

Documentos do julgamento da constitucionalidade do Decreto Federal 4.887/2003 - TRF4

28 de novembro e 19 de dezembro de 2013

1. ACÓRDÃO

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.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Corte Especial do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por maioria, rejeitar a arguição de inconstitucionalidade, nos termos do relatório, votos e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 19 de dezembro de 2013.

Des. Federal Luiz Carlos de Castro Lugon
Relator para Acórdão

2. NOTAS TAQUIGRÁFICAS – SUSTENTAÇÕES ORAIS DA SESSÃO DO DIA 28/11/2013 CORTE ESPECIAL

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 5005067-52.2013.404.0000/TRF (001P)
RELATOR: Des. Federal MARGA INGE BARTH TESSLER

RELATÓRIO (no Gabinete)

Des. Federal MARGA INGE BARTH TESSLER (RELATORA):

COMPLEMENTAÇÃO DE RELATÓRIO

Acrescento que recebi os eminentes Procuradores da República, Procuradores do INCRA, Procuradores da Associação Heliodoro, diversos grupos de integrantes das associações comunitárias, os Advogados da parte apelada, Procuradores do Estado do Paraná e do município envolvido. Recebi memoriais, recebi livros, muito representativos, de diversas histórias muito candentes e livros que estou remetendo à biblioteca para difusão deste conhecimento.

Este é o relatório eminente Presidente.

Des. Federal TADAAQUI HIROSE (PRESIDENTE):
Com a palavra o Dr. Ricardo Dantas, representando o INCRA.

Dr. RICARDO DANTAS (TRIBUNA):

Ilustre Desembargador Federal Presidente, douta Desembargadora Federal Relatora, Des. Federal Marga Barth Tessler, colenda Corte Especial, boa tarde.

Primeiramente gostaria de destacar que estamos julgando a constitucionalidade do Decreto 4.887, a lei em tese. As questões relacionadas ao processo originário, em caso de declarada a constitucionalidade, voltarão a ser debatidas provavelmente com a anulação da sentença pela 3ª Turma, haja vista que o único fundamento da respeitável sentença é a inconstitucionalidade

formal. Quanto à discussão da lei em tese, sabemos que este egrégio Tribunal analisará, como sempre fez em outras questões, de forma despida de preconceito, de forma técnica, observando o conceito antropológico, histórico, conectado com a realidade fática, a existência de comunidades étnico-culturais próprias, com identidade. Estamos tratando de um grupo, pois os quilombos também possuíam índios e brancos socialmente desprivilegiados, que por meio de seus usos e costumes criaram uma comunidade distinta. Por óbvio, essas comunidades com identidade própria viviam em estado de vulnerabilidade, principalmente no momento em que a localidade de sua habitação passou a configurar o interesse econômico. A Constituição de 1988 elencou como princípio fundamental a dignidade da pessoa humana e estabeleceu como objetivo fundamental a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, bem como erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais. Diante destas normas fundamentais e em respeito às minorias, sem preconceito de origem e raça, assegurou as garantias das comunidades quilombolas, materializadas nos arts. 215, 216, § 5º, e 68 do ADCT. Assim, o art. 68 do ADCT, ao conferir direitos territoriais aos integrantes de um grupo com sua identidade própria, composto quase que exclusivamente por pessoas muito pobres e que são vítimas de estigma e discriminação, está promovendo a igualdade substancial e a justiça social. A terra para as comunidades tradicionais apresenta um especial significado como elemento de união do grupo, que permite a sua continuidade através das gerações, em garantia da identidade coletiva de seus integrantes.

Para a historiadora Maria de Lourdes Bandeira a relação das comunidades negras com a terra se deu histórica e socialmente através do coletivo, não se circunscrevendo à esfera do direito privado. A terra coletivamente apropriada configura um bem público das comunidades negras, não sendo por oposição, bem ou propriedades de seus membros. Conforme mencionado pelo Min. Luiz Fux, enquanto integrante do Superior Tribunal de Justiça, no REsp nº 931060, que garantiu à comunidade de Ilhéus da Marambaia, a ratio do mencionado dispositivo constitucional visa assegurar o respeito às comunidades de quilombolas para que possam continuar vivendo segundo suas próprias tradições culturais, assegurando igualmente efetiva participação em uma sociedade pluralista.

Isto posto, com todo o respeito às opiniões em contrário, o art. 68 do ADCT deve ser reconhecido como garantia constitucional e, portanto, de aplicabilidade imediata, conforme determina o art. 5º, § 1º, da Constituição Federal. Reconhecendo-se o art. 68 do ADCT como norma de eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata, integral, resta afastada qualquer alegação de inconstitucionalidade formal do decreto.

Cumprido observar que o art. 68 do ADCT se insere no contexto de constitucionalismo internacional que dá especial relevo para a plurinacionalidade, pluriculturalidade e pluriétnica, colocando em discussão a simultaneidade de tradições culturais no mesmo território, com destaque para o pluralismo jurídico, para a democracia intercultural e para a luta pela igualdade, entendida também como a luta pelo reconhecimento da diferença. Neste cenário de reconhecimento internacional de comunidades com identidades próprias, o Brasil ratificou os termos da Convenção 169 da OIT. A convenção visa proteger comunidades indígenas e povos tribais, o que deve ser entendido como todo grupo que possua características étnico-culturais próprias.

A situação é similar à dos índios. O território quilombola compreende espaço territorial que garante sua reprodução física, social, econômica e cultural. Ora, não podemos ficar presos ao conceito escravocrata de quilombo como a concentração de negros fugidos de seu proprietário, mas como uma comunidade formada por negros, fugidos ou libertos, e outras raças, com o uso da terra segundo seus costumes e tradições. Dentro dessa concepção moderna, vinculada a conceitos antropológicos e históricos, relacionada com o reconhecimento da opressão vivida por essas populações, resta demonstrada a aplicabilidade da Convenção 169 da OIT para a regulamentação do art. 68 do ADCT. Assim, o Decreto 4.887 regulamenta a Convenção 169 da OIT, integrada pelo Decreto 5.051, que tem força de lei no

ordenamento jurídico interno. Por conseguinte, eventual declaração de inconstitucionalidade do decreto resultaria em inutilidade ante a vigência do Decreto 5.051.

Na verdade, Excelências, observando-se o ordenamento jurídico brasileiro, a matéria está regulada pelo Decreto 5.051, pela Lei nº 9.649 e pela Lei nº 7.668. Logo, se vício existisse no decreto, seria de ilegalidade e não de inconstitucionalidade.

Demonstrada a inexistência da inconstitucionalidade formal pelo fato de o art. 68 do ADCT ser norma de eficácia plena e de aplicabilidade direta, imediata e integral ou pela regulamentação por meio de lei, ratificação da Convenção 169 da OIT, Lei nº 7.668 e Lei nº 9.649, passamos à análise dos pontos levantados, relacionados com a inconstitucionalidade material, do questionamento da autodeclaração e do devido processo legal.

O Decreto 4.887, ao garantir a autodeclaração, está em consonância com o art. 1º, nº 2, da Convenção 169 da OIT, segundo a qual é a consciência de sua identidade que deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos respectivos. Contudo, a manifestação de vontade do interessado, autodeclaração, não lhe garante qualquer direito. O decreto prevê, após a autodefinição, várias providências, que visam a assegurar o devido processo legal. Devemos ressaltar os arts. 7º e 8º do decreto, que condicionam o reconhecimento a vários trabalhos técnicos, notadamente o art. 9º, que garante aos interessados a contestação dos resultados do laudo técnico no prazo de 90 dias. Peço licença para ler o dispositivo legal a fim de que não existam dúvidas:

Art. 9º- Todos os interessados terão prazo de 90 dias, após a publicação e notificações a que se refere o art. 7º, para oferecer contestações ao relatório, juntando as provas pertinentes.

Assim sendo, entendemos que não existe qualquer inconstitucionalidade na possibilidade de autodeclaração das comunidades quilombolas nem violação ao devido processo legal.

Da desapropriação. A Constituição outorga às comunidades quilombolas o título de propriedade pelo reconhecimento da ocupação, mas o constituinte implicitamente não desconheceu a possível existência, por diversas razões, até históricas, de títulos de propriedade particular incidentes sobre a mesma área e outrora legítimos. Assim, ao dispor sobre a emissão dos títulos respectivos, garantiu, aos que eventualmente o detenham sobre a ocupação quilombola, uma desapropriação por interesse social. Não seria razoável que o constituinte agendasse a responsabilidade do Estado e não lhe garantisse os instrumentos para a efetivação da norma constitucional. Uma vez caracterizada a comunidade quilombola, passa-se à fase de desapropriação por interesse social, prevista no art. 5º, inc. XXIV, da Constituição Federal e regulada pela Lei 4.132 e pelo Decreto-Lei 3.365.

Por fim, devemos destacar que todo o ordenamento jurídico, o art. 68 do ADCT, o Decreto 5.051, a Convenção 169 da OIT e, por fim, o Decreto 4.887, ora em debate, visa à preservação de um grupo com identidade própria, com características étnico-culturais próprias, tanto que ocorre a titulação coletiva e pró-indivisa, sem caráter condicional do CPC, e a incidência de cláusulas de ônus reais, inalienabilidade e impenhorabilidade sobre aquelas terras como meio de assegurar a perpetuidade da propriedade às futuras gerações, bem como ao Patrimônio Histórico Cultural Brasileiro.

Ressalvamos ainda que o Parecer 3.333 da PGR, da lavra do ex-Procurador-Geral da República Dr. Carlos Fonteles, na ADIN 3.239, é pela constitucionalidade do Decreto nº 4.887, acolhendo a argumentação da AGU, a qual expus de forma resumida.

Ante o exposto, o INCRA requer seja rejeitado o presente incidente de arguição de inconstitucionalidade com a consequente declaração de constitucionalidade de Decreto nº 4.877.

Muito obrigado, Excelências.

Dr. FERNANDO GALLARDO VIEIRA PRIOSTE (TRIBUNA):

Exmos. Srs. Desembargadores e Desembargadoras do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que cumprimento na pessoa do Sr. Presidente Tadaaqui Hirose e da Sra. Relatora Marga Inge Barth Tessler, Exmo. Sr. Representante do Ministério Público Federal, Dr. Domingos Sávio

Dresch da Silveira, servidores do Poder Judiciário, colegas advogados e uma saudação especial aos representantes da comunidade Paiol de Telha que aqui se encontram.

Esta situação encerra questões muito polêmicas da nossa sociedade, encerra questões relacionadas ao povo negro brasileiro e encerra questões também relacionadas à questão de terra, que, como todos sabemos, são polêmicas em nossa sociedade. Não tenho qualquer dúvida de que, ainda que houvesse uma legislação federal na matéria, estaríamos aqui discutindo a constitucionalidade dessa norma, e, por esse fundamento, entre outros, destaco que o conteúdo do que vem a ser remanescente de quilombo, o conteúdo e a extensão do direito à terra estão inscritos na Constituição Federal e é de lá que se deve retirar o conteúdo desses elementos que constituem o Direito; não será uma lei federal que vai regular a Constituição Federal nesses pontos. E, daí, destaco que a Constituição Federal é a constituição cidadã, uma constituição que inaugurou uma nova era para a efetivação de direitos humanos no Brasil, é elemento político e jurídico de construção de uma sociedade livre, justa e solidária. É desta constituição que se retiram os elementos do que são essas comunidades remanescentes de quilombos.

E, com toda vênua e respeito à posição do Min. Cezar Peluso na ADIN 3239, não acredito que no século XXI se possa conceituar uma comunidade quilombola, as pessoas que aqui estão hoje, como negros fugidos, como agrupamento de negros fugidos. Esse conceito, com permissão vênua a quem pensa em contrário, é um conceito colonial, é um conceito de 1740, um conceito escravocrata sobre o que são remanescentes de quilombo, um conceito surgido a partir de um olhar do passado, que olha a Constituição Federal de 88, no século XXI, com um olhar para trás. Para nós é a ótica dos oprimidos, é a ótica dos negros escravizados que deve orientar a interpretação do que são quilombos na Constituição Federal. Para os quilombolas, para comunidade a qual represento, quilombo é um lugar de dignidade, é e sempre foi, no passado e hoje, um lugar de busca da superação das opressões raciais na construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Excelências, é a Constituição que bebe dos quilombos e não os quilombos que bebem da Constituição. A Constituição nasce dessa luta por justiça e igualdade. Nesse sentido, a autodeclaração, direito não só dos quilombolas mas da sociedade brasileira e de todos os grupos étnicos, é direito fundamental de todos, não há dispositivo da Constituição Federal que vede e também não é o único critério nos procedimentos administrativos do INCRA.

Também pedindo vênua ao eminente Min. Cezar Peluso do Supremo Tribunal Federal, nesta Constituição Federal é impossível pensar que se tenha garantido aos remanescentes de quilombo apenas uma usucapião extraordinária, centenária, de terras públicas. Não acredito, Excelências, que a Constituição Federal tenha designado a esse povo que aqui está a missão de provar que em 1888 ocupavam determinada terra e em 1988, data da promulgação da Constituição, continuavam ocupando. Não há significado jurídico em tutelar constitucionalmente um direito sem que esse direito se transporte para a real concretude da situação. Não adiantaria titular áreas ínfimas, minúsculas, confinando as comunidades quilombolas onde estão, onde está hoje a comunidade Paiol de Telha dentro do seu território. Esse confinamento, essa área ínfima atenta de forma flagrante e direta contra a dignidade da pessoa humana. A titulação das terras quilombolas, segundo o escopo da Constituição Federal, cumpre sua função social quando preserva a necessidade de trabalho, cultura, as relações econômicas e sociais desse grupo. Por isso, o art. 68 encerra um direito constitucional fundamental, um direito humano.

A desapropriação, Excelências, é garantia dos proprietários não quilombolas que estejam ocupando terras que a Constituição destinou aos quilombolas, é direito dessas pessoas receberem uma indenização justa, prévia em dinheiro, como dispõe o Decreto nº 4.887. Nessa toada, importante frisar que de toda a Constituição, inclusive do art. 68 do ADCT, devem decorrer consequências práticas para toda a sociedade e para o Estado quando concretizadas e aplicadas suas disposições.

Passados 25 anos da Constituição Federal, dizer que tal direito não se aplica em função de ausência de norma regulamentadora é o mesmo que retirar da Constituição Federal esse direito.

Cito precedente do Min. Celso de Mello no MI 708, referente à greve dos servidores públicos da União. Naquele dispositivo, diferente deste que analisamos agora, expressamente a Constituição consigna a necessidade de uma lei regulamentar, que friso, não é o caso agora, mas leio o precedente do Min. Celso de Mello:

Não mais se pode tolerar, sob pena de fraudar-se a vontade da Constituição, esse caso de continuada, inaceitável, irrazoável e abusiva inércia do Congresso Nacional, cuja missão, além de lesiva ao direito de greve dos servidores públicos civis - a quem se vem negado, arbitrariamente o exercício do direito de greve, já assegurado pelo texto constitucional -, traduz um incompreensível sentimento de despreço pela autoridade, pelo valor e pelo alto significado de que se reveste a Constituição da República.

Não acredito que o Min. Celso de Mello aplique esse entendimento para a greve dos servidores civis e não aplique para os remanescentes de quilombo.

Ademais, a Constituição, no art. 68, tem densidade normativa mínima para sua aplicação, pois identifica o objeto do direito, que é a propriedade definitiva das terras; identifica o sujeito beneficiário, que são as pessoas aqui presentes, remanescentes de quilombo; identifica o elemento de referência para aplicação do direito, que é a ocupação das terras; o dever correlato, que é a emissão dos títulos; e o sujeito passivo ou devedor, que é o Estado.

Cito outro trecho do REsp nº 931060, já citado pelo colega que me antecedeu, da lavra do Min. Luiz Fux: Iguamente, a medida é reparatória, ou seja, a titulação, porquanto visa a resguardar uma dívida histórica da Nação, uma dívida histórica com comunidades compostas predominantemente por descendentes de escravos, que sofrem ainda hoje com o preconceito e violação dos seus direitos.

Destaque-se ainda que a tutela empreendida pela legislação infraconstitucional, Decreto nº 4.887, e Constitucional, ADCT 68, não se esgota com a mera expedição de títulos de propriedade, senão com o desígnio de respeito a comunidades que compõem o Estado Brasileiro democrático e pluriétnico, viabilizando a perenização das tradições culturais, cumprindo a nossa promessa constitucional de sociedade plural, justa e igualitária, nas palavras do Min. Luiz Fux.

Excelências, contanto não se debata aqui o caso concreto, senão a norma em abstrato, cumpre destacar que essas pessoas que estão aqui presentes são netos, bisnetos e tataranetos de pessoas que foram escravizadas neste País. São pessoas que ainda sofrem com a situação concreta da opressão racial e, diferente do que disse o autor na sua petição inicial e no documento acostado, não houve escravocratas benevolentes para com eles.

Friso também, com relação ao caso concreto, que esta comunidade ainda se encontra na posse de sua terra, ainda que seja uma posse ínfima, minúscula, pequena, de apenas poucas 20 famílias, continuam e sempre estão, e, acredito eu, sempre estarão buscando seu direito.

Destaco que a maioria das pessoas não está mais na terra, porque de lá foram expulsas de forma violenta e arbitrária. Por mais que a parte autora alegue que as terras foram compradas, estas não foram, e a principal prova de que essas terras não foram compradas é a ausência completa de recursos para essas pessoas, que não venderam e, por isso, não receberam qualquer dinheiro para saírem de sua terra.

Finalizando, Excelências, leio trecho de uma carta escrita pelas pessoas que ora estão presentes, intitulada Carta de Alforria:

Nós, representantes dos escravizados que serviram o Estado Brasileiro, repudiamos qualquer ação que perpetue a herança da escravidão e miséria vivida até hoje por nós, descendentes de homens e mulheres da comunidade quilombola Invernada Paiol de Telha. Considerando o abismo de desigualdade que há neste Estado entre negros e não negros, exigimos o resgate de nosso direito ao território quilombola, através do Decreto nº 4.887 da Constituição Federal e da Convenção 169 da OIT.

Considerando o processo de escravidão a que nossos antepassados foram submetidos, exigimos uma indenização por parte da República Federativa do Brasil. A titulação do nosso território restaurará nossa dignidade humana e, enfim, poderemos promulgar a nossa liberdade.

Excelências, hoje julgamos a constitucionalidade do Decreto Federal nº 4.887, julgamento este que com certeza não se encerra aqui, se encerrará no Supremo Tribunal Federal.

Creio eu que, passados 125 anos, como passa hoje, da abolição da escravidão, será a sociedade brasileira que irá nos julgar pelas ações tomadas hoje aqui.

Com isso, agradeço a atenção de V. Exas. e pugno com veemência, com a força de Zumbi dos Palmares, pela declaração de constitucionalidade do Decreto 4.887.

Muito obrigado.

Dr. FERNÃO JUSTEN DE OLIVEIRA (TRIBUNA):

Exmo. Sr. Presidente, eminente Relatora, em nome de quem saúdo todos os Desembargadores integrantes desta Corte, eminente Representante do Ministério Público, servidores, meus colegas advogados que me antecederam e me sucederão nesta tribuna, senhoras e senhores:

Em primeiro lugar, o preito de respeito pelos direitos que estão sendo pleiteados, pelas pessoas cujas vidas de alguma forma estão em jogo neste julgamento. E faço esse preito em meu nome, evidentemente, e em nome dos meus clientes, que nada têm contra ninguém, apenas pretendem o cumprimento exaustivo da Constituição brasileira, que afinal precisa ser respeitada nos seus mínimos detalhes.

Gostaria de iniciar diretamente com a leitura de um breve trecho do voto do Min. Cezar Peluso, Relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.239, que, diferentemente dos demais excertos lidos desta tribuna, incide diretamente sobre o mesmo decreto ora em julgamento. E mais, pelo mesmo Tribunal, não pelo STJ, não por outro relator de outro processo. E o que o Min. Peluso fez em seu voto foi justamente trazer um histórico das normas incidentes sobre o art. 68 da ADCT. Fala ele antes do Decreto 3.912 de 10 de setembro de 2001, que regulamenta as disposições relativas ao processo administrativo para identificação dos remanescentes das comunidades dos quilombos e para o reconhecimento, a delimitação, a demarcação, a titulação e o registro imobiliário das terras por eles ocupadas. Ou seja, exatamente o mesmo objeto do atual decreto. Esse, evidentemente, era o decreto revogado pelo atualmente em vigor, decreto este que emergiu de uma ordem político-ideológica diferente daquela que inaugurou o decreto de 2003 ora em julgamento - 4.887 - e que regulamentava nos seguintes termos, disse o Ministro-Relator: Sobre a posse: reconhecimento - e o que o decreto anterior identificava - da posse qualificada, centenária, contínua, específica, exercida com ânimo de dono e existente em 05 de outubro de 1988 como requisito essencial à declaração do direito de propriedade aos remanescentes das comunidades quilombolas. Em segundo lugar, falava sobre a atribuição da União perante desapropriação: Cinge-se - diz o voto - à emissão dos títulos de propriedade aos remanescentes para posterior registro público, vedada a desapropriação.

Já por esses dois aspectos se vê que evidentemente o decreto anterior sobre o mesmo objeto era diametralmente oposto. E foi mais o voto, dizendo: O processo administrativo de reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras dos remanescentes das comunidades quilombolas. Tais competências são exclusivas do Ministério da Cultura e da Fundação Palmares, por força do art. 2º da Lei 7.668 de 1988, alterado pelo art. 8º da Medida Provisória, etc. Pois bem: esse decreto, essa lei, na verdade, que atribuía ao Ministério da Cultura e à Fundação Palmares essa atribuição, hoje do INCRA foi alterada pelo Decreto nº 4.883/2003, que transferiu, insisto nisso, por decreto, não por lei, como dizia o art. 2º daquela lei a que me referi.

Transfere do Ministério da Cultura para o Ministério de Desenvolvimento Agrário a competência para delimitar as terras dos remanescentes das comunidades dos quilombos, bem como para determinar demarcações e expedir os títulos de propriedade. Este último

aspecto nem é arrolado pelas contrarrazões de apelação como um dos eventos identificadores da inconstitucionalidade.

Mas esses dois decretos, o anterior e o atual, têm em comum uma circunstância: a ausência de lei que atribua ou que identifique os parâmetros mínimos para a sua delimitação. Logo, tanto o decreto anterior quanto o decreto atual carecem de lei - adentrarei nesse aspecto em seguida -, porém, já identificando desde logo uma hipótese. Digamos que, nas eleições presidenciais, um partido, enfim, uma coligação diversa de filiação político-ideológica, de coloração político-ideológica, diferente da atual, vença as eleições e resolva reconstituir os termos do decreto anterior de 2001, revogado pelo de 2003. Pelos próprios argumentos e sustentando a necessidade ou a suficiência, por exemplo, da Convenção 169 da OIT, ou pelo menos a suficiência do decreto para regulamentar diretamente a constituição, ou a própria autorregulamentação da Constituição. Esse novo decreto hipotético seria identicamente, seria acolhido com os idênticos pressupostos do atual decreto. Essa situação, a meu ver, e obviamente, não é possível de se sustentar; ou um estará correto, ou outro, ou nenhum, por falta de lei que faça a intermediação entre o próprio decreto, o conteúdo específico desses decretos, a destinação dele e a Constituição Federal.

São sete os tópicos identificados na petição inicial e nas contrarrazões de apelação que determinam a inconstitucionalidade do Decreto nº 4.887.

Em primeiro lugar, é preciso falar sobre o devido processo. Com todo o respeito, o devido processo legal, a ampla defesa prévia, (falha no áudio) todos definir o contraditório, definidos pelo art. 5º da Constituição, foram violados no caso concreto, e especificamente pelo decreto em questão na medida em que se prevê uma série de atos preliminares à própria defesa prévia, digamos assim, ou à defesa póstuma do interessado, que, afinal, termina por impedir as pessoas interessadas, os expropriados, de participarem desde o início da formação da convicção do agente público encarregado de chegar a uma conclusão acerca da incidência da norma ao caso concreto, ou não. Portanto, o Decreto nº 4.887 não permite uma efetiva participação dos proprietários dos imóveis no processo administrativo de demarcação de terras e admite apenas uma contestação no final do processo. Como disse, uma verdadeira defesa póstuma. Mais do que isso, o art. 4.887 ofende o art. 5º, XXV, da Constituição, na medida em que estabelece uma hipótese inédita de desapropriação. Essa hipótese inédita não se enquadra em nenhuma das hipóteses constitucionais que são taxativas, sejam de utilidade pública, sejam por interesse social. Então, uma solução desse estilo dependeria, evidentemente, de uma lei ordinária que não existe. Nem mesmo o art. 216, § 1º da Constituição, que trata do patrimônio cultural brasileiro estabelece essa terceira hipótese, uma terceira modalidade de desapropriação, que seja diversa do art. 5º, XXIV.

Mais do que isso, não há autoaplicabilidade do art. 68 do ADCT. Por quê? Em primeiro lugar, o art. 68... E não por acaso está contido no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. O que significa, essa transitoriedade? Que o elemento temporal é absolutamente relevante no caso concreto, senão estaria no corpo ordinário da Constituição. Mas não, estabelece uma questão relevante: a posse atual, ou seja, no momento da promulgação da Constituição de 1988. E há um corte a partir do tema principal do art. 68 que se transfere diretamente sem lei, insisto que era necessária, para o Decreto 4.887, que fala especificamente da desapropriação; portanto, identificando como pressuposto dessa desapropriação e desse ato administrativo a propriedade da terra identificada como sendo de titularidade de um terceiro, não do Estado, não terra devoluta e, como diz o art. 68, nem também do próprio beneficiário dessa desapropriação. Logo, a propriedade por terceiro, que não está pressuposta no art. 68, está contida como elemento fundamental do Decreto 4.887. De todo modo, e essa é a conclusão em relação a esse tópico, há ausência de autoaplicabilidade do art. 68 do ADCT.

Indo avante, a Convenção 69 da OIT é um ponto de força do argumento contrário ao que defendo. Na verdade, a Convenção 69 da OIT trata de povos tribais ou povos indígenas, povos autóctones, povos que já estavam desde sempre ou desde antes da chegada dos europeus naquele território e da conquista desses territórios pelo europeu. Trata especificamente disso.

O próprio ordenamento brasileiro faz a distinção entre povos indígenas - autóctones, portanto - e os povos que receberam direitos e que tiveram os seus direitos reconhecidos pela Constituição de 88 na condição de remanescentes de quilombos. Logo, se o próprio Direito brasileiro faz essa distinção entre duas categorias de pessoas diferentes, dois estados de pessoas diferentes, não será a Convenção, ainda que adotada, que acolhida como tratado pelo Direito brasileiro, nela ingressando na categoria de lei ordinária na mesma hierarquia, não será esse diploma inovador dessa distinção fundamental do Direito brasileiro. Mais do que isso, também não existe vínculo direito entre o art. 68 do ADCT e a Convenção 69, pois a disciplina do art. 1º da Convenção é muitíssimo mais severa e restritiva do que a contemplada no art. 68 do ADCT.

Pois bem, o último fundamento tripartite, na verdade, da inconstitucionalidade do Decreto 4.887 fala sobre três subtópicos, talvez os mais fundamentais, os mais evidentes, que dizem acerca da exorbitância do poder regulamentar, do princípio da ilegalidade (sic) e da autoaplicabilidade do art. 68. Resume-se a dois, em suma. Primeiro, não existe lei regulamentando o art. 68. Evidentemente que não existe regulamento autônomo no Direito brasileiro. É preciso que exista lei. Mas o Decreto 4.887, como eu disse, por todos os fundamentos anteriores, pretende regulamentar diretamente o art. 68, inovando na ordem jurídica. Em segundo lugar, a ausência de lei ordinária claramente não pode ser suprida por decreto. Nenhum regulamento encontra validade diretamente a partir de uma norma constitucional.

Encerrando, o ponto fundamental, ainda que paralelamente cognoscível pelo Tribunal acerca da questão, é o fato subjacente de não haver efetivamente posse atual. Não há nenhuma ocupação atual dessas terras, muito menos em 1988. Logo, não estão preenchidos os requisitos do caso concreto e, ainda que fosse declarada - evidentemente que é uma questão paralela ao atual julgamento - a constitucionalidade do decreto, faltariam os requisitos específicos para a atribuição da posse no caso concreto.

Muito obrigado, Presidente.

Dr. EDUARDO BASTOS DE BARROS (TRIBUNA):

Exmo. Sr. Dr. Desembargador-Presidente, Exma. Sra. Dra. Desembargadora-Relatora, por quem cumprimento os demais integrantes desta colenda Corte, eminente integrante do Ministério Público Federal, demais colegas advogados, servidores, senhoras e senhores aqui presentes:

A questão que está sendo posta a enfrentamento desta colenda Corte hoje sob o ponto de vista técnico me parece bastante simples. Pode o Poder Executivo exercer atividade normativa por meio do decreto em comento, inovando no ordenamento jurídico, relativamente ao dispositivo constitucional em comento, o art. 68 do ADCT? Resumidamente me parece que a resposta é negativa. Mas eu gostaria de trazer aqui, Excelência, e aproveitar a oportunidade do uso da palavra, algumas circunstâncias que cercam a realidade fática envolvida neste caso que são indissociáveis da questão técnica.

Se esta Corte admitir esse abuso, esse exercício de poder normativo pelo Poder Executivo em usurpação de competência do Poder Legislativo, que risco traremos à nossa sociedade? Esta causa, Excelências, não se trata de uma causa de negros contra brancos. Sabemos nós, operadores do Direito, que os fundamentos que estão envolvidos na decisão técnica são outros. Eu gostaria - porque tenho absoluta certeza que a maioria das pessoas que aqui estão não sabe - de brevemente expor o outro lado dessa história.

As pessoas que represento, Excelências, têm uma trajetória de vida tão sofrida quanto a das comunidades quilombolas. São imigrantes europeus de origem alemã que, por sua naturalidade, lutaram na II Guerra Mundial ao lado do exército alemão. Terminada a II Guerra Mundial, essas pessoas, com a Alemanha derrotada, viram-se subitamente privadas de toda a sua propriedade e ficaram como refugiados de guerra. O governo da Suíça, país que ficou neutro na guerra e que tirou um proveito financeiro, infelizmente, do conflito, organizou um programa de realocação de boa parte desses refugiados de guerra. E o governo da Suíça, por

meio de fundações, adquiriu terras em vários países do mundo: Austrália, Brasil, Canadá... E uma dessas áreas é a região de Entre Rios, no Município de Guarapuava, no Estado do Paraná. Essas pessoas que aqui vieram - e a própria leitura dos nomes, Excelências, dos nossos clientes revela a sua origem -, elas vieram aqui sem absolutamente nada; tudo tinham perdido em decorrência da II Guerra Mundial. Fundaram a cooperativa representada pelo Dr. Fernão, que me antecedeu, ainda no navio, durante a viagem. E aqui chegaram, nos anos 50, tendo ido para essa área que foi adquirida. Pois muito bem; com o passar do tempo, prosperaram. A região é uma das áreas com maior índice de produtividade mundial, repito, mundial, campeã nacional de produtividade, e essas pessoas, organizadas em cooperativa, ligadas tanto pelo elemento étnico, cultural como pela vontade de viver e superar a tragédia que tinham vivido da II Guerra, adquiriram áreas além daquelas que foram originalmente adquiridas pelo governo Suíço. E uma dessas áreas foi adquirida pela cooperativa no Município de Reserva do Iguaçu, que é a área em comento no processo administrativo do INCRA.

Pois bem, essas áreas não foram adquiridas de forma violenta, pelo contrário, foram adquiridas mediante negócios jurídicos. Quando a Cooperativa começou a perceber esse pleito de descendentes de escravos libertos, ela procurou se inteirar do ocorrido. Claro. Por quê? A história da Cooperativa também era uma história de injustiça e sofrimento. Ao perceber que, mesmo depois de ter adquirido a posse dessas áreas, seguidamente pessoas da comunidade Paiol de Telha se apresentavam dizendo que haviam sido, no passado remoto, desalojadas de forma violenta, a Cooperativa, por esse seu histórico de sofrimento, resolveu adquirir novamente 'Ah, o senhor tinha posse? Pois não.' Então, adquiriu a posse de inúmeros desses descendentes de ex-escravos libertos. Qual não foi a surpresa de que, passado algum tempo, novamente essas pessoas, que já haviam vendido a posse da terra, procuravam os adquirentes, porque a Cooperativa adquiriu toda a propriedade e fez um projeto de reforma agrária privado nessa área, partilhou a terra em inúmeros lotes e vendeu aos seus cooperados, providenciando condições muito favoráveis de pagamento. Então, essas pessoas a quem represento, Excelências, começaram a ser novamente visitadas pelas mesmas pessoas que haviam vendido já a posse anteriormente a terceiros. Anteriores até mesmo da Cooperativa. Quando isso se verificou, não houve outra alternativa que não promover uma ação de usucapião. E aí houve aquisição originária da propriedade, e a grande maioria, se não a integralidade das pessoas que hoje lá se encontram, jamais ouviram falar de quilombo, de comunidade quilombola. Por quê? Porque está há 40 anos na posse e propriedade da terra.

Então, Excelências, feito esse discurso histórico e até para demonstrar qual é a real situação da outra parte envolvida no litígio, passo a questionar: nós estamos analisando a constitucionalidade de um instrumento normativo. Instrumento que, em ultima ratio, tem por objetivo satisfazer aqueles escopos fundamentais da Constituição, construir uma sociedade pluralista, justa, solidária, erradicar a pobreza. Analisemos então quais são os efeitos que esse decreto, na prática, produz. O decreto, ao inovar completamente a ordem jurídica, extrapolando o objetivo do art. 68 do ADCT, criou uma situação que, na prática, submete alguns jurisdicionados a uma situação quase que kafkiana. O proprietário da terra assiste à chegada do INCRA, que inicia o processo administrativo, e, pasmem V. Exas., para a confecção do laudo de identificação de comunidade quilombola, contrata, nada mais nada menos, do que uma antropóloga que possui um livro cuja tese é exatamente a existência de uma comunidade quilombola no local. Ou seja, que imagem você passa para o jurisdicionado em uma situação concreta de aplicabilidade desse dispositivo normativo, cuja constitucionalidade se discute nesta colenda Corte? A de que sua defesa é um faz de conta, de que você está em um jogo de cartas marcadas onde se assiste toda a movimentação do aparato estatal para atingir o fim que já está predeterminado e que todo mundo já conhece. É fato notório, e não é preciso se alongar muito, que as pessoas-chave na Administração pública brasileira, no caso do INCRA, na Superintendência Regional do Paraná, são pessoas indicadas não por critérios técnicos, não são funcionários de carreira, são pessoas escolhidas por afinidade político-partidária. Cientes

dessa realidade, Excelências, é possível deixar, é possível permitir que o Poder Executivo legisle com essa amplitude e divorciado do comando constitucional?

Agora se está tratando de uma questão fundiária, cujo pano de fundo é muito nobre. Ninguém aqui teria a coragem de ser contra as ações afirmativas. Ninguém aqui teria coragem de sustentar uma única palavra contra a luta desta comunidade que está aqui presente, mas ninguém aqui também pode deixar que se cometa um abuso gravíssimo, que é uma ofensa direta e frontal à nossa Constituição.

Excelências, a permitir que esta situação prossiga, quais liberdades serão as próximas? Auferir este poder de inovação da ordem jurídica ao Poder Executivo é simplesmente fazer menoscabo da repartição de poderes. Um colega que me antecedeu disse: 'Não se pode mais aguentar a inércia do Legislativo.' Ora, então que solução teremos? O uso da força? Se existe um rito republicano constitucional próprio para que esta disputa de forças existentes na sociedade se canalize e se transforme em texto normativo, não podemos deixar que este rito seja desprezado. A permitirmos isso, estaremos outorgando uma perigosa faculdade ao Poder Executivo.

É por essas razões que tenho muita confiança que esta Casa saberá julgar do ponto de vista eminentemente técnico e irá reconhecer a manifesta inconstitucionalidade do decreto em comento.

Agradeço pela atenção.

Dr. DOMINGOS SÁVIO DRESCH DA SILVEIRA (REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO):

Sr. Presidente, ilustres estimados componentes desta Corte Especial, ilustrados Procuradores que tomaram assento na tribuna, senhores quilombolas, apoiadores que se fazem presentes para assistir, o que só amplia a legitimidade deste momento, o julgamento deste tema.

É preciso, ao meu ver, começar pensando qual é este momento que estamos hoje. Do que se trata? Julgar a constitucionalidade ou não do Decreto nº 4.887, ao mesmo tempo em que o debate já se encontra aberto em um primeiro voto no Supremo Tribunal Federal. Isso significa que este julgamento, que é o primeiro julgamento nestes 25 anos de Constituição Federal em que uma Corte Federal analisa a constitucionalidade em tese do referido decreto, ao mesmo tempo em que o Supremo já iniciou o seu julgamento, significa dizer que a Nação, toda a comunidade jurídica está - e não apenas os que estão aqui presentes - com os olhos voltados para a decisão que se vai tomar, que se vai construir nesta tarde.

O contexto do debate não é só o contexto do art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Vejam, falamos já... Há quase uma hora iniciamos o julgamento, e ainda não se leu o art. 68, que diz textualmente: Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando as suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos. Este tema está posto dentro de um contexto maior, que é um contexto novo na nossa história constitucional. A atual Constituição é a primeira que tratou o tema da cultura como um tema de natureza de ordem constitucional. Portanto, pensar o art. 68 significa pensá-lo na moldura constitucional, e mais especificamente na perspectiva que lhe inscrevem os arts. 215 e 216 da Constituição. Portanto, não é um artigo qualquer perdido lá no fim da Constituição que veio apenas para resolver o interesse de determinado grupo que se organizou durante o processo constituinte. Ele, na verdade, é a especificação, é o desdobramento desse princípio mais amplo que compõe a nossa Constituição, que é a ideia da cultura, da preservação da cultura.

E vejam: o 215 é daqueles artigos - sejamos francos entre nós - que não estudamos nas faculdades e que não temos em mente quando decidimos os casos postos perante nós. O 215 nesse sentido compõe aquele conjunto de normas que tristemente não são bem maior, são bem menor. E o que está posto para esta Corte também hoje é afirmar que a garantia ao direito fundamental da proteção, o dever do Estado a proteger as expressões culturais que compõem nacionalidade, não é bem menor, não é uma parte marginal do texto constitucional,

é a centralidade deste Estado que queremos e lutamos para cada dia construir como estado democrático de direito.

Portanto, é nesse contexto que temos de pensar o debate que se põe hoje perante nós. E a primeira afirmação que se impõe é dizer que o art. 68 do ADCT, que acabei de ler, não é um princípio. É, na verdade, uma regra constitucional. E é uma regra constitucional com densidade suficiente para, desde logo, se aplicar. Portanto, ele é uma regra constitucional que não depende para sua vida, para sua efetivação de uma complementação por parte do legislador. O art. 68 tem todos os elementos necessários: o verbo central 'dever'. O Poder Público deverá titular. A quem? Aos remanescentes de quilombos. Titular o quê? As terras que possuem. Não é essencialmente diferente do artigo... o que dispõe a Constituição quando trata das terras de índios.

E eu perguntaria, Des. Rômulo: na história constitucional deste País, na história, na verdade, republicana deste País, quando as constituições passaram a se preocupar com o tema das terras de índios, quantas leis existem tratando do tema? Não há uma lei que estabeleça o conceito jurídico de terra de índio. E nós conhecemos a riquíssima jurisprudência, sobretudo do Supremo Tribunal Federal, ao longo de toda a história da República, construindo o alcance da disposição constitucional. Não temos nenhuma lei estabelecendo o processo e o procedimento a ser obedecido pela administração para identificar, reconhecer e demarcar essas terras. Apesar disso, todas as vezes em que se afirmou que os diversos decretos... Só na atual ordem constitucional já estamos no terceiro decreto, e sempre decretos. Decreto 22 e, por último, Decreto 1.775, são sempre decretos. Tratando do quê? Do procedimento de como a administração pública vai dar conta do dever, da obrigação, do encargo que a Constituição lhe impôs. Em toda a história da República essa foi a sistemática. A novidade é que há 25 anos, com a edição da atual Constituição, o último, Sr. Presidente, o último dos invisíveis étnicos deste País teve lugar na Constituição. Foi só com a Constituição de 1988 que aqueles invisíveis que nós nunca estudamos nas escolas... É verdade que ainda hoje nossos filhos não aprendem nas escolas...

Nunca encontramos em textos constitucionais, em livros constitucionais essa figura absolutamente invisível dos remanescentes de quilombos. É certo que, aqui entre nós, todos nós, que não somos do mundo da antropologia, que lidamos no dia a dia com o Direito, ouvimos pela primeira vez falar em remanescentes de quilombos quando da Constituição de 1988. Portanto, os pretos remanescentes da luta pela liberdade, os negros que historicamente vêm afirmando um ato de resistência, o ato de viver de uma forma comunitária e diferente, e por onde se vai nesse País, por onde se encontram comunidades quilombolas, percebemos que ali há um jeito diferente de viver, um jeito diferente de expressar a cultura do País, de ser, cujo extermínio, extinção importa em irremediável destruição do patrimônio que compõe a nacionalidade.

Quando pensamos em patrimônio cultural, logo pensamos em quadros, museus, estátuas e nos mobilizamos rapidamente, nos horrorizamos e no que nos cabe defendemos a sua proteção. Entretanto há uma expressão, há um monumento que expressa a cultura do País, que está posto no jeito de organizar a vida, no jeito de partilhar e organizar atividades econômicas, de viver comunitariamente a propriedade. Isso vale para índios e vale para quilombos. É por isso que com muita felicidade, Des. Paulo, o Min. Ayres Britto ao julgar a Raposa Serra do Sol disse naquela assentada que a terra é para os índios, e eu diria a terra é para os quilombos, para os descendentes que quilombolas, ela é um totem horizontal, ela é essencial para que continuem existindo enquanto expressão da nacionalidade. E, portanto, é disso que se trata quando se pensa os artigos 215 e 216, quando se afirma ou não a constitucionalidade do Decreto nº 4.887.

Portanto não há nenhuma novidade nessa prática do Decreto nº 4.887, ele é sim a forma como o poder público, o Estado organizou a tarefa, o dever que a Constituição lhe impôs de identificar e titular as terras dos descendentes de quilombos. Portanto, a regra é autoaplicável e não há nenhum prejuízo, não há nenhuma dificuldade, não há nenhuma anomalia no nosso

sistema; ao contrário, é a continuidade da forma como durante a República se aplicou, se regulamentou esses temas que dizem com terras vinculadas a etnias. Mas, mesmo que admitamos que a norma defenderia, que o decreto deveria estar regulamentando... Vamos voltar à tese de que o decreto teria de estar regulamentando, não poderíamos ter, como sempre se teve com relação a índios, com relação à terra de negros, nós não poderíamos ter a mesma sistemática republicana.

Mesmo assim, o decreto na verdade é regulamento da Lei nº 7.668, de 1988, que criou a Fundação Cultural Palmares e que disse com todas as letras: Incumbe à Fundação Palmares realizar a identificação. E é lei, não é a Constituição, é lei, precisamos de lei. Aqui temos então a primeira, realizar a identificação dos remanescentes das comunidades dos quilombos, proceder ao reconhecimento, à delimitação e a demarcação das terras por eles ocupadas e conferir-lhes a correspondente titulação. Parágrafo único: A Fundação Cultural Palmares é também parte legítima para promover o registro dos títulos de propriedade nos respectivos cartórios imobiliários. Esta regra contemporânea, anterior ao Decreto nº 4.887. Mas há mais, precisamos de mais leis. Temos a Lei nº 9.649/98, que criou o Ministério da Cultura, estabeleceu no art. 14, inc. IV, alínea c: Aprovar a delimitação das terras dos remanescentes das comunidades dos quilombos, bem como determinar as suas demarcações, que serão homologadas mediante decreto.

Portanto, se o decreto... Como falar em decreto autônomo quando existem pelo menos duas normas 'bom, não é a Constituição, mas duas normas legais', portanto além da Constituição, além do comando, da determinação categórica que a Constituição impôs ao Estado brasileiro, ele cuidou de criar não uma, mas logo duas leis. O Decreto é sim também a regulamentação da Convenção 169 da OIT. E, aí, Des. Celso, nós temos, isso nos ensinaram tristemente nos bancos escolares, que tratados e convenções internacionais são enfeites do ordenamento, eles não são bem leis, não são bem normas. Foi preciso alterar a Constituição para que ela dissesse que os tratados de direitos humanos, quando aprovados com o mesmo quórum de emenda constitucional, valem como norma constitucional.

Está certo, a Convenção 169 da OIT é anterior, portanto a ela não se aplica o status de norma constitucional, mas o nosso Supremo, ao julgar, em face do Pacto de São José da Costa Rica, aquela nefasta prática da prisão civil por devedor na alienação fiduciária, afirmou, com uma coragem extraordinária, coragem, aliás, que a esta Corte não tem faltado, afirmou o Supremo que as convenções internacionais incorporadas ao Direito brasileiro que tratem de direitos humanos, como é a Convenção 169 da OIT, entram não como lei ordinária, como era da tradição da Suprema Corte, como foi durante 80, 90 anos da tradição da Corte, mas elas entram como normas supralegais. Portanto não são aquelas anteriores à Emenda Constitucional nº 45, ainda normas constitucionais, mas também não são leis ordinárias. Quando pensamos na Convenção 169, se disse da tribuna: ela não se aplica a negros, se aplica a índios. Ela não é coisa de negro, ela é coisa de índio.

Ora, a Convenção é clara ao afirmar, no seu art. 1º, alínea a: ...aqueles cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam dos outros setores da coletividade nacional e que estejam regidos total ou parcialmente os seus próprios costumes ou tradições, ou por legislação especial, a elas se aplicam a noção mais ampla de povos tribais.

Portanto, sim, podemos não gostar, mas a Convenção 169 se aplica a índios e se aplica a negros remanescentes de quilombos, porque também se os quilombos não preencherem o que está posto no art. 1º, alínea a, não se trata de quilombos.

E tanto isso é verdade, que a Corte, ao julgar o caso *Moiwana versus o Estado de Suriname*, onde tínhamos uma situação exatamente igual à dos remanescentes de quilombolas, decidiu: Durante a colonização europeia, Suriname, africanos foram levados à força para a região e usados como escravos nas plantations. Muitos desses africanos, contudo, conseguiram escapar para áreas da floresta tropical, na parte oriental do território atual do Suriname, onde estabeleceram comunidades novas e autônomas. Esses indivíduos ficaram conhecidos como 'negros do bosque'...

E por aí vai a decisão. E diz a Corte que, não obstante, desde então, desde o episódio de uma expulsão, os membros da comunidade viveram na área em conformidade estrita com seus costumes. Dessa forma - diz a Corte - os membros da comunidade Moiwana possuem uma relação totalizante com as suas terras tradicionais, e o seu conceito de propriedade não é baseado no indivíduo, mas, ao contrário, na comunidade como um todo. Essa é a definição e o objeto do art. 68 e do que quer a Constituição, do art. 215 e 216, § 1º, proteger. Assim, a orientação da Corte em relação às comunidades indígenas, e aqui nos importa, e os seus direitos comunais de propriedade decorrentes do art. 21 da Convenção, que trata de direito de propriedade, também deve ser aplicada aos membros da comunidade tribal Moiwana, que não são índios autóctones, mas que foram trazidos e que têm, portanto, esse jeito diferente de viver.

Mas vamos dizer, 'mas esses que estão aí, eles não são negros fujões e muito menos descendentes de negros fujões'. E para que eu tenha quilombo é preciso necessariamente que eu tenha como núcleo do conceito a ideia do local de fuga. O acórdão do STJ, cujo voto condutor é do Min. Luiz Fux, acolhido pelo Relator, Min. Benedito, tratando do Quilombo da Marambaia, num conflito direto com a Marinha, com o Poder Público, portanto, ele vai lembrar... E gostaria de fazer referência a duas passagens apenas. Primeiro ele vai lembrar a opinião de uma antropóloga doutora pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Miriam de Fátima Chagas, quando no acórdão ele vai lembrar a passagem dessa estudiosa: A definição clássica de quilombo é aquela definição formal que remonta ao século XVIII - clássica. Na época, esse entendimento jurídico estava impregnado de uma visão intervencionista, calcada na ideia de fugas ou negros fugitivos. Essa visão distorcida figuraria, até hoje, como imagem de quilombo. É isso que está no nosso imaginário, assim como quando a gente pensa em trabalho escravo ou situação análoga à de escravo: nós só enxergamos quando há a corrente e a bola de ferro no pé. Mas diz mais: A restituição do aspecto quilombola residiria na transição da condição de escravo para a de camponês livre, independentemente das estratégias utilizadas para alcançar esta condição: fuga, negociação com os senhores, herança, entre outras. Com essa definição, o elemento da fuga é mais um entre outros a ser considerado. E diz o Min. Luiz Fux: A Constituição de 88, ao consagrar o direito à terra dos remanescentes de quilombos, não o fez tomando com base os quilombos unicamente como locais de negros fugitivos, mas sim referindo-se - e aí vem ele - ao uso segundo os costumes e tradições das comunidades negras. Quando a Constituição no 68 pensou e mandou titular, ela não mandou titular no vazio. Ela não mandou titular aqueles que haviam fugido há cento e tantos anos atrás e estavam lá, escondidos e encolhidos. Não é possível imaginar que o constituinte delirou e estabeleceu uma norma que é uma norma para o vazio, para o nada, que não tem relação com a vida social. Mas foi nesse novo enfoque, de comunidades que vivem com a partilha comunal, e é por isso mesmo que a propriedade não é a propriedade do João, da Maria e do Benedito; a propriedade é da comunidade. É inalienável, segundo prevê o decreto; é imprescritível. Portanto, é terra que está fora do comércio, que está fora do mercado. É terra que deve cumprir essa função social, cultural que é uma das tantas funções sociais que nossa Constituição prevê. É isso que quis a Constituição.

Mas, Desembargador, desapropriação sem lei é meio forte. Como assim? Querem, então, que o decreto crie uma nova figura de desapropriação sem lei. Será que o poder público delirou tanto? Talvez embalado por suas convicções ideológicas, contrárias ao bom espírito do povo brasileiro, quase se ouviu isso da tribuna, mas será que a tanto se delirou?

Creio que não. Primeiro, porque, naquele artigo que nós não lemos da Constituição e que não estudamos tristemente nas faculdades, o art. 216, vai dizer: O poder público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro - aí vem a vírgula -, por meio de inventários, por meio de registros, por meio de vigilância, por meio de tombamento - e, ora pois, vejam se não estou mentindo - e por meio de desapropriação. É claro, não tem lei, porque não precisava. O 216, § 1º, disse: Ao poder público e que cabe titular, desde logo atribuo um instrumento para tanto quando necessário.

Dentre os vários instrumentos, está lá a desapropriação. Desapropriação sem lei? Não, desapropriação construída, posta no texto constitucional para ser utilizada. O que fez o decreto, portanto? O decreto apenas copiou com mais largueza, com mais possibilidade de defesa aquilo que já estava posto nos vários decretos que tratam de terras de índios, com uma diferença, porque autóctones, nas terras de índio só se indenizam as benfeitorias. Essa, portanto, a diferença fundamental. E diz-se: autorreconhecimento - que critério é esse? As pessoas se apontarão. Eu sou remanescente de quilombo. Juntamente com o Dr. Lugon e com o Dr. João Batista formaremos também nós um quilombo. É isso? Isso ouvimos da tribuna um pouco, um pouco mais sofisticado, é bem verdade, mas a técnica do autorreconhecimento, da autoidentificação como ponto inicial de partida, de largada, ela é uma prática posta na Convenção nº 169 da Constituição, e é a prática utilizada em todo o planeta; seja para terras indígenas, o procedimento de terras indígenas aqui no Brasil, e também para remanescentes de quilombos. Não há aí nenhuma excentricidade, nenhuma jabuticaba que só existe no Brasil. Essa é a prática, essa é a tradição quando se trata, é certo, daquilo com que pouco a gente tem lidado e pouco conhece, que são as disputas envolvendo direitos étnicos.

É disso que se trata, não é dizer 'eu sou remanescente', mas é a comunidade organizada que indica, e, a partir daí, vêm um conjunto de estudos. Diria que o decreto é imenso, o decreto protege como em nenhuma outra situação, nem reforma agrária, muito menos terra de índios. Ele é cuidadoso na proteção da propriedade, dos demais interesses públicos, porque manda ouvir o IPHAN, o IBAMA, o Conselho de Defesa Nacional. Enfim, é algo que, por sua complexidade, tem produzido, ao longo desses 25 anos, tristemente poucos resultados, porque ainda são muito poucas as áreas em que o Estado desincumbiu-se do seu dever, da sua obrigação no art. 169.

Desembargador, não vou seguir importunando, mas gostaria apenas de concluir, lembrando a carta dirigida pelo sociólogo Boaventura de Sousa Santos, talvez um dos mais extraordinários pensadores do Direito da atualidade, quando do início do julgamento da ação direta de inconstitucionalidade no Supremo. Boaventura, em carta aberta dirigida à Suprema Corte - lerei dois breves textos. Ele disse, e eu hoje tomaria a liberdade de, a partir das palavras dele, dizer a V. Exas.:

O Supremo - a Corte Especial do TRF -, ao definir sobre o direito dos quilombolas à autoatribuição, reconhecerá a capacidade do sujeito de direito de tais grupos com cultura e identidade próprias e ligados a um passado de resistência, opressão e ou racismo, assegurando a um tempo a efetiva participação em uma sociedade pluralista e promovendo a igualdade substantiva e se pronunciando sobre o pleno exercício dos direitos culturais, não mais na visão de patrimônio cultural como monumento e tombamento, mas na visão ampliada dos arts. 215 e 216 para abranger as expressões de criar, fazer e viver de tais comunidades. E conclui Boaventura: A decisão a ser proferida, tal como aquela de Raposa Serra do Sol, sinalizará para as próximas gerações o modelo de desenvolvimento e o modelo de sociedade que Brasil deve deixar como legado: um projeto uniformizador, etnocida e insustentável ou outro em que a diversidade e o pluralismo são chaves para uma sociedade livre, justa e solidária, sem preconceitos e baseada na dignidade da pessoa humana?

O Ministério Público Federal, e eu particularmente nesses quase 18 anos em que sou testemunho da coragem com que essa Corte tem defendido a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, está certo de que a arguição de inconstitucionalidade será rejeitada, porque não se trata de decreto autônomo, porque a prática do autorreconhecimento é uma prática comum a essas tradições, e porque o decreto não destoa de forma alguma da nossa tradição republicana no trato do tema do reconhecimento de terras a comunidades étnicas.

Muito obrigado.

3. VOTO DA Des. Federal MARGA INGE BARTH TESSLER (RELATORA)

RELATÓRIO

Trata-se na origem de demanda movida por titulares de imóveis localizados no município de Reserva do Iguazu/PR, especificamente na localidade historicamente denominada 'Paio de Telha' ou 'Fundão', propriedade havida por meio de usucapião.

Proposta em face do INCRA, tem por escopo o reconhecimento do direito ao devido processo legal administrativo, da invalidade do procedimento administrativo movido pela autarquia, registrado sob o nº 54.200.001727/2005-08, o qual visa à caracterização dos imóveis em questão como próprios de remanescentes das comunidades dos quilombos, bem assim da abstenção da autarquia em iniciar novo procedimento administrativo com o mesmo objeto.

A ação foi articulada aos seguintes fundamentos: a) o procedimento administrativo levado a efeito pelo INCRA deixou de observar garantias constitucionais mínimas, entre elas a do contraditório e da ampla defesa; b) o artigo 68 do ADCT/CF, que embasa o agir administrativo, reconhece a propriedade aos remanescentes das comunidades dos quilombos para o caso de ocupação atual dos imóveis, não assim para as hipóteses em que tenha havido pretérita e regular cessão da posse, como é o caso ora em exame; c) o instituto previsto no artigo 68 do ADCT/CF não representa modalidade de desapropriação, forma de aquisição da propriedade que encontra sede constitucional restrita às hipóteses do inciso XXIV do artigo 5º; e d) é inconstitucional o Decreto nº 4.887/2003 e sua regulamentação conseqüente por importar em ofensa à legalidade, à isonomia, ao devido processo legal, à ampla defesa, ao contraditório, ao direito de propriedade em atendimento a sua função social, em exorbitância do poder regulamentar, assim também ao criar caso de desapropriação que não encontra amparo na Constituição Federal.

Superadas as etapas postulatória e instrutória, sobreveio sentença de procedência com o reconhecimento da inconstitucionalidade formal do Decreto nº 4.887/2003 e da Instrução Normativa/INCRA nº 20/2005, determinado o encerramento do procedimento administrativo nº 54.200.001727/2005-08 e o impedimento de o INCRA intentar iniciativa similar.

Apresentados recursos de apelação pelo INCRA, por Associação Pró Reintegração da Invernada Paio de Telha - Associação Heliodoro e pelos autores, devidamente recebidos e respondidos, vieram os autos a este Regional.

Parecer do Ministério Público Federal pelo provimento dos recursos dos réus e da remessa oficial e pelo desprovimento do recurso dos autores.

Em 16.01.2013, a 3ª Turma deste Tribunal, por unanimidade, suscitou incidente de arguição de inconstitucionalidade do Decreto nº 4.887/2003.

Cumprida a formalidade do caput do artigo 482 do CPC, com o envio de cópias do acórdão aos magistrados desta Corte, foi distribuído este incidente perante a Corte Especial.

Em novo parecer, o Ministério Público Federal opinou no sentido da constitucionalidade do Decreto nº 4.887/2003.

Ouvida a União a teor do contido no § 1º do artigo 482 do CPC, com manifestação pela rejeição do incidente, houve inclusão em pauta.

É o relatório.

VOTO

Das Prefaciais Sobre o Conhecimento do Incidente

Registro, de início, em observação ao contido no parágrafo único do artigo 481 do CPC, que não há pronunciamento conclusivo deste Regional por esta Corte Especial, bem assim do

plenário do Supremo Tribunal Federal, sobre a inconstitucionalidade do Decreto nº 4.887/2003.

Nesta Corte, em 18.03.2013, na sede da Arguição de Inconstitucionalidade nº 5016344-36.2011.404.0000, equivocadamente suscitada em face de decreto expropriatório a propósito do Quilombo da Família Silva, notadamente ato administrativo de efeitos concretos, por maioria a Corte Especial recusou o conhecimento do incidente, com conseqüente apreciação do feito perante a 3ª Turma, sem sucessiva invocação acerca da inconstitucionalidade do Decreto nº 4.887/2003.

Já no Supremo Tribunal Federal, por seu Tribunal Pleno, na ADI nº 3.239, na qual se busca o reconhecimento da inconstitucionalidade do Decreto nº 4.887/2003, após o voto do Relator, o Ministro Cezar Peluso, em 18.04.2012, no sentido da procedência da ação com modulação de efeitos, pediu vista dos autos a Ministra Rosa Weber, suspendendo o julgamento até a presente data.

Por tais motivos, não há óbice ao conhecimento deste incidente com suporte no parágrafo único do artigo 481 do CPC,

No tocante ao eventual obstáculo representado pelo fato de o diploma ora contrastado com a Constituição Federal figurar na qualidade de decreto do Poder Executivo, e não lei em sentido próprio, entendo que merece ser afastado, à vista de sua caracterização, ao menos inicialmente, como decreto autônomo, circunstância que na linha da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal autoriza a avaliação em controle abstrato acerca da sua direta incompatibilidade vertical com a Constituição.

Assim figura o seguinte precedente, transcrito por sua ementa:

1. INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Objeto. Admissibilidade. Impugnação de decreto autônomo, que institui benefícios fiscais. Caráter não meramente regulamentar. Introdução de novidade normativa. Preliminar repelida. Precedentes. Decreto que, não se limitando a regulamentar lei, institua benefício fiscal ou introduza outra novidade normativa, reputa-se autônomo e, como tal, é suscetível de controle concentrado de constitucionalidade. 2. INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Decreto nº 27.427/00, do Estado do Rio de Janeiro. Tributo. Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS. Benefícios fiscais. Redução de alíquota e concessão de crédito presumido, por Estado-membro, mediante decreto. Inexistência de suporte em convênio celebrado no âmbito do CONFAZ, nos termos da LC 24/75. Expressão da chamada 'guerra fiscal'. Inadmissibilidade. Ofensa aos arts. 150, § 6º, 152 e 155, § 2º, inc. XII, letra 'g', da CF. Ação julgada procedente. Precedentes. Não pode o Estado-membro conceder isenção, incentivo ou benefício fiscal, relativos ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS, de modo unilateral, mediante decreto ou outro ato normativo, sem prévia celebração de convênio intergovernamental no âmbito do CONFAZ. (ADI 3664, Relator Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 01/06/2011, DJE-181 DIVULG 20-09-2011 PUBLIC 21-09-2011 EMENT VOL-02591-01 PP-00017 RTJ VOL-00219- PP-00187).

Do Texto Normativo Contrastado

Suscitada pela 3ª Turma deste Regional a inconstitucionalidade integral do Decreto nº 4.887/2003, transcrevo em sua completude o referido texto normativo:

DECRETO Nº 4.887, DE 20 DE NOVEMBRO DE 2003.

Regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que trata o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, incisos IV e VI, alínea 'a', da Constituição e de acordo com o disposto no art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias,

DECRETA:

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

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

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

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

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

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

§ 1º O INCRA deverá regulamentar os procedimentos administrativos para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas pelos remanescentes das comunidades dos quilombos, dentro de sessenta dias da publicação deste Decreto.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

I - Instituto do Patrimônio Histórico e Nacional - IPHAN;

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

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

IV - Fundação Nacional do Índio - FUNAI;

V - Secretaria Executiva do Conselho de Defesa Nacional;

VI - Fundação Cultural Palmares.

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

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

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

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

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

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

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

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

§ 2o O INCRA regulamentará as hipóteses suscetíveis de desapropriação, com obrigatória disposição de prévio estudo sobre a autenticidade e legitimidade do título de propriedade, mediante levantamento da cadeia dominial do imóvel até a sua origem. Art. 14. Verificada a presença de ocupantes nas terras dos remanescentes das comunidades dos quilombos, o INCRA acionará os dispositivos administrativos e legais para o reassentamento das famílias de agricultores pertencentes à clientela da reforma agrária ou a indenização das benfeitorias de boa-fé, quando couber.

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

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

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

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

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

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

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

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

I - Casa Civil da Presidência da República;

II - Ministérios:

a) da Justiça;

b) da Educação;

c) do Trabalho e Emprego;

d) da Saúde;

e) do Planejamento, Orçamento e Gestão;

f) das Comunicações;

g) da Defesa;

h) da Integração Nacional;

i) da Cultura;

j) do Meio Ambiente;

k) do Desenvolvimento Agrário;

l) da Assistência Social;

m) do Esporte;

n) da Previdência Social;

o) do Turismo;

p) das Cidades;

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

IV - Secretarias Especiais da Presidência da República:

- a) de Políticas de Promoção da Igualdade Racial;
- b) de Aquicultura e Pesca; e
- c) dos Direitos Humanos.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Brasília, 20 de novembro de 2003; 182o da Independência e 115o da República.

Da Necessidade de Interposição Legislativa

Conforme é perceptível da ementa do Decreto nº 4.887/2003, o seu objetivo é a regulamentação do artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988, dispositivo assim redigido:

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.

Ocorre que da observação de tal processo legislativo avulta um hiato normativo, representado pela ausência de fonte normativa primária sob a forma de lei em sentido estrito para a regulamentação do tema.

A teor do contido no inciso II do artigo 5º da Constituição Federal, é garantido a todos que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa a não ser em virtude de lei, bem assim dispõe o artigo 37, caput, da mesma Constituição, que a Administração Pública pautará seu agir pela legalidade, da qual emana o dever e o poder de seus agentes, evidenciando a essência do estado de direito.

A propósito, rememoro clássica lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Em suma: é livre de qualquer dúvida e entredúvida que, entre nós, por força dos artigos 5º, II, 84, IV e 37 da Constituição, só por lei se regula liberdade e propriedade; só por lei se impõe

obrigações de fazer ou não fazer Vale dizer: restrição alguma à liberdade ou à propriedade pode ser imposta se não estiver previamente delineada, configurada e estabelecida em alguma lei, e só para cumprir dispositivos legais é que o Executivo pode expedir decretos e regulamentos. (Curso de Direito Administrativo, 19. ed., São Paulo: Malheiros, 2005, p. 323).

No mesmo sentido do respeito à legalidade, guardando, entretanto, maior especificidade com o objeto agora examinado, dispõe o inciso IV do artigo 84 da Constituição Federal que compete ao Presidente da República 'sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução'. A regra transcrita principia pela descrição da participação do chefe do Poder Executivo no processo legislativo ordinário, concluindo por limitar seu poder próprio de regulamentação, de modo que se faça segundo as leis, ou seja, de conformidade com a lei formal. Conseqüência da assertiva é o fato de que, como regra, antes do decreto regulamentar deve haver lei formal.

É bem verdade que o sistema contempla regra de exceção, representada pelo inciso VI do mesmo artigo, que autoriza a edição de decreto independente de lei, o denominado regulamento autônomo, para os estritos temas arrolados, quais sejam:

- a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos;
- b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos;

Desse modo, à exceção das hipóteses acima, é imperativa a prévia elaboração normativa sob a forma de lei.

Reconheço, de outro tanto, que o Supremo Tribunal Federal conta com precedente segundo o qual a partir da manifesta desnecessidade de interposição legislativa, em virtude da extrema clareza e suficiência dos termos da matriz constitucional, é permitida a direta regulamentação pela via do decreto autônomo. Segue o precedente, transcrito por sua ementa:

I. Ação direta de inconstitucionalidade: objeto Tem-se objeto idôneo à ação direta de inconstitucionalidade quando o decreto impugnado não é de caráter regulamentar de lei, mas constitui ato normativo que pretende derivar o seu conteúdo diretamente da Constituição. II. Ação direta de inconstitucionalidade: legitimação das entidades nacionais de classe que não depende de autorização específica dos seus filiados. III. Ação direta de inconstitucionalidade: pertinência temática. 1. A pertinência temática, requisito implícito da legitimação das entidades de classe para a ação direta de inconstitucionalidade, não depende de que a categoria respectiva seja o único segmento social compreendido no âmbito normativo do diploma impugnado. 2. Há pertinência temática entre a finalidade institucional da Confederação Nacional das Profissões Liberais - que passou a abranger a defesa dos profissionais liberais ainda que empregados -, e a lei questionada, que fixa limite à remuneração dos servidores públicos. IV. Servidor público: teto de remuneração (CF, art. 37, XI): auto-aplicabilidade. Dada a eficácia plena e a aplicabilidade imediata, inclusive aos entes empresariais da administração indireta, do art. 37, XI, da Constituição, e do art. 17 do ADCT, a sua implementação - não dependendo de complementação normativa - não parece constituir matéria de reserva à lei formal e, no âmbito do Executivo, à primeira vista, podia ser determinada por decreto, que encontra no poder hierárquico do Governador a sua fonte de legitimação. (ADI 1590 MC, Relator o Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 19/06/1997, DJ 15-08-1997).

De se anotar, contudo, que o caso sob exame não se amolda a nenhuma das exceções discorridas acima. Primeiro, porque o Decreto nº 4.887/2003 não versa sobre a extinção de funções ou cargos públicos, e, quando dispõe sobre a atribuição de competências institucionais no caput dos artigos 3º, 4º e 5º, bem assim a respeito da instituição de Comitê

Gestor (art. 19), não exclui eventual aumento de despesa no artigo 23, desfigurando, desse modo, a hipótese constitucionalmente autorizada de regulamento autônomo. Segundo, porque do acurado exame do artigo 68 do ADCT/CF não se divisa norma dotada de auto-aplicabilidade, seja à vista da complexidade temática, visível de seus termos, que notadamente exprimem conceitos carecedores de integração, seja de suas vastas lacunas.

Aprofundando o ponto, reconheço que em relação à regra contida no artigo 68 do ADCT/CF é defendida a inserção entre 'as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais', que 'têm aplicação imediata' a teor do § 1º, artigo 5º, da Constituição Federal. Não desconheço, de outro vértice, que segundo o moderno constitucionalismo, toda regra é dotada de mínima densidade normativa, de modo a viabilizar sua aplicação, o que de certa forma corresponde à eficácia mínima outrora sustentada.

Acontece que tornando ao exame minudente do enunciado do artigo 68 do ADCT/CF, identifico insuficiência de densidade normativa ao fim de dispensar sua regulamentação por interposição legislativa mediante lei formal. Em outras palavras: afigura-se indeclinável a necessidade de edição de lei ordinária. Tal avulta da complexidade e da absoluta indeterminação de seus termos. Assim, é impositiva a formulação dos seguintes questionamentos: é patente da leitura do preceptivo o seguro alcance da definição de quilombo, de comunidade dos quilombos, de remanescente de tal comunidade e do que corresponde a terras de tais remanescentes? Do mesmo modo: por qual procedimento será levada a efeito a emissão de títulos de propriedade aos reconhecidos remanescentes, considerando ainda o fator complicador representado pela existência de titulação pretérita? A resposta é desenganadamente pela negativa, ou seja, não há alcance seguro acerca das definições, tampouco se depreende por qual procedimento serão atingidos os resultados almejados.

Consigno que no tópico específico da definição do procedimento para a emissão dos títulos de propriedade, foi sustentada nos autos a incidência do § 1º do artigo 216 da Constituição Federal, dotado da seguinte redação:

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

(...)

§ 1º - O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

Foi defendido o ponto de vista segundo o qual, por constituírem os quilombos patrimônio cultural brasileiro, a sua proteção se daria pela via da desapropriação. Respeitosamente discordo do entendimento, não havendo falar em aplicação das regras acima, já que a desapropriação do patrimônio cultural desserve à hipótese de retirada de um bem da esfera alheia para a imediata transferência pura e simples ao domínio privado, fim almejado pelo artigo 68 do ADCT/CF. Os escopos normativos são distintos, cumprindo ao patrimônio cultural por essência ser desapropriado para a sua permanência no domínio público. A solução alvitrada para o patrimônio cultural brasileiro situado nos quilombos é o tombamento (§ 5º, art. 216, CF), instituto de direito administrativo diverso da desapropriação, que evidentemente desinteressa na presente quadra aos reivindicantes da área em exame nestes autos.

Por todo o desenvolvido, inelutável a edição de lei formal.

Da Alegada Existência de Lei Formal Sobre o Tema

No curso da demanda foi aventada a existência de lei formal apta à regulamentação do artigo 68 do ADCT/CF.

A hipótese que examino por primeiro, consiste na viabilidade da regulamentação do tema específico da titulação aos interessados, na forma dos diplomas legais de regência dos casos de desapropriação albergados pelo direito vigente. Assim, seja pelo enquadramento do caso dos autos na modalidade de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, regida pelo Decreto-lei nº 3.365, seja na espécie relacionada ao interesse social, normatizada pelas Leis nºs 4.132 e 8.629 e pela Lei Complementar nº 76, haveria suporte normativo suficiente.

Novamente manifesto minha respeitosa discordância, asseverando que a sustentada desapropriação, supostamente decorrente da aplicação do artigo 68 do ADCT/CF, não se confunde com as modalidades acima identificadas. Cada qual possui o seu escopo e suas conseqüências específicas, que destoam do instituto em análise. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública supõe o atendimento ao interesse público com nítida feição coletiva ampla e a permanência do patrimônio no domínio público, ao passo que no caso ora versado o interesse agasalhado tem amplitude consideravelmente menor e o bem passará imediatamente ao domínio privado após a eventual expropriação. Já a desapropriação por interesse social tem por objetivo coibir a manutenção da propriedade sem a realização de sua função social, finalidade notadamente diversa da espécie ora examinada, ao menos pelo que se deduz do enunciado do artigo 68 do ADCT/CF. Substancialmente distintos os institutos jurídicos, não há como acolher a tese de aplicação dos aludidos diplomas legais.

A segunda alegativa de existência de lei formal apta à regulamentação do artigo 68 do ADCT/CF, indica para os diplomas de internalização ao direito brasileiro da Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT. Trata-se do Decreto Legislativo nº 143/2002 e do Decreto Presidencial nº 5.051/2004, que, a teor do § 3º do artigo 5º da Constituição Federal, são dotados de estatura normativa privilegiada no direito pátrio.

Ouso novamente discordar da aplicabilidade vindicada, na medida em que não há cogitar da subsunção almejada. Explico: a convenção internalizada incide quanto a povos tribais e indígenas (artigo 1º, item 1, 'a' e 'b'), sujeitos, ao que tudo parece indicar, diversos dos contemplados no artigo 68 do ADCT/CF, já que esses, pelo que se pode intuir, não vivem em tribos em sentido próprio, tampouco são aborígenes. Ainda que assim não fosse, o artigo 14 da convenção, expressamente indicado no curso deste processo, ao tratar do reconhecimento aos povos interessados do direito de propriedade das terras tradicionalmente ocupadas, limita-se à preceitação para que os Estados signatários dêem especial atenção ao tema, adotem medidas necessárias e instituem procedimentos adequados, sem qualquer especificação, como aliás não poderia deixar de ser, com o fito de preservar as autonomias internas.

Transcrevo os dispositivos da Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho mencionados:

PARTE 1 - POLÍTICA GERAL

Artigo 1o

1. A presente convenção aplica-se:

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

(...)

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.
3. Deverão ser instituídos procedimentos adequados no âmbito do sistema jurídico nacional para solucionar as reivindicações de terras formuladas pelos povos interessados.

A terceira hipótese de existência de lei formal apta à regulamentação do artigo 68 do ADCT/CF recai sobre os seguintes dispositivos: inciso III, artigo 2º, Lei nº 7.668/1988; 'c', inciso IV, artigo 14, Lei nº 9.649/1998, com a redação atribuída pela Medida Provisória nº 2.216-37/2001; e 'c', inciso V, artigo 27, Lei nº 10.683/2003. Trata-se de regras meramente indicativas de competências administrativas sobre o tema em debate para a Fundação Cultural Palmares, assim como ao Ministério da Cultura, sem alcançar o escopo apontado, qual seja o de efetivamente regulamentar a matéria.

Assim, evidenciada a impropriedade dos diplomas normativos referidos para o fim de regulamentar a matéria à guisa de lei formal.

Da Utilidade do Instituto da Desapropriação Indireta

Solução ponderada nos autos para o efeito de contornar a ausência de lei formal para a regulamentação do artigo 68 do ADCT/CF, foi a adoção do instituto de construção jurisprudencial representado pela desapropriação indireta.

Com efeito, reputo despropositada a ponderação, uma vez que o esbulho por autoria do pelo Poder Público, sem prévia indenização ao particular, com o fito de após realizar imediata transferência patrimonial a particulares é inconcebível no âmbito do estado de direito, por manifestamente inconstitucional (incisos XXII e XXIV, artigo 5º), depondo inclusive contra a legitimidade do instituto albergado no artigo 68 do ADCT/CF.

Da Relevância do Princípio Democrático

Entendo que no tratamento de tão importante conquista, representada pelo direito ora em comento, representativo de fruto havido no seio de uma Constituição democrática, não deve ser olvidado o princípio democrático inscrito no seu artigo 1º, de modo que para a legitimação da mencionada conquista, como antes referido, há de ser inaugurado o adequado processo legislativo perante o Congresso Nacional, com a conseqüente edição da indispensável lei formal para a regulamentação do tema.

Da Insegurança Jurídica

Conforme bem apreendido pelo Juízo de origem por ocasião da prolação da sentença de procedência dos pedidos, a regulamentação exclusiva do tema ora debatido pela via do decreto presidencial representa considerável risco à segurança jurídica (caput, artigo 5º, Constituição Federal). Tal se afirma, tendo em linha de conta o histórico da regulamentação do artigo 68 do ADCT/CF, conforme empreendida pela Presidência da República nos anos de 2001 e de 2003.

Explico: o tratamento conceitual do tema é substancialmente discrepante do cotejo do primeiro decreto presidencial, o Decreto nº 3.912, de 10.09.2001, com o segundo decreto presidencial, o Decreto nº 4.887/2003, de 20.11.2003, com conseqüências práticas completamente diversas, merecendo destaque ainda o reduzido intervalo entre a edição de um e de outro.

Passo à transcrição da matriz conceitual do primeiro decreto:

Art. 1o Compete à Fundação Cultural Palmares - FCP iniciar, dar seguimento e concluir o processo administrativo de identificação dos remanescentes das comunidades dos quilombos, bem como de reconhecimento, delimitação, demarcação, titulação e registro imobiliário das terras por eles ocupadas.

Parágrafo único. Para efeito do disposto no caput, somente pode ser reconhecida a propriedade sobre terras que:

I - eram ocupadas por quilombos em 1888; e

II - estavam ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos em 5 de outubro de 1988. (grifei).

Já no segundo decreto a definição está assim disposta:

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

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

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

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

Denota-se no primeiro decreto a adoção de um critério com cunho geográfico e histórico, ao passo que no segundo um parâmetro eminentemente sociológico, viável por meio de autodefinição.

Faço remissão aos termos da sentença quanto ao ponto:

Revelador dessa mudança radical de rumo no tratamento do tema é a alteração no quadro político do País, a partir das eleições de 2002.

Não é fruto da coincidência que o Decreto nº 3.912/01 foi assinado pelo ex-presidente Fernando Henrique Cardoso, enquanto que o Decreto nº 4.887/03 foi expedido durante o mandato do atual presidente Luis Inácio Lula da Silva.

Sem se alinhar a uma opção política ou outra, resta evidente que cada governo emprestou ao art. 68 do ADCT o significado que corresponde à linha ideológica de cada partido. Aliás, é natural que assim o seja, sendo inconcebível que as administrações sejam rebeldes com seus compromissos históricos.

No entanto, se é verdade que os fatos sejam assim, não é menos verdade que o Direito tenha que ser refém dos fatos. Afinal, o Direito não é a Ciência do ser, mas do dever ser, sendo seu papel conter, quando necessário, a rebelião dos fatos.

O quadro que se apresenta é claro: existe uma necessidade premente de discussão sobre os limites e o alcance do art. 68 do ADCT. No entanto, essa discussão deve ocorrer no foro adequado que é o Congresso Nacional. Se é inegável que cabe ao Poder Judiciário Sindicar eventual regulamentação do tema, também não se pode excluir a necessidade de prévio debate político, a partir de um texto legal que reflita a vontade do povo e não a da administração que expede o decreto.

Não tenho a menor dúvida de que, na hipótese de alteração do quadro político do País, nova regulamentação ocorrerá, cuja instabilidade é incompatível com a relevância de tema de índole Constitucional.

Trata-se de uma inocente ilusão afirmar que o art. 68 do ADCT já apresenta algum conteúdo suficientemente explícito na definição dos interesses nela regulados, a dispensar eventuais definições legais, reservando-se ao decreto o papel de definidor de meros procedimentos. (evento nº 2, SENT174).

Na esteira de tão lúcidas considerações, fica evidente que a regulamentação do tema em análise não pode ficar ao sabor das marés dos governos pela via do decreto presidencial, sob pena de inconstitucional insegurança jurídica, a envolver direitos sabidamente fundamentais, com direta repercussão na esfera jurídica de terceiros.

Dos Precedentes sobre o Tema

Foram indicados nos autos alguns precedentes sobre o tema, em relação aos quais faço breve consideração, em razão do reduzido relevo para o desate da questão constitucional ora abordada.

Quanto ao caso do Quilombo de Caçandoca, situado no Município de Ubatuba, Estado de São Paulo, a rede mundial de computadores dá notícia que foi objeto de desapropriação por interesse social mediante decreto presidencial, com reconhecimento parcial da área pretendida, além de outra parcela localizada em área de marinha, igualmente franqueada pelo Poder Público (http://www.mda.gov.br/portal/noticias/item?item_id=3566675). Não houve informação sobre a específica arguição de inconstitucionalidade a respeito do Decreto nº 4.887/2003.

A propósito do Quilombo da Marambaia, localizado no Município do Rio de Janeiro, em área até então de propriedade da União, caso apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça na sede do Recurso Especial nº 931.060-RJ, Relator o Ministro Benedito Gonçalves, 1ª Turma, com publicação em 19.03.2010, a questão da inconstitucionalidade do Decreto nº 4.887/2003 não foi argüida, tendo os votos integrantes do acórdão laborado nos limites da perspectiva da presunção de constitucionalidade do diploma normativo. Em relação ao processo pendente de exame no Supremo Tribunal Federal recurso extraordinário versando temática diversa da ora vertida.

No tocante ao caso do Quilombo da Família Silva, situado no Município de Porto Alegre, conforme destacado no princípio deste voto, houve a suscitação do incidente de arguição de inconstitucionalidade pela 3ª Turma para exame por esta Corte Especial. Ocorre que a suscitação foi equivocada, uma vez que tomou por base o decreto expropriatório da área, ato administrativo de efeitos concretos, que culminou com o não conhecimento do incidente de inconstitucionalidade. Tornados os autos à 3ª Turma, os recursos interpostos foram apreciados, sem invocação acerca da inconstitucionalidade do Decreto nº 4.887/2003. O tema foi decidido na perspectiva da desapropriação por interesse social, com suporte nos artigos 215 e 216 da Constituição Federal, além do artigo 68 do ADCT/CF.

Outros precedentes nos Tribunais Federais não tiveram a constitucionalidade atacada pelas partes, como por exemplo o caso da Lagoa da Pedra, Arraias/TO, uma ação civil pública movida pelo Ministério Público Federal contra a União e INCRA para concluir demarcação sobre terras públicas (TRF1, AC nº 0015813-88.2009.4.01.4300), e da Comunidade Preto Forro, sobre terras do Estado do Rio de Janeiro, ação civil pública promovida pelo Ministério Público Federal contra a União, o INCRA e Município de Cabo Frio/RJ (TRF2, AC nº 0000313-63.2003.4.02.5108). Já no Supremo Tribunal Federal, alguns incidentes vertidos em mandado de segurança, nº 29.362, relator o Ministro Celso de Mello, tendo por objeto a área denominada Invernada dos Negros em Santa Catarina, e nº 28.675, relator o Ministro Joaquim Barbosa, área em Salto do Pirapora em São Paulo, manejados em face de decretos

presidenciais expropriatórios por interesse social, tiveram seus cursos obviados em razão da impropriedade da via.

À luz dessas informações, fica evidenciado o fato de que deixou de haver nos referidos casos abordagem específica sobre a inconstitucionalidade do Decreto nº 4.887/2003, tema sobre o qual ora me detenho.

Do Início do Julgamento da ADI nº 3.239

Por iniciativa do então Partido da Frente Liberal, foi proposta a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.239, visando ao reconhecimento acerca da inconstitucionalidade do Decreto nº 4.887/2003, tendo como relator sorteado o Ministro Cezar Peluso. A ação foi processada com tramitação direta (artigo 12, Lei nº 9.868/99), e logrou informações da Presidência da República e parecer da Procuradoria Geral da República no sentido de sua improcedência. Após sucessivos pedidos de integração na qualidade de amicus curiae, com acolhimento parcial, além de requerimentos de audiência pública, que foram indeferidos, o processo foi apresentado a julgamento em 18.04.2012. O Ministro Cezar Peluso votou no sentido da procedência do pedido, afirmando a integral inconstitucionalidade do Decreto nº 4.887/2003, tendo modulado os efeitos da declaração de forma a preservar a validade dos títulos de propriedade já deferidos com base no texto normativo. Proferido o voto pelo relator, a Ministra Rosa Weber pediu vista dos autos, circunstância que ocasionou a suspensão do julgamento até a presente data.

Cumpra neste momento o registro acerca dos principais fundamentos adotados pelo Ministro Cezar Peluso em seu voto, sobre os quais de forma sucinta passo a discorrer: a) o Decreto nº 4.887/2003 não extrai seu fundamento de validade das Leis nºs 7.668/1988 e 9.784/1999; b) o aludido decreto não representa caso de decreto autônomo autorizado pela Constituição Federal, figurando, assim, na qualidade de diploma normativo dotado de inconstitucionalidade formal; c) o artigo 68 do ADCT/CF requer lei formal integrativa de seu conteúdo para a identificação das terras de que trata, dos beneficiários e do procedimento de titulação, e tal lei formal ainda não foi editada; d) viola a legalidade a sucessiva edição de decretos presidenciais para a regulamentação do tema; e) o Decreto nº 4.887/2003 incorre em inconstitucionalidade material, representada pelo fato de que o artigo 68 do ADCT/CF labora com o critério histórico para a definição das comunidades dos quilombos, ao passo que sua regulamentação adota critérios metajurídicos; f) há igualmente inconstitucionalidade material ao permitir a autodefinição pelos membros dos quilombos, a indicação da área territorial pelos próprios interessados, ao prever a impenhorabilidade da área, ao ofender o devido processo legal mediante a garantia aos membros das comunidades dos quilombos a participação no procedimento desde o início, sem garantir aos terceiros titulares das áreas igual direito, já que serão comunicados por edital e apenas após a conclusão dos trabalhos de identificação, delimitação e levantamento ocupacional e cartorial pelo INCRA; g) a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho desserve à condição de suporte normativo para o decreto examinado, uma vez que trata sobre grupos étnicos nos quais não guardam inserção as comunidades dos quilombos; h) o decreto contempla nova hipótese de desapropriação sem base legal; e i) a aplicação do diploma discutido acarreta o agravamento dos conflitos agrários e a insatisfação dos beneficiários, na medida em que impõe inúmeras etapas até o resultado final almejado pelas comunidades interessadas.

A partir do exame do substancial arrazoado desenvolvido pelo Ministro Cezar Peluso, não tenho como deixar de emprestar minha adesão a sua argumentação, que aliás é subscrita em alguns dos tópicos anteriores.

Informo que o voto proferido pelo Ministro Cezar Peluso, em dois fragmentos, é disponibilizado nos seguintes endereços eletrônicos:
<http://www.youtube.com/watch?v=VNVstli0nWk>
<http://www.youtube.com/watch?v=ZV94XhbFV6s>.

Do Primado da Legalidade

Conclui-se de todo o desenvolvido acima que é indeclinável a edição de lei formal integrativa do conteúdo do artigo 68 do ADCT/CF, comprovadamente inexistente até o presente momento. A necessidade de interposição legislativa, ao mesmo tempo que representa imposição à vista do primado da legalidade, significa garantia social de supremo relevo para o tema relacionado à afirmação dos direitos dos remanescentes das comunidades dos quilombos, já que devem ser assegurados na exata dimensão dos fundamentos e dos objetivos republicanos inscritos nos artigos 1º e 3º da Constituição Federal. Tal linha de compreensão, para além de afixar legalidade aos procedimentos, confere legitimidade à conquista almejada.

Da Conclusão

Com suporte nos fundamentos alinhavados até agora, firmo minha posição no sentido da inconstitucionalidade integral do Decreto nº 4.887/2003, ante sua ofensa aos seguintes dispositivos constitucionais:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

(...)

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

(...)

XXII - é garantido o direito de propriedade;

(...)

XXIV - 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;

(...)

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;

(...)

VI - dispor, mediante decreto, sobre:

a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos;

(...)

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

(...)

§ 5º - Ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos.

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

Da Lacuna Normativa

Com o objetivo de esclarecer acerca da lacuna normativa deixada pelo reconhecimento de inconstitucionalidade ora empreendido, anoto que no retorno da causa para a 3ª Turma, fica evidentemente garantida ao colegiado a possibilidade de suscitação de novo incidente de inconstitucionalidade, agora em face do Decreto nº 3.912, de 10.09.2001, antecedente normativo do Decreto nº 4.887/2003, se assim entender. Afasto, de outro tanto, à vista dos limites objetivos fixados pela 3ª Turma por ocasião da suscitação do incidente agora analisado, a apreciação sobre a eventual inconstitucionalidade do Decreto nº 3.912/2001 nesta assentada.

Dispositivo

Ante o exposto, voto por conhecer desta argüição de inconstitucionalidade para promover o seu acolhimento de modo a afirmar a integral inconstitucionalidade do Decreto nº 4.887/2003. É o voto.

Desª. Federal MARGA INGE BARTH TESSLER

Relatora

4. NOTAS TAQUIGRÁFICAS – VOTOS ORAIS DA SESSÃO DO DIA 28/11/2013 CORTE ESPECIAL

Des. Federal TADAAQUI HIROSE (PRESIDENTE):

Eminente Desembargadora, a Des. Federal Maria de Fátima Freitas Labarrère, que votaria em seguida, teve que se ausentar para o Tribunal Eleitoral e já manifestou que aguardaria o pedido de vista já manifestado nos autos. Portanto, votará depois da apresentação do voto-vista.

Des. Federal LUIZ CARLOS DE CASTRO LUGON:

Sr. Presidente, eminentes pares, servidores da Casa e demais presentes:

Gostaria de fazer um breve comentário a respeito exatamente da conceituação de quilombo. Primeiramente, iríamos ao ano de 1740, que é onde aparece esta definição: toda habitação de negros fugidos que passem de cinco em parte despovoada, ainda que não tenham ranchos levantados e nem se achem pilões nele. Isso foi o Conselho Ultramarino em uma

correspondência ao Rei de Portugal. Isso é o que a história oficial registrou, e o que aprendemos na escola, essa é a versão oficial da história.

Logo depois, Artur Ramos e Édison Carneiro modificaram esse conceito, deram uma amplitude, deram uma melhorada, mas eles, a meu ver, equivocadamente, situaram o quilombo no passado. Quando se fala em remanescentes de sociedades quilombolas, de certa maneira, quer se evitar uma discussão, que é a da real presença de quilombos hoje. Se nós tivermos respeitada a diferença, se nós tivermos respeitado o direito à diferença, vamos ter também o quilombo do futuro.

A Associação Brasileira de Antropologia, em 1994, definiu o quilombo como: toda comunidade negra rural que agrupe descendentes de escravos, vivendo de cultura de subsistência, onde as manifestações culturais têm forte vínculo com o passado.

O que quero exatamente dizer é que, a prosseguir uma política histórica de branqueamento, estaríamos exatamente negando ao quilombola o próprio direito de ser negro, de manter os seus costumes, a sua história, a sua cultura.

O que era um quilombo no passado? Ainda lá pelos idos daquele 19 de setembro trágico, em que o quilombo de Vila Bela foi exterminado no Mato Grosso... tínhamos em 19 de junho de 1795 o seguinte inventário. Negros: seis, índios: oito, índias: 19, caburés: dez, caburés fêmeas: 11. E não havia só caburés, havia também cabixis, que são exatamente o resultado de um entrecruzamento de índios de diversas tribos, ou, no caso do caburé, teremos o cafuzo propriamente dito. Esse pessoal é que habitava esse quilombo. Nos demais quilombos, havia não só negros, como havia índios, como havia brancos. Então, qualquer coisa que se faça tradicionalmente em relação a quilombo tem que ter uma visão antropológica. Quem mais que um antropólogo para dizer o que era quilombo, o que não era quilombo, o que hoje é quilombo, o que deixa de ser quilombo, ou, se exigirem um formalismo de regra, vamos dizer: quem mais vai saber o que é remanescente de quilombo? É preciso, sim, fazer essa digressão histórica.

Mas chegamos aos dias de hoje, e o pessoal diz: 'Ah, mas precisa ser grupo tribal'. Bom, o que vamos ter? Vamos ter o quilombola negro. Mas ele não pode ser só negro: ele tem que ser negro e ter tribo. Seria propriamente o negro afrodescendente ou seria o chamado 'negro da terra'? Porque, se olharmos as fotos de Sebastião Salgado a respeito, as fotos de índios atuais, vamos ver que, por mais que a visão rousseauiana do bon sauvage quisesse mascarar isso, temos índios de pele bastante escura e temos até uma determinação pombalina, proibindo que se usasse esta expressão 'negro' em relação àquilo que se convencionou chamar de 'negro da terra', que eram os índios de pele mais escura, cujas tribos vão sempre aparecer com a terminação una, que é negro em tupi-guarani, mas, no fim das contas, dentro de um quilombo, essa miscigenação toda não deixa margem para se fazer, formar um quilombola típico e exclusivo.

O que é um quilombo hoje? Hoje o quilombo é uma comunidade com importância cultural, com importância histórica que necessariamente deve ser preservada. Isso é um quilombo. As comunidades remanescentes de quilombos, no fim das contas, são o quilombo de hoje. Esta discussão, então, quer dizer, dando-se uma rápida pincelada no objeto ou nos interessados da coisa, nós vamos ver que existia sim alguma coisa diferente, e na pureza completa lá de Mato Grosso, lá de um lugar bastante isolado, nós temos uma descrição que traduz assim:

Vendo S. Exa. que todos os caburés e índios de maior idade sabiam alguma doutrina cristã que aprenderam com os negros e que se instruíram suficientemente com gosto nesta capital, na qual se lhe acabou de ensinar e ainda alguns índios adultos, pois todos falavam português com a mesma inteligência dos pretos, de quem aprenderam, e como todos estavam prontos para receber o batismo, foi pessoalmente assistir a esse sacramento, sendo padrinho de alguns, assim como doutros, as principais pessoas dessa vila, cuja função se celebrou no dia 06 de outubro, recebendo este sacramento todos os de menor idade e alguns maiores que estavam mais instruídos na religião.

Havia também dentro desse cenário e eu vou pedir licença para me estender um pouco, mas acho que é bastante útil que se tenha essa visibilidade do quilombo. Nós temos que, dentro lá do Quilombo Quariterê, que é o quilombo de Vila Bela, diz assim:

Na organização política residia a especificidade do quilombo que nisso se distinguia de Palmares e dos quilombos do Ambrósio e de Campo Grande, a forma adotada foi a realeza, havia rei, mas à época da primeira destruição era governado por uma preta viúva, a Rainha Teresa de Benguela, assistida por uma espécie de parlamentar com um capitão-mor e conselheiro. Como em Palmares, na religião havia um sincretismo entre cristianismo e valores religiosos africanos. Quando abatido pela primeira vez, sua população era de 79 negros homens e mulheres e 30 índios levados a ferro para a Vila Bela, morrendo e fugindo muitos. A Rainha Teresa ficou de tal modo chocada e inconformada com a destruição do quilombo, que enlouqueceu. Taunay diz que 'quando foi presa, esta negra Amazona parecia furiosa. E foi tal a paixão que tomou em ver conduzir para esta Vila que morreu enfurecida'. Os vexames e a grande violência que se abateram sobre a Rainha e seu povo, com o objetivo expresso da subjugação humilhante, foram demais para Teresa, que encontrou na loucura uma forma de reação, recusando-se a se entregar e a curvar-se à autoridade dos brancos. Os quilombolas sofreram castigos cruéis em praça pública, expostos à curiosidade do povo, e foram marcados a ferro com a letra F, conforme determinação de alvará régio. O suicídio foi o gesto supremo de rebelião da Rainha à dominação dos brancos.

De lá vem essa história de injustiça até os dias de hoje. Eu não quero aqui absolutamente falar em obrigação de ressarcimento ou de indenização em relação ao passado. Eu quero falar de situação de injustiça presente, injustiça de hoje, que o constituinte quis, senão reparar, pelo menos suavizar.

Em relação a quilombo, a antropologia é o lugar certo para se saber o que é quilombo, quem é quilombola, quem é remanescente de comunidade quilombola. E foi isso que foi feito. A Fundação Palmares fez um trabalho de arqueologia para identificar esse pessoal.

No que tange propriamente à questão de constitucionalidade, vamos ver que os direitos fundamentais têm eficácia imediata. Que fundamentalidade é essa? Vejamos, mediante a positivação de determinados princípios, e aqui estou com o livro do ilustre jurista Ingo Wolfgang Sarlet, que é 'A Eficácia dos Direitos Fundamentais', em que S. Exa. diz: Mediante a positivação de determinados princípios e direitos fundamentais, na qualidade de ... (lê) ...em autêntica - e aqui o autor usa aspas - em autêntica reserva... (lê) ...bondade intrínseca. Bondade intrínseca, e fecham-se as aspas.

Então, se a questão é de fundamentalidade, temos aqui, estamos aqui irrecusavelmente diante de direito fundamental. A manutenção da própria cultura, o direito à diferença, isso tem a ver com dignidade da pessoa humana, isso é direito fundamental, e, como direito fundamental, efeitos imediatos. E efeitos imediatos significam, direito significa dispensa de qualquer espécie de legislação de transição. Essa disposição constitucional de efeitos imediatos aconteceu em decorrência do que se via nas Constituições passadas em que havia uma série de direitos arrolados, mas entrava-se na história de que eram normas programáticas, ou seja, pendiam de regulamentação, regulamentação essa que não vinha jamais e simplesmente aquela parte da Constituição jamais tinha vigência porque faltavam os decretos, faltavam as regulamentações. Tenho até que dizer e justificar que em diversas ocasiões eu votei por inconstitucionalidade por falta de regulamentação, mas isso em se tratando de Direito Tributário. Em Direito Tributário, sim, é imprescindível a existência de lei formal para amparar decreto, em face de que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei. Mas isso aqui é direito fundamental e, como direito fundamental, guarda eficácia imediata.

No tocante, se ad argumentandum tantum, nós tivéssemos de falar em necessidade de fundamentação, perguntaria: mas o que falta complementar? Vão querer o quê? Que se faça uma lei dizendo aquilo que a Constituição já diz? Está tudo ali. Então vamos fazer uma lei só pro forma, para dizer aquilo que já está mencionado, aquilo que já está dito.

No tocante à utilização da desapropriação, eu colhi até do posicionamento da Des. Federal Maria Lúcia Luz Leiria, hoje aposentada. Ela absolutamente era contra a utilização da desapropriação, porque, a seu ver, o art. 68 do ADCT absolutamente outorgava o título. Eu não vejo, assim, dentro desse raciocínio, absolutamente nenhuma falha. O que eu tenho é que, na hipótese presente, essa desapropriação nasce de interesse social. O remanescente de quilombola que está na posse de terras dentro do art. 68 tem direito à titulação direta, tem sim direito à titulação direta, mas em lugar nenhum está proibido usar desapropriação para uma política pública de alto cunho social. É interesse social, sim, e como interesse social é que se faz a regulamentação por decreto, que absolutamente não tem nada de autônomo. O fato da transitoriedade do art. 68 do ADCT é explicado simplesmente porque se mandou titularizar, e, no momento em que foi outorgado o último título, acabou-se a necessidade do artigo. É transitório, é provisório por isso. Agora, jamais ficará obstaculizada a utilização da desapropriação por interesse social para uma política de auxílio, de amparo e de reconhecimento em relação aos quilombolas.

No que tange à sociedade tribal, estava lembrando aqui das brigas, das verdadeiras guerras tribais que existem na África. De maneira nenhuma tribo é uma coisa só de índio. E vou dizer mais: quando precisaram, foram buscar nos quilombos os lanceiros negros.

De qualquer modo, não vejo absolutamente essa inconstitucionalidade, não vejo também por que eu haveria de vincular o meu entendimento ao entendimento do ilustre Cezar Peluso, uma vez que foi um voto emitido dentro de um julgamento que ainda não se complementou - ele mesmo pode voltar atrás.

De modo que peço vênias para divergir e voto pela constitucionalidade do decreto.

É como voto.

Des. Federal PAULO AFONSO BRUM VAZ:

Sr. Presidente:

Também vou pedir a máxima vênias à eminente Relatora, com seu brilhante voto. Também tenho como autoaplicável a disposição do art. 68 do ADCT, que considero um direito fundamental também. E justamente por essa condição de direito fundamental é autoaplicável. Mas, também como direito fundamental, ele é princípio. Se recorrermos à teoria dos direitos fundamentais do Alexy, veremos que os direitos fundamentais são qualificados pelo conteúdo como princípios, e os princípios - e aí abandono o Alexy - considero, na linha do Dworkin, como imperativos, como válidos para regular o caso concreto. Na verdade, os direitos fundamentais, que estão incluídos no sistema constitucional, possuem uma dupla funcionalidade, uma natureza dúbia, ora se comportando como princípios, ora se comportando como regras. Comportam-se como princípios, na medida em que lhes inserem cláusulas restritivas gerais com base em outros princípios contrapostos aos que embasam os direitos fundamentais. Por outro lado, comportam-se como regras, na medida em que, uma vez inseridas as cláusulas restritivas, se aplicam aos casos concretos.

E princípios, senhores, não são mandados de otimização na minha perspectiva, ao contrário do que apregoa, talvez hoje, o entendimento doutrinário majoritário. Esser, por exemplo, fala em princípios não jurídicos, juízos de valor, orientações morais. Penso que 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. Princípios não são meras orientações políticas, mandamentos morais; são fontes de direito. Princípios têm a qualidade jurídica e, no caso em que se conformam como direitos fundamentais, têm autoaplicabilidade.

Do meu voto, um pouco longo, apenas ficaria nesta referência de um parecer muito bem-lançado do Procurador da República Daniel Sarmiento, que atua, acredito, no TRF da 2ª Região, em que ele faz uma resenha preciosa dessa situação específica e diz:

Uma das principais conquistas do Movimento Negro durante a Assembleia Constituinte foi a incorporação ao Texto Magno do art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. O

referido preceito constitucional atende simultaneamente a vários objetivos de máxima relevância. Por um lado, trata-se de norma que se liga a uma ação da igualdade substantiva da justiça social, na medida em que confere direitos territoriais aos integrantes... (lê) ...os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados e dos tratados internacionais que a República Federativa do Brasil seja parte.

A propósito da discussão do alcance da Convenção 169 da OIT, é pacífico hoje na Corte Interamericana dos Direitos Humanos que se aplica não só às comunidades tribais, mas também às populações tradicionais. Em pelo menos três casos aquela corte reconheceu isso. Não só Suriname, em dois casos também envolvendo o Estado Paraguaio e comunidades indígenas se fez essa extensão, esse elastério que já é hoje pacificado no Direito Internacional. Prosseguindo com Daniel Sarmento:

É possível reconhecer a fundamentalidade de outros direitos, presentes dentro ou fora do texto constitucional... (lê) ...voltada à proteção dos direitos fundamentais de uma minoria étnica historicamente estigmatizada.

Faço referência também aqui ao parecer do Procurador Geral da República, Cláudio Fonteles, da época, ao manifestar-se enquanto custos legis nos autos da própria ADI 3.239.

Des. Federal TADAAQUI HIROSE (PRESIDENTE):

Des. Paulo, só um momento, por favor: tenho um compromisso inadiável agora e vou ter que me ausentar. O Des. Thompson mantém o pedido de vista, então vou aguardar. E peço ao Des. Wowk Penteado para presidir a sessão.

Des. Federal PAULO AFONSO BRUM VAZ:

Prosseguindo, então, Cláudio Fonteles diz que:

O art. 68 do ADCT requer cuidadosa... (lê) ...a máxima eficácia.

Estou fazendo referência também nesse voto a um precedente muito bem-lançado do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, reconhecendo a eficácia imediata do dispositivo em referência, da 5ª Turma, Relatora a Des. Federal Selene Maria, que não vou citar.

E digo, finalizando:

Ora, o que o Decreto nº 4.887 de 2003... (lê) ...pela Procuradoria Regional da República nesta Casa.

Assim, peço vênia para rejeitar a presente arguição de inconstitucionalidade.

É como voto.

Des. Federal LUIZ FERNANDO WOWK PENTEADO (PRESIDENTE):

Devo votar em seguida, ainda que esteja na excepcional posição da presidência, porque o Des. Tadaaqui presidiu a sessão até esse momento e disse que aguardaria o pedido de vista. Então, após o Des. Paulo Afonso, continuo, na ordem de antiguidade.

Minha concepção, e vou pedir vênia à eminente Relatora, é a mesma já declinada pela divergência instaurada. Vejo que o § 1º do art. 5º da Constituição Federal refere a autoaplicabilidade dos direitos fundamentais, e também compreendo da forma já declinada, o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, extraindo a mesma hermenêutica já declinada pelos que me antecederam na divergência.

Portanto, reitero o pedido de vênia à eminente Relatora e rejeito a presente arguição de inconstitucionalidade.

Des. Federal CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENZ:

Sr. Presidente, recebi nessa matéria alentados memoriais. O Dr. Ricardo aqui presente me encaminhou um material de mais de 200 páginas, e quero examinar essa questão e prometo que trarei o mais rápido possível na próxima sessão da Corte Especial. Peço vista dos autos.

Des. Federal NÉFI CORDEIRO:

Tenho por tradição aguardar os votos-vistas, embora o caso tenha uma especial importância que merecesse até soluções mais breves, mas vou manter essa tradição e vou aguardar o voto-vista.

Des. Federal VICTOR LUIZ DOS SANTOS LAUS:

Sr. Presidente, o nosso Tribunal é regional, exerce jurisdição sobre o Estado do Paraná e Santa Catarina. Cabe-me inicialmente saudar os cidadãos paranaenses que estão aqui presentes, nomeadamente do Município de Guarapuava, que vêm à distante Porto Alegre na defesa dos seus direitos. Cabe-me também saudar os eminentes Procuradores que fizeram o uso da palavra, que circularam pelos Gabinetes dos Juizes desta Corte, que muito contribuíram para o conhecimento dessa importante questão social instaurada no âmbito da comunidade de Guarapuava, Paraná.

Mas é necessário deixar claro aos interessados nesta causa, sejam aqueles da cooperativa, sejam aqueles que se intitulam descendentes de quilombos, quilombolas, que se reconhecem como tais, que neste momento não está em discussão questão outra senão um debate provocado pelo Juiz, ainda em primeiro grau, no sentido de entender que o procedimento que está em andamento pelo INCRA é um procedimento que se mostra viciado por um aspecto que nós costumamos chamar de ilegalidade. Mais do que isso, entendeu o Juiz de primeiro grau que não está em discussão apenas uma questão que costumamos chamar de ilegalidade, está em discussão uma questão mais importante, que nós costumamos chamar de inconstitucionalidade. A diferença parece não existir, porque, ao fim e ao cabo, se diz que a norma é inválida por um ou outro motivo, mas para aqueles do Direito, para aqueles que estudam a ciência jurídica essa diferença é substancial. Ela é muito importante.

Em primeiro lugar, temos neste país uma Constituição. Todos os Poderes da República, Executivo, Legislativo e Judiciário se submetem a essa Constituição. Todos os Estados, Municípios e o Governo Federal se submetem a essa Constituição, mas mais do que isso, todos os Juizes deste País se submetem a essa Constituição. Então, quando se diz que um ato do Governo, por exemplo, no caso federal, contraria essa mesma Constituição, imaginem os senhores e senhoras a importância que tem esse debate. Ou seja, a Constituição, em poucas e rápidas palavras, é um grande acordo que todos os brasileiros se celebram para viver nesse País. Ou seja, todos aqueles que estão no território brasileiro, mesmo nascidos aqui ou não nascidos aqui, juram obediência à Constituição, porque ela é a regra maior que todas as que existem que nos fazem viver em sociedade.

Quando alguém, mesmo o Governo, contraria, viola essa Constituição, está-se diante de uma questão muito importante, tão importante que todos os Juizes deste País têm a obrigação de examiná-la, ainda que não tenham sido provocados a isso. Ou seja, ainda que ninguém discuta isso, todos os Juizes deste País são obedientes à Constituição e, se entenderem que na sua frente está algo que de alguma forma possa violar essa mesma Constituição, ele Juiz tem a obrigação de examinar esse fato. No caso concreto, diz-se que esse procedimento, realizado pelo INCRA, violou essa Constituição. É apenas isso que está sendo debatido aqui. Nós não estamos enfrentando a questão que está em jogo lá em Guarapuava, ou seja, se são ou não descendentes de quilombolas, se têm ou não direito à terra, se está errada ou certa a cooperativa, se os títulos são válidos ou inválidos, enfim, todo e qualquer debate estabelecido lá em Guarapuava, é lá que deverá ser enfrentado. Aqui apenas está em discussão se está presente nesse procedimento desencadeado pelo INCRA alguma ofensa a isso que chamamos de Constituição.

Vários argumentos foram apresentados, Sr. Presidente, argumentos de ordem, digamos assim, jurídica, argumentos de ordem antropológica, argumentos de ordem sociológica e até argumentos de ordem econômica, por que não dizer, há uma componente patrimonial que envolve todo conflito fundiário, ou seja, disputa sobre terras neste País.

O grande argumento trazido à Corte, Sr. Presidente, é que esse Decreto é inconstitucional, e assim entendeu a Des. Marga Tessler, Relatora deste feito, por considerar ausente uma lei. Lei, aquilo que nós conhecemos, que é aprovado pelos deputados e senadores lá em Brasília, lei essa que deveria regular esse mesmo procedimento do INCRA. Pois bem, aqui estamos diante de um decreto. Decreto, em princípio, não é editado por deputado e senador, mas sim por Presidente, no caso da República, eventualmente pelo governador do estado e eventualmente por prefeito do município. No caso aqui, temos um decreto editado pelo Presidente da República.

A Relatora compreende e tem seus fundamentos para assim entender que esse Decreto violou sim isso que chamamos de Constituição, e se violou, não pode ser aplicado, e se não pode ser aplicado, na consequência todo o procedimento do INCRA está errado, está equivocado. Outros Juízes deste Tribunal entendem de forma diferente, ou seja, esse Decreto, em princípio, não violou a Constituição, logo poderia ser aplicado e se pode ser aplicado, lá em Guarapuava é que a questão vai voltar a tramitar após ser decidido o recurso que está aqui no Tribunal por uma das Turmas desse mesmo Tribunal.

Sr. Presidente, de todos os argumentos que ouvi, e muitos me sensibilizaram, o mais importante deles é que eu, assim como aqueles que votam pela divergência, não chego à conclusão que o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, chamado de ADCT, é uma norma incompleta, não extraio essa conclusão, Sr. Presidente. Vejo naquele texto jurídico de nível constitucional que uma norma que diz o que quis dizer, ou seja, os deputados federais e senadores, quando lá em 1988 foram a Brasília para escrever a Constituição também escreveram, digamos assim, esse texto complementar chamado ADCT, e o que lá está escrito é resultado de todas as tensões que existem neste país, ou seja, uma Constituição, um processo para elaborar uma Constituição é um processo que reúne o que há de melhor em um país, ou seja, todos os interesses locais, estaduais, regionais, nacionais são debatidos pelos deputados federais e pelos senadores.

Sabem todos que não existe unanimidade neste país, não existe, durante algum tempo tivemos algumas unanimidades, mas com o passar das sociedades isso vai mudando. E assim não é diferente em um processo em que se elabora uma Constituição, ou seja, os interesses são muito diversificados, as pessoas têm pontos de vista diferentes. Mas do debate desses pontos de vista, dessa troca de ideias entre esses pontos de vista se chega àquilo que nós costumamos chamar de consensos, acordos. Por isso que digo que a Constituição é a reunião desses consensos, desses acordos, ou seja, o que for possível ser acordado. Essa em essência é a tônica da Constituição. É isso que reflete a Constituição no momento em que ela foi elaborada, no caso, 05 de outubro de 1988. E quando esses mesmos deputados e senadores eventualmente não chegam a um consenso digamos assim mais forte, mais pleno, que possa de alguma forma ser posto em prática naquele momento, costumam, digamos assim, elaborar uma norma provisória, uma norma que acene para o futuro, exatamente quando reunidos os predicados para que ela entre em vigor, para que ela seja executada plenamente. Também eles lançam mão desses recursos quando não é possível naquele momento terem a exata dimensão daquilo que eles estão acordando. No caso, o art. 68 previu, estabeleceu o reconhecimento de direitos a muitas comunidades não só quilombolas, mas mesmo a muitas minorias sim, o país tem maiorias e tem minorias, não só quilombolas.

Chegou-se a esse consenso porque no momento em que preenchidas as condições que ali foram escritas, essas mesmas minorias poderiam reivindicar os seus direitos desde que, digamos assim, esses mesmos direitos sejam compatíveis com o que ali foi escrito. Pois bem, diz-se aqui neste processo que esse decreto posto em prática pelo Governo Federal e executado pelo INCRA não encontra correspondência nesse art. 68 do ADCT.

Penso que em um plano da inconstitucionalidade eu vejo essa correspondência. Já se mencionou aqui, a eminente Relatora resumiu isso no seu brilhante voto, no seu exaustivo voto, que ao seu ver a lei deveria ter feito isso, e esse decreto estaria longe dessa, digamos assim, competência.

Parece- que quando, lá em 1988, quase em um juízo premonitório, quase que em um juízo antecipando o futuro, diante das dificuldades que os deputados e senadores não tinham condições de superar naquele momento, se escreveu naquele documento, que a todos devem submissão neste País, que esse reconhecimento se daria uma vez estabelecidos esses pressupostos, isso se fez, porque já naquela época estava em andamento um grande debate na comunidade internacional. O Brasil não é uma nação que vive isolada, o Brasil é uma nação inserida no conjunto de países que existe no mundo. O que acontece fora do Brasil também interfere com o Brasil. Ou seja, o Brasil não está de costas para o restante do mundo, ele sofre todas as influências que existem ao redor dele. E essa luta pela terra, essa luta pelo reconhecimento de minorias, essa luta pela afirmação de identidades é uma luta mundial, não é, digamos assim, exclusiva dos senhores e senhoras de Guarapuava, é uma luta que existe em todos os rincões deste mundo.

Exatamente por isso é que se mencionou aqui a Convenção da OIT. Essa convenção - e, quando se diz convenção, o próprio nome está dizendo; convenção: ou seja, alguém convencionou, alguém acordou -, essa convenção reúne não pessoas, mas sim países, ou seja, uma convenção internacional, diferentemente da nossa Constituição, que é um acordo entre brasileiros que estão neste País e mesmo não brasileiros, mas que moram, que residem aqui, envolvendo, portanto, quem está no Brasil. Uma convenção não reúne só quem está no Brasil, uma convenção reúne todos os países que participam dela. No caso dessa Convenção da OIT, muitas nações tomaram assento e lá debateram esses assuntos. Se dessa convenção se extrai uma perspectiva de que deve haver um reconhecimento dessas minorias, desses povos, dessas comunidades, não se pode, a meu ver, pelo menos, Sr. Presidente, ignorar- se que o Brasil, em fazendo parte dessa mesma Convenção, pode se colocar de costas ao que lá foi estabelecido. Ou seja, o que lá é discutido, o que lá é aprovado, desde que o Brasil a ratifique, e o Brasil fez isso, isso gera no mínimo um compromisso, um compromisso que é internacional. E durante muito tempo, neste País - foi mencionado isso aqui -, esse compromisso era algo, digamos assim, retórico. Com o passar do tempo, essa percepção foi sendo alterada, e esses compromissos passaram a ser legítimos compromissos. Todos aqui sabem o que é um compromisso. O português, nossa língua, nosso idioma, dá um significado claro quando você diz que tem um compromisso ou que estabelece um compromisso. É de conhecimento geral, Sr. Presidente, quando se diz que se estabelece um compromisso com alguém. Ou seja, nessa convenção o Brasil, o país, a nação brasileira estabeleceu esse compromisso, e, a partir do momento em que um país, uma nação estabelece um compromisso em âmbito internacional, insisto, ele não pode ignorar isso que ele fez, esse compromisso que ele assinou.

Portanto, se considerarmos a existência de uma convenção internacional, se considerarmos uma norma prevista no ADCT, que, a meu ver, dispensa qualquer complemento, também devemos considerar que não havia necessidade de uma norma intermediária para se chegar ao Decreto Presidencial. Parece-me, Sr. Presidente, que esse é o cenário em que se está diante neste caso.

Então, Sr. Presidente, pedindo a máxima vênias à eminente Relatora, penso que apenas, como disse no início, nesta questão de inconstitucionalidade, não no que tange à decisão que vai ser tomada em Guarapuava - isso é outra questão -, apenas nesta questão da inconstitucionalidade, acompanho aqueles Juízes que entenderam que esse decreto não se encontra viciado de qualquer forma. Rejeito a arguição.

Des. Federal JOÃO BATISTA PINTO SILVEIRA:

Sr. Presidente:

Com a máxima vênias da nobre Relatora, que fez um excelente trabalho, sob determinada ótica, também estou me alinhando à divergência, entendendo que o art. 68 do ADCT se constitui em norma constitucional autoaplicável, não dependendo de regulamentação infraconstitucional, encerrando o dito dispositivo autêntico direito fundamental. Dessa forma, estou rejeitando a presente arguição de inconstitucionalidade.

Des. Federal CELSO KIPPER:

Sr. Presidente:

Vou aguardar o pedido de vista.

Des. Federal OTÁVIO ROBERTO PAMPLONA:

Sr. Presidente:

Também, em que pese que o julgamento exija rapidez, vou aguardar o voto-vista do Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz.

Des. Federal JOEL ILAN PACIORNIK:

Sr. Presidente:

Peço vênia inicialmente ao Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, que pediu vista, mas já tenho condições de proferir o meu voto e vou procurar fazê-lo na forma mais breve possível:

O objeto da inconstitucionalidade é o Decreto 4.887, que regulamenta a demarcação e titulação das terras quilombolas... (lê) ...com trajetória histórica própria, dotados de relações territoriais específicas, com a presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida.

Saliento também que o § 1º daquele mesmo dispositivo previu que a caracterização de tais remanescentes seria atestada mediante autodefinição, sendo a mesma inscrita no cadastro geral junto à Fundação Cultural Palmares, encarregada de expedir as certidões naquele sentido.

Pedindo vênia ao brilhante voto, com uma profunda fundamentação técnica trazida pela Des. Federal Marga Inge Barth Tessler, não vejo o Decreto 4.887 como regulamento autônomo; vejo como suas bases de ligações com a Constituição, a Lei 9.874/99 e a Convenção 169 da OIT e também o Pacto de San José da Costa Rica, como já tão bem abordado pelo Des. Federal Paulo Afonso Brum Vaz e Des. Federal Victor Luiz dos Santos Laus. Enfim, estou repelindo a ideia de que tal decreto seria um regulamento autônomo, pois, como disse, encontra suporte nos regramentos que antes mencionei.

Aponto ainda uma singularidade na questão em julgamento: que se tornou necessária a edição do Decreto 4.887/2003, o qual, sem se afastar da pricipiologia dos regramentos gerais do processo administrativo federal, previstos na Lei 9.784/99, adaptou-os às especificidades do domínio empírico. Portanto, a Lei 9.784/99, em conjugação com a própria Constituição, dá amparo ao Decreto 4.887/2003.

Para não me alongar, apenas a título de complementação: uma ação declaratória, julgada pelo Supremo Tribunal Federal, de relatoria do Min. Marco Aurélio, de nº 710, e há outra, de nº 977, que impugnava o Decreto 22, de 04-02-1991, então vigente, e que regulamentava a demarcação de terras indígenas ao fundamento de que o Poder Executivo teria extrapolado o poder regulamentar, que foi tão bem abordado pela eminente Relatora.

Transcrevo apenas a ementa, que diz:

Ação direta de inconstitucionalidade. Atos meramente administrativos. A ação direta de inconstitucionalidade é meio impróprio ao ataque de atos meramente administrativos. Isto ocorre quando se impugna decreto do Chefe do Poder Executivo com o qual se disciplina a demarcação de terras indígenas e se traçam parâmetros para a atividade administrativa ser desenvolvida. Possível extravasamento resolve-se no âmbito da ilegalidade.

No caso, a demarcação e a titulação das terras quilombolas, mediante o aludido decreto, é questão similar, pelo que entendo. Com a devida vênia, trata-se de exercício legítimo e dentro dos limites legais do que a Constituição consagra no art. 84 como poder regulamentar.

Assim, Sr. Presidente, antes de encerrar, gostaria de cumprimentar todos os procuradores que fizeram uso da palavra, pelo seu brilhantismo de conteúdo, e cumprimentar mais uma vez a

eminente Des. Marga pelo seu voto, mas, pedindo vênia, voto no sentido de conhecer do incidente, mas rejeitá-lo.

Des. Federal RÔMULO PIZZOLATTI:

Sr. Presidente:

Pretendo ser breve. Realmente não me satisfiz com as duas posições extremas que vi dos membros do colegiado e vou adotar uma terceira posição. Leio aqui no art. 1.239 do Código Civil: Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como sua por cinco anos, só cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra em zona rural não superior a 50 hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho e de sua família, tendo nela sua morada, adquirir-lhe-á a propriedade. Se a área for maior, mas for utilizada para fins produtivos, lá morando o possuidor, quilombola ou não, o prazo aumenta para dez anos. E, se não morar ali, mas, de qualquer maneira, ocupar, o prazo ainda poderá se estender para 15 anos. Mas, em princípio, os brasileiros ou os que moram no território brasileiro, quilombolas ou não, descendentes de imigrante de qualquer nacionalidade, que ocupem terras no Brasil, nessas condições, se tornam proprietários da terra. É o instituto velho do usucapião.

Basicamente, como essas terras me parece que se situam na zona rural, bastam cinco anos para que os quilombolas adquiram a propriedade. Mas é evidente que, se são quilombolas, essas posses são imemoriais, então terão 50, cem anos, mais até. Então, me pergunto: Qual é o problema? O Código Civil garante o direito dos quilombolas e dos não quilombolas, todos são contemplados. Já no começo do seu texto a Constituição brasileira diz que a República Federativa do Brasil visa a promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Então, parti dessa perplexidade. Se o Código Civil garante, com um prazo tão pequeno, a titulação à propriedade, porque essa discussão toda? Por que esse decreto? Deve ter alguma explicação para se querer fugir da solução do Código Civil, que é tão simples, é tão prática e sempre foi utilizada. Vou ao art. 68 do ADCT, ali está escrito: Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando - isso remete à posse, à ocupação - suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos. Daí se extrai claramente o seguinte: que os remanescentes das comunidades dos quilombos têm a posse sobre a terra, e essa posse é imemorial.

Agora, nem precisaria ser imemorial, bastariam cinco anos na generalidade do caso, já que não há, dificilmente ocorre, à exceção de um caso aqui em Porto Alegre, quilombo na área urbana. Mas, enfim, cinco ou dez anos é um prazo bastante reduzido. Esse requisito, então, é bastante simples. O outro requisito, a outra peculiaridade do artigo é que o Estado reconhece a propriedade e outorga títulos. Ora, em que situação o Estado titula alguém? Quando ele é proprietário do imóvel. Ah, então aí a coisa ficou clara. Se o imóvel está na propriedade privada, o quilombola, o descendente de imigrante, entra com a ação de usucapião. Agora, se a terra é pública, nós sabemos que o próprio Código Civil e a Constituição dizem: as terras públicas são inusucapíveis. Então, sendo pública a terra, há necessidade de o Estado titular essa propriedade que é dele, pois o particular não pode ingressar com a ação de usucapião.

Este dispositivo, nesse sentido, o art. 68 do ADCT, contempla, então, a possibilidade de o Estado titular as terras públicas para os quilombolas, já que os quilombolas, tendo a posse dessas terras, não podem adquiri-las por usucapião, porque são terras públicas. Então, agora não há mais contradição, a coisa ficou bastante lógica, faz sentido.

Leio o decreto. O que ele estipula? Normas processuais para titulação: reconhecimento da posse dos quilombolas, de quem são os quilombolas, e o processo de titulação. Começa com terras da União: ilhas, lagos, etc. e tal. Mais à frente, fala de terras dos estados, municípios e Distrito Federal.

Com relação às terras da União, é evidente que basta o Estado fazer um processo administrativo, reconhecer a posse e expedir o título, garantindo as regras ambientais e outras da legislação. No tocante aos bens públicos de estados, Distrito Federal e municípios, o art. 12

do Decreto nº 4.887 fala que simplesmente o INCRA encaminha os autos para os entes responsáveis pela titulação. Então, se é imóvel público da União, o INCRA faz o procedimento e titula. Se é dos estados, municípios e Distrito Federal, o processo é encaminhado para os órgãos públicos, as entidades públicas proprietárias para que eles titulem. O problema desse decreto é que ele foi além do devido nos artigos 13 e 14.

Começo pelo art. 13, que diz o seguinte: incidindo nos territórios ocupados por remanescentes das comunidades dos quilombos, título de domínio particular. Esta redação é alguma coisa realmente que fere a lógica: incidindo nos territórios ocupados por remanescentes das comunidades dos quilombos, título de domínio particular - um título de domínio incide nos territórios das... É difícil de entender o que se quer dizer aí. Parece-me que aqui a intenção, já que o decreto extrapolou, é esconder alguma coisa. E o que se diz aqui é basicamente o seguinte, que haveria também a possibilidade de titulação de terras de particulares. Então, o INCRA fica autorizado a ingressar nos imóveis, fazer a avaliação, fazer a medição e depois ingressar com a ação de desapropriação. Ora, aqui é que está a inconstitucionalidade do decreto, porque o art. 68 do ADCT tem um foco, tem um âmbito, que é o âmbito que não é o do usucapião. Sim, porque não faz sentido que o constituinte estabeleça, de uma forma complicada, como essa do decreto, alguma coisa que já está posta de forma simples no Código Civil. Só se o legislador fosse louco. Mas não se pode presumir a loucura do legislador constituinte.

Então para mim a coisa é muito simples: o que não cabe a usucapião foi regulado pelo art. 68 da ADCT. As terras públicas, que são do Estado, ele as titula, e não precisa desapropriar, evidentemente, porque são dele. E também não tem sentido ele desapropriar e dar para o particular aquilo que já é do particular por usucapião. Realmente não faz sentido. Por que é que o Poder Público... Se o quilombola está na posse, ele tem a posse e tem a propriedade a ser reconhecida em juízo - a sentença declaratória -, qual é a necessidade de fazer a desapropriação? Para sustentar os funcionários do Estado que entrariam com esses processos e perderiam tempo? Para sustentar advogados? Juizes? Não há necessidade de nada disso.

Concordo com a tese de que esse art. 68 é autoaplicável. Ele é autoaplicável no que tange ao seu âmbito de validade e incidência, que são as terras públicas. E mais, ele não inova o ordenamento jurídico material porque ele é apenas, nesse aspecto, processual. Então, parece-me, caberia ao Presidente da República editar, como editou esse decreto, estabelecendo normas processuais para cumprimento do art. 68 do ADCT, já que as terras públicas são inusucapíveis, e os quilombolas, mesmo tendo a posse imemorial dessas terras, não poderiam conseguir o seu título de propriedade pela via simplificada do usucapião. Não poderiam. Então se estabeleceu corretamente no decreto.

E aí vem a explicação para um outro fato que causou perplexidade neste Plenário: 25 anos passados desde a promulgação da Constituição, não veio a lei. E nem virá a lei, porque ela não é necessária. O art. 68 do ADCT é autoaplicável nesse âmbito, no âmbito em que não cabe a usucapião: terras públicas. Basta um decreto, que não inova no ordenamento jurídico material, para estabelecer o processo. Aqui está o processo, no decreto. O problema é que ali no meio alguma força diabólica, alguma força estranha enfiou alguns artigos que extrapolaram o âmbito do art. 68 do ADCT. E detecto, aponto: são os arts. 13 e 14. Até ali, tudo certo.

Leio os artigos que estão corretos: Quando as terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos incidirem em terrenos de marinha, marginais de rios, ilhas e lagos, o INCRA e a Secretaria do Patrimônio da União tomarão as medidas cabíveis para a expedição do título. Simples. É da União.

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

Art. 12. Em sendo constatado que as terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos incidem sobre terras de propriedade dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, o INCRA encaminhará os autos para os entes responsáveis pela titulação. Perfeito. O problema começa, então, no art. 13: Incidindo nos territórios ocupados por remanescentes das comunidades dos quilombos título de domínio particular não invalidado... será realizada vistoria, etc. Parágrafo 2º: O INCRA regulamentará as hipóteses suscetíveis de desapropriação, com disposição de prévio estudo, etc. e tal.

Estes dispositivos, o 13 e o 14, são francamente inconstitucionais, porque exorbitam do âmbito do art. 68 do ADCT. Então, esse artigo 68, resumindo, do ADCT regulou uma situação que não podia ser resolvida pelos quilombolas, que é a ocupação de terras públicas, porque se as terras não são públicas é simples. Está ali no Código Civil, qual é a dificuldade? Não precisa da ajuda do Estado, basta um advogado, e advogado é o que não falta no Brasil, nem Juiz, face à interiorização da nossa Justiça. Cada comunidade tem o seu Juiz, juizados especiais, defensoria da União, dos Estados, o que não falta é aparelho jurídico no nosso Brasil.

Até, abrindo parênteses, me recorro que quando eu era Juiz Estadual, na década de 80, fui fazer uma audiência criminal, furto de um botijão de gás por um rapaz que era analfabeto, até desdentado, e veio o promotor. Aí comentei com ele: 'Olha, doutor, essas pessoas que nós vamos ouvir, os partícipes do processo, à exceção nossa e dos servidores, todos os outros são analfabetos.' Porque eu pedia que o sujeito dissesse se era alfabetizado ou não. Os Juizes politicamente corretos não fazem essa pergunta, eu sempre perguntei, até para eu me inteirar da situação da minha comunidade. De fato, as testemunhas, todos os que falaram eram analfabetos. Comentei com esse promotor: 'Doutor, o senhor veja a situação, mandam para essa comunidade, essa cidade, Delegado de Polícia, Juiz de Direito, Promotor de Justiça, funcionários do Judiciário e do Ministério Público; faltam médicos, odontólogos, assistente social. Falta tudo, mas mandam o aparelho judiciário repressivo para a comunidade. Falta o educador? Falta. As populações são analfabetas. Falta tudo, menos... Porque, enfim, é o país dos bacharéis, como se diz.

Então, para mim, eminentes colegas deste Colegiado, a situação ficou simples e está resolvida de uma forma sistemática pelo nosso ordenamento jurídico. Os quilombolas têm a posse, o direito deles é garantido pelo ordenamento jurídico, nem precisa muito tempo, cinco anos, mas têm muito, eles têm décadas de posse sobre os imóveis. Até a República? Bom, aí incide o art. 68 do ADCT. Esse art. 68 precisa de uma lei que o regulamente? Não precisa, porque basta um decreto processual, que é o Decreto nº 4.887, que estabelece os procedimentos prévios à titulação. O Estado titula o que é dele, não é o que não é dele, isso é um absurdo, o Estado titular o que não é dele. Se cabe desapropriação, ou não, não sei. A desapropriação é prevista em outros dispositivos constitucionais e em leis extravagantes. É outro problema.

Então, para concluir, acolho a arguição de inconstitucionalidade no tocante aos artigos 13 e 14 do Decreto nº 4.887 de 2003, porque eles extrapolaram o âmbito demarcado pelo art. 68 do ADCT.

Esse é o meu voto, Sr. Presidente.

Des. Federal RICARDO TEIXEIRA DO VALLE PEREIRA:

Sr. Presidente, vou aguardar o voto-vista do Des. Thompson Flores.

Decreto 4.887 de 2003 nos seus arts. 13 e 14. Oportunamente o julgamento prosseguirá após o voto-vista do Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz.

DECISÃO:

Após o voto da eminente Relatora, no sentido de conhecer da arguição de inconstitucionalidade para promover o seu acolhimento de modo a afirmar a integral inconstitucionalidade do Decreto nº 4.887 de 2003, divergiram os Des. Federal Luiz Carlos de Castro Lugon, Des. Federal Paulo Afonso Brum Vaz, Des. Federal Luiz Fernando Wowk Penteado, Des. Federal Victor Luiz dos Santos Laus, Des. Federal João Batista Pinto Silveira,

pediu vista o Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz; aguardam o Des. Federal Néfi Cordeiro, Des. Federal Celso Kipper, Des. Federal Otávio Roberto Pamplona e Des. Federal Ricardo Teixeira do Valle Pereira, Des. Federal Maria de Fátima Freitas Labarrère e Taadaqui Hirose. Também divergiu o Des. Federal Joel Ilan Paciornik, nos termos do voto proferido oralmente, e divergiu parcialmente o Des. Federal Rômulo Pizzolatti, conhecendo a argüição de inconstitucionalidade para promover a declaração parcial de inconstitucionalidade do Decreto 4.887 de 2003 nos seus arts. 13 e 14. Oportunamente o julgamento prosseguirá após o voto-vista do Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz.

[f1] Comentário:

VOTO-VISTA

[f2] Comentário: Segundo dia

Senhor Presidente:

Face à complexidade da matéria, pedi vista dos autos.

Após minucioso exame, devolvo o processo para o prosseguimento do julgamento.

Segundo a maioria dos estudiosos do direito constitucional, o controle de constitucionalidade de leis é uma criação da jurisprudência norte-americana.

O Professor Alfredo Buzaid, em alentado estudo, diz:

'A idéia de atribuir ao Judiciário a competência para negar aplicação às leis, consideradas inconstitucionais, é, segundo a doutrina dominante, uma criação original do direito público norte-americano.'

(BUZOID, Alfredo. Da Ação Direta, Saraiva, São Paulo, 1958. p. 15)

Há autores, entretanto, e o Ministro Buzaid é um deles, que já constatarem o surgimento de um mecanismo de controle de constitucionalidade de leis no direito inglês, por ocasião da Revolução Puritana. É dessa época a doutrina Coke:

'Já outros remontam a origem da idéia aos tempos da Revolução Puritana, feita na Inglaterra, ou, melhor, aos arts. 24 e 38 do 'Instrument of Government' e à conhecida doutrina de E. Coke. O 'Instrument of Government', tido como primeiro e único documento constitucional da Inglaterra, preceitua no art. 38: 'Todas as leis, estatutos, ordenanças ou cláusulas, em qualquer lei, estatuto ou ordenança, em contrário à liberdade de consciência, serão nulos e írritos.' A doutrina de Coke manifestava uma oposição às tendências expansionistas de Jaime I. Coke sustentou com vigor que o juiz pode declarar nula uma lei, ou porque seja contra a razão e o direito natural, ou porque usurpe prerrogativas reais.'

(BUZOID, Alfredo. Da Ação Direta, Saraiva, São Paulo, 1958. p. 15)

Rui Barbosa, na sua clássica obra 'Os Atos Inconstitucionais', aponta a magnitude desse instituto criado pelo direito público norte-americano:

'a democracia americana não se contenta de presumir-se contra seus representantes: presume-se contra si mesma; abriga o povo contra as legislaturas infiéis; abriga as nações contra as maiorias populares.'

(BARBOSA, Rui. Os Atos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo perante a Justiça Federal, Companhia Impressora, Rio de Janeiro, 1893. p. 34)

Para Rui, 'os organizadores da Constituição executada por Washington e Marshall compreenderam que, assim como acima da função legislativa está a soberania popular, acima da soberania popular estão os direitos da liberdade. 'Ser soberano, sem ser déspota' era o problema.'

(BARBOSA, Rui. Op. cit. p. 36)

Segundo o Ministro Cândido Mota F^o, a segurança do próprio federalismo norte-americano estaria assegurada pela supremacia judiciária assegurada à Constituição. Esse autor traz a lição de Schmitt, em que este considera que

'os tribunais americanos constituem verdadeira exceção na história constitucional, defendem princípios gerais e se erigem em protetores e defensores da ordem social e econômica.'

(MOTA, F^o, C. A Evolução do Controle de Constitucionalidade de Leis no Brasil. Rev. Forense, vol. 86, 1941, p. 274)

O caso Marbury v. Madison, julgado por Marshall, constitui um marco na história do direito constitucional, em especial, no que concerne ao controle de constitucionalidade de leis. Antes dele, já havia uma tradição de subordinação de todas as normas legislativas à Constituição.

'Foi porém em 1803, quando se verificou a decisão de Marshall no caso Marbury v. Madison, ainda hoje considerado o padrão nos julgamentos de inconstitucionalidade, que o princípio se firmou.'

(CAVALCANTI, T.B. Do Controle da Constitucionalidade. Rio. Forense, 1966. p. 51)

Esse caso consistiu no seguinte: no fim do governo do Presidente Adams, William Marbury foi por aquele nomeado para o cargo de Juiz de Paz no Distrito de Colúmbia, nomeação essa que o Senado confirmou. O ato foi firmado pelo Presidente com todas as formalidades legais. No governo de Jefferson, Marbury apelou para o Secretário de Estado, Madison, para que efetivasse aquela nomeação com investidura e posse. Jefferson, no entanto, determinou que se retivesse a nomeação de Marbury. Foi então que este requereu à Suprema Corte a expedição de um mandamus contra Madison para assumir o cargo. Esses foram, em linhas gerais, os fatos que antecederam aquele histórico julgamento. Agora, convém reproduzir as partes mais importantes da histórica decisão de Marshall:

'Não há meio termo entre estas alternativas. A Constituição ou é uma lei superior e predominante, e lei imutável pelas formas ordinárias, ou está no mesmo nível conjuntamente com as resoluções ordinárias da legislatura e, como as outras resoluções, é mutável quando a legislatura houver por bem modificá-la.

Se é verdadeira a primeira parte do dilema, então não é lei a resolução legislativa incompatível com a Constituição; Se a segunda parte é verdadeira, então as constituições são tentativas absurdas da parte do povo para limitar um poder por sua natureza ilimitável. Certamente, todos quantos fabricaram constituições escritas consideram tais instrumentos como a lei fundamental e predominante da nação e, conseqüentemente, a teoria de todo governo organizado por uma constituição escrita deve ser que é nula toda resolução legislativa com ela incompatível.

Essa teoria adere essencialmente às constituições literais e deve conseqüentemente ser tida e havida por esse tribunal como um dos principais fundamentos da nossa sociedade. Não se deve, portanto, perdê-la de vista no ulterior exame desta causa.

Se nula é resolução da legislatura inconciliável com a constituição, deverá, a despeito de sua nulidade, vincular os tribunais e obrigá-los a dar-lhe efeitos? Ou, por outros termos, posto que lei não seja, deverá constituir uma regra tão efetiva como se fôsse lei? Fôra subverter o fato o

que ficou estabelecido em teoria e pareceria, à primeira vista, absurdo bastantemente crasso para ser defendido. Contudo, terá mais acurado exame.

Enfaticamente é a província e o dever do poder judiciário dizer o que é lei. Aqueles que aplicam a regra aos casos particulares, devem necessariamente expor e interpretar essa regra. Se duas leis colidem uma com a outra, os tribunais devem julgar acerca de cada uma delas. Assim, se uma lei está em oposição com a Constituição; Se, aplicadas ambas a um caso particular, o Tribunal se veja na contingência de decidir a questão em conformidade da lei, desrespeitando a Constituição, ou consoante a Constituição, desrespeitando a lei, o Tribunal deverá determinar qual destas regras em conflito regerá o caso. Esta é a verdadeira essência do Poder Judiciário.

Se, pois, os tribunais têm por missão atender à Constituição e observá-la e se a Constituição é superior a qualquer resolução ordinária da legislatura, a Constituição, e nunca essa resolução ordinária, governará o caso a que ambas se aplicam. Aqueles, pois, que contestam o princípio de que a Constituição deve ser tida e havida no Tribunal como lei predominante, ficam reduzidos à necessidade de sustentar que os juízes e os tribunais devem fechar os olhos para a constituição e só fitá-los na lei.'

(John Marshall, Complete Constitutional Decisions, Callaghan & Co., Chicago, 1903, pp. 32/4)

O Professor Celso Bastos faz um resumo dos pontos capitais da doutrina de John Marshall:

'sendo a lei inconstitucional nula, a ninguém obriga, e muito menos vincula o Poder Judiciário à sua aplicação; por outro lado, diante de um conflito entre lei ordinária e a Constituição, ao Poder Judiciário incumbe inelutavelmente preferir uma em desfavor de outra. Diante de tal dilema, esposa a teoria que inevitavelmente deve ser dada à Lei Constitucional, que é superior a qualquer outro ato praticado sob sua vigência.'

(BASTOS, Celso. Perfil Constitucional da ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade. Rev. de Dir. Púb. v. 22, p. 88)

No mesmo sentido pronunciou-se o então Ministro da Justiça Campos Salles, ao fazer a exposição de motivos do Decreto nº 848 de 11 de outubro de 1890, que instituiu a Justiça Federal no Brasil:

'O poder de interpretar as leis, disse o honesto e sábio juiz americano, envolve necessariamente o direito de verificar se elas são conformes ou não à Constituição, e neste último caso cabe-lhe declarar que elas são nulas e sem efeito. Por este engenhoso mecanismo consegue-se evitar que o legislador, reservando-se a faculdade de interpretação, venha a colocar-se na absurda condição de juiz em sua própria causa.'

(SALLES, Campos. Decretos do Governo Provisório. p. 2.738).

São unânimes os estudiosos do direito público brasileiro em afirmar que não havia um controle de constitucionalidade de leis no Brasil sob a vigência da Constituição Imperial de 1824,

'visto que outorgou ao Poder Legislativo um amplo predomínio no campo das tarefas relacionadas com o ordenamento jurídico, porquanto a ele incumbia fazer as leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las e, ainda, velar pela guarda da Constituição, consoante preceitos contidos nos itens VIII e IX do art. 15.'

(PATTERSON, Min. Willian A. Controle da Constitucionalidade das Leis. Revista da Consultoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, vol. 8, nº 20, 1978, p. 61).

Portanto, só se pode falar em controle de constitucionalidade de leis por ocasião da proclamação da República e, conseqüentemente, com o surgimento da Constituição de 1891,

graças à valiosa contribuição de Rui Barbosa, que consagrou o controle de constitucionalidade de lei por via de exceção, inspirado no direito constitucional norte-americano.

No entanto, conforme relata Anhaia de Mello,

'de Pedro II, que teria recomendado a Salvador de Mendonça em maio de 1889, na presença do Cons. Lafayette, o estudo nos Estados Unidos, da organização da Côrte Suprema, que lhe parecia o segredo do bom funcionamento da Constituição norte-americana e cuja adoção no Brasil poderia substituir o Poder Moderador, na crise já antevista.'

(MELLO, Anhaia de. Controle da Constitucionalidade das Leis. Enciclopédia Saraiva de Direito, vol. 20. p. 255).

A Constituição Provisória de 1890, no seu art. 58, § 1º, 'a' e 'b', ao regular a competência do Supremo Tribunal Federal, admitiu a possibilidade de ser examinada a constitucionalidade de leis e atos do poder público. No mesmo ano, o Decreto 848, que instituiu e organizou a Magistratura Federal no Brasil, fixou importantes princípios na matéria em questão.

O art. 3º do mencionado decreto estabelecia que: 'Na guarda e aplicação da Constituição e leis federais, a magistratura federal só intervirá em espécie e por provocação da parte.' Consagrou, portanto, o controle por via de exceção. Outra importante inovação deste decreto, refere-se ao seu art. 9º que, ao regular a competência do Supremo Tribunal Federal, dispõe, no § 1º, 'a' e 'b', de forma igual à Constituição Provisória.

Na exposição de motivos, redigida pelo então Ministro da Justiça do Governo Provisório, Campos Salles, ao referir-se à Magistratura Federal, disse:

'A magistratura que agora se instala no país, graças ao regime republicano, não é um elemento cego ou mero intérprete na execução dos atos do poder legislativo. Antes de aplicar a lei cabe-lhe o direito de exame, podendo dar-lhe ou recusar-lhe sanção, se ela lhe parecer conforme ou contrária à lei orgânica.'

(SALLES, Campos. Op. cit. p. 2.738).

A Constituição de 1891 reproduziu no art. 59, § 1º, 'a' e 'b', as ideias da Constituição Provisória de 1890. Com a Revolução de 1930 foi suprimida a Constituição de 1891 e, com 1934, adveio uma nova Constituição. No que diz respeito ao controle de constitucionalidade de leis, esta Constituição trouxe três inovações: 1ª) Manteve no seu art. 76, III, 'b' e 'c', as disposições da Constituição anterior, mas determinou, no seu art. 179 que, a declaração de inconstitucionalidade pelos tribunais, só poderia ser feita pela maioria da totalidade de seus membros; 2ª) No art. 91, nº IV, atribuiu ao Senado competência para suspender a execução de lei declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário. Essa inovação acarretou, no dizer do Professor Celso A. Barbi, de 'dar efeitos 'erga omnes' a uma decisão proferida apenas 'interpartes'. Politicamente, a fórmula encontrada era hábil porque deixava de violar o princípio da independência dos poderes, uma vez que a suspensão da execução da lei ficou na competência de um órgão do Legislativo.' 3ª) No caso de intervenção federal, segundo o art. 12, § 2º, dependeria de manifestação do Supremo Tribunal Federal, provocado pelo Procurador Geral da República, e de haver o Supremo Tribunal Federal declarado a inconstitucionalidade da lei estadual que justificara a intervenção; o Professor Celso Barbi observa, com propriedade, que essa hipótese não chega a configurar-se em um controle de constitucionalidade por via de ação direta e, também difere do controle por exceção, verbis:

'Não é por via de ação, porque lhe faltam algumas características desta: a declaração da Suprema Côrte não anula a lei, a ação não tem como objeto anular a lei. Mas difere da

declaração por via de exceção, porque não surge no curso de uma demanda judicial qualquer, nem é simples fundamento do pedido; o pedido é a própria declaração de inconstitucionalidade, e não a intervenção, pois esta não compete ao Supremo Tribunal, e nenhuma relação jurídica surge como objeto da demanda, como é o normal nas ações comuns.'

(BARBI, C.A. Evolução do Controle da Constitucionalidade, in Revista de Dir. Público, vol. 4, 1968. p. 38).

Com o golpe de Estado de 1937 e, conseqüentemente, a implantação do Estado Novo, surge a Carta de 1937, que significou um retrocesso em matéria de controle de constitucionalidade de leis. No art. 101, III, 'b' e 'c', foram mantidos os princípios vigorantes na Constituição de 1891 e a exigência para a declaração de inconstitucionalidade pelos tribunais de maioria da totalidade de seus membros (art. 96). No entanto, o parágrafo único do art. 96 introduziu a regra segundo a qual, no caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que a juízo do Presidente da República fôsse necessária ao bem estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderia o Presidente submetê-la novamente ao exame do Parlamento e, se esse confirmasse pelo voto de dois terços de seus membros em cada uma das Câmaras, ficaria sem efeito a decisão do Tribunal. Portanto, tratava-se de um nítido retrocesso, não só em matéria de controle de constitucionalidade de leis, como também numa das mais importantes atribuições do Poder Judiciário.

A Constituição de 1946 restabeleceu as inovações da Constituição de 1934, no tocante ao controle de constitucionalidade de leis, mas trouxe uma importante inovação: o parágrafo único do art. 8º da Constituição dizia que, no caso de ocorrer a intervenção baseada no inciso VII do art. 7º, a decretação da intervenção ficava condicionada à prévia declaração de inconstitucionalidade do ato pelo Supremo Tribunal Federal, provocado pelo Procurador Geral da República. Era a introdução, no sistema constitucional brasileiro, do controle de constitucionalidade através de ação direta de declaração de inconstitucionalidade.

A ação direta, prevista na Constituição de 1946, não tinha a amplitude que tem hoje, pois, no dizer do Ministro Themistocles Cavalcanti, estava condicionada a dois princípios fundamentais:

'a) os atos ali mencionados devem ser de poderes e autoridades estaduais; b) tenham atingido algum dos princípios enumerados no art. 7º, VII, da Constituição Federal.'

(CAVALCANTI, T.B. Do Controle da Constitucionalidade, Forense, Rio, 1966. p. 136).

Segundo o Ministro Buzaid, ' função do Supremo Tribunal Federal não é decidir a inconstitucionalidade em tese, mas sim julgar um ato em hipótese, oriundo de uma situação, que pode autorizar a intervenção federal.' A ação direta, em tese, só veio a surgir com a Emenda Constitucional nº 16 de 1965. (BUZAID, Alfredo. Op. cit. p. 111).

O Ministro Themistocles Cavalcanti, na sua obra sobre o Controle da Constitucionalidade, faz a distinção entre a 'ideia embrionária' de ação direta na Constituição de 34 e a ação direta na Constituição de 1946:

'A Constituição de 1934, depois de enumerar esses princípios (art. 7º) atribuía ao Congresso competência para decretar a intervenção quando verificasse a sua violação pelos Estados. Dava ao Procurador Geral da República, porém, competência para submeter à apreciação do Supremo Tribunal Federal não o ato estadual, mas a lei federal de intervenção, cuja constitucionalidade deveria ser examinada pelo Supremo Tribunal Federal.

Se não se pode contestar de um modo absoluto que a Constituição de 1934 houvesse criado a arguição direta, por outro lado, a hipótese se apresentava com possibilidades muito

longínquas de aplicação efetiva e como última etapa de um longo processo de intervenção, cuja eficácia política teria largas oportunidades de se diluir no tempo.

Ainda mais, o que estaria em julgamento não seria o ato do governo estadual em face da Constituição mas a legitimidade da intervenção decretada pelo Congresso, em face da mesma Constituição. O que se procurou corrigir foi o excesso do poder federal e não o ato do governo estadual tendo-se em vista a enumeração constitucional dos princípios feita na própria Constituição.

Não há negar, porém, que se tratava de arguição direta.'

(Op. cit., pp. 102 e 103).

Celso Bastos, na sua obra Elementos de Direito Constitucional, assinala, verbis:

'A introdução pela emenda nº 16, no seu art. 2º, dentre as competências do Supremo Tribunal Federal, daquele de processar e julgar originariamente representação do Procurador Geral da República, por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, desvinculou o exercício da via de ação de certos pressupostos que o restringiram anteriormente.

Já agora, qualquer ato normativo, federal ou estadual, é suscetível de contraste constitucional. O julgamento da norma em tese, isto é desprendida de um caso concreto, e, o que é muito importante, sem outra finalidade senão a de preservar o ordenamento jurídico da intromissão de leis com ele inconveniente, torna-se então possível.'

A Constituição de 1967, reproduziu todos os artigos da de 1946 e da Emenda 16, no que concerne ao controle da constitucionalidade de lei. No art. 114, I, 'I', está prevista a ação direta. A Emenda nº 1, de 1969, não inovou nessa matéria, limitando-se a reproduzir as normas que disciplinavam a matéria na Constituição de 1967. No entanto, a Emenda Constitucional nº 7, de 1977, a chamada 'Reforma do Poder Judiciário', trouxe uma inovação ao acrescentar a alínea 'p' ao inciso I do art. 119 da Constituição Federal: a concessão de medida cautelar na ação direta de declaração de inconstitucionalidade.

A Constituição Federal de 1988 ampliou o alcance do controle concentrado de constitucionalidade (arts. 102 e 103 da CF/88).

Em precioso estudo, assinala Albert Bourgi, verbis:

'Les Constitutions sont désormais perçues pour ce qu'elles sont, pour ce qu'elles auraient toujours dû être : le fondement de toute activité étatique. C'est à partir des nouvelles règles qu'elles ont venues poser, et des compétences qu'elles ont fixées, que la vie politique s'ordonne et que les différents scrutins sont organisés. Cette réalité tranche avec la désinvolture que les dirigeants affichaient jusque là à l'égard des textes considérés au mieux comme des concessions faites au discours sur la légalité constitutionnelle attendu par les bailleurs de fonds internationaux, au pire comme de simples faire valoir juridiques.

Dans un contexte de «juridicisation des débats politiques», l'affirmation constitutionnelle des droits et libertés des citoyens prend un autre relief. Au-delà de la charge symbolique de telle ou telle disposition constitutionnelle (comme par exemple celle qui reconnaît «le droit de désobéissance et de résistance des citoyens à l'égard d'une autorité illégitime issue d'un coup d'État»), les articles relatifs à la protection des Droits de l'homme, comme ceux concernant les mécanismes prévus pour en assurer le respect, participent de la confiance désormais placée dans la norme juridique.'

('L'évolution du Constitutionnalisme : du formalisme à l'effectivité', in Revue Française de Droit Constitutionnel, nº 52/725-6).

Feita essa introdução, impõe-se o exame da competência do Judiciário na ordem constitucional vigente.

Cabe, pois, ao Poder Judiciário, em missão que lhe confere o Constituinte, o exame da alegada violação ao texto da Carta Magna, ou seja, se o legislador observou os princípios insculpidos no art. 37 da CF/88.

A respeito, leciona Bernard Schwartz, in *Commentary on the Constitution of the United States - The Rights of Property*, the Macmillan Company, New York, 1965, pp. 2/3, verbis:

'The Constitution has been construed as a living instrument intended to vest in the nation whatever authority may be appropriate to meet the exigencies of almost two centuries of existence.

To regard the Constitution solely as a grant of governmental authority is, nevertheless, to obtain but a partial and distorted view. Just as important is its function as a limitation upon such authority. As already emphasized in section 1, the American conception of a constitution is one which is not confined to viewing such instrument as a charter from which government derives the powers which enable it to function effectively. Instead, with us, the organic document is one under which governmental powers are both conferred and circumscribed.

The Constitution is thus more than a framework of government; it establishes and guarantees rights which it places beyond political abridgment. In this country, written constitutions were deemed essential to protect the rights and liberties of the people against the encroachments of governmental power.'

Da mesma forma, impõe-se recordar a velha mas sempre nova lição de John Randolph Tucker, em seu clássico comentário à Constituição norte-americana, verbis:

'All acts of every department of government, within the constitutional bounds of powers, are valid; all beyond bounds are 'irritum et insane' - null and void. Government, therefore, has no inherent authority, but only such as is delegated to it by its sovereign principal. Government may transcend the limits of this authority, but its act is none the less void. It cannot, by usurpation, jurally enlarge its powers, nor by construction stretch them beyond the prescribed limits.'

(In *The Constitution of the United States*, Callaghan & Co., Chicago, 1899, pp. 66/7, § 54)

Outro não é o ensinamento de Daniel Webster, verbis:

'The Constitution, again, is founded on compromise, and the most perfect and absolute good faith, in regard to every stipulation of this kind contained in it is indispensable to its preservation. Every attempt to grasp that which is regarded as an immediate good, in violation of these stipulations, is full of danger to the whole Constitution.'

(In *The Works of Daniel Webster*, Little, Brown and Company, Boston, 1853, v. I, p. 331)

No regime do Estado de Direito não há lugar para o arbítrio por parte dos agentes da Administração Pública, pois a sua conduta perante o cidadão é regida, única e exclusivamente, pelo princípio da legalidade, insculpido no art. 37 da Magna Carta.

Por conseguinte, somente a lei pode condicionar a conduta do cidadão frente ao poder do Estado, sendo nulo todo ato da autoridade administrativa contrário ou extravasante da lei, e como tal deve ser declarado pelo Poder Judiciário quando lesivo ao direito individual.

Nesse sentido, também, a lição de Charles Debbasch e Marcel Pinet, verbis:

'L'obligation de respecter les lois comporte pour l'administration une double exigence, l'une négative consiste à ne prendre aucune décision qui leur soit contraire, l'autre, positive, consiste à les appliquer, c'est-à-dire à prendre toutes les mesures réglementaires ou individuelles qu'implique nécessairement leur exécution.'

(In Les Grands Textes Administratifs, Sirey, Paris, 1970, p. 376)

Trata-se, pois, de caso típico de exame da legalidade da ação da Administração pelo Poder Judiciário.

Vale a pena reproduzir uma decisão do Juiz Warren, quando presidia a Suprema Corte dos Estados Unidos, ao salientar a importância dessa prerrogativa da mais alta Corte daquele país:

'Todos temos consciência da gravidade do ataque inevitavelmente desfechado toda vez que impugnamos a constitucionalidade de um ato do Legislativo... Mas um juramento nos obriga a defender a Constituição. O Judiciário tem o dever de zelar pelas garantias constitucionais que protegem os direitos dos cidadãos... Os dispositivos da Constituição não são adágios que o tempo desgasta, ou fórmulas vazias que se repetem sem se compreender. São princípios vitais, fórmulas vivas, que autorizam e limitam os poderes do Governo em nossa Nação. São as regras mesmas desse Governo. Se a constitucionalidade de um ato do Congresso é contestada nesta Corte, cumpre-nos aplicar essas regras... Se não o fizermos, as palavras da Constituição se tornarão apenas bons conselhos. É preciso agir com cautela, conforme o conselho de nossos antecessores. Mas é preciso agir. Não podemos fugir à ingrata responsabilidade de julgar...'

(Voto mencionado na introdução da edição brasileira de 'A Suprema Corte e a Constituição', Charles A. Beard, Rio, Ed. Forense, 1965. p. 18.)

Em consequência, o Supremo, através de seus ministros, quando decide sobre matéria constitucional está decidindo sobre matéria política. Nesse sentido é oportuno lembrar trechos do discurso proferido pelo saudoso Francisco Campos por ocasião da reabertura das atividades do Supremo Tribunal Federal, em 1937, oportunidade em que exercia a função de Ministro da Justiça do Governo de Getúlio Vargas:

'Desde que decidis matéria constitucional, estais decidindo sobre os poderes do governo. Sois o juiz dos limites do poder do governo, e, decidindo sobre o seus limites, o que estais decidindo, em última análise, é sobre a substância do poder. O poder de limitar envolve, evidentemente, o de reduzir ou o de anular... Juiz das atribuições dos demais poderes, sois o próprio juiz das vossas. O domínio da vossa competência é a Constituição, isto é, o instrumento em que se define e se especifica o Governo. No poder de interpretá-la está o de traduzi-la nos vossos próprios conceitos... O poder de interpretar a Constituição envolve, em muitos casos, o poder de formulá-la. A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la...'

(In Revista Forense, vol. 86. p. 695 e 696)

Cândido Mota Fº, em artigo publicado na Revista Forense, refere a lição de João Mendes, nestes termos:

'Pois João Mendes não chama o Poder Judiciário, 'o mais elevado poder político?' Para ele, o indivíduo, quando provoca o Poder Judiciário, quer na jurisdição federal, quer na jurisdição estadual, invoca a Nação.'

(MOTA Fº, Cândido. A Evolução do Controle de Constitucionalidade de Leis no Brasil. Revista Forense, vol. 86. p. 279)

Idêntica a posição de Castro Nunes:

'A interpretação constitucional é, como sabeis, eminentemente política. Política nas suas inspirações superiores e na sua repercussão.'

(NUNES, Castro. Teoria e Prática do Poder Judiciário, Forense, Rio, 1943, p. 597)

Concluindo, o Supremo, ao decidir a constitucionalidade de uma lei, está exercendo uma das mais relevantes de suas prerrogativas, pois, nesse momento, está acima dos demais poderes que constituem a República e, garantindo contra esses mesmos poderes, inclusive o Judiciário, a Lei Maior, ou seja, a Constituição. Tão relevante é essa prerrogativa do Poder Judiciário, em especial do Supremo Tribunal, que certos doutrinadores norte-americanos a qualificaram de um verdadeiro 'veto judicial'.

No que concerne ao procedimento da arguição de inconstitucionalidade, consoante dispõe o art. 97 da CF/88, somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros, ou dos membros do respectivo órgão especial, poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

Essa norma, no Brasil, tem origem na Constituição de 1934 (art. 179), sendo, posteriormente, repetida nas Constituições de 1937 (art. 96), de 1946 (art. 200), de 1967, com a Emenda Constitucional nº 1/69 (art. 116), e na vigente, de 1988, em seu art. 97.

O procedimento estabelecido na Constituição, que diz com o modo de julgamento do incidente de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, adveio do direito norte-americano, onde se conferiu ao juiz de primeira instância o poder de declarar a inconstitucionalidade, exigindo-se, porém, por meio de construção da doutrina e da jurisprudência, no julgamento pelos tribunais, a presença da totalidade de seus membros, de modo a evitar que em questão de tal gravidade, e mesmo em homenagem ao princípio da separação e harmonia dos Poderes, tão caro à democracia daquele País, fosse reconhecida a incompatibilidade de uma lei com a Constituição pela maioria simples ou ocasional.

Nesse sentido, o depoimento de Nerincz, em seu estudo clássico acerca da organização judiciária americana, quando noticia que 'tratando-se de apreciar a constitucionalidade de uma lei federal, a Corte Suprema estabeleceu que se não invalidasse a lei senão pela maioria do número completo dos juízes reunidos in a full bench e somente quando a oposição entre a Constituição e a lei era tal que o magistrado devia convencer-se da sua inconstitucionalidade' (In L'Organisation Judiciaire aux États-Unis, V. Giard & E. Brière, Paris, 1909, pp. 45/6).

Nesse sentido, também, a lição de Cooley, verbis: 'In view of the considerations which have been suggested, the rule which is adopted by some courts, that they will not decide a legislative act to be unconstitutional by a majority of a bare quorum of the judges only, - less than a majority of all - but will instead postpone the argument until the bench is full, seems a very prudent and proper precaution to be observed before entering upon questions so delicate and so important' (In Constitutional Limitations, 7ª ed., Boston, 1903, p. 203, I)

A Suprema Corte - relata Willoughby - assentou que a inconstitucionalidade de uma lei somente pode ser declarada pela maioria do tribunal pleno.

É o seu magistério, verbis: '... the court has made it a rule not to render a decision invalidating a legislative act, unless it to be concurred in by a majority, not of judges sitting, as is the usual rule, but of the entire bench' (Westel W. Willoughby, in The Supreme Court Of The United States, Baltimore, The Hopkins Press, 1890, p. 39).

Revelando a observância desses princípios pelos diversos Estados da Federação Americana, noticia-nos John Mabry Mathews, verbis: '... it has happened, in an appreciable number of cases, that legislative acts are declared unconstitutional by a bare majority of the court. The fact that there is a large dissenting minority would seem to cast some doubt upon the invalidity of the act. (...) In order to check this tendency, some states have adopted express constitutional limitations designed to curb the unrestricted power of the courts to declare legislative acts unconstitutional. Thus, in Ohio and North Dakota, having seven and five judges can be declared unconstitutional only by the concurrence of six and four judges, respectively. (...) In states where the supreme courts may meet in separate divisions for the decision of ordinary cases, it is usually the rule that cases involving the constitutionality of laws can only be decided by a majority of the full bench' (In American State Government, D. Appleton and Company, New York, 1931, pp. 487/8).

Diverso não é o sistema que prevalece no direito constitucional europeu.

Ao comentar o procedimento de julgamento perante a Corte Constitucional da Itália, anota Enrico Redenti, verbis: 'Non c'è un numero fisso di giudici per la composizione del collegio decidente (o ..., delibante), come c'è per gli uffici giudicanti della magistratura ordinaria, ma c'è un numero minimo (almeno undici, compreso il presidente o il suo ff. : art. 16 della legge ord. 11 marzo 53). Non pare sia ammessa se non de facto la astensione; esclusa la ricasazione (art. 16 delle norme integrative). L'assenza dovrebbe esser giustificata. Possono concorrere alle deliberazione solo i giudice che siano stati presenti a tutte le udienze. In caso di parità di voti prevale quello del presidente.' (In Legittimità delle Leggi e Corte Costituzionale, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1957, p. 70, n 49).

Ou seja, consoante observa Redenti, não há número fixo de juizes para a composição do colégio julgador, como ocorre para a função judicial da magistratura ordinária. Entretanto, exige-se um número mínimo de pelo menos onze, inclusive o Presidente. Não parece ser admitida senão de fato a abstenção, estando excluída a recusa. A ausência deve ser justificada. Podem concorrer às decisões somente os juizes que estiverem presentes a todas as audiências. Em caso de paridade de voto, prevalece o do Presidente.

Não é diverso o magistério de Franco Pierandrei ('Corte Costituzionale', in Enciclopedia Del Diritto, v. X, p. 960).

Da mesma forma, de maneira semelhante ao direito italiano, dispõe o direito constitucional alemão, nos termos do magistério autorizado de Ernest Friesenhahn, verbis: 'Le decisioni sono pronunciate in linea di principio dalla maggioranza dei giudici che vi hanno preso parte. Nel caso di eguaglianza dei voti non è attribuito un voto preponderante al presidente. Da ciò si ricava che in caso di eguaglianza dei voti deve essere respinta la domanda proposta. In certi casi ciò potrebbe portare ad un risultato impossibile, poichè il risultato della controversia giuridica potrebbe dipendere dalla formulazione positiva o negativa della domanda. La legge stabilisce perciò che in caso di eguaglianza dei voti indifferentemente da come sia stata formulata la domanda, non può essere accertata una violazione della legge fondamentale o altro diritto federale. As decisões serão tomadas primordialmente pela maioria dos juizes que delas participaram. Havendo número idêntico de votos, não cabe ao Presidente o desempate. Decorre daí que, havendo empate na votação, o pedido deve ser rejeitado. Em certos casos, isso pode levar, porém, a resultado impossível, porque a solução da lide poderia depender da forma positiva ou negativa do pedido. Por isso determina a lei que, em caso de paridade de votos, tal como foi ajuizado o pedido, não pode ser declarada uma violação da Lei

Fundamental ou de outro direito federal' (In La Giurisdizione Costituzionale nella Repubblica Federale Tedesca, Ristampa, Dott. A. Guiffre Editore, Milano, 1973, p. 140, n. 13).

Ora, nos termos do art. 97 da Lei Maior, a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público nos tribunais somente poderá ocorrer quando preenchidos dois pressupostos: 1º) haja votos acordes no reconhecimento da alegada inconstitucionalidade; 2º) que a soma dos votos acordes perfaça a maioria absoluta dos membros do tribunal, e não apenas dos juizes presentes à sessão de julgamento. Define-se a maioria absoluta como o número imediatamente superior à metade, na lição clara e precisa de Léon Duguit.

São suas palavras, verbis: 'La détermination de la majorité absolue peut présenter quelque difficulté. Si le nombre des votants est un nombre pair, la majorité absolue est la moitié plus un de ce nombre. Si les votants sont en nombre impair, la majorité absolue est la majorité absolue du nombre pair immédiatement au-dessous: la majorité absolue de 1.001 est 501; et 501 est aussi la majorité absolue de 1.000.' (In Traité de Droit Constitutionnel, Deuxième édition, E. de Boccard, Paris, 1924, t. 4º, p. 91).

Por conseguinte, somente o Plenário da Corte, ou seu órgão especial, nos termos do art. 97 da CF/88, poderá declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo.

Essa a jurisprudência pacífica do Eg. Supremo Tribunal Federal (RE nº 55.378, rel. Min. Thompson Flores, in Ementário 830 do STF; RE nº 88.160/RJ, rel. Min. Leitão de Abreu, in RTJ 96/1.188; RE nº 90.569/RJ, rel. Min. Moreira Alves, in RTJ 99/273).

No mesmo sentido, o pensamento autorizado do Mestre Pontes de Miranda, in Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969, 2ª ed., Revista dos Tribunais, v. III, p. 590, verbis:

'Os membros do tribunal, que votaram, em cognição da ação, ou de recurso, ou seus substitutos, têm de votar em maioria absoluta para que se possa decretar a nulidade da lei, ou do ato, por inconstitucionalidade. É o chamado mínimo para julgamento de inconstitucionalidade da regra jurídica.

O art. 116 atende, em parte, à hierarquia das regras jurídicas: posto que a Constituição exija a maioria absoluta dos membros do tribunal (não dos presentes) para a decisão desconstitutiva, só a faz a respeito das regras legais ou de atos, que contenham regras jurídicas ou não, porém não estende a exigência se a infração, de que se trata, é a regra geral. O tribunal, ou a parte do tribunal, não precisa de maioria absoluta para dizer ilegal o ato do poder público. À primeira vista, parece estranho que se possa decretar a ilegalidade, sem maioria absoluta dos membros do tribunal, e não se possa decretar a inconstitucionalidade desse mesmo ato, se não se perfaz maioria absoluta dos membros do tribunal. É que a ratio legis não está em que as questões de legalidade são menos graves e só atingem os decretos, regimentos, regulamentos, avisos, instruções, portarias e outros atos menos importantes. As questões de inconstitucionalidade são graves, porque se acusa o autor do ato de violar a Constituição de que provém qualquer partícula de poder público, que haja invocado.'

Do exposto, estabelecidas essas premissas, e refletindo melhor acerca da relevante matéria constitucional pertinente ao deslinde do presente feito, reformulando posição anterior, convenci-me da legitimidade constitucional do Decreto nº 4.887/2003.

Ao transcrever o voto do eminente Ministro Luiz Fux, no RESP nº 931.060-RJ, anotou o Ministro Benedito Gonçalves, verbis:

'Os remanescentes das comunidades dos quilombos, por força da Constituição pós-positivista de 1988, ideário de nossa nação que funda o Estado Brasileiro na Dignidade Humana, no afã de construir uma sociedade justa e solidária, com erradicação das desigualdades, o que representa o respeito às diferenças, ostentam direito à justa posse definitiva que mantém, mercê de a mesma conferir-lhes o direito a titulação, consoante o artigo 68, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT, verbis: 'Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos.' O Estado Democrático de Direito brasileiro, tendo como fundamento a dignidade da pessoa humana, tutela os direitos culturais próprios dos seguimentos sociais e éticos que compõem a população brasileira. As garantias constitucionais, por essa razão, asseguram o respeito às minorias, sem preconceito de origem e raça ligadas à proteção da cultura, com inclusão dos quilombolas, a teor dos artigos 215 e 216, § 5º, da Constituição Federal de 1988,

(...)

A ratio do mencionada dispositivo constitucional visa assegurar o respeito às comunidades de quilombolas, para que possam continuar vivendo segundo suas próprias tradições culturais, assegurando, igualmente, a efetiva participação em uma sociedade pluralista.

Cuida-se de norma que tem como escopo à promoção da igualdade substantiva e da justiça social, na medida em que confere direitos territoriais aos integrantes de um grupo desfavorecido, composto quase exclusivamente por pessoas muito pobres e que são vítimas de estigma e discriminação. Igualmente, a medida é reparatória, porquanto visa a resguardar uma dívida histórica da Nação uma dívida histórica com comunidades compostas predominantemente por descendentes de escravos, que sofrem ainda hoje com o preconceito e violação dos seus direitos.

(...)

A CR/88, ao consagrar o direito a terra dos remanescentes de quilombos não o fez tomando com base os quilombos unicamente como locais de negros fugitivos, mas sim referindo-se ao uso da terra segundo os costumes e tradições das comunidades negras.

Assim, o art. 68 do ADCT e seus termos não deve ser interpretado de forma restritiva. Pelo contrário, sendo a interpretação constitucional um processo que tem como objetivo revelar o alcance das normas que integram a constituição, aplicando-se o método valorativo, bem como o princípio da hermenêutica constitucional da unicidade da constituição, verifica-se que o comando constitucional acima citado deve ser cotejado sistematicamente com os princípios fundamentais do nosso Texto Constitucional, notadamente o princípio que garante a dignidade da pessoa humana.

Mais uma vez, ressalte-se que a norma jurídica que impunha um critério temporal ao reconhecimento dos remanescentes das comunidades de quilombos, o Decreto nº 3912/2001, foi revogada expressamente pelo art. 25 do Decreto nº 4887/2003, que trouxe como método de identificação deste grupo de pessoas o critério de auto-atribuição, associado a estudos antropológicos.'

Nesse sentido, também, o valioso pronunciamento do então Procurador-Geral da República, Dr. Cláudio Fonteles, ao emitir o seu parecer na ADIn nº 3.239/600-DF, cujos argumentos adoto, verbis:

'11. Mister se faz ressaltar, antes de tudo, que o art. 68 do ADCT requer cuidadosa interpretação, de modo a ampliar ao máximo o seu âmbito normativo. Isso porque trata a disposição constitucional de verdadeiro direito fundamental, consubstanciado no direito subjetivo das comunidades remanescentes de quilombos a uma prestação positiva por parte do Estado. Assim, deve-se reconhecer que o art. 68 do ADCT abriga uma norma jusfundamental; sua interpretação deve emprestar-lhe a máxima eficácia.

12. Em primeiro lugar, deve ser analisada a regularidade formal da norma impugnada. Questiona-se se o Decreto nº 4.887, de 20 de novembro de 2003, poderia regulamentar diretamente, é dizer, sem a interposição de uma lei, o art. 68 do ADCT.

13. Estudo realizado pela Sociedade Brasileira de Direito Público, com a coordenação do Professor Dr. CARLOS ARI SUNDFELD¹, esclarece a questão, quando demarca o sistema normativo que regulamenta o art. 68 do ADCT. De acordo com o estudo, o art. 68 do ADCT está devidamente regulamentado pela Lei nº 9.649/98 (art. 14, IV, 'c') - que confere ao Ministério da Cultura competência para aprovar a delimitação das terras dos remanescentes das comunidades dos quilombos, bem como determinar as suas demarcações, que serão homologadas mediante decreto - e pela Lei nº 7.668/88 (art. 2º, II e parágrafo único), que atribui à Fundação Cultural Palmares competência para realizar a identificação dos remanescentes das comunidades dos quilombos, proceder ao reconhecimento, à delimitação e à demarcação das terras por eles ocupadas e conferir-lhes a correspondente titulação, bem como para figurar como parte legítima para promover o registro dos títulos de propriedade nos respectivos cartórios imobiliários. 1 SUNDFELD, Carlos Ari (org.). Comunidades Quilombolas: Direito à Terra. Brasília: Fundação Cultural Palmares/ MinC/ Editorial Abaré, 2002, p. 22 e ss. 9 Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.239/DF

14. Assim dispõe a Lei nº 7.668/88 (com a redação determinada pela Medida Provisória nº 2.216-37, de 31 de agosto de 2001), que autorizou o Poder Executivo a constituir a Fundação Cultural Palmares - FCP, conferindo-lhe competências específicas:

Art. 1º Fica o Poder Executivo autorizado a constituir a Fundação Cultural Palmares - FCP, vinculada ao Ministério da Cultura, com sede e foro no distrito Federal, com a finalidade de promover a preservação dos valores culturais, sociais e econômicos decorrentes da influência negra na formação da sociedade brasileira.

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

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

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

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

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

15. Por seu turno, a Lei nº 9.649/98 (também com a redação determinada pela Medida Provisória nº 2.216-37, de 31 de agosto de 2001), que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, atribuindo-lhes as devidas competências, desta forma estabelece:

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

(...)

IV - Ministério da Cultura:

(...)

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

16. Anteriormente ao Decreto nº 4.887/2003, a regulamentação das referidas leis era feita pelo Decreto nº 3.912, de 10 de setembro de 2001, que continha 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. Nas palavras de CARLOS ARI SUNDFELD, 'trata-se de decreto fundado

expressamente nos dispositivos citados - art. 14, IV, 'c', da Lei nº 9.649/98 e art. 2o, III e parágrafo único da Lei nº 7.668/88'. 2

17.O Decreto nº 4.887/2003, ora impugnado, revogou expressamente o Decreto nº 3.912/2001 (art. 25), passando a figurar como a norma regulamentadora do art. 14, IV, 'c', da Lei nº 9.649/98 e do art. 2o, III e parágrafo único da Lei nº 7.668/88.

18.Assim, como bem ressaltou a douta Advocacia-Geral da União, 'o Decreto nº 4.887, de 2003, retira seu fundamento de validade diretamente das normas do art. 14, IV, 'c', da Lei nº 9.649, de 1988, e do art. 2o, III e parágrafo único, da Lei nº 7.668/1988, e não diretamente da Constituição Federal (art. 68, ADCT)' (fls. 102).

19.Portanto, não cabe razão ao requerente quando afirma que o decreto impugnado regulamenta diretamente dispositivo constitucional, configurando-se como decreto autônomo e invadindo esfera reservada à lei.

20.Nesse ponto, vale transcrever as assertivas levantadas pela Advocacia-Geral da União:

'(...) o Decreto nº 4.887, de 2003, está no segundo grau de concretização das normas do art. 215 e do art. 216 da Constituição Federal, bem como do art. 68 do ADCT. A Lei nº 9.649, de 1998, e a Lei nº 7.668, de 1988, é que, efetivamente, regulamentam diretamente a Constituição, concretizando-a em primeiro grau. O Decreto, por sua vez, retira seu fundamento de validade das próprias leis federais, 2 Ibidem, p. 31 não havendo, portanto, a tal 'autonomia legislativa' propagada pelo requerente.' (fls. 106)

21.Dessa forma, tendo em vista os argumentos acima delineados, não se pode afirmar que existe inconstitucionalidade formal na norma impugnada. Nesse aspecto, propugnase pela regularidade formal do Decreto nº 4.887/2003.

22.Em relação ao aspecto material, impugna o requerente o art. 13 do Decreto nº 4.887/2003, que prescreve a realização de desapropriação pelo INCRA no caso de as terras ocupadas por remanescentes das comunidades de quilombos localizarem-se em área de domínio particular. Assim dispõe o art. 13:

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.

23.Afirma o requerente que, de acordo com o art. 68 do ADCT, a propriedade das terras decorre diretamente da Constituição, não podendo o Poder Público promover desapropriações. Em suas próprias palavras, 'não há que se falar em propriedade alheia a ser desapropriada para ser transferida aos remanescentes de quilombos, muito menos em promover despesas públicas para fazer frente a futuras indenizações. As terras são, desde logo, por força da própria Lei Maior, dos remanescentes das comunidades quilombolas que lá fixam residência desde 5 de outubro de 1988. O papel do Estado limita-se, segundo o art. 68 do ADCT, a meramente emitir os respectivos títulos'. Outrossim, a hipótese de desapropriação não se enquadraria em nenhuma das modalidades a que se refere o art. 5o, inciso XXIV, da Constituição.

24.Não possui razão o requerente. No caso de a terra reivindicada pela comunidade quilombola pertencer a particular, não só será possível, como necessária a realização de desapropriação. Nesse sentido, o estudo realizado por CARLOS ARI SUNDFELD3 é enfático:

'Para nós, quando a terra reivindicada pela comunidade quilombola pertencer a particular, tal propriedade deve ser previamente desapropriada para que haja a nova titulação em nome da

comunidade. Nesse aspecto, não convence o já mencionado Parecer SAJ n 1.490/2001 da Casa Civil, segundo o qual não seria possível cogitar-se de 'desapropriação' de tais terras. O raciocínio do parecer foi no sentido de que a Constituição teria, tão somente, reconhecido um direito de propriedade pré-existente dos remanescentes das comunidades dos quilombos. Segundo a conclusão do parecer, qualquer atuação do Poder Público para desapropriar terras particulares com a pretensão de dar cumprimento ao art. 68 do ADCT seria ilegal e caracterizaria ato de improbidade administrativa, uma vez que a comunidade já teria um direito preexistente decorrente da posse prolongada, contínua, pacífica e cum animo domini...!.

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 quilombola 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 n° 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.

Assim, no caso de a comunidade quilombola localizar-se em terra particular, tal propriedade deve ser previamente desapropriada para que haja a nova titulação em nome da comunidade. O fundamento 3 *Ibidem*, p. 116-118. 1 Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.239/DF desta desapropriação é constitucional e decorre diretamente do § 1o do seu art. 216, cuja disposição é: 'O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação'.

É inequívoco que a proteção constitucional das comunidades de remanescentes dos quilombos não se restringe ao art. 68 do ADCT, mas também decorre dos arts. 215 e 216 da Constituição Federal. O art. 216 da Constituição Federal declarou como patrimônio cultural brasileiro os bens materiais e imateriais, tomados de forma individual ou coletiva, que reportem de alguma forma aos grupos formadores da sociedade brasileira. E, como grupos formadores da sociedade brasileira (art. 215), as comunidades remanescentes de quilombos recebem a proteção jurídico-constitucional do dispositivo que, no seu § 1o, prevê a desapropriação como uma das formas de acautelamento e preservação de que o Poder Público dispõe.

Nossa conclusão, portanto, é que o Poder Público, para garantir às comunidades quilombolas a propriedade definitiva das terras que estejam ocupando, no caso de elas pertencerem a particulares, deve lançar mão do processo de desapropriação, com fundamento no art. 216, § 1o da Constituição Federal. O referido processo de desapropriação é de nítido interesse social, com fundamento constitucional no art. 216, § 1o, e será feito em benefício de comunidades quilombolas'.

25.O requerente ainda aponta a existência de inconstitucionalidade em relação ao art. 68 do ADCT, pois o Decreto n° 4.888/2003, em seu art. 2o, elege o critério da autoatribuição (autodefinição da própria comunidade) para identificar os remanescentes das comunidades de quilombos. De acordo com o requerente, 'resumir a identificação dos remanescentes a critérios de autodeterminação frustra o real objetivo da norma constitucional, instituindo a provável hipótese de se atribuir a titularidade dessas terras a pessoas que efetivamente não

tem relação com os habitantes das comunidades formadas por escravos fugidos, ao tempo da escravidão do país'.

26. Aqui também o argumento do requerente não possui fundamento. Como bem explicitado pela Advocacia-Geral da União, 'ao impugnar o Decreto nº 4.887, de 2003, quanto ao critério da auto-atribuição, o autor, na verdade, impugna não a constitucionalidade em si, mas tão-somente volta-se contra o critério da autoatribuição eleito para identificar as comunidades quilombolas. A rigor, não há uma Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.239/DF questão de inconstitucionalidade em jogo. Evidencia-se, isso sim, uma controvérsia metodológica (se é que assim se possa considerar, na medida em que os mais recentes avanços da Antropologia ratificam os critérios estabelecidos no Decreto nº 4.887, de 2003), que há de resolver-se no âmbito da ciência antropológica, e não do Direito' (fls. 112).

27. No presente caso, para a delimitação do conteúdo essencial da norma do art. 68 do ADCT, não pode o jurista prescindir das contribuições da Antropologia na definição da expressão 'remanescentes das comunidades dos quilombos'. Segundo relato de ELIANE CANTARINO O'DWYER, 'os antropólogos, por meio da Associação Brasileira de Antropologia (ABA), fundada em 1955, tiveram papel decisivo no questionamento de noções baseadas em julgamentos arbitrários, como a de remanescente de quilombo, ao indicar a necessidade de se perceberem os fatos a partir de uma outra dimensão que venha a incorporar o ponto de vista dos grupos sociais que aspiram à vigência do direito atribuído pela Constituição'. (O'DWYER, Eliane Cantarino. Os quilombos e a prática profissional dos antropólogos. In: Quilombos: identidade étnica e territorialidade. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2002, p. 18)

28. Assim, o critério da auto-atribuição é considerado pela Antropologia como o parâmetro mais razoável para a identificação das comunidades quilombolas. Os estudos realizados pelo antropólogo F. BARTH5 chegam à conclusão de que a identificação de grupos étnicos não depende mais de parâmetros diferenciais objetivos fixados por um observador externo, mas dos 'sinais diacríticos', é dizer, das diferenças que os próprios integrantes das unidades étnicas consideram relevantes. Como assevera ELIANE CANTARINO O'DWYER, 'essa abordagem tem orientado a elaboração dos relatórios de identificação, os também chamados laudos antropológicos, no contexto da aplicação dos direitos constitucionais às comunidades negras rurais consideradas remanescentes de quilombos, de acordo com o preceito legal'. Assim, 'em vez de emitir uma opinião preconcebida sobre os fatores sociais e culturais que definem a existência de limites, é preciso levar em conta somente as diferenças consideradas significativas para os membros dos grupos étnicos'. Nesse caso, 'apenas os fatores socialmente relevantes podem ser considerados diagnósticos para assinalar os membros de um grupo, e a característica crítica é a auto-atribuição de uma identidade básica e mais geral que, no caso das comunidades negras rurais, costuma ser determinada por sua origem comum e formação no sistema escravocrata'.⁶

29. Também nesse sentido, o Estudo realizado pela Sociedade Brasileira de Direito Público⁷, acima citado: '(...) o critério a ser seguido na identificação dos remanescentes das comunidades quilombolas em si é também o da 'autodefinição dos agentes sociais'. Ou seja, para que se verifique se certa comunidade é de fato quilombola, é preciso que se analise a construção social inerente àquele grupo, de que forma os agentes sociais se percebem, de que forma 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.'

30. Cabe, ainda, citar os estudos antropológicos de ALFREDO WAGNER BERNO DE ALMEIDA⁸:

'O recurso de método mais essencial, que suponho deva ser o fundamento da ruptura com a antiga definição de quilombo, refere-se às representações e práticas dos próprios agentes sociais que viveram e construíram tais situações em meio a antagonismos e violências extremas. A meu ver, o ponto de partida da análise crítica é a indagação de como os próprios agentes sociais se definem e representam suas relações e práticas com os grupos sociais e as

agências com que interagem. Esse dado de como os grupos sociais chamados 'remanescentes' se definem é elementar, porquanto foi por essa via que se construiu e afirmou a identidade coletiva. O importante aqui não é tanto como as agências definem, ou como uma ONG define, ou como um partido político define, e sim como os próprios sujeitos se auto-representam e quais os critérios políticoorganizacionais que norteiam suas mobilizações e forjam a coesão em torno de uma certa identidade. Os procedimentos de classificação que interessam são aqueles construídos pelos próprios sujeitos a partir dos próprios conflitos, e não necessariamente aqueles que são produtos de classificações externas, muitas vezes estigmatizantes.

Isso é básico na consecução da atividade coletiva e das categorias sobre as quais ela se apóia.'

31. Em seguida, afirma o antropólogo:

'Não pode se impor o desígnio do partido, a vontade da ONG ou a utopia do mediador a uma situação real: ao contrário, há que partir das condições concretas e das próprias representações, das relações com a natureza e demais dos agentes sociais diretamente envolvidos para se construir os novos significados. No momento atual, para compreender o significado de quilombo e o sentido dessa mobilização que está ocorrendo, é preciso entender como é que historicamente esses agentes sociais se colocaram perante os seus antagonistas, bem como entender suas lógicas, suas estratégias de sobrevivência e como eles estão se colocando hoje ou como estão se autodefinindo e desenvolvendo suas práticas de interlocução. A incorporação da identidade coletiva para as mobilizações e lutas, por uma diversidade de agentes sociais, pode ser mais ampla do que a abrangência de um critério morfológico e racial. Ao visitarmos esses povoados, em zonas críticas de conflito, podemos constatar, por exemplo, que há agentes sociais de ascendência indígena que lá se encontram mobilizados e que estão se autodefinindo como pretos. De igual modo, podemos constatar que há situações outras em que agentes sociais poderiam aparentemente ser classificados como negros se encontram mobilizados em torno da defesa das chamadas terras indígenas. O critério de raça não estaria mais recortando e estabelecendo clivagens, como sucedeu no fim do século XIX. Esse é um dado de uma sociedade plural, do futuro, que deve ser repensado. Raça não seria mais necessariamente um fato biológico, mas uma categoria socialmente construída. Certamente que há um debate cotidiano em face de cada situação dessas ou a cada vez que o aparato administrativo e burocrático envia seus quadros técnicos para verificações in loco desses antagonismos. Mas seria um absurdo sociológico imaginar que alguns classificadores nostálgicos queiram tentar colocar 'cada um em seu lugar' tal como foi definido pelo nosso mito de três raças de origem, acionando também o componente da 'miscigenação' que equilibra as tensões inerentes ao modelo. Insistir nisso significa instaurar um processo de 'limpeza étnica', colocando compulsoriamente cada um no que a dominação define naturalmente como 'seu lugar'. (...) Certamente que a partir da consolidação de uma existência coletiva ou da objetivação do movimento quilombola tem-se uma força social que se contrapõe a essa classificação, isto é, passa a prevalecer a identidade coletiva acatada pelo próprio grupo em oposição às designações que lhe são extremamente atribuídas. Os recentes trabalhos de campo dos antropólogos têm indicado isso.'

32. Portanto, como bem afirma O'DWYER, 'em última análise, cabe aos próprios membros do grupo étnico se auto-identificarem e elaborarem seus próprios critérios de pertencimento e exclusão, mapeando situacionalmente as suas fronteiras étnicas'.⁹

33. Esse é o critério adotado pela Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre os Povos Indígenas e Tribais, segundo a qual é a consciência de sua identidade que deverá ser considerada como critério fundamental para sua identificação (Vide Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004).

34. Ademais, o critério da auto-atribuição é complementado por outras regras disciplinadas pelo Decreto nº 4.887/2003 para a identificação das comunidades quilombolas (Vide arts. 3o a 10).

35. Além da inconstitucionalidade dos critérios de identificação das comunidades de quilombos, o requerente indica a incompatibilidade com o art. 68 do ADCT na forma como o

decreto estipulou (art. 2o, §§ 2o e 3o) a caracterização das terras a serem reconhecidas a estas comunidades. A inconstitucionalidade estaria na excessiva amplitude dos critérios e na sujeição aos indicativos fornecidos pelas próprias comunidades interessadas.

36. Para o requerente, 'parece evidente que as áreas a que se refere a Constituição consolidam-se naquelas que, conforme estudos histórico-antropológicos, constatou-se a localização efetiva de um quilombo. Desse modo, descabe, ademais, sujeitar a delimitação da área aos critérios indicados pelos remanescentes (interessados) das comunidades dos quilombos. Trata-se, na prática, de atribuir ao pretense remanescente o direito de delimitar a área que lhe será reconhecida. Sujeitar a demarcação das terras aos indicativos dos interessados não constitui procedimento idôneo, moral e legítimo de definição' (fls. 12).

37. Por isso, sustenta o requerente que 'a área cuja propriedade deve ser reconhecida constitui apenas e tão-somente o território em que comprovadamente, durante a fase imperial da história do Brasil, o quilombo se formara' (fls. 12). 9 Op. cit. p. 24

38. Ocorre que tal critério, escolhido pelo requerente, e antes eleito como critério oficial pelo Decreto nº 3.912/2001 (revogado), foi alvo de intensas críticas de estudiosos sobre o tema. Sobre a questão, vale transcrever as críticas formuladas pelo Procurador da República WALTER CLAUDIUS ROTHEMBURG¹⁰, ao comentar o antigo Decreto nº 3.912/2001:

'O equívoco do decreto aqui [no art. 1o, parágrafo único, incs. I e II] é evidente e não consegue salvar-se nem com a melhor das boas vontades. Do ponto de vista histórico, sustenta-se a formação de quilombolas 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 para outro lugar. Então, as terras em questão podem ter sido ocupadas por quilombolas depois de 1888. Ademais, várias razões poderiam levar a que as terras de quilombos se encontrassem, em 1888, ocasionalmente desocupadas. Imagine-se um quilombo anterior a 1888 que, por violência dos latifundiários da região, houvesse sido desocupado temporariamente em 1888 mas voltasse a ser ocupado logo em seguida (digamos, em 1889), quando a violência cessasse. Então, as terras em questão podem não ter estado ocupadas por quilombolas em 1888. Tão arbitrária é a referência ao ano de 1888 que não se justifica sequer a escolha em termos amplos, haja vista que a Lei Áurea é datada de 13 de maio: fevereiro de 1888 não seria mais defensável do que dezembro de 1887. Não fosse por outro motivo, essa incursão no passado traria sérias dificuldades de prova, e seria um despropósito incumbir os remanescentes das comunidades dos quilombos (ou qualquer outro interessado) de demonstrar que a ocupação remonta a tanto tempo.'

39. Como se vê, o critério que restringe as terras passíveis de titulação pelas comunidades quilombolas àquelas por estas ocupadas em 1888, adotado pelo já revogado Decreto nº 3.912/2001, é totalmente despropositado. Nesse sentido, o critério utilizado pelo Decreto nº 4.887/2003 parece ser mais compatível com os parâmetros eleitos pelos estudos antropológicos para definição das comunidades quilombolas e de seus respectivos espaços de convivência. Esta é a conclusão de CARLOS ARI SUNDFELD¹¹:

'Outro parâmetro importante na identificação das comunidades quilombolas é a percepção de como as terras são utilizadas pelas mesmas. A territorialidade é um fator fundamental na identificação dos grupos tradicionais, entre os quais se inserem os quilombolas.

Tal aspecto desvenda a maneira como cada grupo molda o espaço em que vive, e que se difere das formas tradicionais de apropriação dos recursos da natureza. São as terras de uso comum, em especial as 'terras de preto', cuja ocupação não é feita de forma individualizada, e sim em um regime de uso comum. O manejo do espaço territorial 'obedece a sazonalidade das atividades, sejam agrícolas, extrativistas e outras, caracterizando diferentes formas de uso e ocupação do espaço que tomam por base de parentesco e vizinhança, assentados em relações de solidariedade e reciprocidade'. A categoria 'terra de preto' tem uma lógica de funcionamento própria, codificada, como expressa Alfredo W. B de Almeida: 'os recursos

hídricos, por exemplo, não são privatizados, não são individualizados; os recursos de caça, pesca, do extrativismo não são sempre individualizados num plano de famílias, pois ninguém divide o produto da roça coletivamente.

Dessa forma, e de um lado, deve ser dada especial atenção, dentre os parâmetros de identificação do território das comunidades quilombolas, à sua identidade coletiva. Trata-se de identificar a forma pela qual o grupo remanescente de quilombo conseguiu manter o seu modo de vida, resistindo às influências externas e mantendo os seus traços culturais e habitacionais ao longo das gerações. A partir da identificação desse modo de vida, conclui-se, em regra, que a titulação deve recair não só sobre os espaços em que o grupo mora e cultiva, mas também sobre aqueles necessários ao lazer, à manutenção da religião, à perambulação entre as famílias do grupo e também aqueles destinados ao estoque de recursos naturais'.

40. Portanto, a identificação das terras pertencentes aos remanescentes das comunidades de quilombos deve ser realizada segundo critérios históricos e culturais próprios de cada comunidade, assim como levando-se em conta suas atividades sócio-econômicas. A identidade coletiva é parâmetro de suma importância, pelo qual são determinados os locais de habitação, cultivo, lazer e religião, bem como aqueles em que o grupo étnico identifica como representantes de sua dignidade cultural. O critério estabelecido no Decreto nº 4.887/03 está de acordo com os parâmetros mencionados. 41. Ante o exposto, o parecer é pela improcedência da ação.'

Correto o parecer.

Com efeito, por força do disposto no texto constitucional de 1988, o artigo 68 do ADCT, inspirado no ideário que inaugura o Estado Brasileiro na Dignidade Humana e no respeito e tutela dos seguimentos sociais e éticos que compõem a diversidade da população brasileira, visando, ainda, à erradicação das desigualdades, assegurou aos remanescentes das comunidades dos quilombos a propriedade definitiva das terras que estejam ocupando, incumbindo ao intérprete dar ao mencionado preceito constitucional a sua plena eficácia, nos termos, também, do disposto nos artigos 215 e 216, § 5º, da CF/88, para que os integrantes das comunidades quilombolas possam continuar vivendo segundo as suas próprias tradições culturais, assegurando-se-lhes a efetiva participação em uma sociedade pluralista como é a nossa.

Consequentemente, ao se fixar o sentido do art. 68 do ADCT não cabe ao intérprete distinguir onde a lei não o faz (Carlos Maximiliano, in *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 6ª ed., Freitas Bastos, 1957, p. 306, n. 300), notadamente quando se trata, como é o caso dos autos, de interpretação constitucional.

A respeito, pertinente o magistério sempre autorizado de Pontes de Miranda, verbis:

'Na interpretação das regras jurídicas gerais da Constituição, deve-se procurar, de antemão, saber qual o interesse que o texto tem por fito proteger. É o ponto mais rijo, mais sólido; é o conceito central, em que se há de apoiar a investigação exegética. Com isso não se proscree a exploração lógica. Só se tem de adotar critério de interpretação restritiva quando haja, na própria regra jurídica ou noutra, outro interesse que passe à frente. Por isso, é erro dizer-se que as regras jurídicas constitucionais se interpretam sempre com restrição. De regra, o procedimento do intérprete obedece a outras sugestões, e é acertado que se formule do seguinte modo: se há mais de uma interpretação da mesma regra jurídica inserta na Constituição, tem de preferir-se aquela que lhe insuffle a mais ampla extensão jurídica; e o mesmo vale dizer-se quando há mais de uma interpretação de que sejam suscetíveis duas ou mais regras jurídicas consideradas em conjunto, o de que seja suscetível proposição extraída, segundo os princípios, de duas ou mais regras. A restrição, portanto, é excepcional.'

(In Comentários à Constituição de 1967 com Emenda nº 1 de 1969, 3ª ed. Forense, Rio de Janeiro, 1987, t. I, p. 302, n. 14).

Outra não é a lição de um dos mais conceituados constitucionalistas norte-americanos, Henry Campbell Black, em obra clássica, verbis:

'Where the meaning shown on the face of the words is definite and intelligible, the courts are not at liberty to look for another meaning, even though it would seem more probable or natural, but they must assume that the constitution means just what it says.'
(In Handbook of American Constitutional Law, 2ª ed., West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1897, p. 68).

Ademais, recorde-se a lição do saudoso Ministro Hannemann Guimarães ao julgar o RE nº 9.189, verbis:

'Não se deve, entretanto, na interpretação da lei, observar estritamente a sua letra. A melhor interpretação, a melhor forma de interpretar a lei não é, sem dúvida, a gramatical. A lei deve ser interpretada pelo seu fim, pela sua finalidade. A melhor interpretação da lei é, certamente, a que tem em mira o fim da lei, é a interpretação teleológica.' (In Revista Forense, v.127/397).

A respeito, precisa a lição de Ruy Barbosa, verbis:

'Na interpretação das leis, diz a jurisprudência inglesa e americana, não lhes devemos atribuir sentido, que aniquile ou lese direitos preexistentes, sem que o contexto da disposição traduza manifestamente esse intuito da parte do legislador. Por indução não é permitido fazê-lo'.

E mais adiante, conclui o saudoso jurista, em palavras lapidares, verbis:

'Ora, toda interpretação de um ato legislativo, que o levar a conseqüências daninhas e absurdas, é inadmissível, se esse texto for suscetível de outra interpretação, pela qual tais conseqüências se possa fugir.'
(In A Aposentadoria Forçada dos Magistrados em Disponibilidade, Typografia do Jornal do Comércio, Rio de Janeiro, 1896, pp. 65 e 69-70).

Por conseguinte, o art. 68 do ADCT, bem como os seus termos, deve ser interpretado de forma ampla, aplicando-se na sua exegese o método valorativo e o princípio da hermenêutica constitucional da unicidade da Constituição para que possa revelar o seu real alcance, notadamente o princípio que garante a dignidade da pessoa humana, projetando-se na legislação infraconstitucional com toda a sua força e vigor.

Cabe, aqui, invocar a lição do saudoso mestre Pontes de Miranda, em seus Comentários à Constituição de 1967 c/c a Emenda nº 1/69, t. 4º, p. 624, 'c', quando afirma, verbis:

'Nenhuma lei brasileira pode ser interpretada ou executada em contradição com os enunciados da Declaração de Direitos, nem em contradição com quaisquer outros artigos da Constituição de 1967; porém alguns dos incisos do art. 153 são acima do Estado, e as próprias Assembléias Constituintes, não os podem revogar ou derrogar. Tais incisos são os que contêm declaração de direitos fundamentais supra-estatais'.

É exatamente o caso dos autos.

Por isso mesmo, ao se proceder à exegese do aludido dispositivo constitucional incumbe ao intérprete extrair do texto mais do que as palavras parecem indicar à primeira vista, fazendo-se triunfar a supremacia do espírito sobre o invólucro verbal das normas, atento à lição de Celso expressa no Digesto em palavras lapidares: 'Neque omne quod scriptum est, jus est; neque quod scriptum non est, just non est. Prior atque potentior est quam vox, mens dicentis.'

Realmente, torna-se penosa e frágil a aplicação de uma Constituição se o intérprete for despido de uma mentalidade constitucional adequada, ou seja, sem a disposição de ânimo para aceitar as soluções constantes, expressa ou implicitamente, no texto da Lei Maior.

Nessa linha de pensamento, afirma H. Jefferson Powell, verbis:

'Because the constitution is not a crossword puzzle with only one right answer to its interlocking questions, playing the constitutional-law game fairly demands that the players be clear about why they give the answers they do. Candor is indispensable if the system is to retain its moral dignity; it is candor that all four of our hypothetical justices lack. The constitutional virtue of candor, therefore, goes beyond honesty about the meaning of cases and sincerity in the statement of viewpoint. It is the disposition to seek, and so far as possible to achieve, a congruity between the mind grappling with the constitutional issue before it and the language in which that struggle and its resolution is expressed, 'living speech', as James Boyd White has memorably described it.

Candor as a constitutional virtue is inextricably linked with integrity in decision making, the virtue of seeking in any given situation that interpretation of the Constitution that honestly seems to the interpreter the most plausible resolution of the issues in the light of the text and constitutional tradition.'

(In *Constitutional Conscience - The Moral Dimension of Judicial Decision*, The University of Chicago Press, 2008, p. 90).

A propósito, ainda, anota Georges Bastide, em seu *Traité de L'Action Morale*, PUF, Paris, 1961, t. II, p. 675, verbis:

'Le juge est juge, et non robot, dans la mesure où sous l'impassibilité de sa robe d'hermine, il se sent homme lui aussi, c'est-à-dire artisan d'une humanité sur laquelle il a, lui, des pouvoirs légitimes considérables. Le législateur lui a donné le droit de gérer les droits, et c'est de ce qu'il fera de ces droits par le pouvoir qui lui est octroyé que dépend, en grande partie, la montée ou le déclin historiques des hommes au milieu desquels il exerce ses fonctions. Ces fonctions, il ne peut dès lors les exercer sans comprendre, et c'est ce que voulait dire Spinoza quand il affirmait qu'il est plus difficile de comprendre que de juger. Mais la compréhension n'exclut pas la justice, elle lui donne au contraire son sens humain le plus noble et le plus profond. '

Outro não é o ensinamento de P. Barcellona, D. Hart e U. Mückenberger, verbis:

'il giudice non può ridursi a mero lettore del testo normativo, ma dev'essere anche l'esperto della vita sociale e deve saper cogliere in essa i valori che qualificano la norma; deve realizzare l'equilibrio tra durata ed evoluzione che costituisce il proprium del diritto; deve sentirsi impegnato a dicere Jus, a cercare cioè di dare, appena possibile, alla norma da interpretare quel significato e quella portata che si presenta più aderente ai valori che emergono dalla vigente realtà umana e sociale. Il giurista non è né può essere il custode di un ordine cristallizzato; egli deve essere partecipe del processo costruttivo di una società umana che attraverso la legge - la quale vive una vita sua propria, autonoma da quella che intendeva darle il legislatore che un giorno l'ha emanata - tende costantemente ad evolversi.

(In *L'Educazione del Giurista*, De Donato Editore, 1973, p. 24).

Dessa forma, nos termos do parecer antes transcrito, não vislumbro a alegada inconstitucionalidade do Decreto nº 4.887/2003.

Por outro lado, os tribunais só declaram a inconstitucionalidade das leis quando esta é evidente, não deixando margem à séria objeção em sentido contrário, eis que todas as presunções militam em favor da validade de um ato normativo do Poder Público, seja legislativo ou executivo. Entre duas interpretações possíveis, prefere-se a que não infirma o ato legislativo.

Oportet ut res plus valeat quam pereat.

Nesse sentido, ainda, impõe-se recordar o célebre voto proferido pelo Justice Brandeis na Suprema Corte, no caso *Ashwander v. Tennessee Valley Authority*, ao enumerar as regras para o exame da inconstitucionalidade das leis, lição hoje clássica, verbis:

'The Court will not pass upon a constitutional question although properly presented by the record, if there is also present some other ground upon which the case may be disposed of. This rule has found most varied application. Thus, if a case can be decided on either of two grounds, one involving a constitutional question, the other a question of statutory construction or general law, the Court will decide only the latter.

(...)

'When the validity of an act of the Congress is drawn in question, and even if a serious doubt of constitutionality is raised, it is a cardinal principle that this Court will first ascertain whether a construction of the statute is fairly possible by which the question may be avoided' *Crowell v. Benson*, 285 U.S. 22, 62, 52 S.Ct. 285, 296, 76 L.Ed. 598.'

(In Supreme Court Reporter, West Publishing Co., St. Paul, Minn. 1936, v. 56, pp. 483-4)

Por esses motivos, voto por rejeitar a presente arguição de inconstitucionalidade.

É o meu voto.

Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz

5. VOTO DIVERGENTE ESCRITO - Des. Federal Luiz Carlos de Castro Lugon

Com a devida vênia, ousou divergir da solução expressa no voto da ilustre Relatora.

Cumpra, inicialmente, fazer um breve comentário a respeito da conceituação de quilombo. Primeiramente, vai-se ao ano de 1740, que é onde aparece esta definição: toda habitação de negros fugidos que passem de cinco em parte despovoada, ainda que não tenham ranchos levantados e nem se achem pilões nele. Isso foi registrado pelo Conselho Ultramarino em uma correspondência ao Rei de Portugal. Isso é o que a história oficial registrou, e o que aprendemos na escola; essa é a versão 'oficial' da história.

Muito tempo depois, Artur Ramos (1953), Edson Carneiro (1957) e Clóvis Moura (1959) modificaram esse conceito, deram-lhe uma amplitude, propiciaram uma evolução; mas estes, a meu ver, ainda laboraram em equívoco, situando o quilombo no passado. Quando se fala em remanescentes de sociedades quilombolas, quer-se evitar uma discussão quanto à real presença de quilombos hoje. Se respeitada a diferença, se preservado o direito à diferença, ter-se-á também o quilombo do futuro.

A Associação Brasileira de Antropologia, em 1994, definiu o quilombo como: 'toda comunidade negra rural que agrupe descendentes de escravos, vivendo de cultura de subsistência, onde as manifestações culturais têm forte vínculo com o passado.'

A prosseguir-se a nociva política histórica de branqueamento, estar-se-ia negando ao quilombola o próprio direito de ser ele mesmo, de manter os seus costumes, a sua história, a sua cultura.

MARIA FÁTIMA ROBERTO MACHADO ('Quilombos, Cabixis e Caburés: índios e negros em Mato Grosso no Século XVIII - Associação Brasileira de Antropologia, Goiânia, junho de 2006) bem fez estampar o que era um quilombo no passado, informando que, ainda lá pelos idos daquele dia trágico em que o quilombo de Vila Bela foi exterminado no Mato Grosso, 19 de junho de 1795, fez-se o seguinte inventário: negros: seis; índios, oito; índias, 19; caburés: dez; caburés fêmeas: 11. E não havia só caburés, havia também cabixis, mulheres índias aprisionadas em guerras com tribos vizinhas, o que propiciava maior miscigenação. Caburé é o cafuzo propriamente dito. Nos quilombos, de uma maneira geral no Brasil, havia não só negros, mas também índios, e também mestiços e também brancos. Então, a qualquer coisa que se diga em relação a quilombo, há que se imprimir uma visão antropológica. Quem mais que um antropólogo para dizer o que era quilombo, o que não era quilombo, o que hoje é quilombo, o que deixou de ser quilombo; ou, diante da exigência de um formalismo de regra, vamos dizer: quem mais vai saber o que é remanescente de quilombo? É preciso, sim, fazer essa digressão histórica, aliada a um estudo do presente, com olhos também no futuro. Alguém, em sua consciência, pode recusar que a nossa Constituição mostra evidente vontade de preservação do quilombo como comunidade cultural ?

Mas chegamos aos dias de hoje, e alguém vem dizer: 'Ah, mas precisa ser grupo tribal'. Bom, o que vamos ter? Vamos ter o quilombola negro. Mas ele não pode ser só negro: ele tem que ser negro e ter tribo. Seria propriamente o negro afrodescendente ou seria o chamado 'negro da terra'? Porque, se olharmos as belíssimas fotos de Sebastião Salgado, mostrando índios atuais, vamos ver que, por mais que a visão rousseauiana do bon sauvage quisesse mascarar a realidade, temos índios de pele bastante escura e temos até uma determinação pombalina proibindo que se usasse esta expressão 'negro' em relação àqueles que já se convencionara chamar de 'negros da terra', que eram os índios de pele mais escura, cujas tribos vão sempre aparecer com a terminação una, que é negro em tupi-guarani; mas, no fim das contas, dentro de um quilombo, essa miscigenação toda não deixa margem para formar o estereótipo de um quilombola tendo-se por base características apenas físicas.

O que é um quilombo hoje? Hoje o quilombo é uma comunidade com importância cultural, com importância histórica que necessariamente deve ser preservada. Eis um quilombo. As comunidades remanescentes de quilombos, no fim das contas, são os quilombos de hoje. Dando-se uma rápida pincelada no objeto ou nos protagonistas, encontro, sim, alguma coisa diferente do simplismo da história 'oficial'; mesmo em passado remoto, lá em Mato Grosso, lá em um lugar bastante isolado, no ano de 1795, tem-se uma descrição assim:

'Vendo S. Exa. que todos os caburés e índios de maior idade sabiam alguma doutrina cristã que aprenderam com os negros e que se instruíram suficientemente com gosto nesta capital, na qual se lhe acabou de ensinar e ainda alguns índios adultos, pois todos falavam português com a mesma inteligência dos pretos, de quem aprenderam, e como todos estavam prontos para receber o batismo, foi pessoalmente assistir a esse sacramento, sendo padrinho de alguns, assim como doutros, as principais pessoas dessa vila, cuja função se celebrou no dia 06 de outubro, recebendo este sacramento todos os de menor idade e alguns maiores que estavam mais instruídos na religião.' (Diário da Diligência... 'Rondônia' -Roquette Pinto, 1916)

Havia também dentro desse cenário - e eu vou pedir licença para me estender um pouco, mas acho que é bastante útil que se tenha visibilidade do quilombo. No Quariterê, que é o quilombo de Vila Bela, havia o seguinte quadro:

'Na organização política residia a especificidade do quilombo que nisso se distinguiu de Palmares e dos quilombos do Ambrósio e de Campo Grande, a forma adotada foi a realeza, havia rei, mas à época da primeira destruição era governado por uma preta viúva, a Rainha Teresa de Benguela, assistida por uma espécie de parlamentar com um capitão-mor e conselheiro. Como em Palmares, na religião havia um sincretismo entre cristianismo e valores religiosos africanos. Quando abatido pela primeira vez, sua população era de 79 negros homens e mulheres e 30 índios levados a ferro para a Vila Bela, morrendo e fugindo muitos. A Rainha Teresa ficou de tal modo chocada e inconformada com a destruição do quilombo, que enlouqueceu. Taunay diz que 'quando foi presa, esta negra Amazona parecia furiosa. E foi tal a paixão que tomou em ver conduzir para esta Vila que morreu enfurecida'. Os vexames e a grande violência que se abateram sobre a Rainha e seu povo, com o objetivo expresso da subjugação humilhante, foram demais para Teresa, que encontrou na loucura uma forma de reação, recusando-se a se entregar e a curvar-se à autoridade dos brancos. Os quilombolas sofreram castigos cruéis em praça pública, expostos à curiosidade do povo, e foram marcados a ferro com a letra F, conforme determinação de alvará régio. O suicídio foi o gesto supremo de rebelião da Rainha à dominação dos brancos.' (Maria Fátima Roberto Machado, ob. supracit.)

De lá vem perpetuada uma história de injustiça até os dias de hoje. Eu não quero aqui absolutamente falar em obrigação de ressarcimento ou de indenização em relação ao passado. Eu quero falar de situação de injustiça presente, injustiça de hoje, que o constituinte quis, senão reparar, pelo menos mitigar.

Em relação a quilombo, a antropologia é o lugar certo para se saber o que é quilombo, quem é quilombola, quem é remanescente de comunidade quilombola. E foi isso que foi feito. A Fundação Palmares fez um trabalho cuidadoso para identificar o pessoal remanescente.

No que tange propriamente à questão de constitucionalidade, é consabido que os direitos fundamentais têm eficácia imediata. Que fundamentalidade é essa? Ela dimana da positividade de determinados princípios, conforme preleciona o ilustre jurista Ingo Wolfgang Sarlet, em sua obra 'A Eficácia dos Direitos Fundamentais', verbis:

'Mediante a positividade de determinados princípios e direitos fundamentais, na qualidade de expressões de valores e necessidades consensualmente reconhecidas pela comunidade histórica e especialmente situada, o Poder Constituinte e a própria Constituição transformaram-se, de acordo com a primorosa formulação do ilustre mestre de Coimbra, Joaquim José Gomes Canotilho, em autêntica 'reserva de justiça', em parâmetro de legitimidade ao mesmo tempo formal e material da ordem jurídica estatal. Segundo as palavras do conceituado jurista lusitano, 'o fundamento de validade da constituição (= legalidade) é a dignidade do seu reconhecimento como ordem justa (Habermas) e a convicção, por parte da colectividade da sua bondade intrínseca. '

'Bondade intrínseca' e fechem-se as aspas.

Peço vênias para integrar a esta fundamentação trechos do brilhante voto do Desembargador Federal Paulo Afonso Brum Vaz, que expressa quanto ao tratamento jurídico a ser aplicado no caso concreto, sob o prisma da moderna hermenêutica, verbis:

'(...) Também vou pedir a máxima vênias à eminente Relatora, com seu brilhante voto. Também tenho como autoaplicável a disposição do art. 68 do ADCT, que considero um direito fundamental também. E justamente por essa condição de direito fundamental é autoaplicável. Mas, também como direito fundamental, ele é princípio. Se recorrermos à teoria dos direitos fundamentais do Alexy, veremos que os direitos fundamentais são qualificados pelo conteúdo

como princípios, e os princípios - e aí abandono o Alexy - considero, na linha do Dworkin, como imperativos, como válidos para regular o caso concreto. Na verdade, os direitos fundamentais, que estão incluídos no sistema constitucional, possuem uma dupla funcionalidade, uma natureza dúplici, ora se comportando como princípios, ora se comportando como regras. Comportam-se como princípios, na medida em que lhe inserem cláusulas restritivas gerais com base em outros princípios contrapostos aos que embasam os direitos fundamentais. Por outro lado, comportam-se como regras, na medida em que, uma vez inseridas as cláusulas restritivas, se aplicam aos casos concretos.

E princípios, senhores, não são mandados de otimização na minha perspectiva, ao contrário do que apregoa, talvez hoje, o entendimento doutrinário majoritário. Esser, por exemplo, fala em princípios não jurídicos, juízos de valor, orientações morais. Penso que 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. Princípios não são meras orientações políticas, mandamentos morais; são fontes de direito. Princípios têm a qualidade jurídica e, no caso em que se conformam como direitos fundamentais, têm autoaplicabilidade.

Do meu voto, um pouco longo, apenas ficaria nesta referência de um parecer muito bem-lançado do Procurador da República Daniel Sarmento, que atua, acredito, no TRF da 2ª Região, em que ele faz uma resenha preciosa dessa situação específica e diz:

'Uma das principais conquistas do Movimento Negro durante a Assembleia Constituinte foi a incorporação ao Texto Magno do art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. O referido preceito constitucional atende simultaneamente a vários objetivos de máxima relevância. Por um lado, trata-se de norma que se liga a uma ação da igualdade substantiva da justiça social, na medida em que confere direitos territoriais aos integrantes... (...) ...os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados e dos tratados internacionais que a República Federativa do Brasil seja parte.'

A propósito da discussão do alcance da Convenção 169 da OIT, é pacífico hoje na Corte Interamericana dos Direitos Humanos que se aplica não só às comunidades tribais, mas também às populações tradicionais. Em pelo menos três casos aquela corte reconheceu isso. Não só Suriname, em dois casos também envolvendo o Estado Paraguai e comunidades indígenas se fez essa extensão, esse elastério que já é hoje pacificado no Direito Internacional.' (...)

Então, se a questão é de fundamentalidade, aqui está, irrecusavelmente um direito fundamental. A manutenção da própria cultura, o direito à diferença, tudo isso tem a ver com dignidade da pessoa humana, é direito fundamental; e, como direito fundamental, o dispositivo constitucional pertinente gera efeitos imediatos. E efeitos imediatos implicam dispensa de qualquer espécie de legislação de transição.

A disposição constitucional que agrega efetividade imediata aos direitos fundamentais nasceu para precatar o que ocorria na égide das Constituições passadas, em que havia uma série de direitos arrolados, apelidados 'normas programáticas', que pendiam eternamente de regulamentação; regulamentação essa que não vinha e, simplesmente, grande parte da Constituição jamais ganhava vigência, porque faltavam as leis a elas pertinentes.

Tenho de dizer e justificar que, em diversas ocasiões, votei por inconstitucionalidade por falta de regulamentação; mas, isso, em se tratando de Direito Tributário, onde é imprescindível a existência de lei formal para amparar decreto, em face de que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei. Mas aqui, in casu, tem-se direito fundamental, que, como tal, guarda eficácia imediata ipso facto de sua posituação constitucional.

No tocante, se, ad argumentandum tantum, admitida necessidade de regulamentação, seria de perguntar-se: mas o que falta complementar? Vão querer o quê? Que se faça uma lei

dizendo aquilo que a Constituição já diz? Está tudo ali. Então exige-se uma lei só pro forma, para dizer aquilo que já está dito?

Sustentar que se trata de decreto autônomo é posição que não resiste a um perfunctório exame. Bem feliz em sua abordagem o douto representante do Ministério Público Federal, Dr. DOMINGOS SÁVIO DRESH DA SILVEIRA, na sessão da Terceira Turma do dia 16/01/2013, quando averba:

'Agora, o que é preciso ter presente é que o art. 68 do ADCT é regra e não é princípio. Portanto, ele se aplica, ele não prescinde de um preenchimento normativo e portanto não há nenhuma inconstitucionalidade, não há nenhuma invasão por parte do executivo daquilo que seria próprio do legislador.

E nessa linha, então, e até, apenas para concluir, permito-me referir também um argumento importante que é sustentado e creio que esteja nos autos, um parecer da Prof. Flávia Piovesan, em que ela sustenta que, se não fosse assim, ainda o Decreto nº 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 absolutamente semelhantes à dos autos, não só com relação a terras de índios, mas também a terras ocupadas, por exemplo, no Suriname por negros que fugiam do regime do plantation e que portanto têm uma situação fática e jurídica em tudo semelhante à dos nossos quilombolas visibilizados pela Constituição de 88. Portanto, não é decreto autônomo, porque, na verdade, não inova no ordenamento; e mesmo se inovasse, ele estaria a regulamentar dois decretos que são, na linha que vem entendendo o Supremo, normas supralegais, os decretos de direitos humanos incorporados ao nosso ordenamento estariam sendo regulamentados por essa regra.

E eu me permito concluir, lembrando um pequeno trecho de uma carta aberta de Boaventura de Sousa Santos, que dirigiu ao STF quando do julgamento da ADIN que lá tramita, e que eu me permitiria hoje, lendo, dirigir a esta Corte. Diz Boaventura:

'Assegurando a um tempo o Supremo, ao definir sobre o direito dos quilombolas à autoatribuição, reconhecerá a capacidade de sujeito de direito de tais grupos com cultura e identidade próprias e ligados a um passado de resistência à opressão e ao racismo, assegurando a um tempo a efetiva participação numa sociedade pluralista, promovendo a igualdade substantiva e se pronunciando sobre o pleno exercício dos direitos culturais, não mais na visão do patrimônio cultural como monumento e tombamento, mas na visão ampliada dos arts. 215 e 216 da nossa Constituição, para abranger as expressões de criar, fazer e viver de tais comunidades. A decisão a ser proferida - diz ele, dirigindo-se ao Supremo, e permito-me dirigir a V. Exas. Com as mesmas palavras-, tal como aquela de Raposa Terra do Sol, sinalizará para as próximas gerações um modelo de desenvolvimento e de sociedade que o Brasil deve deixar como legado: Um projeto uniformizador, etnocida e insustentável ? Ou outro, em que a diversidade e o pluralismo são chaves para uma sociedade livre, justa e solidária, sem preconceitos e baseada na dignidade da pessoa humana ?'

Cumpra ao intérprete emprestar utilidade à lei. Vale lembrar aqui o magistério de CARLOS MAXIMILIANO (in 'Hermenêutica e aplicação do direito', Forense, Rio de Janeiro, 2000, p. 166) sobre a apreciação do resultado da interpretação, verbis:

'179 - 'Deve o Direito ser interpretado inteligentemente': não de modo que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter conclusões inconsistentes ou impossíveis. Também se prefere a exegese de que resulte eficiente a providência legal ou válido o ato, à que torne aquela se efeito, inócua, ou este, juridicamente nulo.

Releva acrescentar o seguinte: 'É tão defectivo o sentido que deixa ficar sem efeito (a lei), como o que não faz produzir efeito senão em hipóteses tão gratuitas que o legislador evidentemente não teria feito uma lei para preveni-las'. Portanto, a exegese há de ser de tal modo conduzida que explique o texto como não contendo superfluidades, e não resulte um sentido contraditório com o fim colimado ou o carácter do autor, nem conducente a 'conclusão física ou moralmente impossível!'.'

Colho, outrossim, do voto-vista do Desembargador Federal Thompson Flores Lenz, o seguinte substancioso trecho:

'No mesmo sentido, o pensamento autorizado do Mestre Pontes de Miranda, in Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969, 2ª ed., Revista dos Tribunais, v. III, p. 590, verbis:

'Os membros do tribunal, que votaram, em cognição da ação, ou de recurso, ou seus substitutos, têm de votar em maioria absoluta para que se possa decretar a nulidade da lei, ou do ato, por inconstitucionalidade. É o chamado mínimo para julgamento de inconstitucionalidade da regra jurídica.

O art. 116 atende, em parte, à hierarquia das regras jurídicas: posto que a Constituição exija a maioria absoluta dos membros do tribunal (não dos presentes) para a decisão desconstitutiva, só a faz a respeito das regras legais ou de atos, que contenham regras jurídicas ou não, porém não estende a exigência se a infração, de que se trata, é a regra geral. O tribunal, ou a parte do tribunal, não precisa de maioria absoluta para dizer ilegal o ato do poder público. À primeira vista, parece estranho que se possa decretar a ilegalidade, sem maioria absoluta dos membros do tribunal, e não se possa decretar a inconstitucionalidade desse mesmo ato, se não se perfaz maioria absoluta dos membros do tribunal. É que a ratio legis não está em que as questões de legalidade são menos graves e só atingem os decretos, regimentos, regulamentos, avisos, instruções, portarias e outros atos menos importantes. As questões de inconstitucionalidade são graves, porque se acusa o autor do ato de violar a Constituição de que provém qualquer partícula de poder público, que haja invocado.'

Do exposto, estabelecidas essas premissas, e refletindo melhor acerca da relevante matéria constitucional pertinente ao deslinde do presente feito, reformulando posição anterior, convenci-me da legitimidade constitucional do Decreto nº 4.887/2003.

Ao transcrever o voto do eminente Ministro Luiz Fux, no RESP nº 931.060-RJ, anotou o Ministro Benedito Gonçalves, verbis:

'Os remanescentes das comunidades dos quilombos, por força da Constituição pós-positivista de 1988, ideário de nossa nação que funda o Estado Brasileiro na Dignidade Humana, no afã de construir uma sociedade justa e solidária, com erradicação das desigualdades, o que representa o respeito às diferenças, ostentam direito à justa posse definitiva que mantém, mercê de a mesma conferir-lhes o direito a titulação, consoante o artigo 68, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT, verbis: 'Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos.' O Estado Democrático de Direito brasileiro, tendo como fundamento a dignidade da pessoa humana, tutela os direitos culturais próprios dos seguimentos sociais e éticos que compõem a população brasileira. As garantias constitucionais, por essa razão, asseguram o respeito às minorias, sem preconceito de origem e raça ligadas à proteção da cultura, com inclusão dos quilombolas, a teor dos artigos 215 e 216, § 5º, da Constituição Federal de 1988,

(...)

A ratio do mencionada dispositivo constitucional visa assegurar o respeito às comunidades de quilombolas, para que possam continuar vivendo segundo suas próprias tradições culturais, assegurando, igualmente, a efetiva participação em uma sociedade pluralista.

Cuida-se de norma que tem como escopo à promoção da igualdade substantiva e da justiça social, na medida em que confere direitos territoriais aos integrantes de um grupo desfavorecido, composto quase exclusivamente por pessoas muito pobres e que são vítimas de estigma e discriminação. Igualmente, a medida é reparatória, porquanto visa a resguardar uma dívida histórica da Nação uma dívida histórica com comunidades compostas predominantemente por descendentes de escravos, que sofrem ainda hoje com o preconceito e violação dos seus direitos.

(...)

A CR/88, ao consagrar o direito a terra dos remanescentes de quilombos não o fez tomando com base os quilombos unicamente como locais de negros fugitivos, mas sim referindo-se ao uso da terra segundo os costumes e tradições das comunidades negras.

Assim, o art. 68 do ADCT e seus termos não deve ser interpretado de forma restritiva. Pelo contrário, sendo a interpretação constitucional um processo que tem como objetivo revelar o alcance das normas que integram a constituição, aplicando-se o método valorativo, bem como o princípio da hermenêutica constitucional da unicidade da constituição, verifica-se que o comando constitucional acima citado deve ser cotejado sistematicamente com os princípios fundamentais do nosso Texto Constitucional, notadamente o princípio que garante a dignidade da pessoa humana.

Mais uma vez, ressalte-se que a norma jurídica que impunha um critério temporal ao reconhecimento dos remanescentes das comunidades de quilombos, o Decreto nº 3912/2001, foi revogada expressamente pelo art. 25 do Decreto nº 4887/2003, que trouxe como método de identificação deste grupo de pessoas o critério de auto-atribuição, associado a estudos antropológicos.'

Nesse sentido, também, o valioso pronunciamento do então Procurador-Geral da República, Dr. Cláudio Fonteles, ao emitir o seu parecer na ADIn nº 3.239/600-DF, cujos argumentos adoto, verbis:

'11. Mister se faz ressaltar, antes de tudo, que o art. 68 do ADCT requer cuidadosa interpretação, de modo a ampliar ao máximo o seu âmbito normativo. Isso porque trata a disposição constitucional de verdadeiro direito fundamental, consubstanciado no direito subjetivo das comunidades remanescentes de quilombos a uma prestação positiva por parte do Estado. Assim, deve-se reconhecer que o art. 68 do ADCT abriga uma norma jusfundamental; sua interpretação deve emprestar-lhe a máxima eficácia.

12. Em primeiro lugar, deve ser analisada a regularidade formal da norma impugnada. Questiona-se se o Decreto nº 4.887, de 20 de novembro de 2003, poderia regulamentar diretamente, é dizer, sem a interposição de uma lei, o art. 68 do ADCT.

13. Estudo realizado pela Sociedade Brasileira de Direito Público, com a coordenação do Professor Dr. CARLOS ARI SUNDFELD¹, esclarece a questão, quando demarca o sistema normativo que regulamenta o art. 68 do ADCT. De acordo com o estudo, o art. 68 do ADCT está devidamente regulamentado pela Lei nº 9.649/98 (art. 14, IV, 'c') - que confere ao Ministério da Cultura competência para aprovar a delimitação das terras dos remanescentes das comunidades dos quilombos, bem como determinar as suas demarcações, que serão homologadas mediante decreto - e pela Lei nº 7.668/88 (art. 2º, II e parágrafo único), que atribui à Fundação Cultural Palmares competência para realizar a identificação dos remanescentes das comunidades dos quilombos, proceder ao reconhecimento, à delimitação e à demarcação das terras por eles ocupadas e conferir-lhes a correspondente titulação, bem como para figurar como parte legítima para promover o registro dos títulos de propriedade

nos respectivos cartórios imobiliários. 1 SUNDFELD, Carlos Ari (org.). Comunidades Quilombolas: Direito à Terra. Brasília: Fundação Cultural Palmares/ MinC/ Editorial Abaré, 2002, p. 22 e ss. 9 Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.239/DF

14. Assim dispõe a Lei nº 7.668/88 (com a redação determinada pela Medida Provisória nº 2.216-37, de 31 de agosto de 2001), que autorizou o Poder Executivo a constituir a Fundação Cultural Palmares - FCP, conferindo-lhe competências específicas:

Art. 1º Fica o Poder Executivo autorizado a constituir a Fundação Cultural Palmares - FCP, vinculada ao Ministério da Cultura, com sede e foro no distrito Federal, com a finalidade de promover a preservação dos valores culturais, sociais e econômicos decorrentes da influência negra na formação da sociedade brasileira.

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

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

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

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

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

15. Por seu turno, a Lei nº 9.649/98 (também com a redação determinada pela Medida Provisória nº 2.216-37, de 31 de agosto de 2001), que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, atribuindo-lhes as devidas competências, desta forma estabelece:

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

(...)

IV - Ministério da Cultura:

(...)

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

16. Anteriormente ao Decreto nº 4.887/2003, a regulamentação das referidas leis era feita pelo Decreto nº 3.912, de 10 de setembro de 2001, que continha 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. Nas palavras de CARLOS ARI SUNDFELD, 'trata-se de decreto fundado expressamente nos dispositivos citados - art. 14, IV, 'c', da Lei nº 9.649/98 e art. 2º, III e parágrafo único da Lei nº 7.668/88'. 2

17. O Decreto nº 4.887/2003, ora impugnado, revogou expressamente o Decreto nº 3.912/2001 (art. 25), passando a figurar como a norma regulamentadora do art. 14, IV, 'c', da Lei nº 9.649/98 e do art. 2º, III e parágrafo único da Lei nº 7.668/88.

18. Assim, como bem ressaltou a douta Advocacia-Geral da União, 'o Decreto nº 4.887, de 2003, retira seu fundamento de validade diretamente das normas do art. 14, IV, 'c', da Lei nº 9.649, de 1988, e do art. 2º, III e parágrafo único, da Lei nº 7.668/1988, e não diretamente da Constituição Federal (art. 68, ADCT)' (fls. 102).

19. Portanto, não cabe razão ao requerente quando afirma que o decreto impugnado regulamenta diretamente dispositivo constitucional, configurando-se como decreto autônomo e invadindo esfera reservada à lei.

20. Nesse ponto, vale transcrever as assertivas levantadas pela Advocacia-Geral da União:

'(...) o Decreto nº 4.887, de 2003, está no segundo grau de concretização das normas do art. 215 e do art. 216 da Constituição Federal, bem como do art. 68 do ADCT. A Lei nº 9.649, de 1998, e a Lei nº 7.668, de 1988, é que, efetivamente, regulamentam diretamente a Constituição, concretizando-a em primeiro grau. O Decreto, por sua vez, retira seu fundamento de validade das próprias leis federais, 2 Ibidem, p. 31 não havendo, portanto, a tal 'autonomia legislativa' propagada pelo requerente.' (fls. 106)

21. Dessa forma, tendo em vista os argumentos acima delineados, não se pode afirmar que existe inconstitucionalidade formal na norma impugnada. Nesse aspecto, propugnase pela regularidade formal do Decreto nº 4.887/2003.

22. Em relação ao aspecto material, impugna o requerente o art. 13 do Decreto nº 4.887/2003, que prescreve a realização de desapropriação pelo INCRA no caso de as terras ocupadas por remanescentes das comunidades de quilombos localizarem-se em área de domínio particular. Assim dispõe o art. 13:

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.

23. Afirma o requerente que, de acordo com o art. 68 do ADCT, a propriedade das terras decorre diretamente da Constituição, não podendo o Poder Público promover desapropriações. Em suas próprias palavras, 'não há que se falar em propriedade alheia a ser desapropriada para ser transferida aos remanescentes de quilombos, muito menos em promover despesas públicas para fazer frente a futuras indenizações. As terras são, desde logo, por força da própria Lei Maior, dos remanescentes das comunidades quilombolas que lá fixam residência desde 5 de outubro de 1988. O papel do Estado limita-se, segundo o art. 68 do ADCT, a meramente emitir os respectivos títulos'. Outrossim, a hipótese de desapropriação não se enquadraria em nenhuma das modalidades a que se refere o art. 5º, inciso XXIV, da Constituição.

24. Não possui razão o requerente. No caso de a terra reivindicada pela comunidade quilombola pertencer a particular, não só será possível, como necessária a realização de desapropriação. Nesse sentido, o estudo realizado por CARLOS ARI SUNDFELD3 é enfático:

'Para nós, quando a terra reivindicada pela comunidade quilombola pertencer a particular, tal propriedade deve ser previamente desapropriada para que haja a nova titulação em nome da comunidade. Nesse aspecto, não convence o já mencionado Parecer SAJ n 1.490/2001 da Casa Civil, segundo o qual não seria possível cogitar-se de 'desapropriação' de tais terras. O raciocínio do parecer foi no sentido de que a Constituição teria, tão somente, reconhecido um direito de propriedade pré-existente dos remanescentes das comunidades dos quilombos. Segundo a conclusão do parecer, qualquer atuação do Poder Público para desapropriar terras particulares com a pretensão de dar cumprimento ao art. 68 do ADCT seria ilegal e caracterizaria ato de improbidade administrativa, uma vez que a comunidade já teria um direito preexistente decorrente da posse prolongada, contínua, pacífica e cum animo domini...!'

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 quilombola de forma diversa e não teve a pretensão de criar uma forma originária de aquisição da propriedade em favor das comunidades remanescentes de quilombos, sem o pagamento de qualquer indenização ao proprietário, assim reconhecido pelas formas de direito.

O direito constitucional da propriedade só pode ser limitado nas formas e procedimentos expressamente estabelecidos na Constituição. Não é viável falar-se em perda 'imediata' da propriedade no caso de terras ocupadas por comunidades quilombolas, como sustentou o Parecer nº 1.490/01 da Casa Civil. A perda compulsória da propriedade particular em favor de remanescentes de comunidades quilombolas só pode dar-se em razão de usucapião ou pela desapropriação.

Assim, no caso de a comunidade quilombola localizar-se em terra particular, tal propriedade deve ser previamente desapropriada para que haja a nova titulação em nome da comunidade. O fundamento 3 *ibidem*, p. 116-118. 1 Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.239/DF desta desapropriação é constitucional e decorre diretamente do § 1º do seu art. 216, cuja disposição é: 'O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação'.

É inequívoco que a proteção constitucional das comunidades de remanescentes dos quilombos não se restringe ao art. 68 do ADCT, mas também decorre dos arts. 215 e 216 da Constituição Federal. O art. 216 da Constituição Federal declarou como patrimônio cultural brasileiro os bens materiais e imateriais, tomados de forma individual ou coletiva, que reportem de alguma forma aos grupos formadores da sociedade brasileira. E, como grupos formadores da sociedade brasileira (art. 215), as comunidades remanescentes de quilombos recebem a proteção jurídico-constitucional do dispositivo que, no seu § 1º, prevê a desapropriação como uma das formas de acautelamento e preservação de que o Poder Público dispõe.

Nossa conclusão, portanto, é que o Poder Público, para garantir às comunidades quilombolas a propriedade definitiva das terras que estejam ocupando, no caso de elas pertencerem a particulares, deve lançar mão do processo de desapropriação, com fundamento no art. 216, § 1º da Constituição Federal. O referido processo de desapropriação é de nítido interesse social, com fundamento constitucional no art. 216, § 1º, e será feito em benefício de comunidades quilombolas'.

25. O requerente ainda aponta a existência de inconstitucionalidade em relação ao art. 68 do ADCT, pois o Decreto nº 4.888/2003, em seu art. 2º, elege o critério da autoatribuição (autodefinição da própria comunidade) para identificar os remanescentes das comunidades de quilombos. De acordo com o requerente, 'resumir a identificação dos remanescentes a critérios de autodeterminação frustra o real objetivo da norma constitucional, instituindo a provável hipótese de se atribuir a titularidade dessas terras a pessoas que efetivamente não tem relação com os habitantes das comunidades formadas por escravos fugidos, ao tempo da escravidão do país'.

26. Aqui também o argumento do requerente não possui fundamento. Como bem explicitado pela Advocacia-Geral da União, 'ao impugnar o Decreto nº 4.887, de 2003, quanto ao critério da auto-atribuição, o autor, na verdade, impugna não a constitucionalidade em si, mas tão-somente volta-se contra o critério da autoatribuição eleito para identificar as comunidades quilombolas. A rigor, não há uma 1 Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.239/DF questão de inconstitucionalidade em jogo. Evidencia-se, isso sim, uma controvérsia metodológica (se é que assim se possa considerar, na medida em que os mais recentes avanços da Antropologia ratificam os critérios estabelecidos no Decreto nº 4.887, de 2003), que há de resolver-se no âmbito da ciência antropológica, e não do Direito' (fls. 112).

27. No presente caso, para a delimitação do conteúdo essencial da norma do art. 68 do ADCT, não pode o jurista prescindir das contribuições da Antropologia na definição da expressão

'remanescentes das comunidades dos quilombos'. Segundo relato de ELIANE CANTARINO O'DWYER, 'os antropólogos, por meio da Associação Brasileira de Antropologia (ABA), fundada em 1955, tiveram papel decisivo no questionamento de noções baseadas em julgamentos arbitrários, como a de remanescente de quilombo, ao indicar a necessidade de se perceberem os fatos a partir de uma outra dimensão que venha a incorporar o ponto de vista dos grupos sociais que aspiram à vigência do direito atribuído pela Constituição'.(O'DWYER, Eliane Cantarino. Os quilombos e a prática profissional dos antropólogos. In: Quilombos: identidade étnica e territorialidade. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2002, p. 18)

28. Assim, o critério da auto-atribuição é considerado pela Antropologia como o parâmetro mais razoável para a identificação das comunidades quilombolas. Os estudos realizados pelo antropólogo F. BARTH⁵ chegam à conclusão de que a identificação de grupos étnicos não depende mais de parâmetros diferenciais objetivos fixados por um observador externo, mas dos 'sinais diacríticos', é dizer, das diferenças que os próprios integrantes das unidades étnicas consideram relevantes. Como assevera ELIANE CANTARINO O'DWYER, 'essa abordagem tem orientado a elaboração dos relatórios de identificação, os também chamados laudos antropológicos, no contexto da aplicação dos direitos constitucionais às comunidades negras rurais consideradas remanescentes de quilombos, de acordo com o preceito legal'. Assim, 'em vez de emitir uma opinião preconcebida sobre os fatores sociais e culturais que definem a existência de limites, é preciso levar em conta somente as diferenças consideradas significativas para os membros dos grupos étnicos'. Nesse caso, 'apenas os fatores socialmente relevantes podem ser considerados diagnósticos para assinalar os membros de um grupo, e a característica crítica é a auto-atribuição de uma identidade básica e mais geral que, no caso das comunidades negras rurais, costuma ser determinada por sua origem comum e formação no sistema escravocrata'.⁶

29. Também nesse sentido, o Estudo realizado pela Sociedade Brasileira de Direito Público⁷, acima citado: '(...) o critério a ser seguido na identificação dos remanescentes das comunidades quilombolas em si é também o da 'autodefinição dos agentes sociais'. Ou seja, para que se verifique se certa comunidade é de fato quilombola, é preciso que se analise a construção social inerente àquele grupo, de que forma os agentes sociais se percebem, de que forma 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.'

30. Cabe, ainda, citar os estudos antropológicos de ALFREDO WAGNER BERNO DE ALMEIDA⁸:

'O recurso de método mais essencial, que suponho deva ser o fundamento da ruptura com a antiga definição de quilombo, refere-se às representações e práticas dos próprios agentes sociais que viveram e construíram tais situações em meio a antagonismos e violências extremas. A meu ver, o ponto de partida da análise crítica é a indagação de como os próprios agentes sociais se definem e representam suas relações e práticas com os grupos sociais e as agências com que interagem. Esse dado de como os grupos sociais chamados 'remanescentes' se definem é elementar, porquanto foi por essa via que se construiu e afirmou a identidade coletiva. O importante aqui não é tanto como as agências definem, ou como uma ONG define, ou como um partido político define, e sim como os próprios sujeitos se auto-representam e quais os critérios políticoorganizacionais que norteiam suas mobilizações e forjam a coesão em torno de uma certa identidade. Os procedimentos de classificação que interessam são aqueles construídos pelos próprios sujeitos a partir dos próprios conflitos, e não necessariamente aqueles que são produtos de classificações externas, muitas vezes estigmatizantes. Isso é básico na consecução da atividade coletiva e das categorias sobre as quais ela se apóia.'

31. Em seguida, afirma o antropólogo:

'Não pode se impor o desígnio do partido, a vontade da ONG ou a utopia do mediador a uma situação real: ao contrário, há que partir das condições concretas e das próprias representações, das relações com a natureza e demais dos agentes sociais diretamente

envolvidos para se construir os novos significados. No momento atual, para compreender o significado de quilombo e o sentido dessa mobilização que está ocorrendo, é preciso entender como é que historicamente esses agentes sociais se colocaram perante os seus antagonistas, bem como entender suas lógicas, suas estratégias de sobrevivência e como eles estão se colocando hoje ou como estão se autodefinindo e desenvolvendo suas práticas de interlocução. A incorporação da identidade coletiva para as mobilizações e lutas, por uma diversidade de agentes sociais, pode ser mais ampla do que a abrangência de um critério morfológico e racial. Ao visitarmos esses povoados, em zonas críticas de conflito, podemos constatar, por exemplo, que há agentes sociais de ascendência indígena que lá se encontram mobilizados e que estão se autodefinindo como pretos. De igual modo, podemos constatar que há situações outras em que agentes sociais poderiam aparentemente ser classificados como negros se encontram mobilizados em torno da defesa das chamadas terras indígenas. O critério de raça não estaria mais recortando e estabelecendo clivagens, como sucedeu no fim do século XIX. Esse é um dado de uma sociedade plural, do futuro, que deve ser repensado. Raça não seria mais necessariamente um fato biológico, mas uma categoria socialmente construída. Certamente que há um debate cotidiano em face de cada situação dessas ou a cada vez que o aparato administrativo e burocrático envia seus quadros técnicos para verificações in loco desses antagonismos. Mas seria um absurdo sociológico imaginar que alguns classificadores nostálgicos queiram tentar colocar 'cada um em seu lugar' tal como foi definido pelo nosso mito de três raças de origem, acionando também o componente da 'miscigenação' que equilibra as tensões inerentes ao modelo. Insistir nisso significa instaurar um processo de 'limpeza étnica', colocando compulsoriamente cada um no que a dominação define naturalmente como 'seu lugar'. (...) Certamente que a partir da consolidação de uma existência coletiva ou da objetivação do movimento quilombola tem-se uma força social que se contrapõe a essa classificação, isto é, passa a prevalecer a identidade coletiva acatada pelo próprio grupo em oposição às designações que lhe são extremamente atribuídas. Os recentes trabalhos de campo dos antropólogos têm indicado isso.'

32. Portanto, como bem afirma O'DWYER, 'em última análise, cabe aos próprios membros do grupo étnico se auto-identificarem e elaborarem seus próprios critérios de pertencimento e exclusão, mapeando situacionalmente as suas fronteiras étnicas'.⁹

33. Esse é o critério adotado pela Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre os Povos Indígenas e Tribais, segundo a qual é a consciência de sua identidade que deverá ser considerada como critério fundamental para sua identificação (Vide Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004).

34. Ademais, o critério da auto-atribuição é complementado por outras regras disciplinadas pelo Decreto nº 4.887/2003 para a identificação das comunidades quilombolas (Vide arts. 3o a 10).

35. Além da inconstitucionalidade dos critérios de identificação das comunidades de quilombos, o requerente indica a incompatibilidade com o art. 68 do ADCT na forma como o decreto estipulou (art. 2o, §§ 2o e 3o) a caracterização das terras a serem reconhecidas a estas comunidades. A inconstitucionalidade estaria na excessiva amplitude dos critérios e na sujeição aos indicativos fornecidos pelas próprias comunidades interessadas.

36. Para o requerente, 'parece evidente que as áreas a que se refere a Constituição consolidam-se naquelas que, conforme estudos histórico-antropológicos, constatouse a localização efetiva de um quilombo. Desse modo, descabe, ademais, sujeitar a delimitação da área aos critérios indicados pelos remanescentes (interessados) das comunidades dos quilombos. Trata-se, na prática, de atribuir ao pretense remanescente o direito de delimitar a área que lhe será reconhecida. Sujeitar a demarcação das terras aos indicativos dos interessados não constitui procedimento idôneo, moral e legítimo de definição' (fls. 12).

37. Por isso, sustenta o requerente que 'a área cuja propriedade deve ser reconhecida constitui apenas e tão-somente o território em que comprovadamente, durante a fase imperial da história do Brasil, o quilombo se formara' (fls. 12). 9 Op. cit. p. 24

38. Ocorre que tal critério, escolhido pelo requerente, e antes eleito como critério oficial pelo Decreto nº 3.912/2001 (revogado), foi alvo de intensas críticas de estudiosos sobre o tema. Sobre a questão, vale transcrever as críticas formuladas pelo Procurador da República WALTER CLAUDIUS ROTHEMBURG¹⁰, ao comentar o antigo Decreto nº 3.912/2001:

'O equívoco do decreto aqui [no art. 1o, parágrafo único, incs. I e II] é evidente e não consegue salvar-se nem com a melhor das boas vontades. Do ponto de vista histórico, sustenta-se a formação de quilombolas 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 para outro lugar. Então, as terras em questão podem ter sido ocupadas por quilombolas depois de 1888. Ademais, várias razões poderiam levar a que as terras de quilombos se encontrassem, em 1888, ocasionalmente desocupadas. Imagine-se um quilombo anterior a 1888 que, por violência dos latifundiários da região, houvesse sido desocupado temporariamente em 1888 mas voltasse a ser ocupado logo em seguida (digamos, em 1889), quando a violência cessasse. Então, as terras em questão podem não ter estado ocupadas por quilombolas em 1888. Tão arbitrária é a referência ao ano de 1888 que não se justifica sequer a escolha em termos amplos, haja vista que a Lei Áurea é datada de 13 de maio: fevereiro de 1888 não seria mais defensável do que dezembro de 1887. Não fosse por outro motivo, essa incursão no passado traria sérias dificuldades de prova, e seria um despropósito incumbir os remanescentes das comunidades dos quilombos (ou qualquer outro interessado) de demonstrar que a ocupação remonta a tanto tempo.'

39. Como se vê, o critério que restringe as terras passíveis de titulação pelas comunidades quilombolas àquelas por estas ocupadas em 1888, adotado pelo já revogado Decreto nº 3.912/2001, é totalmente despropositado. Nesse sentido, o critério utilizado pelo Decreto nº 4.887/2003 parece ser mais compatível com os parâmetros eleitos pelos estudos antropológicos para definição das comunidades quilombolas e de seus respectivos espaços de convivência. Esta é a conclusão de CARLOS ARI SUNDFELD¹¹:

'Outro parâmetro importante na identificação das comunidades quilombolas é a percepção de como as terras são utilizadas pelas mesmas. A territorialidade é um fator fundamental na identificação dos grupos tradicionais, entre os quais se inserem os quilombolas.

Tal aspecto desvenda a maneira como cada grupo molda o espaço em que vive, e que se difere das formas tradicionais de apropriação dos recursos da natureza. São as terras de uso comum, em especial as 'terras de preto', cuja ocupação não é feita de forma individualizada, e sim em um regime de uso comum. O manejo do espaço territorial 'obedece a sazonalidade das atividades, sejam agrícolas, extrativistas e outras, caracterizando diferentes formas de uso e ocupação do espaço que tomam por base de parentesco e vizinhança, assentados em relações de solidariedade e reciprocidade'. A categoria 'terra de preto' tem uma lógica de funcionamento própria, codificada, como expressa Alfredo W. B de Almeida: 'os recursos hídricos, por exemplo, não são privatizados, não são individualizados; os recursos de caça, pesca, do extrativismo não são sempre individualizados num plano de famílias, pois ninguém divide o produto da roça coletivamente.

Dessa forma, e de um lado, deve ser dada especial atenção, dentre os parâmetros de identificação do território das comunidades quilombolas, à sua identidade coletiva. Trata-se de identificar a forma pela qual o grupo remanescente de quilombo conseguiu manter o seu modo de vida, resistindo às influências externas e mantendo os seus traços culturais e habitacionais ao longo das gerações. A partir da identificação desse modo de vida, conclui-se, em regra, que a titulação deve recair não só sobre os espaços em que o grupo mora e cultiva, mas também sobre aqueles necessários ao lazer, à manutenção da religião, à perambulação entre as famílias do grupo e também aqueles destinados ao estoque de recursos naturais'.

40. Portanto, a identificação das terras pertencentes aos remanescentes das comunidades de quilombos deve ser realizada segundo critérios históricos e culturais próprios de cada

comunidade, assim como levando-se em conta suas atividades sócio-econômicas. A identidade coletiva é parâmetro de suma importância, pelo qual são determinados os locais de habitação, cultivo, lazer e religião, bem como aqueles em que o grupo étnico identifica como representantes de sua dignidade cultural. O critério estabelecido no Decreto nº 4.887/03 está de acordo com os parâmetros mencionados. 41. Ante o exposto, o parecer é pela improcedência da ação.

(...)'

Com efeito, por força do disposto no texto constitucional de 1988, o artigo 68 do ADCT, inspirado no ideário que inaugura o Estado Brasileiro na Dignidade Humana e no respeito e tutela dos seguimentos sociais e éticos que compõem a diversidade da população brasileira, visando, ainda, à erradicação das desigualdades, assegurou aos remanescentes das comunidades dos quilombos a propriedade definitiva das terras que estejam ocupando, incumbindo ao intérprete dar ao mencionado preceito constitucional a sua plena eficácia, nos termos, também, do disposto nos artigos 215 e 216, § 5º, da CF/88, para que os integrantes das comunidades quilombolas possam continuar vivendo segundo as suas próprias tradições culturais, assegurando-se-lhes a efetiva participação em uma sociedade pluralista como é a nossa.

Consequentemente, ao se fixar o sentido do art. 68 do ADCT não cabe ao intérprete distinguir onde a lei não o faz (Carlos Maximiliano, in *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 6ª ed., Freitas Bastos, 1957, p. 306, n. 300), notadamente quando se trata, como é o caso dos autos, de interpretação constitucional.

A respeito, pertinente o magistério sempre autorizado de Pontes de Miranda, verbis:

'Na interpretação das regras jurídicas gerais da Constituição, deve-se procurar, de antemão, saber qual o interesse que o texto tem por fito proteger. É o ponto mais rijo, mais sólido; é o conceito central, em que se há de apoiar a investigação exegética. Com isso não se proscreve a exploração lógica. Só se tem de adotar critério de interpretação restritiva quando haja, na própria regra jurídica ou noutra, outro interesse que passe à frente. Por isso, é erro dizer-se que as regras jurídicas constitucionais se interpretam sempre com restrição. De regra, o procedimento do intérprete obedece a outras sugestões, e é acertado que se formule do seguinte modo: se há mais de uma interpretação da mesma regra jurídica inserta na Constituição, tem de preferir-se aquela que lhe insufla a mais ampla extensão jurídica; e o mesmo vale dizer-se quando há mais de uma interpretação de que sejam suscetíveis duas ou mais regras jurídicas consideradas em conjunto, o de que seja suscetível proposição extraída, segundo os princípios, de duas ou mais regras. A restrição, portanto, é excepcional.'

(In *Comentários à Constituição de 1967 com Emenda nº 1 de 1969*, 3ª ed. Forense, Rio de Janeiro, 1987, t. I, p. 302, n. 14).'

No tocante à utilização da desapropriação, eu homenageio o posicionamento da Desembargadora Federal Maria Lúcia Luz Leiria, ainda que sem adotá-lo completamente. Manifestou-se a ilustre magistrada, que até bem pouco tempo acrescentou seu invulgar brilho aos trabalhos deste Tribunal, absolutamente contra a utilização da desapropriação para titulação dos quilombolas, porque, a seu sentir, o art. 68 do ADCT já outorga o título, ipso facto de tratar-se de remanescente de quilombo. Concordo com a assertiva de que o reconhecimento da propriedade e respectiva titulação emerge da situação fática de tratar-se de remanescente de quilombo. Mas entendo, venia concessa, que, na hipótese presente, a desapropriação nasce de interesse social. O remanescente de quilombola que está na posse de terras segundo o art. 68 tem direito à titulação direta; mas em lugar algum vejo proibido o uso

pelo Poder Público da desapropriação para uma política pública de alto cunho social. É interesse social, sim, e como interesse social é que se faz a regulamentação por decreto, que absolutamente nada tem de autônomo. A transitoriedade do art. 68 do ADCT é explicada simplesmente porque se mandou titularizar; e, no momento em que foi outorgado o último título, esgota-se a necessidade do artigo. É transitório, é provisório por isso. Agora, jamais ficará obstaculizada a utilização da desapropriação por interesse social para uma política de reconhecimento de direitos em relação aos quilombolas. A Constituição determina que o Estado promova a titulação. O Estado está titulando. Se para tal escopo é necessário tolher direitos de terceiros de boa-fé, justo que se desaproprie e que se indenize. Preserva-se, assim, o quilombo como patrimônio cultural do país.

No que tange à sociedade tribal, estava lembrando aqui das verdadeiras guerras tribais que existem na África. De maneira nenhuma tribo é uma coisa só de índio. E vou dizer mais: quando precisaram, foram buscar não só nas fazendas, mas também nos quilombos, os Lanceiros Negros.

De qualquer modo, não vejo absolutamente essa inconstitucionalidade, não vejo também por que eu haveria de vincular o meu entendimento ao entendimento do ilustre Cezar Peluso, uma vez que foi um voto emitido dentro de um julgamento que ainda não se complementou, e cujo resultado pode ser diverso daquele proposto pelo eminente Ministro.

Peço vênias para divergir e voto pela constitucionalidade do decreto.

Ante o exposto, voto no sentido de rejeitar a presente arguição de inconstitucionalidade.

É o voto.

Des. Federal Luiz Carlos de Castro Lugon