



AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N.º 3.239-9/DF

REQUERENTE: Partido da Frente Liberal – PFL

REQUERIDO: Presidente da República

RELATOR: Exmo. Senhor Ministro Cezar Peluso

Egrégio Supremo Tribunal Federal,

O Advogado-Geral da União, em atendimento ao disposto no art. 103, § 3º, da Constituição Federal, e no despacho de fl. 27, vem manifestar-se acerca da presente ação direta de inconstitucionalidade.

I. DO OBJETO DA AÇÃO

02. O Partido da Frente Liberal – PFL, requer a declaração de inconstitucionalidade do Decreto n.º 4.887, de 20 de novembro de 2003, que *“regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por*



remanescentes das comunidades dos quilombos de que trata o art. 68 da Ato das Disposições Constitucionais Transitórias”.

03. Sustenta o requerente que o aludido decreto é inconstitucional por, em síntese, (a) invadir a esfera reservada à lei, (b) prever desapropriações de terras, tendo em vista que a Constituição Federal já assegurara a propriedade delas aos remanescentes dos quilombos e (c) estabelecer como critério para identificação dos remanescentes dos quilombos o da “*auto-atribuição*”.

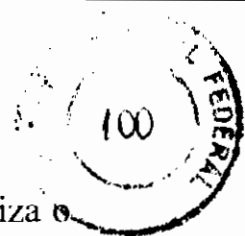
04. Não houve deferimento de medida cautelar (fl. 27), em face da aplicação do rito previsto no art. 12 da Lei n.º 9.868, de 1999.

II. PRELIMINARES

Da Falta de Cotejo Analítico

05. No desenvolvimento de sua jurisprudência, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu como um dos pré-requisitos para conhecimento de ação direta de inconstitucionalidade a necessidade do *cotejo analítico* entre a norma infraconstitucional impugnada e a Constituição Federal.

06. No caso dos autos, o PFL – aludindo a ilegitimidade de alguns dispositivos do decreto – pleiteia a declaração de inconstitucionalidade de todo o diploma normativo, sem precisar, entretanto, quais os dispositivos constitucionais que cada um de seus artigos, respectivamente, violaria. Trata-se, pois, de **impugnação genérica**, sem o indispensável cotejo



analítico entre as normas constitucionais e as atacadas, o que inviabiliza o conhecimento da presente ação direta. Nesse sentido, vale conferir alguns dos julgados do Pretório Excelso:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. IMPUGNAÇÃO ABSTRATA E GENÉRICA DE LEI COMPLEMENTAR. IMPOSSIBILIDADE DE COMPREENSÃO EXATA DO PEDIDO. NÃO CONHECIMENTO.

*1. Arguição de inconstitucionalidade de lei complementar estadual. **Impugnação genérica e abstrata de suas normas. Conhecimento. Impossibilidade.***

2. Ausência de indicação dos fatos e fundamentos jurídicos do pedido com suas especificações. Não observância à norma processual. Consequência: inépcia da inicial.” (grifos nossos)
(ADI n.º 1775-6/RJ, Pleno, por maioria, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 06/05/1998, DJ 18/05/2001)

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 9.932/99. EXIGÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR (CF, ARTIGO 192, II). INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. INICIAL DEFICIENTE QUANTO À ANÁLISE DOS TEXTOS IMPUGNADOS. NÃO-CONHECIMENTO DA AÇÃO. PRECEDENTES.

1. Impugnação isolada apenas de partes de um sistema legal, interligadas ao seu conjunto, torna inviável o conhecimento da ação direta de inconstitucionalidade, dado que, reconhecida a inconstitucionalidade parcial de alguns preceitos, os outros perdem o seu sentido.

2. Não se conhece da ação direta de inconstitucionalidade, se a inicial deixa de proceder ao cotejo analítico de todas as suas disposições, tendo em vista os dispositivos constitucionais apontados como violados. Ação direta de inconstitucionalidade que não se conhece.” (grifos nossos)

(ADI n.º 2174-5/DF, Pleno, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 14/04/2002, DJ 07/03/2003)

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - CAUSA DE PEDIR E PEDIDO.

Cumpra ao Autor da ação proceder à abordagem, sob o ângulo da causa de pedir, dos diversos preceitos atacados, sendo impróprio fazê-lo de forma genérica. A flexibilidade jurisprudencial de outrora não mais se justifica, isso diante do elastecimento constitucional do rol dos legitimados para a referida ação. Acolhimento de representação apresentada por terceiro não legitimado, visando ao ajuizamento pelo Procurador Geral da República, há de fazer-se de forma criteriosa.” (grifos nossos)



07. Dessa forma, a presente ação direta não deverá ser conhecida, tendo em vista que não se fez o devido cotejo analítico entre as normas impugnadas e a Constituição Federal.

Ofensa Reflexa à Constituição Federal

08. É, igualmente, inviável o conhecimento da presente ação direta, em razão de não existir ofensa direta à Constituição. Observe-se que, ao contrário do que sustenta o requerente, o Decreto n.º 4.887, de 2003, não constitui um decreto autônomo, que teria violado uma suposta reserva legal fixada pela Constituição Federal, para posterior regulamentação da norma do art. 68 do ADCT.

09. Passando-se por uma breve análise da legislação em vigor, verifica-se que existem algumas leis ordinárias que vêm concretizando os comandos constitucionais.

10. A Lei federal n.º 7.668, de 22 de agosto de 1988, com as alterações efetuadas pela Medida Provisória n.º 2.216-37, de 31 de agosto de 2001, autorizou ao Poder Executivo criar a Fundação Cultural Palmares (FCP), que teria as seguintes atribuições:

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



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

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

II - promover e apoiar o intercâmbio com outros países e com entidades internacionais, através do Ministério das Relações Exteriores, para a realização de pesquisas, estudos e eventos relativos à história e à cultura dos povos negros. (Vide Medida Provisória nº 2.216-37, de 31.8.2001)

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.” (grifos nossos)

11. A Lei federal n.º 9.649, de 27 de maio de 1988, que dispõe sobre a Presidência da República e dos Ministérios, com as modificações operadas pela Medida Provisória n.º 2.216-37, de 31 de agosto de 2001, estabelece:

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

(...)

IV - Ministério da Cultura:

a) política nacional de 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;” (grifos nossos)

12. Percebe-se, pois, que o Decreto n.º 4.887, de 2003, retira seu fundamento de validade diretamente das normas do art. 14, IV, “c”, da Lei n.º 9.649, de 1998, e do art. 2º, III e parágrafo único, da Lei n.º 7.668, de 1988, e não diretamente da Constituição Federal (art. 68, ADCT)



Logo, não se afigura possível, na presente hipótese, submeter o referido decreto ao juízo abstrato de constitucionalidade, uma vez que não restou devidamente caracterizado o conflito de constitucionalidade, mas sim um suposto conflito de legalidade. Destarte, eventual mácula da norma infralegal há de ser verificada em cotejo com as leis federais vigentes, interpostas entre ele (decreto) e a Constituição Federal, as quais lhe dão suporte.

13. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal já se posicionou, em algumas oportunidades:

"I. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: CABIMENTO: INEXISTÊNCIA DE INCONSTITUCIONALIDADE REFLEXA.

1. Tem-se inconstitucionalidade reflexa - a cuja verificação não se presta a ação direta - quando o vício de ilegitimidade irrogado a um ato normativo é o desrespeito à Lei Fundamental por haver violado norma infraconstitucional interposta, a cuja observância estaria vinculado pela Constituição: não é o caso presente, onde a ilegitimidade da lei estadual não se pretende extrair de sua conformidade com a lei federal relativa ao processo de execução contra a Fazenda Pública, mas, sim, diretamente, com as normas constitucionais que o preordenam, afora outros princípios e garantias do texto fundamental.

II. (...)" (grifos nossos)

(ADI n.º 2.535-0 MC/MT, Pleno, Rel. Sepúlveda Pertence, j. 19/12/2001, DJ 21/11/2003)

"Ação direta de inconstitucionalidade. Dispositivos dos Provimentos n.ºs. 08/95-CGJ, 34/95-CGJ e 39/95-CGJ da Corregedoria-Geral da Justiça do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Pedido de liminar. - Esta Corte já firmou o entendimento de que só é cabível ação direta de inconstitucionalidade para verificar-se se há ofensa ao princípio constitucional da reserva legal ou de invasão de competência legislativa de um dos membros da Federação, quando o ato normativo impugnado é autônomo, ou seja, ato normativo que não vise a regulamentar lei ou que não se baseie nela, pois, caso contrário, a questão se situa primariamente no âmbito legal, não dando ensejo ao conhecimento da ação direta de inconstitucionalidade. Ação de que não se conhece, ficando prejudicado o pedido de liminar." (grifos nossos)



(ADI n.º 1383 MC/RS, Pleno, unânime, Rel. Min. Moreira Alves, j. 14/03/1996, DJ 18/10/1996)

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 9.056, DE 02.08.89, DO ESTADO DO PARANÁ, E DECRETO Nº 6.710/90 QUE A REGULAMEN TOU.

- O plenário desta corte, ao julgar a ADIN 1540, decidiu que não cabe ação direta de inconstitucionalidade para se examinar a ocorrência, ou não, de invasão de competência entre a União Federal e os Estados-membros, porquanto, nesse caso, para a análise da inconstitucionalidade argüida, há necessidade do confronto entre leis infraconstitucionais. No caso, tendo em vista o maior âmbito de competência concorrente e comum que os artigos 23 e 24 da atual Constituição deram aos Estados- membros no que diz respeito ao cuidado da saúde, à proteção ao meio ambiente, ao combate à poluição, às normas sobre produção e consumo, hem como à proteção e defesa da saúde, para se verificar se a lei estadual em causa é, ou não, inconstitucional por invasão de competência da legislação federal, é mister que se faça o confronto entre as legislações infraconstitucionais.

Ação direta de inconstitucionalidade nº 252 não conhecida, julgando-se, em consequência prejudicada a ação direta de inconstitucionalidade nº 384, na parte concernente à mesma lei estadual, e não conhecida na parte referente ao decreto que a regulamentou.” (grifos nossos)

(ADI n.º 252-0/PR, Pleno, Rel. Min. MOREIRA ALVES, j. 20/11/1997, DJ 21/02/2003)

14. Em suma, exercendo o Presidente da República a competência conferida pelas Leis n.º 9.649, de 1998, e n.º 7.668, de 1988, nenhuma inconstitucionalidade pode ser apontada no Decreto n.º 4.887, de 2003, pelo que a presente ação direta não deve ser conhecida.

III. MÉRITO

15. Cinge-se a questão de mérito, objeto desta ação direta de inconstitucionalidade, em verificar se o Decreto n.º 4.887, de 20 de novembro de 2003, viola ou não a Constituição Federal (art. 215 e art. 216 c/c art. 68 do ADCT).



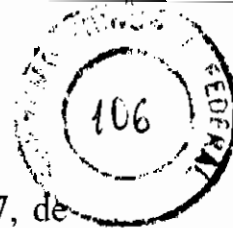
16. O juízo de constitucionalidade a ser exercido sobre o citado decreto pode ser verificado, em face de dois aspectos distintos. O primeiro diz respeito à suposta inconstitucionalidade formal do Decreto n.º 4.887, de 2003, na medida em que ele pressuporia a existência de uma lei prévia. O segundo, concernente ao próprio conteúdo material, remete a uma análise antropológica da expressão “*remanescentes das comunidades dos quilombos*” (art. 68 do ADCT).

Da constitucionalidade formal do Decreto n.º 4.887, de 2003

17. Entende o autor que o Decreto n.º 4.887, de 2003, é inconstitucional porque “*incorreu em autonomia ilegítima*” (fl. 04), invadindo a esfera reservada à lei. Afirma, ainda, que tampouco poderia apontar como fundamento do decreto a norma do art. 84, IV, da Constituição Federal, evidenciando-se sua inconstitucionalidade formal.

18. Poder-se-ia começar por apurar se a norma do art. 68 do ADCT, dentro da classificação de JOSÉ AFONSO DA SILVA quanto à aplicabilidade das normas constitucionais, é norma de eficácia limitada contida ou plena, e, por conseguinte, afastar a necessidade de lei prévia. No entanto, adere-se à sugestão de CARLOS ARI SUNDFELD¹ deixando de lado a tentativa de inserir essa norma em uma das três espécies, extraíndo, em consequência, seus efeitos, para tomá-la (a norma do art. 68 do ADCT) como ponto de partida e, assim, poder mais facilmente delimitar seu conteúdo e seu alcance. *my*

¹ Cf. SUNDFELD, Carlos Ari. *Comunidades quilombolas: direito à terra*. Brasília: Fundação Cultural Palmares/MinC e Abaré, 2002, p. 18-19. *J*



19. Como já exposto (cf. itens 08 a 14), o Decreto n.º 4.887, de 2003, está no segundo grau de concretização das normas do art. 215 e do art. 216 da Constituição Federal, bem como do art. 68 do ADCT. A Lei n.º 9.649, de 1998, e a Lei n.º 7.668, de 1988, é que, efetivamente, regulamentam diretamente a Constituição, concretizando-a em primeiro grau. O Decreto, por sua vez, retira seu fundamento de validade das próprias leis federais, não havendo, portanto, a tal “*autonomia legislativa*” propagada pelo requerente. Esse, aliás, é motivo pelo qual se argüiu a preliminar de ofensa reflexa, que obsta o conhecimento da presente ação direta. Portanto, do ponto de vista formal, nenhuma irregularidade com o decreto.

Da Constitucionalidade material

20. Para o caso de se entender que as preliminares suscitadas não impedem o conhecimento da ação, passa-se ao exame do mérito propriamente.

Da necessária pluralidade metodológica do Direito

21. Um aspecto essencial ao Direito que não foi percebido pelo partido requerente concerne às próprias limitações do Direito. É dizer: o Direito não é a resposta, nem o caminho para as repostas de todos os problemas e os males que permeiam a sociedade.



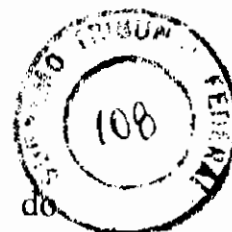
22. O Direito é limitado e limitador. Característica essa que advém do próprio processo de sua criação. O saudoso Prof. LOURIVAL VILANOVA², em sua “*Estruturas Lógicas*”, bem o demonstra, ao retratar o reducionismo por que passa o “*fato social*”, por ocasião da valoração axiológica operada pelo legislador, que clege certos elementos determinantes desse fato, tipificando-os, mediante a norma jurídica. Os outros elementos não considerados pela norma, contudo, tornam-se “*juridicamente irrelevantes*” ou “*deonticamente neutros*”.

23. Isso quer dizer que o fato jurídico que tem um substrato material transcendente ao âmbito propriamente do jurídico, revela uma inevitável “*incompletude semântica*” da norma jurídica. Assim, em seu aplicar, o jurista – do e pelo Direito – irá para além do Direito, visando ao perfeito cumprimento do comando normativo.

24. Evidencia-se, aí, a importância, como defende BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS³, de imprimir-se uma “*pluralidade metodológica*” também no Direito, permitindo-se, dessa forma, um diálogo permanente com outras formas de conhecimento e evitando-se que ele não fique reduzido à secura da dogmática jurídica. É, noutro giro, uma própria exigência da aplicabilidade e eficácia das normas jurídicas, sob pena de o discurso jurídico limitar-se a mero formalismo. Esse fator, ao que parece, não foi bem entendido pelo requerente, motivo pelo qual interpôs a presente ação direta.

² Cf. VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 211-212, 218-219.

³ Cf. SANTOS, Boaventura de Souza. *Um discurso sobre as ciências*. 12. ed. Porto: Afrontamentos, 2001, p. 37-50.



25. Nessa ordem de idéias, a “transdisciplinariedade” do conhecimento, no presente caso, remete a algumas aproximações de **natureza antropológica** para o entendimento o mais preciso possível do art. 68 do ADCT, que se refere aos “*remanescentes das comunidades dos quilombos*”. Ingressa-se, com isso, na difícil tarefa de definir etnicamente quem são os “*remanescentes*”.

A questão da identidade dos Quilombos

26. Inicialmente, convém ressaltar a dificuldade da interpretação da expressão “*remanescentes das comunidades dos quilombos*”. Consta, nesse sentido, a antropóloga ELIANE CANTARINO O'DWYER⁴:

“Podemos afirmar ainda, com Sahlins, que a idéia de quilombo como escravo fugido, que aparece na história dos princípios, é um ‘signo de referência’ e, por sua natureza, é um objeto histórico, ele não apenas reflete o mundo existente ou pré-existente, revelado pelos documentos, como muito menos segue os usos prescritos pela conceituação. Ao contrário, a categoria quilombo, como objeto simbólico representa um interesse diferencial para os diversos sujeitos históricos, ‘de acordo com sua posição em seus esquemas de vidas’. Por isso, o uso da categoria quilombo, no contexto da afirmação dos direitos constitucionais de segmentos importantes e expressivos da sociedade brasileira, através do cumprimento do art. 68 do ADCT, da Constituição Federal de 1988, tem sido objeto de ‘mal-entendidos’, devido à perspectiva do observador, ainda que, social e culturalmente, esse uso possa ser considerado ‘criativo’.”. (grifos nossos)

27. Dessa feita, a questão fundamental da aplicabilidade do art. 68 do ADCT consiste no método ou critério de identificação das comunidades quilombolas. my

⁴ O'DWYER, Eliane Cantarino. *Os quilombos do trombetas e do erepecuru-cuminá*. In: Quilombos Identidade étnica e territorialidade. Org.: Eliane Cantarino O'Dwyer. Rio de Janeiro: FGV, 2002, p. 267.



28. O Decreto n.º 3.912, de 10 de setembro de 2001, revogado pelo art. 25 do Decreto n.º 4.887, de 2003, que acolheu em quase todos os seus termos o Parecer SAJ n.º 1.490, de 2001, da Casa Civil da Presidência da República, de autoria de CLÁUDIO TEIXEIRA DA SILVA, por sua vez, ao centrar-se nas discussões sobre as terras ocupadas pelos “*remanescentes*”, adotou dois critérios (cumulativos) para a titulação das terras: (1) **as terras fossem ocupadas por quilombos em 1888**; além disso, (2) **as terras estivessem sendo, efetivamente, ocupadas na data da promulgação da Constituição Federal de 1988**.

29. Esse decreto sofreu severas críticas dos especialistas. De fato, observa a antropóloga LEINAD AYER DE OLIVEIRA⁵ que “*as transformações sociais que dão significado à História dificilmente têm um começo definível, e as datas, na compreensão dos processos históricos, têm uma função meramente didática*”.

30. O Decreto n.º 3.912, de 2001, parte do conceito colonial e imperial de quilombos, há muito abandonado pelos antropólogos. Esse conceito, decorrente da consulta realizada pelo Rei de Portugal ao Conselho Ultramarino, em 1740, descreve o quilombo como “*toda habitação de negros fugidos, que passem de cinco, em parte despovoada, ainda que não tenham ranchos levantados e nem se achem pilões nele*”. Mas, a prevalecer esse conceito jurídico-formal de quilombo, estar-se-ia, como explica ALFREDO WAGNER BERNO DE ALMEIDA⁶, a “*frigorificá-lo*”

⁵ OLIVEIRA, Leinad Ayer de. *Quilombos a hora e a vez dos sobreviventes*. Apud SUNDFELD, Carlos Ari. (n. 1), p. 71.

⁶ Cf. ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. *Os quilombos e as novas etnias*. In: *Quilombos Identidade étnica e territorialidade*. Org.: Eliane Cantarino O'Dwyer. Rio de Janeiro: FGV, 2002, p. 62-63.



mais do que já foi, estabelecendo-o como uma “*categoria histórica acrítica*”, nas palavras de ELIANE CANTARINO O’DWYER⁷.

Conceitos e métodos da Antropologia: por uma definição dos Quilombos

31. Tamanha é a impropriedade, do ponto de vista antropológico, do Decreto n.º 3.912, de 2001. Os estudos antropológicos perpassaram por alto nível de evolução para, no que tange à definição de comunidades, chegar a critérios de identificação de etnias distintos dos fixados por esse instrumento normativo.

32. Tal qual defende ELIANE CANTARINO O’DWYER⁸, com apoio em ALFREDO WAGNER BERNO DE ALMEIDA, é necessária uma “*ressemantização*” da categoria dos quilombos, para que se consiga libertar da “*camisa-de-força*” dessa definição “*arqueológica*”.

33. E é a própria Antropologia que vem oferecer a instrumentária imprescindível a esse intento. Com efeito, a partir das lições de FREDRIK BARTH⁹, deu-se uma “*reviravolta*” dos métodos para constituição de limites de unidades étnicas, procurando-se fugir aos fundamentos biológicos, lingüísticos e raciais. Em consequência, há o abandono da “*visão explicativa*” das comunidades, a qual tenta, através de um “*observador externo*”, produzir um conhecimento segundo o qual se pretende conferir a uma comunidade certa identidade, determinando-se o lugar dos indivíduos.

⁷ Cf. O’DWYER, Eliane Cantarino. *Os quilombos e a prática profissional dos antropólogos*. In: Quilombos Identidade étnica e territorialidade. Org.: Eliane Cantarino O’Dwyer. Rio de Janeiro: FGV, 2002, p. 22.

⁸ Cf. O’DWYER, Eliane Cantarino. (n. 7), p. 22.

⁹ Cf. BARTH, Fredrik. *Introduction*. Apud O’DWYER, Eliane Cantarino. (n. 7), p. 13-16.



e seu grupo no universo social. Muitas vezes, nessa visão explicativa, atribuem-se elementos de unidade desconhecidos pelo próprio segmento social em estudo. Precisamente aí, revela-se sua insuficiência e imprecisão, bem como a necessidade de superá-la.

34. Por isso, a extrema importância das investigações de FREDRIK BARTH, que coloca como questão central para a identificação das comunidades não as diferenças culturais entre grupos percebidas por um observador externo, mas sim os “*sinais diacríticos*”, isto é, aquelas diferenças que os próprios atores sociais consideram significativas e que, por sua vez, são revelados pelo próprio grupo.

35. Em consequência, destaca a antropóloga ELIANE CANTARINO O'DWYER¹⁰, os **laudos antropológicos** (relatórios de identificação de comunidades), para fins da aplicação do art. 68 do ADCT, **deverão, em vez de uma opinião preconcebida sobre os fatores sociais e culturais que definiriam a existência de limites desses grupos, opinar levando em conta somente as diferenças consideradas significativas para os membros do próprio grupo étnico, no caso, dos próprios quilombolas.**

36. Dessa forma, o critério de identificação da “*auto-atribuição*” fixado pela norma do art. 2º do Decreto n.º 4.887, de 2003, não incorre em inconstitucionalidade. Antes, à luz da norma constitucional regente (art. 215 e art. 216, da CF c/c art. 68 do ADCT), que em sua “relativa” indefinição quanto aos critérios a serem adotados nesse processo de reconhecimento, ele busca o conceito de quilombos nos métodos fornecidos pela Antropologia.

¹⁰ Cf. O'DWYER, Eliane Cantarino. (n. 7), p. 15.



37. Nem se ouse ostentar o argumento de que, dessa forma, estar-se-ia a estender o “*benefício*” a mais pessoas que, de fato, fazem direito (fls. 09-10), pois, na verdade, no Decreto n.º 4.887, de 2003, o critério da “*auto-atribuição*” é contrabalanceado pela competência do Ministério do Desenvolvimento Agrário e do INCRA (art. 3º) para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras, e também pela competência da Fundação Cultural Palmares (art. 3º, § 4º) para controle da “*autodefinição*” mediante expedição de certidões e inscrição em seu Cadastro Geral. Cabe, ainda, à Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial, da Presidência da República, e à própria Fundação Cultural Palmares assistir e acompanhar os procedimentos realizados pelo Ministério do Desenvolvimento Agrário e pelo INCRA (art. 4º e art 5º).

38. **Então, ao impugnar o Decreto n.º 4.887, de 2003, quanto ao critério da “*auto-atribuição*”, o autor, na verdade, impugna não a constitucionalidade em si, mas tão-somente volta-se contra o critério da “*auto-atribuição*” eleito para identificar as comunidades quilombolas.** A rigor, não há uma questão de inconstitucionalidade em jogo. Evidencia-se, isso sim, uma **controvérsia metodológica** (se é que assim se possa considerar, na medida em que os mais recentes avanços da Antropologia ratificam os critérios estabelecidos no Decreto n.º 4.887, de 2003), que há de resolver-se no âmbito da ciência antropológica, e não do Direito.



39. Ademais, tal qual adverte o antropólogo ALFREDO WAGNER BERNO DE ALMEIDA¹¹, a concepção formal-jurídica de quilombos, que predominou quase incontestemente no mundo erudito até meados da década de 90, pressupõe a noção de raça com base em um “*fundamento científico*”. Por isso, propugna por releituras críticas e reinterpretação jurídica da categoria quilombo, afirmando:

“O campo da categoria quilombo constitui não apenas um tema próprio, mas também um objeto de reflexão que pressupõe inúmeras noções operacionais próprias. É uma área temática específica e por isso exige o concurso de múltiplas disciplinas e formações acadêmicas. Essa é uma via elementar de acesso ao novo significado de quilombo: ele não se exaure numa investigação de arqueólogos que buscam os vestígios materiais comprobatórios daquela situação que a noção jurídica tradicional apregoa. Não se exaure na definição de historiadores ou geógrafos, que atestam com os documentos centenários e com a ênfase no ‘isolamento’, reproduzindo acriticamente a versão dos administradores coloniais. Tampouco se reduz ao raio de ação de agrônomos, que o tomam simplesmente como problema agrário.”

40. Nesse sentido, têm os juristas se valido dos conhecimentos antropológicos para precisar, ao máximo, o conceito de “*remanescentes das comunidades dos quilombos*”, definindo o sentido e o alcance da norma do art. 68 do ADCT. Dentro dessa orientação, destaca-se o jurista CARLOS ARI SUNDFELD¹² esclarecendo que novos parâmetros foram eleitos para definição de quilombos, sendo alguns deles o da “*aferição da autonomia do grupo*”, o da “*percepção de como suas terras são utilizadas*” e o da “*auto-definição*” dos agentes sociais.

41. O Decreto n.º 4.887, de 2003, no art. 2º e parágrafos, de forma irreparável, adotou esses critérios, não havendo, portanto, cogitar-se de inconstitucionalidade. Ademais, o Decreto n.º 5.051, de 19 de abril de

¹¹ ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. (n. 6), p. 79.

¹² Cf. SUNDFELD, Carlos Ari. (n. 1), p. 77-81.



2004, que promulgou a Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre Povos Indígenas e Tribais, adota o critério da “*consciência*” como critério fundamental para determinação da identidade indígena e tribal (art. 1º, 2), o que implica a recepção, em nível legal, do mesmo critério adotado pelo Decreto n.º 4.887, de 2003, e, por conseguinte, sua constitucionalidade e legalidade.

Contornos da Propriedade Quilombola

42. Quanto ao argumento de que o Decreto n.º 4.887, de 2003, seria inconstitucional porque institui a propriedade coletiva da propriedade, deve-se observar que a norma do art. 68 do ADCT, institui - como observa JOSÉ ISAAC PILATI¹³ - um novo instituto jurídico (“*propriedade especial quilombola*”), que deve ser compreendido com as devidas distinções dos “*topois*” orientadores da interpretação da propriedade individual.

43. De fato, nenhuma impropriedade existe na adoção da propriedade coletiva para os “*remanescentes das comunidades dos quilombos*”, dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Há inquestionável compatibilidade da propriedade coletiva com os fins a que visa atingir a norma constitucional (art. 68 do ADCT). Porque o desiderato normativo pretende a preservação da comunidade, em todos seus aspectos (cultural, social, histórico, biológico etc.), o reconhecimento da propriedade só faz sentido, enquanto reconhecimento de uma propriedade coletivamente assegurada à toda comunidade. Daí, a necessidade de adotar o critério da “*auto-atribuição*” (cf. itens 32 a 41). ny

¹³ Cf. PILATI, José Isaac. *Reflexões (e sugestões) à regulamentação da propriedade constitucional quilombola*. Seqüência: Revista do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC: v. 21, n. 41, dez./2000, p. 189-196.



44. A pertinência à comunidade quilombola depende da “*auto-atribuição*”. O que se quer é a preservação de uma etnia, uma comunidade, e não de pessoas individualmente consideradas. A título de exemplo, basta volver os olhos para o instituto da **usucapião coletiva**, estabelecido pelo Estatuto da Cidade (Lei n.º 10.257, de 10 de julho de 2001)¹⁴.

45. Não por outro motivo, ELIANE CANTARINO O'DWYER (cf. item 26), afirma que o termo o “*signo de referência*” quilombos tem ensejado inúmeros mal-entendidos sobre a sua compreensão. A distinção entre “*remanescentes*” e “*descendentes*” (fls. 09-10), destarte, não guarda maior significado prático, além de se revelar plenamente desconforme com as atuais concepções da Antropologia, como já visto anteriormente.

46. Por isso, que desde 1995, o INCRA, pela Portaria n.º 307, de 21 de novembro de 1995, tal qual observa JOSÉ ISAAC PILATI¹⁵, reconheceu que os interessados-beneficiários, nos termos do art. 68 do ADCT, deveriam ser titulados proprietários não como particulares, mas em **nome coletivo**, formando um **regime de condomínio “pro indiviso”**.

Da constitucionalidade da Desapropriação

47. Contesta-se, ainda, a desapropriação prevista no art. 13 do Decreto n.º 4.887, de 2003, autorizada quando for verificado que sobre os

¹⁴ O art. 10 do Estatuto da Cidade prevê:

“As áreas urbanas com mais de 250m² (duzentos e cinqüenta metros quadrados), ocupadas por população de baixa renda para sua moradia, por 5 (cinco) anos, ininterruptamente e sem oposição, onde não for possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor, são susceptíveis de serem **usucapidas coletivamente**, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural.”

¹⁵ Cf. PILARI, José Isaac. (n. 13), p. 191.



territórios dos remanescentes incidem títulos de domínio particular, não invalidados por nulidade, prescrição ou comisso, nem tornados ineficazes.

48. Explica ELIANE CANTARINO O'DWYER¹⁶ que o limite étnico, que define o grupo, é também ele, intimamente, relacionado com o elemento territorial. As “*terras de negros*” são a expressão do conjunto de ações coletivas de destinos compartilhados que se dão em determinada região.

49. Como já afirmado (cf. item 30), “*signo de referência*” quilombo não deve ser encarado na qualidade de uma “*categoria histórica acrítica*”. Desde sua formação, vários processos de interação moldaram a atual configuração desses grupos étnicos, que não podem ser desconsiderados, sob pena de esvaziar-se de densidade normativa o preceito do art. 68 do ADC I.

50. Nesse sentido, ELIANE CANTARINO O'DWYER¹⁷ adverte que “*a identidade situacional de 'remanescentes de quilombo' emerge, assim, em um contexto de luta em que resistem às medidas administrativas e às ações econômicas através de uma mobilização política pelo reconhecimento do direito às suas terras*”. CARLOS ARI SUNDFELD¹⁸, por sua vez, lembra que existe uma intrínseca relação entre a “*identidade coletiva*” e os parâmetros de identificação dos quilombos, na medida em que a auto-preservação da comunidade, ao longo do tempo, deu-se em contraste com várias **influências externas** (por exemplo, os madeireiros, os garimpeiros, os fazendeiros, os agricultores etc), que, em muitas vezes, **acarretaram a**

¹⁶ Cf. O'DWYER, Eliane Cantarino. (n. 7), p. 17.

¹⁷ O'DWYER, Eliane Cantarino. (n. 4), p. 271-272.

¹⁸ Cf. SUNDFELD, Carlos Ari. (n. 1), p. 79-80.



expulsão ilegítima das comunidades quilombolas de suas próprias terras. A desapropriação, portanto, corresponde a um resgate da expropriação sofrida pelos quilombos.

51. Com isso, é plenamente possível que se reconheçam terras de propriedade dos quilombolas, em conformidade com o Decreto n.º 4.887, de 2003, sem que, contudo, essas terras estejam sendo efetivamente por eles ocupadas. É pior: é perfeitamente plausível que sobre elas incidam títulos legítimos de propriedade particular. Por isso, afirma CARLOS ARI SUNDFELD¹⁹ ser viável a desapropriação dessas terras em benefício das comunidades quilombolas:

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

52. Realmente, outra não poderia ser a conclusão, quanto à desapropriação. O elemento territorial é apenas um dos parâmetros que adentram na categoria quilombo, para conferir-lhe a devida significação. Sendo assim, ainda que algumas terras não sejam efetivamente ocupadas pelos quilombos, ainda que se comprove que eles não ocupavam outras terras à época da abolição da escravatura ou ainda que não permanecessem nelas, na data da promulgação da Constituição Federal de 1988, tais circunstâncias não são suficientes para impedir o reconhecimento da propriedade, uma vez constatado que certa comunidade, em seu modo

¹⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. (n. 1), p. 118.

cotidiano de vida, considerava-as como habitat natural. É que os quilombos não se resumem a meros vestígios “arqueológicos” ou “historiográficos”.

53. É preciso, por fim, ter em mente que os quilombos são um “*signo de referência*” que apontam em duas direções distintas: passado e futuro. É um conceito, por natureza, dialético. Isso quer dizer que de nada adianta reconhecer títulos de propriedade de terras para essas comunidades, se dentro dessa circunscrição espacial esses mesmos grupos étnicos não tiverem condições de se desenvolverem, preservando, assim, sua identidade. E a norma do art. 68 do ADCT se resumiria a simples garantia simbólica.

54. Nesse sentido, analisa ALFREDO WAGNER BERNO DE ALMEIDA²⁰ a necessidade de dar aos quilombos o reconhecimento das terras, tendo em conta sua relação com a natureza:

“Os procedimentos de classificação que interessam são aqueles construídos pelos próprios sujeitos a partir dos próprios conflitos, e não necessariamente aqueles que são produto de classificações externas, muitas vezes estigmatizantes. Isso é básico na consecução da identidade coletiva e das categorias sobre as quais ela se apóia. Aliás, essas categorias podem ter significados específicos, como sugere terra de preto, que pressupõe uma modalidade codificada de utilização da natureza: os recursos hídricos, por exemplo, não são privatizados, não são individualizados; tampouco são individualizados os recursos de caça, pesca e extrativismo. São mantidos como de livre acesso. Caminhos, trilhas e poços são mantidos sob formas de cooperação simples. De outra parte, as chamadas roças ou tratos agrícolas, que estão dispostas no cerne de uma certa maneira de existir socialmente, são sempre individualizadas num plano de famílias, pois as unidades familiares não dividem o produto da colheita de forma coletiva ou comunitariamente. De igual modo, um pomar é apropriado de maneira privada e, tal como no caso das roças, expressa trabalho realizado familiarmente. O fato de esses diferentes planos sociais - públicos e privados, de uso comum e de uso individual

²⁰ ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. (n. 6), p. 68.



coexistirem evidência que a noção de uso da terra teria que ser examinada exhaustivamente, compreendida em pormenor, e não reduzida a uma situação que nós já imaginamos qual é. Não se pode impor o desígnio do partido, a vontade da ONG ou a utopia do mediador a uma situação real: ao contrário, há que partir das condições concretas e das próprias representações, das relações com a natureza e demais práticas dos agentes sociais diretamente envolvidos para se construir os novos significados.” (grifos nossos)

55. Então, não obstante não haverem ocupado em nenhum momento determinado território, mostrando-se esse lugar fundamental à preservação dos quilombos, justifica-se, também por tal motivo, a desapropriação, prevista no art. 13 do Decreto n.º 4.887, de 2003, em favor deles.

IV. CONCLUSÃO

Pelo exposto, a presente ação direta de inconstitucionalidade não deverá ser conhecida, em face de o Decreto n.º 4.887, de 20 de novembro de 2003, suscitar um conflito de legalidade (**ofensa reflexa à Constituição Federal**), uma vez que retira seu fundamento de validade das normas do art. 14, IV, “c”, da Lei n.º 9.649, de 1998, e do art. 2º, III e parágrafo único, da Lei n.º 7.668, de 1988, bem como por ausência de **cotejo analítico** ao impugná-lo, o que a torna incompatível de deslinde em sede de controle abstrato de constitucionalidade.

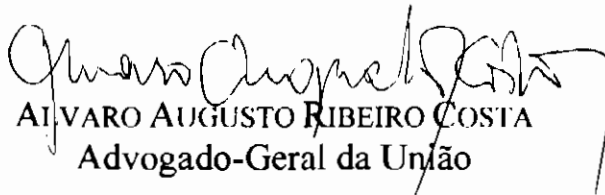
Caso não acolhidas as preliminares suscitadas, entende o Advogado-Geral da União que o pedido formulado na presente ação direta de inconstitucionalidade é improcedente, tendo em vista sua indiscutível



compatibilidade com a legislação que lhe dá fundamento e, principalmente com a Constituição Federal.

São essas, Senhor Relator, as considerações que o Advogado-Geral tem a fazer e cuja juntada aos autos ora requer.

Brasília, 12 de agosto de 2004.


ALVARO AUGUSTO RIBEIRO COSTA
Advogado-Geral da União


MARCELO CASSES CONTINENTINO
Advogado da União