d) quebra do direito constitucional à propriedade; e) não são obrigados a fornecer a documentação solicitada pelo INCRA porque ninguém pode ser forçado a produzir provas contra si. Foram juntados documentos às fls. 17/39.

Indeferido o pedido de liminar e reconhecida conexão, pela causa de pedir, com a ação de usucapião n. 2008.70.09.000287-9, determinando-se a reunião dos feitos (fls. 40/42).

Os autores agravaram por instrumento da decisão (fls. 45/65), recurso que foi convertido em retido pelo relator (fl. 314).

Citado, o INCRA apresentou contestação às fls. 85/108. Afirmou inexistir a invocada violação, uma vez que as notificações foram expedidas informando que, com base na legislação que rege o reconhecimento das áreas remanescentes de quilombos realizaria levantamento de dados e informações relativas à ocupação e atualização cadastral do imóvel, mediante equipe de antropólogos e de equipe técnica para fins de elaboração de relatório antropológico e identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das áreas ocupadas pelos remanescentes das comunidades dos quilombos. Disse que, após a vistoria, será elaborado relatório técnico a ser submetido a apreciação das partes interessadas, abrindo prazo aos autores para contestações ao relatório antropológico. Juntou cópia integral do processo administrativo em questão e outros documentos (fls. 109/313).

Determinou-se o sobrestamento do feito até o encerramento da instrução dos autos de usucapião apensos (fl. 316).

2. Fundamentação

Primeiramente, entendo que a matéria em discussão no presente processo, anulação do procedimento administrativo nº 54200.003339/2006-34, pode ser decidida independente da solução a ser proferida no processo, nº 2008.70.09.000287-9, em que se discute a aquisição da propriedade por via de usucapião sobre o imóvel objeto do processo administrativo de regularização de terra quilombola, uma vez que o presente processo diz respeito à legalidade do procedimento administrativo de regularização fundiária, circunstância que independe da titulação da propriedade objeto do procedimento objeto de discussão.

Enfatizo, o prosseguimento do procedimento de regularização fundiária referente a terra quilombola independe da titularidade da propriedade do imóvel - matéria em discussão da ação de usucapião. A titularidade do imóvel objeto da discussão será essencial, unicamente, para verificação da eventual indenização em razão da desapropiação, nos termos do artigo 13 do decreto 4.887/2003, matéria que não é controvertida neste processo.

Fixada essa premissa, é de se ressaltar que o presente feito encontra-se maduro e comporta julgamento no estado em que se encontra. Isso porque as questões ventiladas nestes autos são, exclusivamente, de direito, não demandando dilação probatória para cognição exauriente.

Passo a analisar o mérito.

Insurgem-se as partes, em síntese, quanto à possibilidade do INCRA em adentrar em suas terras para a verificação de eventual área remanescente de quilombola. Defenderam que o INCRA somente estaria autorizado a tanto se as áreas ainda estivessem ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos, de acordo com o disposto no artigo 68 ADCT e do Decreto 4.887/2003. Peroram a inconstitucionalidade deste Decreto, o que macula todo e qualquer procedimento dele derivado ou nele embasado.

O Processo 54200.003339/2006-34, iniciado pelo INCRA, para reconhecimento de território remanescente de quilombo, tem como fundamento o artigo 68 do ADCT e os artigos 215 e 216 da Constituição Federal, os quais foram objeto de regulamentação pelo Decreto 4.887/03.

De se ressaltar, primeiramente, que o Decreto 4.887/03 é objeto de análise acerca da constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 3.239/DF e já foi objeto de apreciação pela Corte Especial do E. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, na Arguição de Inconstitucionalidade n. 5005067-52.2013.404.0000/TRF, com relatoria para o acórdão do Desembargador Federal Luiz Carlos de Castro Lugon.

Naquilo que interessa ao presente caso, a principal questão discutida é sobre o uso indevido da via regulamentar, haja vista a inexistência de lei regulamentadora do dispositivo constitucional.

Argumenta-se, na peça inaugural da ADI 3.239/DF que a Constituição Federal, em seu art. 84, IV, ao instituir o chamado poder regulamentar do Presidente da República, o fez apenas para execução fiel das leis, emprestando ao decreto a natureza de instrumento normativo secundário, com validade dependente de lei formal. Assim, ao dispensar essa intermediação da lei entre a Constituição e o decreto, o ato normativo editado pelo Presidente da República teria invadido a esfera reservada à lei, incorrendo em inconstitucionalidade.

Nada obstante o voto do relator da ADI 3.239/DF, o Ministro Cezar Peluso, entender não ser possível a regulamentação do procedimento de reconhecimento de área remanescente quilombola por instrumento normativo infralegal, houve contraponto a esta posição no voto da Ministra Rosa Weber, que entendeu constitucional o Decreto que, ao fim e ao cabo, retira seu fundamento de validade da própria Constituição Federal. Segundo ela, o constituinte originário ao enunciar o princípio, consubstanciou a regra: às comunidades remanescentes de quilombolas se assegurará o direito às terras que ocupavam no momento da promulgação daquela Carta.

Como já tive a oportunidade de dissertar em trabalho acadêmico dedicado à implementação dos direitos fundamentais, a Constituição estabelece como premissa fundante do Estado a implementação dos direitos fundamentais, assim:

A Constituição, ao assegurar os direitos fundamentais, fixa limites materiais à atuação discricionária dos poderes instituídos, pois estes têm o poder-dever de implementar o projeto Constitucional estabelecido pelo povo quando da promulgação da Carta Magna. No caso da Constituição de 1988, o povo, por meio de Assembleia Constituinte, optou pela formação de um Estado Social Democrático de Direitos, o qual tem por função, precípua, assegurar os direitos fundamentais visando à construção de uma sociedade livre justa e solidária, conforme art. 3º da Constituição Federal. (RIBEIRO, Paulo Sérgio. A FUNÇÃO DO JUIZ NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: o papel do juiz constitucional na implementação dos direitos fundamentais, in Revista Direito Federal AJUFE, Ano 28 - Número 95, São Paulo : Letras Jurídicas, 2015, p. 5-35)

Ressalte-se, neste ponto, que o Decreto 4.887/03 estabeleceu o conceito de remanescente de quilombolas, considerando-os como "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".

Para o fim de caracterização do grupo, utilizou do critério da autodefinição da própria comunidade, sendo considerado como suas terras aquelas utilizadas para a garantia de sua reprodução física, social, econômica e cultural.

A definição do decreto não derogou ou ampliou indevidamente o preceito constitucional que reconhecia a propriedade definitiva aos remanescentes das comunidades quilombolas que estivessem ocupando terras na data da promulgação da Constituição, conforme art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias:

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.

A temporalidade determinada na Constituição é fator a ser considerado no processo de reconhecimento e delimitação das áreas a serem atribuídas às comunidades negras quilombolas.

O que o Decreto cuidou, isso sim, foi de definir quem seriam aqueles que se pode denominar de quilombolas na atualidade. E para isso utilizou-se de conceitos antropológicos atuais, hodiernamente aceitos por esta ciência, que é própria e apropriada ao tema.

Aduno-me quase que integralmente às razões lançadas pela eminente Ministra Rosa Weber no julgamento da ADI 3239/DF, cujo voto, no mérito, passo a transcrever, ressaltando que os apontamentos bibliográficos e referências encontram-se no original:

"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". 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 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 ("aos 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 - "aos 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 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."

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.

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).

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

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", importa em que os titulares do direito não necessitem "aguardar autorização, concretização ou outra determinação estatal" para o respectivo exercício.

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.

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." 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". 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 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."

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 identifiquei invasão de esfera reservada à lei nem conluio, 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 específico 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, fosse por medidas administrativas ou de qualquer outro caráter - justamente por se tratar de direito fundamental.

Ante as razões expostas, e pedindo vênias 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, conseqüentemente, 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 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, 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."

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 - 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.

Também a historiografia contemporânea dá conta de que o 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."

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 calhambos 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."

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". Os quilombos, longe de representarem um mundo isolado, criaram "um mundo subterrâneo interagindo com a escravidão", 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."

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." Foi o caso, estudado por Eduardo Silva, pesquisador da Fundação Casa de 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." 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".

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 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 predominantemente 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."

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."

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."

Memória essa que é referencial não só de ancestralidade, mas também, e fundamentalmente, de identidade. 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."

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." 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 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."

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."

Exemplo dessa prática ocorreu em Mostardas, Município do Rio 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 abrigo 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". 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."

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

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

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."

Seria falacioso perquirir acerca de um metafísico significado "puro" do termo "quilombo", que inexistente, 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."

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.

Se, até o final de 2002, era conhecida a existência de pouco mais de 700 comunidades quilombolas, 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", 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 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.

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)". Há de se reconhecer que se cuida de problemática na qual "a privação econômica e o desrespeito cultural se entrelaçam e sustentam simultaneamente".

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 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."

E a adoção da autoatribuição como critério de determinação da identidade quilombola em absoluto se ressent, 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 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 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."

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 propiedad imprescritible de sus tierras comunitarias, que serán inalienables, inembargables 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 desarrollar sus propias formas de convivencia y organización social, y de generación y ejercicio de la autoridad, en 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 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. 1º, 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."

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. 2º, 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 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.

Ponto, 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.

Julgo, pois, improcedente o pedido de declaração de inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, 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." Destaco que muitas vezes a própria ideia de um território fechado, com limites individualizados, parece estranha aos moradores dessas comunidades.

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. 6º, item 1, da Convenção 169 da OIT garante consulta aos "povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente." 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 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, em caráter minimamente estável - sem o que, de resto, sequer se poderia cogitar de relação territorial específica.

4.4.4. A efetiva posse das terras em 05 de outubro de 1988 é requisito essencial à proteção do art. 68 do ADCT, porquanto consta expressamente do texto constitucional quando identifica seus destinatários. Tal emerge tanto da topologia da norma - situada no ADCT, vale dizer, voltada a situação temporalmente definida e que se pretende logo superada - quanto da flexão verbal - "estejam ocupando", a assinalar o momento da promulgação da Constituição como o marco definidor de sua incidência.

Por isso inviável, a meu juízo, ter como alcançadas pelo art. 2º, caput e §§ 1º, 2º e 3º, do Decreto 4.887/2003 comunidades já desintegradas no momento da promulgação da Carta de 1988, bem como comunidades autoidentificadas como remanescentes de quilombos até então inexistentes, formadas após 05 de outubro de 1988; ou que somente após essa data vieram a ocupar terras tidas como reminiscências dos antigos quilombos. Essencial a relação de pertencimento específica das comunidades com as terras ocupadas em caráter permanente em 05.10.1988, com a óbvia ressalva de hipóteses de eventual prejuízo ou suspensão do efetivo exercício da posse nessa data em razão de turbação ou esbulho.

Já 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 até o presente. 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 à 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".

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."

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 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."

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."

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, obviamente deve ser aceito ainda como parte integrante do texto constitucional, ao qual se deve conferir a máxima efetividade." (destaquei)

É a própria Constituição, portanto, o nascedouro do título, ao outorgar, aos remanescentes de quilombos, a propriedade das terras por eles ocupadas. Constatada 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".

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 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. Ato, 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 Martins, que o escopo do dispositivo se limita às terras devolutas, 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 socialé, ainda hoje, dado pela Lei 4.504/1964, cujo art. 18, alínea "a", reza: a 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, deforma a garantir a reprodução física, social, econômica e cultural dos grupos em questão."

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 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."

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, capute § 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 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 política 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 vênias ao eminente relator, conheço da ação direta de inconstitucionalidade e a julgo improcedente."

É importante destacar que a Corte Especial do e. TRF da 4ª Região chegou a igual conclusão de constitucionalidade do decreto ao julgar o incidente de Arguição de Inconstitucionalidade suscitado pela 3ª Turma daquele tribunal e autuado sob o n. 5005067-52.2013.404.0000. Transcrevo, por brevidade, tão somente a ementa do acórdão, destacando que nos votos proferidos pelos Desembargadores, há abordagem profunda do direito assegurado pelo artigo 68 ADCT, agregando fundamentos históricos, sociais e jurídicos ao que já foi aqui denotado:

DECRETO Nº 4.887/2003. CONSTITUCIONALIDADE. CONCEITO DE QUILOMBO. REMANESCENTES DE COMUNIDADES QUILOMBOLAS. SUPERAÇÃO DA ANTIGA NOÇÃO DE QUILOMBO COMO MERO AJUNTAMENTO DE NEGROS FUGIDOS. PRESENÇA HODIERNA E NO FUTURO. EFICÁCIA IMEDIATA DOS DISPOSITIVOS PERTINENTES A DIREITOS FUNDAMENTAIS. DENSIDADE E FORÇA MANDAMENTAL DO ART. 68 DO ATO DE DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS (ADCT). FUNDAMENTALIDADE DO DIREITO À PRESERVAÇÃO DA PRÓPRIA CULTURA. DIREITO À DIFERENÇA ÍNSITO NA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. LICITUDE DA UTILIZAÇÃO DO INSTITUTO DA DESAPROPRIAÇÃO COMO MEIO DE PROPICIAR A TITULAÇÃO. 1. Contrariamente ao que registra a história oficial, o quilombo jamais foi um mero amontoado de negros fugidos, existindo nele também índios, brancos e mestiços. 2. A nociva política do "branqueamento" retira do negro a opção por ser ele mesmo, recusando-lhe a preservação de sua história, de seus costumes, de suas manifestações religiosas, de sua cultura. 3. Como direito fundamental que é, o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias guarda aplicabilidade imediata. "Princípio é imperativo. Princípio está no mundo jurídico. Princípio é mais do que regra. Não teria sentido exigir complementação para um princípio que é mais do que uma regra e que contém a própria regra". (Desembargador Paulo Afonso Brum Vaz). 4. Assim não fosse, ad argumentandum tantum, "...ainda o Decreto 4.887/2003 estaria a

regulamentar a Convenção 169 da OIT. Portanto, ele não seria um decreto autônomo, ele estaria a regulamentar a convenção 169 e portanto não sofreria dessa eiva de inconstitucionalidade. Da mesma forma, ele estaria a regulamentar o art. 21 do Pacto de São José da Costa Rica, que a Corte vem aplicando de uma forma já agora em inúmeros casos a situações semelhantes à dos autos, não só com relação à terra dos índios, mas também a terras ocupadas, por exemplo, no Suriname por negros que fugiam do regime de plantation e que portanto têm uma situação fática e jurídica em tudo semelhante à dos nossos quilombolas visibilizados pela Constituição de 88." (Dr. DOMINGOS SÁVIO DRESH DA SILVEIRA, citando FLÁVIA PIOVESAN, em seu parecer, evento 46, NTAQ1). 5. O art. 68 do ADCT contém todo o necessário à concretização de seu teor mandamental, absolutamente desnecessária qualquer "complementação", que consistiria apenas em repetir aquilo que a Lei Maior já diz. 6. A desapropriação, na hipótese, já está regulamentada em lei, que prevê o uso do instituto por interesse social, ausente qualquer vedação a seu uso no alcance do escopo constitucional inarredável de preservar e proteger o quilombo; ou o remanescente de quilombo. 7. Arguição de inconstitucionalidade que se rejeita.

Quanto às demais questões suscitadas pelos autores e que, segundo eles, implicam na inconstitucionalidade do Decreto objurgado, quais sejam, ofensa às garantias do contraditório e da ampla defesa prévios e ofensa ao direito de propriedade que atende sua função social (altamente produtiva), tenho que foram solvidas em sede de embargos de declaração da já mencionada Arguição de Inconstitucionalidade n. 5005067-52.2013.404.0000 pela Corte Especial do Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

Como se vê daquela decisão, não se pode falar em ausência de participação dos proprietários no processo de delimitação e reconhecimento das terras remanescentes de quilombolas porque lhes é outorgado prazo para a apresentação de contestação aos termos das conclusões a que se chegou após o trabalho de campo. Chamar ao processo administrativo apenas os proprietários e confinantes da área reconhecida, num primeiro momento, como remanescente de quilombos é imperativo para organizar e delimitar os que têm efetivo interesse (legitimidade) para participar do processo. Isso porque o processo em si já é demasiadamente complexo para que se permita que 'qualquer curioso' intervenha, tumultuando e retardando os trabalhos. Assim, precisar a área que será objeto do reconhecimento é pressuposto necessário (necessariamente anterior) à convocação dos que detêm a titulação particular das terras a serem desapropriadas para dar cumprimento ao artigo 68 da ADCT. No dizeres do i. Desembargador Castro Lugon "Não há 'contestação póstuma'; sim, defesa facultada oportuno tempore".

A adequação da propriedade particular à sua função social, entendida pelos proprietários como 'alta produtividade', não se sobrepõe ao direito fundamental que o artigo 68 visa proteger. Ao contrário, "o escopo do redator constituinte quando da formulação do dispositivo foi exatamente o de limitar os poderes do proprietário em benefício do coletivo". Não se cuida,

na tese de aplicação do Decreto, de sanção por uso insuficiente ou mau uso da propriedade privada, descabendo atentar-se para o grau de produtividade da terra na qual será titulada a comunidade negra. E, como dito acima, confrontando-se dois princípios de matriz constitucional, prevalece aquele que alberga o interesse transindividual, no caso, a proteção e preservação da diversidade sócio-cultural.

É importante destacar o parecer de professor Daniel Sarmiento, então Procurador Regional da República, acerca da questão Quilombola, pontuando, em especial, a questão da primazia da função social da propriedade:

... é importante destacar que o direito de propriedade não tem mais a primazia absoluta que desfrutava no regime constitucional do liberalismo-burguês. Com o advento do Estado Social, o direito de propriedade foi relativizado, em proveito da proteção de outros bens jurídicos essenciais, como os direitos dos não-proprietários, a tutela do meio ambiente e do patrimônio histórico-cultural.

Neste sentido, muitas constituições, e dentre elas a brasileira (art. 5º, inciso XXIII, e art. 170, inciso III, CF), passaram a impor o cumprimento da função social da propriedade. E neste novo contexto, alguns autores chegaram até a afirmar que a propriedade que não cumpre a sua função social deixa de ser tutelada pela ordem jurídica.

Neste quadro, pode-se avaliar o peso do direito à propriedade privada na nossa ponderação. Trata-se, no caso, não de uma propriedade qualquer, mas de uma propriedade cuja função social já foi pré-definida pela Constituição no art. 68 ADCT: a de servir para ocupação das comunidades de remanescentes de quilombos, possibilitando a existência de um grupo étnico e a reprodução da sua cultura.

Portanto, qualquer outra finalidade que o proprietário privado queira dar à terra - ainda que relacionada a atividades economicamente produtivas - não significa atendimento à função social da propriedade, mas sim numa necessária violação a ela. (fls. 242/243 - autos 2008.7009000287-9)

Ademais, a eleição da desapropriação para fins sociais como meio legítimo para aquisição de terras destinadas aos remanescente quilombolas foi tratada no voto da Ministra Rosa Weber, ao qual me reporto para evitar tautologias.

Por tudo quanto exposto, reconheço a constitucionalidade do Decreto 4.887/03 e do procedimento administrativo nele fundamentado.

3. Dispositivo

Dessarte, julgo improcedentes os pedidos veiculados na inicial, extinguindo o feito com resolução do mérito, nos termos do artigo 487, I, do CPC.

Condeno os autores ao pagamento das custas processuais e em honorários advocatícios que arbitro em 10 % sobre o valor da causa atualizado. A atualização deverá ser efetivada conforme estabelecido no manual de cálculo da Justiça Federal.

À secretaria para providenciar o desapensamento aos autos nº 2008.70.09.000287-8, restabelecendo o curso normal de ambos os processos.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Havendo interposição de recurso voluntário, intime-se a parte recorrida para contrarrazões no prazo legal. Em seguida, remetam-se os autos ao Tribunal Regional Federal da 4.ª Região.

Ponta Grossa, 22 de junho de 2016.