

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL –
DD. CEZAR PELUSO – RELATOR DA ADIN 3.239.**

INSTITUTO PRO BONO, associação civil sem fins lucrativos, inscrita no CNPJ sob o nº 04.613.118/0001-46, com sede na Rua Pamplona, 1197, casa 2, **CONNECTAS DIREITOS HUMANOS** - Associação Direitos Humanos em Rede, associação civil sem fins econômicos, inscrita no CNPJ sob o nº 04.706.954/0001-75, com sede na Rua Pamplona, 1197, casa 4, e **SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO PÚBLICO, sociedade civil sem fins lucrativos, inscrita no CNPJ sob o nº 73.946.022/0001-12, com sede na Rua Leôncio de Carvalho, 306, 7º andar, bairro Paraíso – São Paulo/SP**, por seus advogados e bastante procuradores, com base no disposto no artigo 7º, §2º da Lei 9.868/99, na qualidade de *amicus curiae*, vêm se manifestar em face da

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.239

ajuizada pelo Partido da Frente Liberal - PFL, tendo por objetivo a improcedência do pedido de declaração de inconstitucionalidade do Decreto n°. 4.887, de 20 de novembro de 2003, pelas razões e argumentos a seguir expostos:

I

SUMÁRIO DOS ARGUMENTOS

PRELIMINAR

i) Da legitimidade do Instituto Pro Bono, da Conectas Direitos Humanos e da Sociedade Brasileira de Direito Público

A finalidade da participação das entidades da sociedade civil na qualidade de *amicus curiae* nas ADIns e ADPFs é justamente democratizar o mecanismo de controle concentrado de constitucionalidade e pluralizar o debate, nos termos do acórdão da ADIn 2.130.

O Instituto Pro Bono, tem como objetivo institucional é a promoção dos direitos fundamentais estabelecidos e do interesse público, construção de novos direitos, promoção da responsabilidade social no exercício da advocacia e da assistência jurídica gratuita suplementar.

A Conectas Direitos Humanos é uma entidade com missão de fortalecer o respeito aos direitos humanos a partir do trabalho colaborativo com outras organizações do hemisfério sul, concentrando suas atividades na promoção de direitos estabelecidos, em conformidade com a Lei 9.790/99 – Lei das OSCIPs, e da igualdade e justiça social.

A Sociedade Brasileira de Direito Público é uma entidade que tem como objetivos: colaborar no desenvolvimento, estudo e aplicação do direito público e na disseminação do conhecimento jurídico; estimular jovens estudantes a se dedicar

aos estudos e à pesquisa; criar uma visão multidisciplinar autêntica dos ramos do direito público; romper o isolamento dos profissionais do direito público, servindo de canal democrático para a troca de informações e opiniões entre todos eles. Por meio do seu Centro de Pesquisas Aplicadas, e com o apoio do Instituto Pro Bono, desenvolveu pesquisa exatamente sobre o tema de que tratam os autos, qual seja a efetivação do direito à terra das comunidades quilombolas.

Assim sendo, tais instituições possuem legitimidade para a propositura deste *amicus curiae*, de acordo com a Lei 9.868/99.

MÉRITO

Alega o Autor na exordial a inconstitucionalidade do Decreto 4.887, de 20 de novembro de 2003, com fundamento nos seguintes argumentos:

- que o decreto é via imprópria para a regulamentação do artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, cuja adequada regulamentação deve ser feita por via de lei;
- que a desapropriação prevista no referido decreto é inconstitucional, pois o papel do Estado no reconhecimento da propriedade definitiva das terras de quilombos se resume à emissão dos respectivos títulos;
- que a configuração dos titulares do direito à propriedade definitiva das referidas terras na forma regulamentada é igualmente inconstitucional, em razão da adoção do critério da auto-atribuição;
- também o critério estabelecido no Decreto para configuração das terras em que se localizavam os quilombos é inconstitucional, por demasiado amplo e sujeito a indicativos fornecidos pelos interessados.

Ora, como se demonstrará abaixo, tais argumentos ignoram todo o histórico de desenvolvimento da normativa na área. A nova regulamentação publicada em 2003 é fruto da experiência de 15 anos de esforços, para criar uma política pública consistente e responsável, objetivando a garantia do direito à terra expressamente previsto pelo artigo 68 do ADCT.

Foi exatamente devido à inadequação dos critérios de identificação das comunidades quilombolas e de suas terras, sugeridos pelo Autor (e que constavam do Decreto federal 3.912/2001, que anteriormente regulava a matéria), que foi elaborada a nova regulamentação. Ou seja, o que Autor demanda é um retrocesso a um conteúdo normativo para a matéria que já se mostrou falho e causador de instabilidade jurídica, como se demonstrará abaixo.

Mas cumpre ressaltar que, ademais de inconsistentes no contexto da progressiva depuração normativa na área, os argumentos do Autor quanto à inconstitucionalidade do Decreto 4.887/03 são absolutamente vazios de fundamento jurídico.

É neste sentido que mais abaixo serão extensivamente detalhados os argumentos que ora seguem enumerados:

- i) O Histórico das Comunidades Quilombolas
- ii) O Reconhecimento dos Direitos dessas Comunidades pela Constituição Federal de 1988
- iii) Normativa Pós-Constituição de 1988 – Da Legislação Aplicável e da Pertinência e Legalidade da Via Regulamentar
- iv) Da Necessidade de Desapropriação
- v) Dos Critérios de Definição das Terras Quilombolas
- vi) Da Importância da Manutenção da Regulamentação Questionada: Outras Inovações Trazidas pelo Decreto 4.887/03

II

ARGUMENTAÇÃO

PRELIMINAR

i) LEGITIMIDADE DO INSTITUTO PRO BONO, DA CONECTAS DIREITOS HUMANOS, E DA SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO PÚBLICO PARA MANIFESTAREM-SE NO FEITO NA QUALIDADE DE *AMICUS CURIAE*

A jurisprudência desta Corte Constitucional já assentou a possibilidade de manifestação processual em ações diretas de inconstitucionalidade na figura de *amicus curiae*. Assim foi decidida a ADIn 2.130 – SC, de relatoria do Ministro Celso de Mello:

“EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. INTERVENÇÃO PROCESSUAL DO AMICUS CURIAE. POSSIBILIDADE. LEI Nº 9.868/99 (ART. 7º, § 2º). SIGNIFICADO POLÍTICO-JURÍDICO DA ADMISSÃO DO AMICUS CURIAE NO SISTEMA DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE. PEDIDO DE ADMISSÃO DEFERIDO.

- No estatuto que rege o sistema de controle normativo abstrato de constitucionalidade, o ordenamento positivo brasileiro processualizou a figura do *amicus curiae* (Lei nº 9.868/99, art. 7º, § 2º), permitindo que terceiros - desde que investidos de representatividade adequada - possam ser admitidos na relação processual, para efeito de manifestação sobre a questão de direito subjacente à própria controvérsia constitucional.

- A admissão de terceiro, na condição de *amicus curiae*, no processo objetivo de controle normativo abstrato, qualifica-se como fator de legitimação social das decisões da Suprema Corte, enquanto Tribunal Constitucional, pois viabiliza, em

obséquo ao postulado democrático, a abertura do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, em ordem a permitir que nele se realize, sempre sob uma perspectiva eminentemente pluralística, a possibilidade de participação formal de entidades e de instituições que efetivamente representem os interesses gerais da coletividade ou que expressem os valores essenciais e relevantes de grupos, classes ou estratos sociais.

Em suma: a regra inscrita no art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99 - que contém a base normativa legitimadora da intervenção processual do *amicus curiae* - tem por precípua finalidade pluralizar o debate constitucional” (grifei).

O Instituto Pro Bono, primeira organização proponente deste memorial, tem definidos em seu estatuto como objetivos institucionais a **promoção dos direitos fundamentais estabelecidos e do interesse público**, assim como a construção de novos direitos, promoção da responsabilidade social no exercício da advocacia e da assistência jurídica gratuita suplementar.

A segunda entidade proponente deste memorial, Conectas Direitos Humanos, tem como objetivo estatutário promover, apoiar, monitorar e avaliar projetos em direitos humanos em nível nacional e internacional, em especial: I – promoção da ética, da paz, da cidadania, dos direitos humanos, da democracia e de outros valores universais; II – estudos e pesquisas, desenvolvimento de tecnologias alternativas, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos que digam respeito à promoção e defesa dos direitos humanos, da democracia, da ética, da paz e da cidadania; III – promoção do voluntariado; IV – formação e articulação de redes nacionais e internacionais para a promoção e defesa dos direitos humanos e da democracia; V - promoção gratuita da educação com o objetivo de difundir conhecimentos na área de direitos humanos e da democracia; VI – **promoção de direitos estabelecidos, por meio da prestação de assessoria jurídica gratuita, tendo, inclusive, quando possível e necessário, a capacidade de propor ações representativas.**

Por fim, a Sociedade Brasileira de Direito Público, terceira instituição proponente deste memorial, possui como objetivo estatutário colaborar no desenvolvimento, estudo e aplicação do direito público, e também na disseminação do conhecimento jurídico. Pretende assim construir alternativas para um direito público politicamente responsável. O segundo objetivo é o de estimular jovens estudantes a se dedicar aos estudos e à pesquisa, incentivando-os para a carreira acadêmica. Para isto, a **sbdp** mantém o programa anual “Escola de Formação”. O terceiro objetivo é o de criar uma visão multidisciplinar autêntica dos ramos do direito público (constitucional, administrativo, tributário, processual, penal, econômico, urbanístico, eleitoral, etc.), indo contra a tendência de considerá-las realidades estanques. E o quarto objetivo é a tentativa de romper o isolamento dos profissionais do direito público, servindo de canal democrático para a troca de informações e opiniões entre todos eles. Além das atividades aqui realizadas para atingir tal objetivo, a **sbdp** apóia diversas outras iniciativas, como a divulgação de cursos e congressos e a celebração de convênios.

Neste sentido, a atuação destas organizações está totalmente de acordo com os requisitos previstos na legislação e nas decisões desta Ilustre Corte Constitucional. Dispõe o § 2º, do artigo 7º, da lei 9.868/99:

“O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades”.

Sendo o objetivo de tal norma a democratização do controle concentrado de constitucionalidade em causas de temas de relevância social, a participação de organizações da sociedade civil na qualidade de *amicus curiae* legitima o procedimento, uma vez que tais entidades desenvolvem seus trabalhos efetivamente nos temas de discussão, tendo muito a contribuir neste sentido.

Importante destacar que o Instituto Pro Bono tem por missão difundir os conceitos de advocacia de interesse público e do trabalho pro bono, buscando engajar advogados no debate e ação social, de forma a estabelecer uma cultura de responsabilidade social entre advogados das mais diversas especializações.

Conectas Direitos Humanos, por sua vez, tem como missão fortalecer o respeito aos direitos humanos a partir do trabalho colaborativo com outras organizações do hemisfério sul. Concentra suas atividades na promoção dos direitos estabelecidos, da igualdade e da justiça social, através programas de capacitação e trocas de experiências entre ativistas e militantes de direitos humanos da África, Ásia e América Latina.

As duas proponentes mantêm suas atividades de acordo com a Constituição Federal e pela Lei das OSCIPs, sendo regidas pelos princípios da moralidade, eficiência, publicidade, legalidade, impessoalidade, economicidade, de acordo com seus Estatutos Sociais.

Considerando que a regularização da forma e extensão do processo de titularização das terras quilombolas é tema que diz respeito à garantia de direitos previstos não somente em nossa Constituição Federal, mas em numerosos tratados internacionais - como a proteção do patrimônio cultural e histórico, a propriedade e sua função social, e o direito à moradia, ao trabalho, não-discriminação e à liberdade religiosa com a proteção dos locais de culto – verifica-se a absoluta pertinência temática entre os objetivos institucionais das proponentes e o importante tema discutido na ADIn 3.239.

Ademais, especificamente em relação ao tema versado pelos autos, a Sociedade Brasileira de Direito Público, assim como as outras postulantes, confirma a sua legitimidade, e conseqüente representatividade, sendo que possui trabalho de pesquisa publicado acerca do direito à terra das comunidades quilombolas. Realizado por meio de seu Centro de Pesquisas Aplicadas, com um grupo formado especialmente para tanto, o estudo interpretou o art. 68 do ADCT, buscando definir

os seus efeitos e limites jurídicos, fornecendo perspectivas para a formulação de políticas públicas nessa área. O estudo “Comunidades Quilombolas: Direito à Terra (Art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias)” foi publicado em outubro de 2002, em co-edição da Fundação Cultural Palmares (ente administrativo vinculado ao Ministério da Cultura) e da Editora Abaré e com o apoio do Instituto Pro Bono. Surgidos os decretos responsáveis pela nova regulamentação do tema na esfera federal, a **sbdp** persistiu no seu estudo, publicando em seu sítio eletrônico artigo acadêmico, de autoria de um de seus pesquisadores, em comentário àqueles.

Vê-se, dessa maneira, que tais entidades possuem o necessário interesse jurídico, o que justifica sua participação no presente debate. As razões acima expostas tornam desejável e útil a atuação processual pleiteada, uma vez que poderão ser agregados importantes elementos à adequada solução do litígio. Pluraliza-se, assim, a discussão travada nos autos, tanto em relação aos sujeitos envolvidos quanto aos argumentos que contribuirão para a solução judicial.

Restando clara, assim, a legitimidade das proponentes para apresentação do presente memorial, são oferecidas a seguir as razões e os argumentos de mérito para a improcedência desta ação direta de inconstitucionalidade.

MÉRITO

O Histórico das Comunidades Quilombolas

As habitações de negros surgiram no contexto da escravidão de negros africanos, trazidos a partir do século XVII pela colonização européia. Como sinal de protesto às condições desumanas e degradantes a que estavam sujeitos, os escravos passaram a organizar-se em comunidades de quilombos, que se constituíram em territórios étnicos de resistência, como alternativa de organização social às modalidades de exploração do trabalho negro.

Hoje, conforme a Associação Brasileira de Antropologia (ABA), quilombo é o termo utilizado para designar a herança cultural e material das comunidades negras rurais remanescentes de quilombos, que lhes confere uma referência presencial no sentido de ser e pertencer a um lugar e a um grupo específico, abrangendo toda a área ocupada e utilizada para subsistência, e onde as manifestações culturais têm forte vínculo com o passado.

Os territórios de quilombos são utilizados para garantir a reprodução física, social econômica e cultural, abrangendo todas as terras ocupadas e utilizadas para a subsistência das famílias. Assim, os direitos dessas comunidades devem ser salvaguardados não apenas em relação àquelas terras por eles ocupadas, mas também àquelas às quais têm acesso para desenvolver suas atividades tradicionais de subsistência, bem como a afirmação da identidade de seus integrantes e a manutenção de suas tradições.

A discussão sobre o reconhecimento dos direitos das comunidades quilombolas é parte de um processo histórico de valorização da cultura negra, que alcançou em 1988 importantes conquistas. Em 1988 a Fundação Cultural Palmares foi criada, no âmbito do Ministério da Cultura (Lei 7.668, de 22 de agosto de 1988), para promover e apoiar a integração econômica, política e cultural do negro no Brasil, e foi publicado o artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, reconhecendo o direito das comunidades quilombolas às suas terras tradicionais.

Segundo levantamento feito pela Fundação Cultural Palmares, a Universidade de Brasília (UnB) e a Associação das Comunidades Negras Rurais Quilombolas (Aconerug), há pelo menos 1.098 comunidades em todo o território nacional, e presentes na maioria dos estados. As exceções são Amazonas, Acre, Rondônia, Roraima e Distrito Federal.

Mapear os locais onde vivem comunidades remanescentes de quilombos tem sido um trabalho lento. No Brasil, até 2001 foram identificadas oficialmente 743

Comunidades Remanescentes de Quilombos, reconhecidas 42, e tituladas 29. De acordo com dados da Fundação Palmares, existem 80.998 descendentes de quilombolas (moradores de quilombos) vivendo nessas áreas, em quase todos os Estados brasileiros. A maior concentração está na Bahia, onde foram identificadas 245 comunidades. No Maranhão existem 172 e em Minas, 69.

O Reconhecimento dos Direitos dessas Comunidades pela Constituição Federal de 1988

Atenta ao fato de que os territórios de quilombos não se limitam somente às terras por eles ocupadas, e a Constituição Federal de 1988, em seu art. 215, §1º impôs ao Estado o dever de proteger as manifestações das culturas afro-brasileiras, uma vez que tiveram fundamental importância no processo civilizatório nacional. A prescrição de tal dever ao Estado denota a preocupação da Carta Magna na preservação dos valores culturais e do próprio modo de vida das comunidades de remanescentes de quilombos.

A preocupação constitucional com o tema é também percebida na análise do art. 216, que declarou como patrimônio cultural brasileiro os bens materiais e imateriais portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

“Art. 216. (...)

- I- as formas de expressão;
- II- os modos de criar, fazer e viver;
- III- as criações científicas, artísticas e tecnológicas;
- IV- as obras, objetos, documentos edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

V- os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.”

Para a proteção deste valor, o § 1º do artigo mencionado prevê ainda diversas formas de acautelamento e preservação de que disporá o Poder Público na tarefa que lhe foi incumbida, entre as quais o instrumento da desapropriação.

Percebe-se, portanto, que a proteção jurídico-constitucional das comunidades de remanescentes dos quilombos não se restringe ao art. 68 do ADCT, decorrendo também dos artigos mencionados, embora encontre em tal artigo seu principal supedâneo:

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

Normativa Pós-Constituição de 1988 – Da Legislação Aplicável e da Pertinência e Legalidade da Via Regulamentar

Sustenta o requerente da ADIn que o Decreto 4.887/2003 é inconstitucional, pois, ao regulamentar diretamente a Constituição, acaba por usurpar competência exclusiva de lei. Veremos que tal tese não encontra qualquer fundamento jurídico que a sustente.

A constitucionalização de certos direitos não significa, infelizmente, a sua imediata efetivação. Mais de quinze anos se passaram após a promulgação da Constituição sem que a enorme maioria das comunidades quilombolas conquistasse o seu direito constitucional à propriedade definitiva dessas áreas.

No Dia Nacional da Consciência Negra (20/11), o Governo Federal incrementou seus esforços para o combate à desigualdade racial, visando corrigir distorções vigentes há mais de um século no País. Com o objetivo de conferir eficácia à norma constitucional (artigo 68 da ADCT), o Presidente da República expediu o Decreto nº 4.887, em 20 de novembro de 2003.

O diploma legal questionado nesta ADIn é fruto das conclusões resultantes de Grupo de Trabalho Interministerial (GTI), instituído por Decreto Federal em maio de 2003 com a finalidade de rever as disposições contidas no Decreto 3.912/2001, em vigor até o ano de 2003. Este último instituiu um processo administrativo de identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação, titulação e registro imobiliário das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos, e foi revogado pelo Decreto 4.887/2003.

Conforme descrito em artigo acadêmico acerca do tema, “dentre as alterações trazidas pelas novas regras, uma importante diz respeito ao procedimento de identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas pelos remanescentes das comunidades dos quilombos, que passa, em sua maior parte, da competência da Fundação Cultural Palmares para a do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária. Tal previsão consta do art. 3º do Decreto 4.887/03 e dos arts. 1º e 2º do Decreto 4.884/03. Lembramos que tais mudanças também repercutem nos ministérios aos quais tais órgãos estão vinculados, Ministério da Cultura e Ministério do Desenvolvimento Agrário, respectivamente.”¹

O Decreto 3.912/2001 foi alvo de inúmeras críticas quanto aos critérios eleitos para a identificação dos remanescentes das comunidades de quilombos. Isto porque a discussão era centrada sobre as terras efetivamente na posse das comunidades,

¹ Pinto, Henrique Motta. *Ob. Cit.*

dando interpretação ao art. 68 do ADCT no sentido de que este apenas conferiria segurança jurídica às situações de posse inequívoca e mantidas em longo período de tempo.

Ou seja, o direito de propriedade sobre as terras se originaria da posse prolongada, contínua e pacífica, exigindo simplesmente o reconhecimento previsto pela Constituição. Em que pesem os argumentos lançados naquele parecer, a possibilidade de aquisição da propriedade por meio do usucapião (decorrente da posse prolongada, contínua e pacífica) existe com ou sem norma de conteúdo igual ao art. 68 do ADCT, vez que decorre diretamente do Código Civil. Essa interpretação torna vazio de sentido o dispositivo constitucional, o que é inaceitável.²

É preciso outorgar ao dispositivo verdadeira eficácia, justificando a sua existência no corpo da Constituição. Assim, não podemos concordar com interpretações que neguem eficácia à norma.

O Poder Público não pode perder de vista o dever de dar à norma constitucional o máximo de efetividade possível, sob pena de agir de modo inconstitucional, por restringir indevidamente o direito garantido às comunidades remanescentes de quilombos de reconhecimento e titulação das terras por elas ocupadas.³

Primeiramente, cumpre ressaltar que o artigo da Constituição Federal de 1988 a que se remete o Decreto 4.887/2003 **não** exige lei que o regulamente.

De fato, o que o artigo 68 ADCT exige, assim como uma série de outras normas constitucionais que definem direitos e deveres, é uma política pública direcionada, capaz de lhe conferir real possibilidade de implementação, de viabilização do direito à terra pela Administração, com atenção a todos os parâmetros que delimitam a atividade administrativa.

² Sundfeld, Carlos Ari. (Organizador). *Comunidades Quilombolas: Direito à Terra (Art. 68 do ADCT)*. Sociedade Brasileira de Direito Público. Brasília, MinC/Abaré, 2002; pg. 113

³ Idem, ibidem; pg. 119

Isso não significa dizer, de forma alguma, que haja a necessidade de regulamentação do dispositivo constitucional exclusivamente por meio de lei; tanto o contrário, já que o legislador constituinte não impôs tal exigência.

Assim, não havendo pré-determinação constitucional para regulamentação de referido artigo, como denotariam as expressões “nos termos da lei”, “conforme regulamentação”, “cabendo a lei definir sua execução”, não há que se falar em usurpação de competência pelo Decreto.

Tal argumento já se mostra suficiente para afastar de plano as alegações do Requerente. Entretanto, apenas como forma de explicitar ainda mais a impertinência dos argumentos presentes na inicial desta ADIn, especialmente quanto à impossibilidade de decreto “regulamentar” diretamente dispositivo constitucional, informamos a existência de três leis que dispõem sobre o artigo 68 do Ato das Disposições Transitórias da Constituição Federal de 1988 – Lei 7.668/88, Lei 9.649/98 e Lei 10.683/03.

Tais leis, ignoradas pelo Requerente desta ADIn, procuram viabilizar, assim como o Decreto 4.887/2003, o direito à terra previsto no artigo 68 ADCT.

As normas outorgam ao Ministério da Cultura, do Desenvolvimento Agrário, à Fundação Cultural Palmares e também ao INCRA competência para viabiliza a eficácia do artigo 68 do ADCT, na esfera federal.

Assim, não obstante o artigo 68 do ADCT não exigir qualquer regulamentação formal por lei, o ordenamento jurídico brasileiro possui três leis que dispõem sobre sua implementação, que juntamente com o Decreto 4.887/2003 dão o arcabouço legislativo adequado à efetivação do referido mandamento constitucional.

Desta forma, resta comprovada a constitucionalidade do Decreto 4.887/2003, tanto pela inexistência, na Constituição, de ordem formal de regulamentação do art. 68 ADCT por lei como pela existência de duas leis - Lei 7.668/88 e Lei 9.649/98 – que buscam a viabilidade fática do referido mandamento constitucional.

Da Necessidade de Desapropriação

Infelizmente foi apenas de forma tardia que se iniciou o processo de recuperação de espaços quilombolas usurpados e ou turbados por supostos proprietários.

Observa-se que um dos maiores desafios para a implementação do art. 68 do ADCT, na atualidade, tem sido a chamada “desintrusão”. Trata-se de terminologia empregada para designar a idéia de que é preciso viabilizar a atribuição da propriedade definitiva das terras demarcadas aos remanescentes das comunidades dos quilombos, mediante prévio entendimento com os particulares detentores de títulos de propriedade sobre as mesmas áreas. O desafio, neste contexto, seria identificar quais os procedimentos jurídicos cabíveis para, sem violar os direitos dos particulares que se afigurem legítimos, atribuir a propriedade definitiva das terras demarcadas aos quilombolas.⁴

Uma vez editado o decreto homologatório da demarcação das terras, o próximo passo seria conferir a respectiva titulação ao grupo de remanescentes de comunidade de quilombos. Ocorre que nem sempre a titulação é possível de imediato visto que as áreas demarcadas poderão não consistir em terras devolutas da União. É possível, por exemplo, que as terras demarcadas abranjam áreas cuja exploração esteja sujeita a alguma espécie de constrição determinada pela legislação ambiental, ou, ainda, envolva áreas sobre as quais incidam títulos legítimos de propriedade particular.

⁴ Idem, ibidem; pg. 48

Em conseqüência, o Estado não poderá simplesmente conferir o título de propriedade das áreas demarcadas a determinada entidade representativa de comunidade quilombola. Seria inválido o título de propriedade de imóvel que viesse a ser conferido pelo Estado se tal imóvel fosse pertencente a outrem.⁵

Aqui se encontra importantíssima alteração trazida pelo Decreto 4.887/03: a expressa previsão da possibilidade de desapropriação de terras ocupadas em benefício das comunidades, que incidirem em área coberta por título de domínio particular válido e eficaz (art.13). A nova regulamentação se opõe à anterior, lacônica nesse aspecto, já que o Decreto 3.912/01 silenciava a respeito, gerando dúvidas interpretativas.⁶

Deve-se lançar mão do instrumento da desapropriação de terras particulares, para o fim de se atribuir a respectiva titularidade a associações representativas de remanescentes de comunidades de quilombos. O fundamento jurídico é o nítido interesse social caracterizado pela hipótese, que se configura no âmbito normativo do §1º do art. 216 da Constituição Federal. Nesse dispositivo se prevê o instrumento da desapropriação como uma das formas de acautelamento e preservação do patrimônio cultural brasileiro, postas na mão do Poder Público.

Se é certo que o direito de propriedade decorre da Constituição Federal, correta também é a constatação de que a desapropriação por interesse social para proteção do patrimônio cultural também emana da mesma fonte normativa. Assim, ainda que a lei não cuide explicitamente dessa modalidade de desapropriação, claro está que ela é permitida, de modo expreso pelo texto constitucional, o que possibilita a sua

⁵ Idem, *ibidem*; pg. 47

⁶ Pinto, Henrique Motta. *O direito à terra das comunidades quilombolas: a nova regulamentação federal*. Artigo publicado no sítio www.sbdp.org.br

regulamentação por meio de decreto, que se dá não em termos gerais, mas apenas para a hipótese específica que aqui é tratada.

Ao Poder Público, na sua acepção mais ampla, incumbe a promoção e a proteção do patrimônio cultural brasileiro, definido na cabeça do art. 216. É seu dever portanto, do qual não pode esquivar-se, ainda que por omissão. Como a Constituição sabe das dificuldades para a implementação de tal tarefa, o que inclui a proteção que ela própria dá à propriedade privada, houve por bem instituir também aí, no §1º do artigo citado, o instrumento da desapropriação. O Decreto 4.887/03 acata esse dever imposto constitucionalmente, e de forma perspicaz regulamenta o uso deste instrumento, **para a situação específica** da efetivação do direito à terra das comunidades quilombolas. Não há a pretensão de cuidar de outras hipóteses de desapropriação para proteção do patrimônio cultural, pelo o que inexistente generalidade em seus termos.

Saliente-se que, do contrário, não admitido o uso do instrumento da desapropriação, estaria o Estado a gerar tensões e possíveis conflitos, ignorando o direito daqueles que, quando da ausência de legislação específica determinando a titularidade dos remanescentes de quilombo, legalmente adquiriram aquelas terras. Tal conduta administrativa violaria a Constituição e os direitos de propriedade envolvidos, já que a perda compulsória da propriedade privada só pode dar-se em razão de usucapião ou desapropriação. Não há que se falar em perda “imediate” da propriedade no caso de terras ocupadas por comunidades quilombolas.⁷

Nesse sentido se manifestou o pesquisador do tema Henrique Motta Pinto, em comentário aos decretos editados pelo governo federal no dia 20 de novembro de 2003, entre os quais o 4.887: “Tal previsão expressa (da possibilidade de desapropriação) nos novos decretos é positiva, e parece caminhar no sentido da

⁷ Sundfeld, Carlos Ari (Org.). *Ob. Cit.*; pg. 117

efetivação do direito à terra das comunidades quilombolas, em respeito à Constituição, tanto no que ela determina em relação à propriedade definitiva das terras quilombolas, quanto no que nela se contém a respeito da perda compulsória da propriedade privada, possível nos casos de usucapião ou de desapropriação”⁸.

Cabe lembrar que as comunidades remanescentes de quilombos, como grupos formadores da sociedade brasileira, receberam a proteção jurídico-constitucional do art. 216, §1º, que prevê a desapropriação como uma das formas de acautelamento e preservação de que o Poder Público dispõe.

Tais desapropriações podem ser feitas pelos Estados e também pela União, pois ambos têm o dever constitucional de dar cumprimento aos artigos 215 e 216 da CF e ao 68 do ADCT, não demandando, por isso, a edição de lei específica. O Poder Público já dispõe de instrumentos jurídicos e materiais necessários para iniciar e conduzir os processos de desapropriação.⁹

Claro se faz, portanto, que não existe qualquer ilegalidade, muito menos inconstitucionalidade, nos dispositivos do Decreto 4.887 que possibilitam eventuais desapropriações. Pelo contrário, o que se observou na nova regulamentação dada pelo referido decreto foi uma atuação responsável por parte do Poder Público, que expressa a preocupação em tornar definitivos os títulos quilombolas, sem gerar tensões que se estendessem no tempo e sem promover instabilidades potencializadoras de conflitos e insatisfação social. Determinou-se, sim, a devida proteção do direito à terra daquelas comunidades, sem que com isso se desconsiderasse os direitos daqueles que, sem má-fé, adquiriram por título legítimo a propriedade daquelas mesmas áreas.

⁸ Pinto, Henrique Motta. *Ob. Cit.*

⁹ Sundfeld, Carlos Ari (Org.). *Ob. Cit.*; pg. 118

A configuração da desapropriação por interesse social no presente caso é clara, inexistindo qualquer impedimento constitucional para sua regulamentação por decreto. É inadmissível aceitar, como sugere a exordial, que num estalar de dedos se reconhecesse a propriedade definitiva dos grupos quilombolas com a simples emissão de título, ignorando-se em absoluto as diferentes situações legais em que se encontravam tais áreas quando do advento do dispositivo constitucional. Não se pode esperar que os detentores de títulos de propriedade se calassem perante tal situação. A previsão regulamentar da desapropriação, portanto, adiantou-se ao cenário de centenas de proprietários demandando em juízo a justa valoração de seus legítimos títulos.

Da Constitucionalidade dos Critérios de Definição das Terras-Quilombolas

As alterações promovidas pelo Decreto 4.887/03 estão baseadas nas conclusões do Grupo de Trabalho Interministerial (GTI) instituído por Decreto Federal em maio de 2003, que sugeriu para a definição das comunidades beneficiárias os critérios de auto-identificação do grupo na condição de quilombolas. Tal proposta encontra respaldo na ciência da antropologia, pela tradição, por levantamentos históricos e por registros bibliográficos. Foi acolhida não só pelo Decreto 4.887/03 (art. 2º, *caput* e §§ 1º a 3º), mas também pela Instrução Normativa N° 16, de 24 de março de 2004, do INCRA (art. 3º c/c art. 7º, parágrafos primeiro a terceiro). Esta foi editada em cumprimento ao §1º do art. 3º do decreto discutido.

Para a definição da territorialidade, o critério propugnado pelo GTI foi o da efetiva ocupação e exploração agropecuária e florestal, inclusive extrativista, respeitando-se ainda as práticas tradicionais de cultivo, como o rodízio, assim como os espaços reservados para a recreação e as áreas necessárias para perambulação entre famílias e grupos. Tais idéias foram normatizadas tanto por meio do Decreto 4.887/07, em seu art. 2º, §2º, quanto pela Instrução Normativa 16/2004 – INCRA, no seu art. 4º.

Além da questão fundiária e ambiental que envolve as comunidades remanescentes, o Grupo de Trabalho entendeu imprescindível atender também à questão socioeconômica e cultural das comunidades. O intuito era garantir aos quilombolas o respeito aos seus direitos fundamentais e à sua cidadania, além de propiciar a melhoria da qualidade de vida de suas comunidades segundo seus padrões e valores. Tais preocupações resultaram nas prescrições constantes dos arts. 19 e 20 do Decreto 4.887/03, que tratam da elaboração do Plano de Etnodesenvolvimento e de assistência especial às comunidades remanescentes de quilombos nas políticas agrícola e agrária.

Prevê ainda a realização de trabalhos de campo para a produção do Relatório Técnico-Científico (RTC), determinando a localização da comunidade, a identificação e a descrição da área, conforme limites indicados pela comunidade, com base nas atividades econômicas e construções já existentes. Procedese também ao diagnóstico jurídico do território auto-identificado, que consiste no levantamento de sua situação dominial, da situação jurídico-ambiental e da situação jurídica da comunidade, verificando se cabe ação de usucapião ou se é o caso de desapropriação. O Decreto 4.887/03 prescreveu o procedimento administrativo do INCRA nos arts. 6º a 9º, cuidando da diretriz acima no art. 7º. Na Instrução Normativa 16/2004 – INCRA tal assunto foi delineado nos arts. 6º a 13, atribuindo porém a alcunha de Relatório Técnico de Identificação.

O novo processo de regularização fundiária estabelecido adota dispositivos das normas internacionais de direitos humanos das quais o Brasil é Estado Parte, especialmente da Convenção nº 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, tais como: a autodefinição, para fins de declarar a condição de remanescência de quilombo; a adoção do conceito de território, abrangendo toda a terra utilizada para a sua reprodução física e social, econômica e cultural; e a titulação coletiva das terras.

É importante ressaltar que o critério de autodeterminação e consciência da identidade coletiva é elemento fundamental para determinar os grupos aos quais se

aplicam as disposições da convenção nº 169. Ou seja, reconhece que a definição de quilombo perpassa a autonomia do grupo, regime comum da terra, a territorialidade, a identidade coletiva, e a autodefinição dos agentes sociais, dentre outros aspectos.

Vê-se, assim, que a nova regulamentação abarca “critérios de identificação das comunidades quilombolas tidos como avançados pelos estudiosos. Nesse sentido estão os critérios de auto-atribuição, territorialidade e identidade coletiva, que denotam um específico modo de ser e viver, em perfeita consonância com a Constituição (arts. 215 e 216)”¹⁰. Interessante reparar que o Poder Público deve promover e proteger o patrimônio cultural brasileiro com a colaboração da comunidade. A regulamentação instituída pelo Decreto 4.887/03 privilegia o critério da auto-atribuição na identificação e demarcação das terras das comunidades quilombolas, no que dá cumprimento a este preceito constitucional.

Deve-se ainda mencionar que os critérios de determinação das comunidades remanescentes de quilombos defendidos na inicial da presente ADIn são baseados no Decreto 3.912/01, revogado pelo Decreto 4.887/03. Tais critérios, todavia, foram severamente criticados e considerados totalmente despropositados pelos especialistas na temática.¹¹

Contra o argumento exposto na peça inicial, o qual foi apoiado nas conclusões do já referido Parecer nº 1.490/01, de que somente fazem jus ao direito conferido pelo art. 68 do ADCT os remanescentes de quilombos que ocupavam as terras em 1888, trazemos o pensamento da antropóloga Leinad Ayer de Oliveira¹², que pondera:

“(...) 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.

¹⁰ Pinto, Henrique Motta. *Ob. Cit.*

¹¹ Sundfeld, Carlos Ari (Org.). *Ob. Cit.*; págs. 70 a 74

¹² “Sobre as datas e as competências no Decreto nº 3.912/2001”, in: Leinad Ayer de Oliveira (org.), *Quilombos – a hora e a vez dos sobreviventes*, Comissão Pró-Índio de São Paulo, 2004, p.32.

A idéia que subjaz do decreto ao vincular como limite para a formação dos quilombos o ano de 1888 é que, depois desta data, todos quilombos e quilombolas deixariam de sê-lo para serem remanescentes. Quilombos seriam aquelas comunidades formadas por escravos fugidos, ou seja, escravos em condição ilegal porque apartados de seus proprietários. Este seria o conceito clássico de quilombo, e por ‘conceito clássico’ queremos dizer o conceito formulado no seio do regime escravocata brasileiro, pelas suas elites. Trata-se portanto de um conceito que serve ao senhor. A abolição, nesta perspectiva, teria tirado estes negros da ilegalidade, o que permitiria abandonar o termo quilombo.

(...)

Queremos mostrar primeiramente que a data de 1888, embora seja um marco formal para os negros no Brasil, não tem importância central no que diz respeito aos quilombos. Eles se formaram por escravos libertos e insurretos e negros livres antes e depois da abolição. Enquanto vigora a escravidão, os quilombos cumprem a função de abrigar as populações negras, configurando um tipo de resistência. Finda a escravidão, e sabemos que a Lei Áurea só vem formalizar uma realidade conquistada pelas populações negras vez que quase todos os escravos já se haviam libertado quando da assinatura da lei, os quilombos serão o único espaço onde muitos negros, excluídos pela nova ordem que se configura, poderão sobreviver física e culturalmente. Os quilombos continuam representando a resistência negra. É, portanto, perfeitamente lógico falar-se em quilombos mesmo após 1888.” – (destacamos)

No que tange o critério de necessidade de posse das terras em que se localizavam os quilombos no dia da promulgação da Constituição, reproduzimos a crítica arguta

do professor de Direito Constitucional e Procurador da República Walter Claudius Rothemburg¹³:

“Quiçá mais dramática é a menção à data de promulgação da atual Constituição. (...) Basta imaginar novamente uma situação de desocupação ocasional em 5 de outubro de 1988: em virtude, por exemplo, da pressão da especulação imobiliária, toda comunidade quilombola é instada a abandonar a região, indo instalar-se na periferia de um centro urbano maior, muitos voltando, porém à primeira oportunidade de desilusão. Fantasiemos a tragicomédia de uma comunidade quilombola que tivesse sido convidada a assistir, em Brasília, à promulgação da Constituição de 1988 – que lhes reconheceu a propriedade das terras tradicionalmente ocupadas; ao retornar, a comunidade teria perdido o direito, pois não mais estava ocupando as terras no fatídico dia 5 de outubro de 1988...”

Como se vê, é enfática a opinião de especialistas no sentido de que os critérios para a identificação de “remanescentes das comunidades dos quilombos”, estabelecidos pelo Decreto nº 3.912/2001, quais sejam, a necessidade de que as terras tenham sido ocupadas por quilombo em 1888 e estivessem ocupadas por remanescentes destes em 5 de outubro de 1988, são totalmente despropositados.¹⁴

A questão que desponta como central é a da própria definição do que foram, historicamente, os quilombos, na expectativa de, a partir daí, poder discernir os critérios de identificação daquelas comunidades “remanescentes”. Nestas discussões, a perspectiva antropológica mais recente tende a conceituá-las como grupos étnicos que existem e persistem ao longo da história como um “tipo

¹³ “O processo administrativo relativo às terras de quilombos: análise do Decreto nº 3.912, de 10 de setembro de 2001”, in: op. cit., pp. 17-21.

¹⁴ Sundfeld, Carlos Ari (Org.). *Ob. cit.*; pg. 74

organizacional". Esta interpretação só é possível através de uma pesquisa que privilegie o ponto de vista do nativo, isto é, descrevendo as suas auto-identificações, suas categorias de pertencimento à comunidade, suas representações e suas formas de organização social.

Vale ainda discorrer a respeito do uso do termo quilombo no decorrer da história. Trazemos a síntese do "Dicionário do Brasil Colonial (1500-1808)", dirigido por Ronaldo Vainfas¹⁵, em verbete a cargo de Jacqueline Hermann:

"Quilombos – Vocábulo de origem banto (kilombo) que significa 'acampamento' ou 'fortaleza', foi termo usado pelos portugueses para designar as povoações construídas pelos escravos fugidos do cativoiro. (...)

O estudo do fenômeno no Brasil tem-se utilizado, basicamente, de documentos produzidos pela repressão que, se não impedem o conhecimento dessas comunidades, exigem um grande esforço para captar aspectos não registrados nas fontes militares.

[...]

Os anos de 1980 e 1990 renovaram, em larga medida, os estudos sobre os quilombos no Brasil. A descoberta de novas fontes manuscritas e orais, a inclusão dos aspectos simbólicos e rituais presentes nos quilombos e a ampliação dos estudos arqueológicos dos lugares onde essas comunidades se erigiram têm permitido uma reavaliação da história dos quilombos, atentando para suas especificidades sem reduzi-los a modelos preconcebidos ou ingenuamente idealizadores."

¹⁵ Rio de Janeiro, Objetiva, 2000, p. 494

Conforme observa José Milton Garcia, o termo remanescente de quilombo designa “hoje a situação presente dos segmentos negros em diferentes regiões e contextos e é utilizado para designar um legado, uma herança cultural e material que lhe confere uma referência presencial no sentimento de ser e pertencer a um lugar e a um grupo específico”.¹⁶ Nesse sentido, entende-se que as comunidades quilombolas são realidades vivas, identificadas por um modo específico de ser e de viver, tanto para quem as vê “de fora”, quanto para os próprios quilombolas, que vivenciam tal realidade. Daí a impropriedade da utilização do conceito colonial de quilombos. O caso das comunidades remanescentes de quilombos é um ótimo exemplo de patrimônio cultural tutelado pela Constituição, o que fica evidente na análise dos arts. 215, §1º, 216, *caput* e incisos I a V, e seus §§ 1º e 5º.

Como se percebe, foram eleitos outros parâmetros que contrastam com a antiga definição, através dos quais se visualiza melhor a realidade das comunidades quilombolas existentes. Um desses parâmetros é a aferição da autonomia do grupo. De fato, o elemento da autonomia tem sido considerado essencial na caracterização de certo grupo como quilombola. Trata-se da autonomia decorrente da evolução histórica, isto é, conquistada pelas comunidades com o passar do tempo. A pequena produção familiar, tendo nos quilombos unidades autônomas ideais para as necessidades dos mercados locais, prosperou e garantiu autonomia a estas comunidades.¹⁷

Outro parâmetro importante na identificação das comunidades é a percepção de como as terras são utilizadas pelas mesmas. A territorialidade é um fator fundamental na identificação dos grupos tradicionais, entre os quais se inserem os quilombolas. Tal aspecto desvenda a maneira como cada grupo molda o espaço em que vive, e que se difere das formas tradicionais de apropriação dos recursos da

¹⁶ “Negros do Ribeira...”, op. cit., p.7.

¹⁷ Sundfeld, Carlos Ari (Org.). *Ob. Cit*; pg. 78

natureza.¹⁸ O critério da territorialidade é abarcado pelo art. 68 do ADCT, quando se refere às “suas terras”.

Dessa forma, e de um lado, deve ser dada maior atenção, dentre os parâmetros de identificação do *território* das comunidades quilombolas, à sua *identidade coletiva*. Trata-se de identificar a forma pela qual o grupo remanescente de quilombo conseguiu manter o seu modo de vida, resistindo às influências externas e mantendo seus traços culturais e habitacionais ao longo das gerações.¹⁹

A partir da identificação desse modo de vida, conclui-se que a titulação deve recair não só sobre os espaços em que o grupo mora ou cultiva, mas também sobre aqueles necessários ao lazer, à manutenção da religião, à perambulação entre as famílias do grupo e também aqueles destinados ao estoque de recursos naturais.²⁰ Essas são as “suas terras”, a que reporta a Constituição, sendo que nesses locais os quilombolas não só “tiveram” (pg. 11 da petição inicial) a sua reprodução física, social, econômica e cultural, mas ainda a têm, como realidade viva que são, e é desejo da Constituição que a tenham com a propriedade definitiva.

Por outro lado, o critério a ser seguido na identificação dos remanescentes das comunidades quilombolas em si é também o da *auto-definição dos agentes sociais*. Ou seja, para que se verifique se certa comunidade é de fato quilombola, é preciso que se analise a construção social inerente àquele grupo, de que forma que os agentes sociais se percebem, de que forma almejavam a construção da categoria a que julgam pertencer.²¹

¹⁸ Idem, ibidem

¹⁹ Idem, ibidem; pg. 79

²⁰ Idem, ibidem.

²¹ Idem, ibidem.

Tal construção é mais eficiente e compatível com a realidade das comunidades quilombolas do que a simples imposição de critérios temporais ou outros que remontem ao conceito colonial de quilombo.²²

Este é o ensinamento do antropólogo Alfredo Wagner Berno de Almeida²³:

“Este dado de como os segmentos sociais chamados ‘remanescentes’ se definem é fundamental, porquanto foi dessa forma que a identidade coletiva foi construída e afirmada. O importante (...) não é tanto como as agências definem, ou como uma ONG define, ou como um partido político define mas, sim, como os próprios sujeitos sociais se definem e quais os critérios político-organizativos que norteiam as suas práticas e mobilizações que forjam a coesão em torno de uma certa identidade. Os procedimentos de classificação que interessam são aqueles construídos a partir dos próprios conflitos pelos próprios sujeitos e não necessariamente aqueles produtos de classificações externas, muitas vezes estigmatizantes”.

Não se pode deixar de registrar mais uma vez que o Decreto Federal 3.912/2001 estabeleceu critérios diametralmente opostos aos que se vêm de apresentar. Não obstante as críticas já apresentadas aos dois critérios eleitos pelo decreto, acresça-se a de que o mesmo *centrou a discussão sobre as terras ocupadas pelos remanescentes, e não sobre a relação dos remanescentes com as terras*. Ou seja, pelo decreto visualiza-se somente eventuais áreas onde existiram quilombos em 1888 e que estavam ocupadas por remanescentes em 1988.²⁴

²² Idem, *ibidem*; pg. 80

²³ Alfredo Wagner Berno de ALMEIDA, “Os quilombos e as novas etnias: é necessário que nos libertemos da definição arqueológica”, texto apresentado no encontro da Associação Brasileira de Antropologia. Mimeo, 1998.

²⁴ Sundfeld, Carlos Ari (Org.); *Ob. Cit.*; pg. 80

Não se atenta, portanto, às prováveis hipóteses de legítimas comunidades quilombolas que foram ilegalmente expulsas das terras que ocupavam e se fixaram em outra localidade próxima. Ignora-se a relação que a comunidade possui com a terra, esta mais importante do que a determinação “dessa ou daquela” terra. Toma-se como premissa o conceito colonial de quilombo²⁵, muito embora, como demonstrado, este conceito se mostre insuficiente e pobre para a descrição da realidade das comunidades amparadas pelo art. 68 do ADCT.²⁶

Nesse mesmo equívoco incorre a requerente da presente ADIn, cuja tese é semelhante à sustentada no referido Parecer nº 1.490/01 da Casa Civil. As conseqüências são desastrosas para a efetividade do direito à terra das comunidades quilombolas, uma vez que é extremamente dificultada a prova. Pior, o atendimento aos critérios elegidos por esta idéia pode até ter ocorrido faticamente, mas hoje seria de improvável comprovação.

Disto decorre o absurdo de ser inviabilizado o cumprimento de norma constitucional, por conta da interpretação que é feita do art. 68 do ADCT. Ora, o papel do intérprete jurídico, e especialmente do constitucional, é fornecer à norma crédito, buscando por todos os meios a sua concretização no mundo dos fatos. Tem o dever de perseguir a sua efetivação, não podendo deixá-la ao relento, ainda mais se é norma com *status* constitucional, o que é reconhecido no presente caso. A requerente não cumpre este postulado hermenêutico, e até mesmo sabe das conseqüências infelizes de sua interpretação, já que cita doutrina que reconhece a dificuldade de concretização do preceito constitucional, trilhado esse caminho, nas págs. 8 e 9 da sua peça inicial.

²⁵ Prova disso é o fato de que, no já referido Parecer da Casa Civil da Presidência da República (que fundamenta o Decreto federal), faz-se menção aos quilombos como “aqueles grupamentos organizados por escravos fugitivos.”

²⁶ Sundfeld, Carlos Ari (Org.). *Ob. Cit.*; págs. 80 e 81

Ademais, a ADIn proposta sugere que o critério da auto-atribuição, veiculado pelo Decreto 4.887/03, implica no desatendimento aos critérios histórico-antropológicos pertinentes, e a ampliação inconstitucional dos beneficiados por tal regra. Bastaria a “mera” manifestação de vontade do interessado (pg. 8 da petição inicial da ADIn), para que se caracterizasse como quilombola, passando assim a ter direito à terra. Isso não é verdadeiro, como exposto acima, considerando que a análise pertinente não é feita exclusivamente por meio do critério da auto-atribuição, mas sim da conjugação deste com outros critérios, como os da territorialidade e da identidade coletiva, de nítido caráter histórico-antropológico.

E não há desprezo destes outros critérios na regulamentação exarada pela União Federal. O INCRA e a Fundação Cultural Palmares (art. 3º e art. 5º), ao analisarem os casos surgidos, deverão atentar ao disposto no *caput* do art. 2º do Decreto 4.887/03, que define, para efeitos de sua incidência, aqueles que serão tidos como remanescentes das comunidades de quilombos. Ali se prevê o critério auto-atribuição, mas também a necessidade de trajetória histórica própria, a dotação de relações territoriais específicas e a presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida, critérios estes que se complementarão àquele. Essa idéia é reafirmada na regulamentação dos procedimentos administrativos do INCRA, feita pela sua Instrução Normativa 16/2004. Ali se repete esta prescrição dos beneficiários da política pública (art. 3º).

Não bastasse isso, outro aspecto do decreto em questão garante a sua constitucionalidade e legitimidade: é a instituição de procedimento administrativo escoreito, marcado especialmente pelos caracteres da razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, publicidade e atendimento ao interesse público.

Isso fica nítido na análise dos arts. 3º a 9º do Decreto. Destaca-se, dentre uma série de aspectos, três: i) a publicação de edital por duas vezes consecutivas em Diários Oficiais (União e unidade federada) e na sede da prefeitura municipal pertinente, do qual constem os dados geográficos e jurídicos (inclusive os títulos, registros e matrículas eventualmente incidentes sobre as terras consideradas suscetíveis de reconhecimento e demarcação) da área estudada (art. 7º); ii) o envio do relatório técnico do INCRA a seis entidades públicas, que ganham a oportunidade de manifestação no processo, com prazo razoável (art. 8º); e iii) a abertura de prazo de noventa dias, desde a publicação referida no art. 7º, para o oferecimento de contestações ao relatório elaborado, por parte de quaisquer interessados, que serão, por óbvio, analisadas e respondidas (art. 9º). Nesse momento é possível a impugnação de eventuais aspectos duvidosos do relatório, como o não-atendimento aos critérios histórico-antropológicos, por exemplo. Em confirmação ao Decreto, também a Instrução Normativa-INCRA 16/2004 estabelece, mais detalhadamente, o procedimento administrativo, em respeito ao que se contém naquele. Isto é feito nos arts. 5º a 13 deste documento normativo, prescrevendo também os aspectos destacados no Decreto.

Da Importância da Manutenção da Regulamentação Questionada: Outras Inovações Trazidas pelo Decreto 4.887/03

Como restou demonstrado acima, a regulamentação do artigo 68 do ADCT pode, sem qualquer risco de incorrer em inconstitucionalidade, ser realizada por meio de decreto. Ademais, demonstrou-se a pertinência e relevância dos dispositivos do Decreto 4.887/03 questionados na ADIn 3.239, em relação aos quais carecem igualmente de fundamento jurídico as alegações de inconstitucionalidade formuladas pelo Autor.

Somando-se a estes argumentos, no entanto, é importante que se ressalte a importância do Decreto 4.887/03, que veio para solucionar diversas questões jurídicas que, em razão da enorme controvérsia gerada pela omissão anterior, impossibilitavam o efetivo exercício do direito expresso no artigo 68 do ADCT.

Em artigo acadêmico sobre o tema, o pesquisador do tema do direito à terra das comunidades quilombolas, Henrique Motta Pinto, busca analisar tais mudanças e efeitos sobre a efetividade do direito constitucional em pauta. Afirma, nesse sentido, que:

“Outro aspecto interessante do decreto é que ele é cuidadoso ao prever as diversas situações em que podem se encontrar as terras quilombolas: como as que incidam em terrenos de marinha, marginais de rios, ilhas e lagos (art. 10); estiverem sobrepostas às unidades de conservação, às áreas de segurança nacional, à faixa de fronteira ou às terras indígenas (art. 11); incidam em terras públicas (art. 12); em terras particulares (art. 13, regulando o procedimento que verificará a necessidade de desapropriação); em terras que têm posseiros (art. 14). Prevê ainda a conduta a ser observada em cada um dos casos. Ainda que os problemas derivados dessa sobreposição de direitos não tenham sido expressamente resolvidos, o decreto tem o mérito de enfrentá-los, em contraposição à regulamentação anterior, que simplesmente desconsiderava tais situações. O estudo *Comunidades Quilombolas: Direito à Terra* prevê e discute todas essas possibilidades, estando as novas normas em consonância com as suas idéias.

[...]

Outro aspecto importante abordado no decreto foi a forma de titulação das terras, tendo previsto o título coletivo e indivisível em nome da associação da comunidade, e ainda com cláusula de inalienabilidade, imprescritibilidade e impenhorabilidade (art. 17 e parágrafo único). Tais

prescrições apontam para a manutenção dos valores culturais e organizacionais do grupo, que estariam ameaçados na hipótese de titulação individual ou coletiva divisível.

[...]

No mais, a obrigatória inserção de cláusula de inalienabilidade não só é possível, em vista da motivação do art. 68 do ADCT (é uma forma mesmo de protegê-la), como desejável, já que impede a deturpação do sentido da outorga realizada. Também estes aspectos já eram ponderados no estudo *Comunidades Quilombolas: Direito à Terra*. Os caracteres de imprescritibilidade e impenhorabilidade da cláusula colaboram na proteção da outorga. O primeiro por garantir que a titulação concedida não será extinta pela prescrição, não se achando submetida à limitação temporal. O segundo por determinar que o título e os bens por ele garantidos não estão sujeitos à penhora.

[...]

Esse sentido protetivo manifesta-se também no dever de atenção do Poder Público, seja durante o processo de titulação por meio do INCRA (art. 15), garantindo a defesa dos interesses das comunidades, seja após a expedição do título pela FCP (art. 16), prestando assistência jurídica para defesa da posse e proteção da integridade territorial da área objeto da outorga. Também há um inequívoco cuidado do decreto em se estabelecer apoio aos quilombolas, por meio do chamado Plano de Desenvolvimento (art. 19). A preocupação é fundada e merece atenção do Poder Público.

[...]

Importante também a previsão de registro ou tombamento, e conseqüente acatamento e preservação dos documentos e dos sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos (art. 18 e parágrafo único). Tal determinação vai precisamente no sentido imposto pela Constituição, em seu art. 216, §§ 1º e 5º.²⁷

²⁷ Pinto, Henrique Motta. *Ob. Cit.*

DO NÃO-CABIMENTO DE MEDIDA CAUTELAR

Não estão caracterizados os elementos necessários para uma eventual concessão de medida cautelar, ao contrário do que alega a requerente.

Falta fundamento à alegação de *periculum in mora*, já que entre a edição do Decreto 4.887, em 20 de novembro de 2003, e a impetração da ADIn, em 25 de junho de 2004, se passaram aproximadamente sete meses. Inexiste perigo, no caso concreto, que possa ser alegado depois desse período de tempo, a demonstrar a tese da requerente.

Inexiste também motivo para a visualização do *fumus boni juris*, uma vez que a questão discutida nos autos não é simples, como a peça inicial da requerente dá a entender. Trata-se de tema árduo, em que não é possível a exposição imediata de inconstitucionalidade, considerando ainda tratar-se de controle abstrato de constitucionalidade, cuja demonstração é ainda mais difícil.

PEDIDO

Diante de todo o exposto requer-se:

- a) seja aceita a presente manifestação na qualidade de *amicus curiae* na ADIn 3.239 com fundamento no artigo 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99;
- i) no caso de não ser admitida a presente manifestação como *amicus curiae*, seja, sem prejuízo do pedido anterior, a presente petição aceita nos autos do processo da ADIn 3.239 como respaldo documental, na forma de memorial, para auxílio desta Corte;

- b) seja indeferida a liminar, por ausência de *fumus boni juris* e *periculum in mora*;
- c) seja julgada improcedente a presente ADIn, por infundados os argumentos do Autor quanto à impossibilidade de regulamentação da matéria via decreto, e por carecerem igualmente de fundamento suas alegações de inconstitucionalidade das desapropriações ali previstas e das configurações das comunidades e das terras quilombolas;

São Paulo, 16 de setembro de 2004

INSTITUTO PRO BONO

Marcos Fuchs
Diretor Executivo

INSTITUTO PRO BONO

Paula Ligia Martins
OAB/SP 160.071

CONECTAS DIREITOS HUMANOS

Oscar Vilhena Vieira
Diretor

CONECTAS DIREITOS HUMANOS

Eloísa Machado

SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO PÚBLICO

Carlos Ari Sundfeld
Presidente