

18/04/2012

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.239 DISTRITO FEDERAL

V O T O

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

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

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

ADI 3.239 / DF

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

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

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

ADI 3.239 / DF

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

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

ADI 3.239 / DF

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

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

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

ADI 3.239 / DF

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

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

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

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

I - (...)

II - (...)

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

ADI 3.239 / DF

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

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

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

IV – Ministério da Cultura: (...)

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

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

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

Conheço, pois, da demanda.

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

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

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

ADI 3.239 / DF

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

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

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

2. É caso de inconstitucionalidade formal.

Dispõe o art. 68 do ADCT:

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

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

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

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

ADI 3.239 / DF

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

Desnecessário, entretanto, olhos de lince para perceber que não se está, aí, diante de uma das disposições constitucionais *bastantes em si, completas e suficientemente precisas na sua hipótese de incidência* e no ministrar os meios pelos quais se possa exercer ou proteger o direito que conferem, ou cumprir o dever e desempenhar o encargo que elas impõem¹, **mas de norma que reclama ação legislativa integrativa no concernente à definição das terras cujo domínio foi reconhecido, à identificação dos beneficiários desse reconhecimento e ao processo de expedição dos referidos títulos.** (Grifamos).

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

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

“Há inovação proibida sempre que se possa afirmar que

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

ADI 3.239 / DF

um específico direito, dever, obrigação, limitação ou restrição incidente sobre alguém já não estava estatuído e identificado na lei regulamentada.

Certo, o nosso sistema jurídico-constitucional prevê a figura do regulamento autônomo ou independente, quando sua emanação *é indispensável à efetiva atuação do executivo em relação a determinadas matérias, definidas como de sua competência*, na lição do Min. Eros Grau² (...).

Não configurando o Decreto nº. 4.887/2003 nenhuma das hipóteses previstas nos dispositivos autorizadores dos decretos autônomos ou independentes (...), salvo na parte em que confere atribuições a órgãos governamentais (arts. 3º, *caput* e § 2º; 4º e 5º), não há senão considerar que se está diante de decreto expedido na forma do inciso VI do art. 84 da Constituição, com o propósito de dar fiel execução à lei – como, aliás, declarado em seu intróito.”

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

“O poder regulamentar não é poder legislativo, por conseguinte não pode criar normatividade que inove a ordem jurídica. Seus limites naturais situam-se no âmbito da competência executiva e administrativa, onde se insere. Ultrapassar esses limites importa abuso de poder, usurpação de competências, tornando írrito o regulamento dele proveniente.

“Lei e regulamento são, ambos, normas jurídicas gerais e abstratas, obrigatórias e relativamente permanentes. A distinção fundamental, hoje aceita pela generalidade dos autores, está em que a lei inova a ordem jurídico-formal, seja modificando normas preexistentes, seja regulando matéria ainda não regulada normativamente. Ao passo que o regulamento não contém, originariamente, novidade modificativa da ordem

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

ADI 3.239 / DF

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

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

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

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

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

ADI 3.239 / DF

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

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

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

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

ADI 3.239 / DF

1967, com a Emenda nº. 1/69; 3ª ed., 1987, vol. III, p.312.” (ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ, *Conflito entre Poderes: Poder congressional de sustar atos normativos do Poder Executivo*, RT, 1994, pág. 73).

“No Brasil, não há nenhuma matéria reservada ao regulamento. Todos os campos normativos são, em princípio, disciplináveis pela lei. Vigora entre nós, em relação ao campo de ação do ato legislativo, o princípio da universalidade da lei. Ademais, apenas a lei pode, originariamente, inovar a ordem jurídica pra criar direitos e obrigações e para restringir a liberdade e a propriedade. O art. 5º, II, da Constituição deixa claro que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.” (CLEMERSON MERLIN CLÈVE, *Atividade Legislativa do Poder Executivo*, Revista dos Tribunais, v. 2000, pág. 152).

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

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

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

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

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

ADI 3.239 / DF

“Art. 11 (...)

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

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

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

(...)

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

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

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

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

ADI 3.239 / DF

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

(...)

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

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

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

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

ADI 3.239 / DF

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

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

(...)

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

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

ADI 3.239 / DF

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

intransponível à suspensão cautelar da lei questionada ou mesmo à admissibilidade da ação direta, que a impugne, quando a situação de inconstitucionalidade com enunciado acaso já se manifestasse na legislação anterior.

...

80. De tudo, rejeito a argüição e declaro constitucional a norma expressa na oração “salvo manifestação em sentido contrário”, da parte final do § 2º do art. 11 da L. 9868/99: é o meu voto.” (Grifei)

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

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

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

ADI 3.239 / DF

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

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

3. Há, também, inconstitucionalidade material.

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

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

“O Decreto 4.887, de 2003, além de inconstitucional, sob o ponto de vista formal, contém dispositivos ofensivos à Constituição. É dizer, contém normas materialmente inconstitucionais, normas que, mesmo se veiculadas mediante lei, apresentariam o mesmo vício. É que elas inovam e desvirtuam o disposto no art.68 do ADCT.

Muito se escreveu a respeito do tema. A maioria dos trabalhos, bons trabalhos, é necessário registrar, são, entretanto, trabalhos metajurídicos, escritos sob o ponto de vista étnico – alguns chegam a falar num ramo do Direito, o Direito Étnico – sócio-antropológico e político. São bons trabalhos, repete-se, que pugnam mais pelo ideal de proteção aos descendentes dos quilombolas, o que é elogiável. Por tal razão, são muito mais de *lege ferenda* do que de *lege lata*, refletidores, portanto, do que devia ser, tendo em consideração os conceitos metajurídicos em que se assentam, do que efetivamente, é, tendo em linha de conta conceitos jurídicos.”

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

ADI 3.239 / DF

Sociedade Brasileira de Direito Público³, para a Fundação Palmares, sob a coordenação do Professor CARLOS ARY SUNDFELD, e que consubstancia ampla análise do tema, sob os aspectos constitucional e administrativo. É admirável o esforço que desenvolveram, em ambas as áreas do conhecimento, numa perspectiva tão humanista quanto de apurada consciência social.

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

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

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

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

Âmbito Federal

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

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

ADI 3.239 / DF

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

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

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

(...)

V – Ministério da Cultura:

a) política nacional da cultura;

b) proteção do patrimônio histórico e cultural;

c) cumprimento do disposto no art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias”

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

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

"Art. 1º A Fundação Cultural Palmares, fundação pública, instituída por autorização da Lei nº 7.668, de 22 de agosto de

ADI 3.239 / DF

1988, vincula-se à Secretaria da Cultura da Presidência da República, nos termos do art. 30 do Decreto nº 99.244, de 10 de maio de 1990.

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

(4) Medida Provisória nº 2.123-27/2000: acrescenta o inciso III e o parágrafo único ao art. 2º da Lei nº 7.668/88 e especifica as atribuições da Fundação Palmares:

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

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

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

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

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

(5) MP 2.123-28/2001⁴: altera a redação do art. 14, inc. IV, "c", da Lei de Organização da Presidência da República e dos Ministérios e especifica as competências do Ministério da Cultura:

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

ADI 3.239 / DF

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

(...)

IV - Ministério da Cultura:

a) política nacional da cultura;

b) proteção do patrimônio histórico e cultural;

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

(Grifamos).⁵

(6) Decreto nº 3.912, de 10 de setembro de 2001: regulamenta "as disposições relativas ao processo administrativo para identificação dos remanescentes das comunidades dos quilombos e para o reconhecimento, a delimitação, a demarcação, a titulação e o registro imobiliário das terras por eles ocupadas".

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

Foram estas as conclusões acerca do alcance da norma constitucional:

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

ADI 3.239 / DF

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

“O exame dos atos administrativos em questão tem como ponto de partida o disposto no art. 68 do ADCT, já que é ele o fundamento jurídico da pretensão do Ministério do Desenvolvimento Agrário.

Dispõe o citado artigo da Constituição que *“aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos”*.

O enunciado do dispositivo inicia com a oração "Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras". Daí decorrem duas afirmações importantes para a fixação do alcance da norma constitucional.

A primeira refere-se ao reconhecimento da posse prolongada, contínua, específica e *cum animo domini* que as pessoas beneficiadas com a aplicação do art. 68 do ADCT tenham no momento da promulgação da Constituição de 1988. Com efeito, da ligação entre o adjetivo remanescentes, empregado "para designar coisas ou pessoas que ficam ou que subsistem, após o evento de qualquer fato" (De Plácido e Silva, Vocabulário Jurídico, Forense, Vol. IV, p. 87), e a expressão "ocupando suas terras" surge a idéia de continuidade da posse, transmitida de geração em geração, de forma pacífica e exercida sempre com intenção de dono.

A segunda diz respeito à existência daquela posse qualificada, em 05 de outubro de 1988, como requisito essencial para o reconhecimento do direito de propriedade aos remanescentes ("que estejam ocupando")."

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

ADI 3.239 / DF

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

“A parte final da norma constitucional também indica a correção da exegese exposta, pois apenas autoriza o Estado a emitir os títulos de propriedade aos remanescentes das comunidades dos quilombos. Significa isso que a União somente tem a atribuição de emitir documento escrito no qual fique expresso o direito de propriedade reconhecido pela própria Constituição aos remanescentes, para que estes possam registrá-lo no competente cartório de registro de imóveis. Novamente, fica patente a preocupação do constituinte de 1988 com a segurança jurídica.

Pelos argumentos até o momento expendidos, nota-se que é inadmissível a desapropriação de terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos que visa reconhecer a estes a propriedade daqueles imóveis. A autorização constitucional para a intervenção da União nos casos disciplinados pelo citado artigo cinge-se à emissão de títulos de propriedade.

Além do mais, o próprio conceito de desapropriação impede que a União leve a efeito os atos administrativos questionados. Segundo Maria Sylvia Zanella di Pietro, *“desapropriação é o procedimento administrativo pelo qual o poder público ou seus delegados, mediante prévia declaração de necessidade pública ou interesse social, impõe ao proprietário a perda de um bem, substituindo-o em seu patrimônio por justa indenização”* (Direito Administrativo, Atlas, 12^a ed., p. 151).

Ora, a desapropriação, praticada com o fim de expropriar o imóvel de determinada pessoa para, posteriormente, transferir-lhe de novo a propriedade daquele mesmo bem, certamente não atende à necessidade pública, à utilidade pública ou ao interesse social. O máximo que esse ato administrativo pode atender é ao interesse particular do

ADI 3.239 / DF

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

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

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

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

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

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

O art. 2º da Lei nº 7.668, de 22 de agosto de 1988, alterado pelo art. 8º da Medida Provisória nº 2.216, de 31 de agosto de 2001, preceitua:

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

ADI 3.239 / DF

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

(...)

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

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

Já o art. 14 da Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998, com a redação dada pelo art. 1º da citada medida provisória, estabelece:

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

(...)

IV - Ministério da Cultura: (...)

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

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

Também é claro e expresso o art. 14, inciso IV, alínea c, da Lei nº 9.649, de 1988, ao estabelecer a competência exclusiva do Ministério da Cultura para aprovar a delimitação e determinar a demarcação das terras cuja propriedade foi reconhecida pela Constituição aos remanescentes.

ADI 3.239 / DF

A leitura desses dois artigos de lei deixa clara a incompetência do Ministério do Desenvolvimento Agrário e do INCRA para iniciarem o processo administrativo de reconhecimento da propriedade das terras dos remanescentes das comunidades dos quilombos, ou para promoverem as suas delimitações e demarcações. Tais competências, repita-se, são exclusivas, respectivamente, da Fundação Cultural Palmares e do Ministério da Cultura.

Ademais, se nem a Fundação Cultural Palmares e o Ministério da Cultura, que têm a competência exclusiva para reconhecer o direito de propriedade aos remanescentes das comunidades dos quilombos, não podem desapropriar os imóveis referidos no art. 68 do ADCT, impossível admitir que o Ministério do Desenvolvimento Agrário ou o INCRA expropriem esses bens com a finalidade de dar cumprimento ao citado dispositivo constitucional.

Convém salientar que eventuais desapropriações praticadas pelo Ministério do Desenvolvimento Agrário ou pelo INCRA, sob o fundamento equivocado de cumprir o art. 68 do ADCT, não terão apenas conseqüências administrativas, como por exemplo, a nulidade dos atos. Em verdade, aqueles atos administrativos, se levados a efeito, poderão caracterizar conduta tipificada no Código Penal como crime praticado por funcionário público contra a administração em geral, bem como configurar ato de improbidade administrativa descrito na Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992.”

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

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

ADI 3.239 / DF

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

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

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

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

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

Determina, no art. 7º, que:

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

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

ADI 3.239 / DF

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

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

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

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

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

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

ADI 3.239 / DF

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

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

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

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

“Art. 8º - Constituem objetivos da Política Nacional de Saúde Integral da População Negra:

(...)

Parágrafo único. Os moradores das comunidades de remanescentes de quilombos serão beneficiários de incentivos específicos para a garantia do direito à saúde, incluindo melhorias nas condições ambientais, no saneamento básico, na segurança alimentar e nutricional e na atenção integral à saúde.”

(...)

Art. 18. É assegurado aos remanescentes das comunidades dos quilombos o direito à preservação de seus usos, costumes, tradições e manifestos religiosos, sob a proteção do Estado.

Parágrafo único. A preservação dos documentos e dos sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos, tombados nos termos do § 5º do art. 216 da Constituição Federal, receberá especial atenção do poder público.

ADI 3.239 / DF

(...)

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

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

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

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

Âmbito Estadual/Municipal

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

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

ADI 3.239 / DF

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

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

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

Âmbito Internacional

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

ADI 3.239 / DF

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

COLÔMBIA - CONSTITUICIÓN POLÍTICA (1991)

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

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

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

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

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

ADI 3.239 / DF

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

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

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE ECUADOR (1998)

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

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

1. Mantener, desarrollar y fortalecer su identidad y tradiciones en lo espiritual, cultural, lingüístico, social, político y económico.
2. Conservar la propiedad imprescriptible de las tierras comunitarias, que serán inalienables, inembargables e indivisibles, salvo la facultad del Estado para declarar su utilidad pública. Estas tierras estarán exentas del pago del impuesto predial.
3. Mantener **la posesión ancestral** de las tierras comunitarias y a obtener su adjudicación gratuita, conforme a la ley.
4. Participar en el uso, usufructo, administración y conservación

ADI 3.239 / DF

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

ADI 3.239 / DF

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

15. Usar símbolos y emblemas que los identifiquen.

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

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

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

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

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

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

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

ADI 3.239 / DF

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

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

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

I – DESTINATÁRIOS

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

No que respeita ao ano de 1888, não se deve emprestar rigor às situações que se constituíram depois do mês da abolição, dadas as dificuldades de comunicação que marcavam esse século. Foi o que não escapou à análise do parecerista CLAUDIO TEIXEIRA⁶, no artigo intitulado *“O Usucapião Singular Disciplinado no Art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias”*:

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

6

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

ADI 3.239 / DF

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

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

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

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

ADI 3.239 / DF

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

Convenci-me deste último aspecto quando tomei conhecimento de que houve discussão formal no que respeita à redação do dispositivo, entre estas alternativas: se, “*Fica declarada a propriedade definitiva das terras ocupadas pelas comunidades negras remanescentes dos quilombos (...)*”, proposta pelo substitutivo do Deputado Bernardo Cabral⁷, ou, como prevaleceu, “*Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva (...)*”.

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

Donde, tenho por inconstitucionais:

(a) o art. 2º, *caput* e §§ 1º, 2º e 3º, do Decreto 4.887/2003⁸, que estabelecem (1) o critério da auto-atribuição e autodefinição, para caracterizar quem são os remanescentes das comunidades de quilombolas; (2) a fixação de que são terras ocupadas por remanescentes, todas as possuídas a título de garantia de sua reprodução física, social

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

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

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

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

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

ADI 3.239 / DF

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

(b) o art. 17⁹, que prevê a outorga de título coletivo e pró-indiviso às comunidades de remanescentes, com obrigatória inserção de cláusula de inalienabilidade, imprescritibilidade e de impenhorabilidade.

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

II – POSSE

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

III – PROPRIEDADE

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

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

ADI 3.239 / DF

de propriedade, para posterior registro no cartório competente.

Embora, a rigor, seja desnecessário nomear essa forma de aquisição de propriedade, disciplinada pelo artigo 68 do ADCT, é de se reconhecer que suas características muito a aproximam do instituto do usucapião, como bem notou CLÁUDIO TEIXEIRA¹⁰:

“(...) o art. 68 do ADCT prevê espécie singular de usucapião, diverso daqueles estabelecidos nos arts. 181 e 191 da Constituição e no Código Civil.

Caio Mário da Silva Pereira assim escreve sobre o citado instituto jurídico:

“Daí podermos, reportando-nos aos civilistas como Lafayette Beviláqua, Espíndola, Mazeaud et Mazeaud, De Page, enunciar uma noção: Usucapião é a aquisição da propriedade ou outro direito real pelo decurso do tempo estabelecido e com a observância dos requisitos instituídos em lei. Mais simplificada, tendo em vista ser a posse que, no decurso do tempo e associada às outras exigências, se converte em domínio, podemos repetir, embora com a cautela de alterar para a circunstância de que não é qualquer posse senão a qualificada: Usucapião é a aquisição do domínio pela posse prolongada.

Como se vê, dois elementos são básicos na aquisição per usucapionem: a posse e o tempo (...) “

Ora, a aquisição da propriedade disciplinada no art. 68 do ADCT reúne esses dois elementos, porque o dispositivo, de um lado, reconhece a posse centenária, contínua e pacífica dos remanescentes sobre as terras dos quilombos (*posse prolongada*), e, de outro, atesta que eles a exercem com intenção de dono (*posse qualificada*). Pode-se afirmar, portanto, que essa norma constitucional, de fato, versa sobre espécie nova de usucapião.

E esse usucapião se apresenta como singular por duas razões específicas. A primeira reside na **impossibilidade de sua ocorrência após a promulgação da Constituição de 1988**, pois o art. 68 do ADCT visou a consolidar um direito subjetivo

10 No Parecer já citado.

ADI 3.239 / DF

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

Em síntese, trata-se de nova espécie de usucapião constitucional, cujas singularidades são: **(a)** característica não prospectiva, no que respeita ao termo inicial da posse, necessariamente anterior à promulgação da Constituição de 1988; **(b)** autorização especial do constituinte originário para que os destinatários da norma pudessem usucapir imóveis públicos, o que, na mesma Carta, está vedado expressamente pelos artigos 183, § 3^o, e 191, § único, que tratam do usucapião constitucional urbano e rural, os quais trazem ao particular o ônus de provar que o bem a ser usucapido é privado; e **(c)** desnecessidade de decreto judicial que declare a situação jurídica preexistente, exigível nas outras 04 espécies de usucapião: ordinário¹¹, extraordinário¹²,

11 “**Art. 1.242 do CC:** Adquire também a propriedade do imóvel aquele que, contínua e incontestadamente, com justo título e boa-fé, o possuir por dez anos.

Parágrafo único. Será de cinco anos o prazo previsto neste artigo se o imóvel houver sido adquirido, onerosamente, com base no registro constante do respectivo cartório, cancelada posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido a sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico.”

12 “**Art. 1.238 do CC:** Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.

Parágrafo único. O prazo estabelecido neste artigo reduzir-se-á a dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo.”

ADI 3.239 / DF

constitucional urbano¹³ e rural¹⁴.

IV – DESAPROPRIAÇÃO

Aqui reside a mais flagrante inconstitucionalidade.

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

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

Mas o diploma impugnado, porque admitiu impropriamente a ocupação presumida, previu, no art. 13¹⁵, a desapropriação de imóveis

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

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

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

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

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

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

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

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

ADI 3.239 / DF

privados.

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

Tal desapropriação, além de não disciplinada por lei específica, como impõe o inciso XXIV do art. 5º da CF, não se amolda a nenhuma das hipóteses já previstas em lei¹⁶ e que se resumem à *necessidade ou utilidade pública e interesse social*.

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

“Art. 5º. Consideram-se casos de utilidade pública:

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

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

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

ADI 3.239 / DF

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

j) o funcionamento dos meios de transporte coletivo;

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

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

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

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

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

p) os demais casos previstos por leis especiais.”

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

Lei nº. 4.132/62

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

Art. 2º Considera-se de interesse social:

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

ADI 3.239 / DF

deve ou possa suprir por seu destino econômico;

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

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

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

V - a construção de casa populares;

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

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

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

Lei nº. 8.629/93

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

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

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

ADI 3.239 / DF

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

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

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

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

“Art. 5º. Consideram-se casos de utilidade pública: (...)

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

Em segundo lugar, os bens tombados com base nesses dispositivos constitucional e legal, como leciona JOSÉ AFONSO DA SILVA¹⁷, são retirados da propriedade particular e transferidos para o domínio público. Essa é a sua finalidade. Não se prestam a nova transferência a particulares. A seguir, prossegue o jurista, são incluídos no patrimônio

17

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

ADI 3.239 / DF

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

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

Assim é que os arts. 7º, § 2º¹⁸, e 9º¹⁹, lhes prevêm a participação somente ao final e ao cabo dos trabalhos de campo de identificação, delimitação e levantamento ocupacional e cartorial, quando já estarão predefinidos fatores decisivos à perda do domínio.

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

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

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

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

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

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

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

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

ADI 3.239 / DF

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

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

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

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

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

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

Revista ISTOÉ, em 30/01/2008:

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

ADI 3.239 / DF

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

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

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

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

ADI 3.239 / DF

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

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

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

Agência Estado, em 21/11 de 2010:

“Concessão a quilombolas vira bomba fundiária para Dilma

ADI 3.239 / DF

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

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

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

O Globo, em 08/05 de 2010:

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

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

ADI 3.239 / DF

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

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

Perversão do termo “quilombo”

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

Pretensão territorial

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

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

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

A farsa de antropólogos engajados politicamente

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

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

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

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

Racismo medido em área

De fato, o quilombo histórico não serve à causa

ADI 3.239 / DF

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

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

Manipulação político-racista das palavras

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

Confúcio dizia:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

ADI 3.239 / DF

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

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

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

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

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

ADI 3.239 / DF

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

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

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

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

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

ADI 3.239 / DF

aqui enumerá-los.

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

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

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

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

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

ADI 3.239 / DF

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

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

E, ao comentar tais quantitativos, assevera:

“O que se observa é que a concretização do artigo 68 tem sido difícil. A primeira titulação de uma terra quilombola deu-se somente sete anos após a promulgação da Constituição, em novembro de 1995.

Nos últimos anos, o placar das titulações não melhorou. Atualmente, apenas 192 comunidades quilombolas contam com o título de propriedade de seu território. Esse número representa 6% da totalidade estimada pelo movimento social (3.000 comunidades), indicando que a atuação governamental ainda está muito aquém do necessário para garantir o direito à terra previsto na Constituição Brasileira e na Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho.

No início do governo Lula era grande a expectativa de avanço na implementação dos direitos das comunidades quilombolas. O Decreto 4.887 de 2003 foi saudado como uma sinalização positiva de que o governo iria agilizar o cumprimento do preceito constitucional. No entanto, os resultados em termos de titulações foram muito limitados: apenas 12 terras tituladas em 8 anos de governo Lula. Nesse mesmo período (2003 a 2010), o governo do Estado do Pará emitiu 30 títulos, o do Maranhão 19, Piauí, cinco títulos, e o de São Paulo três títulos.

Os dados relativos aos processos em andamento no Incra

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

Tal inoperância reflete-se no desempenho orçamentário do Incra. Desde 2004, o instituto não utiliza integralmente os recursos de seu orçamento destinados à titulação das terras quilombolas. Em 2004 utilizou apenas 10% do orçamento disponível; em 2005 somente 12%; em 2006 26%. O baixo desempenho manteve-se durante o segundo mandato do Governo Lula: 23% em 2007, 10% em 2008, 14% em 2009 e 6% em 2010. Até o momento, portanto, não se pode justificar o tímido placar de titulações por falta de recursos.

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

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

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

ADI 3.239 / DF

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

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

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

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