

**EXCELENTÍSSIMO SR. DR. DESEMBARGADOR RELATOR ANDRÉ FONTES
DO ÓRGÃO ESPECIAL DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO**

Arguição de Inconstitucionalidade nº 2012.51.09.000676-8

Arguição de Inconstitucionalidade nº 2012.51.09.000675-6

Arguição de Inconstitucionalidade nº 2012.51.09.000683-5

**COORDENAÇÃO NACIONAL DAS COMUNIDADES NEGRAS RURAIS
QUILOMBOLAS (“CONAQ”)**, associação civil sem fins lucrativos com sede em CONIC
– Conjunto Bacarat, SDS Bloco F e G, Lote 41 – Sala 111/1º andar Asa Sul, Brasília, DF,
CEP 70392-900, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 07.976.254/0001-99 (Doc. 1), e a
**ASSOCIAÇÃO DE COMUNIDADES REMANESCENTES DE QUILOMBOS DO RIO DE
JANEIRO (“ACQUILERJ”)**, associação civil sem fins lucrativos, com sede na Rua
Sacopã, nº 250, Lagoa, CEP 22.471-180, na Cidade e Estado do Rio de Janeiro, inscrita
no CNPJ/MF sob o nº 07.976.254/0001-99 (Doc. 2) vêm a V. Exa., por seus advogados
abaixo assinados (Doc. 3), com fundamento no art. 482, §3º, do Código de Processo Civil,
requerer a sua admissão, na qualidade de *AMICUS CURIAE*, nos autos das **arguições
de inconstitucionalidade** em epígrafe, suscitadas no âmbito de ações de desapropriação
propostas pelo **Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (“INCRA”)**,
pelas razões e para os fins adiante expostos.

I. AS ARGUIÇÕES EM SÍNTESE.

1. As presentes arguições de inconstitucionalidade foram suscitadas pela 5ª e pela 7ª Turma deste c. Tribunal Regional Federal da 2ª Região nos autos de ações de desapropriação ajuizadas pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA com fundamento no art. 68 do ADCT¹ e no Decreto nº 4.887/2003.

2. O que se busca, nesta seara, é analisar a (in)constitucionalidade do Decreto nº 4.887/2003, que regulamentou o Art. 68 do ADCT, dispendo acerca do procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos, cuja propriedade foi atribuída às comunidades por força do dispositivo constitucional.

3. Nada obstante a regularidade da atuação do INCRA, fato é que o MM. Juízo da 1ª Vara Federal de Resende, entendeu que o Decreto nº 4.887/2003 seria eivado de inconstitucionalidade. Isto porque o Decreto (i) teria alterado o destinatário da norma constitucional (art. 2º, Decreto nº 4.887/2003); (ii) teria criado uma nova forma de propriedade (art. 17, Decreto nº 4.887/2003); (iii) teria ampliado o conceito jurídico de posse ao instituir a posse-garantia (art. 2º, § 2º, Decreto nº 4.887/2003); e (iv) teria estabelecido a desapropriação de terras com o objetivo de entregá-las aos que já deteriam a propriedade pela própria força normativa da Constituição (art. 13, Decreto nº 4.887/2003). Neste sentido, e considerando ser inconstitucional o fundamento normativo da ação expropriatória, a r. sentença extinguiu o feito por suposta impossibilidade jurídica do pedido (art. 267, I e VI, CPC).

4. Diante do r. *decisum*, o INCRA interpôs recursos de apelação, restabelecendo a discussão acerca da constitucionalidade do Decreto nº 4.887/2003 perante a 5ª e a 7ª Turmas desta c. Corte. Assim, e como forma de dirimir a matéria constitucional posta, aquelas c. Turmas suscitaram incidentes de inconstitucionalidade, determinando a

¹ Art. 68. Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos.

suspensão do julgamento dos recursos até a apreciação da questão prejudicial por este e. Órgão Especial.

5. À luz deste quadro, e sendo certo que a questão posta repercute sobre os direitos às terras de comunidades tradicionais, a CONAQ e a ACQUILERJ (em conjunto, “Requerentes” ou “Amici Curiae”) buscam por meio desta manifestação demonstrar as razões pelas quais o Decreto nº 4.887/2003 deve ser reputado formal e materialmente constitucional diante dos fundamentos a seguir sintetizados:

- a) Sob a perspectiva formal, a norma constitucional definidora de direitos fundamentais de grupos vulneráveis apresenta eficácia plena e aplicabilidade imediata. Neste sentido, é dispensável a existência de lei para que seja devidamente regulamentada e aplicada pelo Poder Público, notadamente se considerado que o Decreto meramente disciplina o processo administrativo para o assentamento dos remanescentes de quilombos; e
- b) Sob a perspectiva material, a constitucionalidade do Decreto é evidente, na medida em que meramente regulamenta o direito constitucional das referidas comunidades às terras tradicionalmente ocupadas, garantindo ainda a indenização aos particulares que eventualmente possuam títulos de propriedade de imóveis sobrepostos às terras quilombolas.

II. LEGITIMIDADE PARA INTERVENÇÃO COMO *AMICUS CURIAE* NA PRESENTE AÇÃO .

6. O §3º do art. 482 do Código de Processo Civil dispõe que a admissão de *amici curiae* será realizada mediante despacho do relator, considerando (i) a relevância da matéria e (ii) a representatividade dos postulantes².

²Art. 482 - § 3º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá admitir, por despacho irrecorrível, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

a) Relevância da matéria: direitos transindividuais e alcance da decisão

7. A relevância do presente feito se evidencia pelo fato do seu objeto constituir-se demanda de alta relevância histórica, social e cultural. As questões de mérito abordadas envolvem diretamente direitos transindividuais de toda a população e a vida de milhares de pessoas portadoras de identidade étnica própria, cuja reprodução e sobrevivência estão ameaçadas. Envolvem também reparação de violações de direitos humanos históricas como a escravidão e a exclusão social.

8. Neste sentido, a relevância do tema – objeto da ADI nº 3.239 no Supremo Tribunal Federal, onde já foram deferidos cerca de vinte e cinco pedidos de ingresso como *amicus curiae* – foi reconhecida pela decisão publicada em 08.09.2015 que intimou diversas entidades representativas da causa quilombola para que ingressassem no feito.

b) Representatividade de CONAQ e ACQUILERJ

9. A representatividade da CONAQ já foi estabelecida por este c. Tribunal por meio do já referido *decisum* que determinou sua intimação para participar do feito.

10. No que diz respeito à ACQUILERJ, sua legitimidade é fundada em sua reconhecida atuação cujo objetivo visa aos direitos das comunidades quilombolas pela titulação de terras e pela efetivação do artigo 68 do ADCT, além de luta pela preservação da identidade cultural das comunidades quilombolas e, conseqüentemente, pela preservação da identidade cultural do país.

11. A ACQUILERJ volta-se para a proteção dos direitos de remanescentes de quilombos em todo o estado do Rio de Janeiro, representando cerca de 30 comunidades quilombolas, localizadas nos municípios de Búzios, Cabo Frio, São Pedro da Aldeia, Rio de Janeiro, Mangaratiba, Angra dos Reis e Paraty, Quissamã, Vassouras, Valença, Quatis e Rio Claro.

12. Conforme estabelecido pela jurisprudência dessa corte, ao *amicus curiae* compete atuar em processos em que esteja em disputa não só os interesses eventuais das partes na lide, mas também os interesses coletivos relacionados ao exercício da cidadania e à preservação dos princípios e da ordem constitucional.³

13. Portanto, seja em razão da inequívoca representatividade das postulantes na seara da proteção dos direitos de comunidades quilombolas, seja em função da relevância do assunto em discussão, resta cabalmente demonstrada a legitimidade da intervenção da ACQUILERJ, na qualidade de *amicus curiae*, na presente arguição de inconstitucionalidade.

c) A Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da UERJ

14. Na presente ação, as *amici curiae* são representadas pela Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – Clínica UERJ Direitos, formada por integrantes do corpo discente e docente da graduação e da pós-graduação da Faculdade de Direito da UERJ.

15. A Clínica UERJ Direitos presta assessoria técnica e desenvolve estudos e pesquisas visando à promoção e à defesa dos direitos fundamentais no Brasil, a partir de

³ AGRAVO INTERNO. AMICUS CURIAE. ADMISSÃO. LEGITIMIDADE. RELEVÂNCIA DA MATÉRIA. 1. O *amicus curiae* ("amigo da Corte") é um instituto novo no cenário jurídico brasileiro, consubstanciando-se em intervenção especial de terceiros no processo, que diz respeito, não às causas ou aos interesses eventuais das partes em jogo na lide, mas, sim, ao próprio exercício da cidadania e à preservação dos princípios e, muito particularmente, à ordem constitucional. 2. Sua admissão é matéria da exclusiva competência do relator, que, sem que haja necessidade de submeter ao consentimento das partes, decidirá (cuja decisão, registre-se, é irrecorrível) levando em consideração tão-somente a relevância da matéria e a representatividade do postulante. No tocante à representatividade, consideram-se legitimados não apenas os integrantes do rol do art. 103 da CF/88, mas todo aquele que tiver interesse jurídico para justificar a sua participação no debate. Além disso, a lei exige que o Relator do processo leve em conta a relevância da matéria. 3. A ABIFINA – Associação Brasileira das Indústrias de Química Fina, Biotecnologia e suas Especialidades possui representatividade, haja vista ser entidade classista de âmbito nacional, sem fins lucrativos, representante de grandes e médias indústrias que atuam na área da química fina, em especial farmoquímica, farmacêutica e agroquímica. Acrescente-se que a matéria objeto da lide se reveste de interesse público, uma vez que o medicamento sobre o qual a empresa autora pretende ter estendida a validade da patente tipo "pipeline", é utilizado nos tratamentos de bronquite obstrutiva crônica, asma e, ainda, de bradicardias sinusais causadas pelo vago. 4. Agravo interno desprovido" (TRF-2, AC 408256/RJ - 2005.51.01.507517-1 -, Relatora Desembargadora Federal Liliane Roriz, Segunda Turma Especializada, DJU em 9.5.2008) (grifou-se)

um diálogo entre a comunidade acadêmica e a sociedade civil. A iniciativa se insere no compromisso histórico da UERJ com a defesa e promoção dos direitos fundamentais e com a construção de um ambiente acadêmico plural e democrático, tendo na sua bem-sucedida experiência com as ações afirmativas um exemplo emblemático nesse sentido.

16. Suas finalidades institucionais são, entre outras: contribuir para a ampliação da proteção aos direitos fundamentais no Brasil; apoiar a sociedade civil em ações relacionadas aos direitos fundamentais, mediante a prestação de assessoria jurídica especializada em litígios estratégicos; e proporcionar aos alunos da graduação e da pós-graduação da Faculdade de Direito da UERJ vivência prática em atividades jurídicas relativas à proteção de direitos fundamentais.

III. CONSTITUCIONALIDADE FORMAL DO DECRETO Nº 4.887/2003: MERA REGULAMENTAÇÃO DE NORMA DE EFICÁCIA PLENA E APLICABILIDADE IMEDIATA.

17. A constitucionalidade formal do Decreto nº 4.887/2003 pode ser aferida à luz de dois principais argumentos:

a) Em primeiro lugar, o art. 68 do ADCT, ao reconhecer a propriedade definitiva das terras ocupadas por “remanescentes das comunidades dos quilombos”, consagra efetivo direito fundamental atribuído a estes grupos historicamente marginalizados; e

b) Enquanto norma definidora de direitos fundamentais, o art. 68 possui eficácia plena e aplicabilidade imediata. Disto se extraem duas consequências: em primeiro lugar, a produção dos efeitos da mencionada norma independe da edição de qualquer legislação. Em segundo lugar, cabe ao Poder Público, independentemente de lei, promover todos os atos necessários à garantir a efetividade da norma. Isto inclui a regulamentação deste direito, consubstanciada no próprio Decreto nº 4.887/2003.

18. Estes dois pilares que reforçam a constitucionalidade formal do decreto merecem ser aprofundados.

a) O Art. 68, ADCT como norma definidora de direitos fundamentais.

19. Merece destaque, de início, que o art. 68 do ADCT consagra verdadeira norma definidora de um direito fundamental⁴ vinculado diretamente à promoção da igualdade substantiva e da justiça social.

20. Isto se dá, em primeiro lugar, porque o mencionado dispositivo reconheceu direitos territoriais aos integrantes de um grupo social historicamente marginalizado, estigmatizado e vítima de discriminação racial. Seu objetivo é o de assegurar a sobrevivência e o florescimento de grupos dotados de cultura e identidade étnica próprias, ligadas a um passado de resistência à opressão.⁵

21. Com efeito, para as comunidades quilombolas, a terra habitada é mais que um bem patrimonial – trata-se de elemento integrante da sua própria identidade coletiva, o elo fundamental que une seus integrantes e vital para a manutenção da identidade e manifestações culturais coletivas.⁶

⁴ No mesmo sentido, SARMENTO, Daniel. Territórios Quilombolas e Constituição: A ADI 3.239 e a Constitucionalidade do Decreto 4.887/03. Disponível em < http://6ccr.pgr.mpf.mp.br/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/Territorios_Quilombolas_e_Constituicao_Dr._Daniel_Sarmento.pdf>, acesso em 30/11/2015; e PEREIRA, Débora Macedo Duprat de Brito. “Breves Considerações sobre o Decreto 3.912/01”. In: Eliane Cantarino O’Dwyer. Quilombos: Identidade Étnica e Territorialidade. Rio de Janeiro: FGV, 2002, p. 281-289.

⁵ Não só isso, o artigo encerra também uma medida reparatória que objetiva resgatar a dívida histórica da sociedade com comunidades compostas predominantemente por descendentes de escravos - que sofrem, ainda hoje, os efeitos da herança perversa de muitos séculos de escravidão, de dominação e de violações de direitos.

⁶ Sobre a importância do território para comunidades tradicionais, a Corte Interamericana de Direitos Humanos proferiu decisões paradigmáticas. Por exemplo, no caso da Comunidade Indígena Yakye v. Paraguai, decidido em 17 de junho de 2005, a Corte observou que “a garantia do direito de propriedade comunitária dos povos indígenas deve levar em conta que a terra está estreitamente relacionada com as suas tradições e expressões orais, seus costumes e línguas, suas artes e rituais, seus conhecimentos e usos relacionados com a natureza, suas artes culinárias, seu direito consuetudinário, sua vestimenta, filosofia e valores. Em função do seu entorno, sua integração com a natureza e sua história, os membros das comunidades indígenas transmitem de geração em geração este patrimônio cultural imaterial”. Ainda neste sentido, no caso Moiwana v. Suriname julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos,

22. É neste sentido, em segundo lugar, que a interpretação do art. 68 do ADCT deve necessariamente considerar, entre outros, o disposto nos arts. 215⁷ e 216⁸ da Constituição Federal. Explica-se.

23. Ao assegurar a todos o pleno exercício dos direitos culturais, os dispositivos constitucionais mencionados estabelecem o dever positivo do Estado no sentido de garantir apoio e incentivo às manifestações culturais. Significa dizer que não basta a omissão estatal, o *non facere*, para que o mencionado dispositivo seja concretizado.

24. Pelo contrário, o Estado deve efetivamente assegurar meios para que os grupos sociais, aí incluídos os quilombolas, possam viabilizar a sua cultura. Neste sentido, não garantir aos remanescentes das comunidades de quilombo a possibilidade de desenvolver

estabeleceu que a comunidade Maroon não era indígena da região mas, ao contrário, constituía-se em uma comunidade tribal que se assentou no Suriname nos séculos XVII e XVIII, e que essa comunidade tinha “*uma profunda e abrangente relação com suas terras ancestrais, centrada não apenas no indivíduo mas sobretudo na comunidade como um todo*”. Essa relação especial com a terra, assim como com o conceito de propriedade comunal, instigou a Corte a aplicar à comunidade tribal Moiwana sua jurisprudência sobre povos indígenas e o direito à propriedade comunal desenvolvida a partir do art. 21 da Convenção Americana.⁶

⁷ Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

§ 1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional (...).

⁸ Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

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.

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

seu modo tradicional de vida é o mesmo que deixar de tutelar os direitos culturais imateriais.⁹

25. É precisamente neste contexto que se insere a edição do Decreto nº 4.887/2003 – trata-se da regulamentação do direito fundamental contido no art. 68 do ADCT que, adicionalmente, cumpre o dever imposto ao Poder Público de garantir os meios para a proteção das manifestações culturais a que aludem os artigos 215 e 216 da Constituição Federal.

b) O Art. 68, ADCT como norma de eficácia plena e aplicabilidade imediata. Constitucionalidade do decreto que regulamenta direito fundamental.

26. Conseqüência lógica da natureza de direito fundamental ostentada pelo Art. 68, ADCT é sua eficácia plena e aplicabilidade imediata – independentemente, portanto, de atuação legislativa, na forma do art. 5º, §1º da Constituição Federal. Não é outro, por sinal, o entendimento adotado pelo e. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em julgamento que tratou precisamente da matéria sob análise:

“Como direito fundamental que é, o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias guarda aplicabilidade imediata. 'Princípio é imperativo. Princípio está no mundo jurídico. Princípio é mais do que regra. Não teria sentido exigir complementação para um princípio que é mais do que uma regra e que contém a própria regra'” (Desembargador Paulo Afonso Brum Vaz).¹⁰

27. A inércia do legislador, portanto, não tem o condão de frustrar a fruição imediata do direito fundamental pelo seu titular. Mais que isso, passados mais de 26 anos da data da promulgação da CF, não há qualquer argumento capaz lançar em um cruel limbo jurídico os cidadãos remanescentes das comunidades de quilombos.

⁹ Cf. F. Prioste. “Quilombos no Supremo Tribunal Federal: Decreto 4887/03 e a Efetividade da Constituição”. In: F. Prioste e E. Araújo (Eds.). Direito Constitucional Quilombola. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2015, p. 27.

¹⁰ TRF4, Arguição de Inconstitucionalidade nº 5005067-52.2013.404.0000/TRF, Relatora Des. Fed. Margalite Barth Tessler. Data do acórdão: 10/1/2014.

28. Neste sentido, é pacífico o entendimento na doutrina e jurisprudência – especialmente do e. Supremo Tribunal Federal – no sentido de que a Administração Pública encontra-se vinculada não apenas à lei em sentido estrito, mas à própria Constituição e ao ordenamento como um todo. Fala-se, neste sentido, em um princípio da juridicidade,¹¹ segundo o qual a Administração torna-se também responsável pela concretização dos comandos constitucionais.

29. Esta orientação tem inequívoco amparo na jurisprudência do STF no paradigmático julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12/DF, em que a Corte reputou constitucional a Resolução nº 7/2005 do CNJ que, concretizando diretamente o princípio constitucional da moralidade administrativa, vedou a prática de nepotismo no âmbito do Poder Judiciário.¹²

30. A hipótese sob análise adequa-se perfeitamente ao tema enfrentado pelo e. Supremo Tribunal Federal – especialmente quando se considera que, em jogo, estão direitos fundamentais essencialmente vinculados à igualdade e à dignidade da pessoa humana.

31. É dizer, se é legítimo aos órgãos do Poder Executivo editar atos normativos que concretizam princípios constitucionais da Administração Pública, mais legítima ainda é a edição de atos normativos que visam a resguardar direitos fundamentais.

¹¹ OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: O sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003. BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

¹² O voto do Relator Ministro Ayres Brito na medida cautelar deferida na mencionada ADC traduziu a questão de forma pristina: “a Resolução nº 07/05 [do CNJ] se dota de caráter normativo primário, dado que arranca diretamente do § 4º do art. 103-B da Carta-cidadã e tem como finalidade debulhar os próprios conteúdos lógicos dos princípios constitucionais de centrada regência de toda a atividade administrativa do Estado, especialmente o da impessoalidade, o da eficiência, o da igualdade e o da moralidade. O ato normativo que se faz objeto desta ação declaratória densifica apropriadamente os quatro citados princípios do art. 37 da CF, razão por que não há antinomia de conteúdos na comparação dos comandos que se veiculam pelos dois modelos normativos: o constitucional e o infraconstitucional. Logo, o Conselho Nacional de Justiça fez adequado uso da competência que lhe conferiu a Carta de Outubro, após a Emenda 45/04”. ADI – MC 12/DF, Tribunal Pleno, Relator Ministro Ayres Brito, julgado em 16.02.2006. Nesse mesmo sentido, cf. Recurso Extraordinário nº 203.954-3/CE, Tribunal Pleno, Relator Ministro Ilmar Galvão, julgado em 20.11.1997.

32. É precisamente neste sentido que a Ministra Rosa Webber, em voto vista proferido na ADI nº 3239,¹³ reforçou a constitucionalidade do Decreto nº 4.887/2003, afirmando que a norma buscou exclusivamente regulamentar o direito fundamental insculpido no Art. 68, ADCT:

“Em qualquer hipótese, é obrigação do Estado agir positivamente para alcançar o resultado pretendido pela Constituição, ora por medidas legislativas, ora por políticas e programas implementados pelo Executivo, desde que apropriados e bem direcionados. No contexto dos direitos fundamentais compreendidos como um sistema, é exigência constitucional que ‘para serem razoáveis, medidas não podem deixar de considerar o grau e a extensão da privação do direito que elas se empenham em realizar’, conforme assentou a Corte Constitucional da África do Sul no julgamento do caso Governo da República da África do Sul e outros vs. Irene Grootboom e outros, verdadeiro divisor de águas no constitucionalismo contemporâneo. Admite-se hoje, registra a doutrina, que a Administração Pública, ainda que com menor margem de manobra que o Judiciário, interprete a legislação vigente para executar sua atividade, assumindo especial relevo, nesse contexto, a interpretação da Constituição como fundamento direto do agir administrativo. Tal decorre da singela constatação de que não é possível preconizar-se que a Administração Pública atue em conformidade com a legislação e a Constituição sem que ao mesmo tempo realize a interpretação desses diplomas. Com efeito, todo e qualquer ato jurídico, enquanto ato linguístico, é – ou resulta de –, em última análise, um ato de interpretação.

(...)

Disponíveis à atuação integradora tão-somente os aspectos do art. 68 do ADCT que dizem com a regulação do comportamento do Estado na implementação do comando constitucional, não identifico invasão de esfera reservada à lei nem conluo, por conseguinte, pela violação, pelo Poder Executivo, do art. 84 da Carta Política ao editar o Decreto 4.887/2003. Este, do meu ponto de vista, traduz efetivo exercício do poder regulamentar da Administração inserido nos limites estabelecidos pelo art. 84, VI, da Constituição da República”.¹⁴ (grifos nossos)

¹³ Proposta pelo Partido da Frente Liberal, em 2004, perante o STF. A petição inicial da ADI pode ser acessada em: <<http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/ADI3239.pdf>>. Acesso em 3/12/2015.

¹⁴ STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.239, Voto Vista da Ministra Rosa Weber, julgado em 25/3/2015.

33. Não surpreende, portanto, que, muito recentemente, o c. Tribunal Regional Federal da 4ª Região tenha se posicionado precisamente no sentido de reconhecer a constitucionalidade do Decreto nº 4.887/2003 precisamente à luz da natureza fundamental do art. 68 e de sua eficácia plena e aplicabilidade imediata.¹⁵

34. Ainda que assim não fosse, seria necessário reconhecer – também na linha do entendimento adotado pelo c. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – que não se pode falar na ausência de lei tratando do tema.

35. Isto porque, de um lado, o Decreto nº 4.887/2003 regulamenta os princípios e regras gerais estabelecidos pela Lei nº 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, adequando-os assim aos tema específico da atribuição das terras às comunidades quilombolas.

36. Somado a isso, o Decreto nº 4.887/2003 igualmente encontra seu fundamento infraconstitucional na Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT),¹⁶ que versa sobre os direitos dos povos indígenas e tribais.¹⁷

37. Segundo o disposto neste diploma internacional, povos tribais são aqueles “*cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros setores da coletividade nacional, e que estejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou*

¹⁵ TRF4, Arguição de Inconstitucionalidade nº 5005067-52.2013.404.0000/TRF, Relatora Des. Fed. Margalite Barthe Tessler. Data do acórdão: 10/1/2014. Disponível em: <https://eproc.trf4.jus.br/eproc2trf4/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=41389623968834821040000000003&evento=41389623968834821040000000003&key=713d382cfae7cedfc5aaf926cbaa5c5d77a16e771f62e739862a613a72a4b2dd>. Acesso em 3/12/2015.

¹⁶ Ratificada pelo Brasil em 25/7/2002, aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 143/2002 e promulgada pelo Decreto nº 5.051/2004. Cf <http://www.oitbrasil.org.br/convention>

¹⁷ A Convenção, por versar sobre direitos humanos, desfruta de hierarquia supralegal na ordem jurídica nacional, conforme jurisprudência do STF. Nesse sentido, dentre muitos, cf. RE 466.343/SP, Relator Ministro Cezar Pelluzo, Tribunal Pleno, julgado em 3.12.2008; HC nº 90.172, Relator Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 5.6.2007; RE 349.703, Relator para Acórdão Ministro Gilmar Mendes, julgado em 3.12.2008

tradições ou por legislação especial”. Trata-se precisamente e de forma incontroversa da situação dos remanescentes de quilombos.

38. Neste sentido, o art. 14 da Convenção 169 prevê expressamente o direito à propriedade das terras tradicionalmente ocupadas e estabelece a obrigação dos Estados de instituírem “*procedimentos adequados no âmbito do sistema jurídico nacional para solucionar as reivindicações de terras formuladas pelos povos interessados*”.

39. Ora, qual não é o procedimento adequado para solucionar as reivindicações de terras se não aquele estabelecido no Decreto nº 4.887/2003?

40. Nem se diga, a este respeito, que a Convenção nº 169 não poderia fundamentar o mencionado decreto por ter sido promulgada via decreto editado em 2004.¹⁸ Isto porque o compromisso internacional assumido pelo Brasil ocorreu 2002, quando houve a ratificação da Convenção.

41. Sendo certo que, na lição de Cançado Trindade, a ratificação dos tratados de direitos humanos gera *per se* a obrigação geral de adequação do ordenamento jurídico interno às normas internacionais de proteção¹⁹, não há dúvidas de que desde 2002 há fundamento infraconstitucional para a edição do Decreto nº 4.887/2003.

42. Não só isso, também a Convenção Americana de Direitos Humanos (ou Pacto de São José da Costa Rica)²⁰ consagra o direito de propriedade de comunidades indígenas e étnicas – inclusive de grupos negros formados por descendentes de escravos que possuem cultura e tradições própria. Com efeito, desde o julgamento do caso Comunidade

¹⁸ Trata-se do Decreto nº 5.150/2004.

¹⁹ *In verbis*: “[A]o ratificar os tratados de direitos humanos os Estados Partes contraem [...] a obrigação geral de adequar seu ordenamento jurídico interno às normas internacionais de proteção” (Antonio Augusto Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, v. II, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999, p. 134).

²⁰ Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/d.Convencao_Americana_Ratif..htm A Convenção Americana foi aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 27/1992 e promulgada pelo Decreto nº 678/1992.

Mayagna (Sumo) Awas Tigni v. Nicarágua, a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem reconhecido que mencionado direito decorre do Art. 21.1 do Pacto de São José da Costa Rica.²¹

43. Assim é que, em síntese, a constitucionalidade formal do Decreto nº 4.887/2003 assenta-se (i) na natureza de direito fundamental da norma insculpida no Art. 68, ADCT, (ii) na possibilidade de concretização, mediante decreto regulamentar, do mencionado direito fundamental, independentemente da edição de legislação específica, e (iii) mesmo que esta concretização não fosse possível, em razão da existência de uma plêiade de fundamentos infraconstitucionais que fundamentam o mencionado decreto – a saber, a Convenção nº 169 da OIT e o Art. 21 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

IV. CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DO DECRETO Nº 4.887/2003.

44. Demonstrada, portanto, a inafastável constitucionalidade formal do Decreto nº 4.887/2003, passa-se a analisar sua constitucionalidade material – apenas de modo a deixar estreme de dúvidas a regularidade do mencionado ato normativo.

45. Tendo por ponto de partida os argumentos suscitados nesta instância, a constitucionalidade material do Decreto nº 4.887/2003 assenta-se em quatro principais fundamentos:

- a) Sob a perspectiva dos destinatários do direito fundamental previsto no Art. 68, ADCT, não há contrariedade entre o Decreto e a Constituição. Pelo contrário,

²¹ O caso que inaugurou esta interpretação se refere ao caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tigni v. Nicarágua, julgado em 1/2/2000 (disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_79_ing.pdf) em que se reconheceu a existência de formas comunais de propriedade coletiva da terra exercidas por comunidades indígenas, em que a propriedade da terra não é centrada no indivíduo mas no grupo e na sua comunidade. Neste sentido, os laços estreitos dos povos indígenas com a terra deveriam ser reconhecidos e entendidos como a base fundamental da sua cultura, sua vida espiritual, sua integridade e sua sobrevivência econômica. As comunidades indígenas têm relações com a terra que vão além de uma questão de propriedade, de posse e de produção, mas são também um elemento material e espiritual que eles disfrutam livremente, para preservar o seu legado cultural e transmiti-lo para as futuras gerações. Este entendimento foi consolidado também para as comunidades Afrodescendentes nos casos Comunidade Moiwana v. Suriname, julgado em 15/6/2002, e no Caso Saramaka v. Suriname, decidido em 28/11/2007.

o critério da autodefinição étnica revela-se plenamente adequado à satisfação dos objetivos constitucionais.

b) Sob a perspectiva da titularidade das terras quilombolas, não procede a tese de que o Art. 68, ADCT imporia um direito de propriedade individual. Com efeito, a proteção das terras quilombolas assume uma perspectiva transindividual e coletiva, de tal modo que a titulação coletiva, conforme prevista no art. 17 do Decreto nº 4.887/2003, é plenamente adequada à norma constitucional.

c) Quanto à extensão das terras quilombolas, a definição de “terras ocupadas” adotada pelo art. 2º, do Decreto nº 4.887/2003 igualmente se circunscreve aos ditames constitucionais – garantindo a devida interpretação do art. 68 do ADCT em conjunto com os artigos 215 e 231 da Constituição Federal de modo a promover a efetividade do direito fundamental em jogo.

d) Por fim, quanto ao cabimento da ação de desapropriação nas hipóteses do art. 68, ADCT, é de se notar que o Decreto nº 4.887/2003, no que pese tratar da desapropriação das terras em favor de comunidades quilombolas, nada mais faz que consolidar uma fórmula jurídica por meio da qual a transferência da propriedade possa ser efetivada (ainda que ela decorra diretamente da norma constitucional). Ao fazê-lo, ainda, garante-se a devida indenização aos particulares que eventualmente possuam título de propriedade formalmente registrado, garantindo maior segurança jurídica tanto a estes particulares quanto às próprias comunidades.

46. Estes quatro eixos argumentativos serão aprofundados a seguir.

a) A identificação dos “remanescentes das comunidades dos quilombos” segundo a autodefinição étnica. Respeito aos objetivos do art. 68, ADCT.

47. Um dos argumentos levantado contra a constitucionalidade do Decreto nº 4.887/2003 diz respeito a uma suposta desatenção ao conteúdo do art. 68, ADCT no que diz respeito à definição quanto a quem são os “remanescentes das comunidades dos quilombos”.

48. Segundo dispõe o art. 2º do Decreto nº 4.887/2003, os remanescentes das comunidades dos quilombos são “*os grupos étnico-raciais, segundo critérios de auto-atribuição, com trajetória histórica própria, dotados de relações territoriais específicas, com presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida*”.

49. De início, vê-se que o mencionado dispositivo faz referência a critérios que permitem identificar o grupo destinatário do direito fundamental previsto no art. 68, ADCT. Fala-se, pois, no critério da auto-atribuição, no critério da trajetória histórica própria, nas relações territoriais específicas, bem como na presunção de ancestralidade negra relacionada à resistência e à opressão histórica sofrida.

50. Sem dúvidas, é o primeiro critério que tem suscitado mais extensas – ainda que infundados – questões acerca de sua constitucionalidade. Trata-se do critério da auto-atribuição ou da autodefinição étnica.

51. Este critério parte da premissa de que se deve levar em conta o reconhecimento que os próprios sujeitos tem quanto à sua identidade étnica, sob pena de, nas palavras de Daniel Sarmiento, serem chanceladas “*leituras etnocêntricas ou essencialistas dos observadores externos provenientes de outra cultura, muitas vezes repleta de preconceito*”.²² O direito à autodefinição, assim, “*é algo nato, imanente a cada ser*

²² SARMENTO, Daniel. Territórios Quilombolas e Constituição: A ADI 3.239 e a Constitucionalidade do Decreto 4.887/03, p. 31. Disponível em <<http://6ccr.pgr.mpf.mp.br/documentos-e->

humano, devendo ser respeitada a sua liberdade de se reconhecer enquanto sujeito de direito A ou B”.²³

52. Neste sentido, o critério da autodefinição da identidade étnica relaciona-se diretamente com o princípio da dignidade da pessoa humana, ao valorizar a visão do próprio sujeito de direito, dando-lhe autonomia, agência, além de garantir-lhe direito ao reconhecimento de sua identidade. Não por outra razão, revela-se incabível vislumbrar qualquer traço de inconstitucionalidade material em razão de sua adoção pelo art. 2º do Decreto nº 4.887/2003.

53. Com efeito, negar a um grupo de indivíduos o direito de atribuir identidade a si mesmo equivale a uma ofensa à dignidade da pessoa humana e impõe uma desvalorização das especificidades da comunidade. Nas palavras da Ministra Rosa Weber, em seu já mencionado voto vista na ADI nº 3.239 “... a eleição do critério da autoatribuição não é arbitrária, tampouco desfundamentada ou viciada. Além de consistir em método autorizado pela antropologia contemporânea, estampa uma opção de política pública legitimada pela Carta da República, na medida em que visa à interrupção do processo de negação sistemática da própria identidade aos grupos marginalizados, este uma injustiça em si mesmo”.²⁴

54. Veja-se, ainda, que a autodefinição étnica encontra amparo também nas normas infraconstitucionais mencionadas anteriormente. Com efeito, o art. 1.2 da Convenção nº 169 da OIT estabelece “que a consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá se considerar um critério fundamental para determinar os grupos aos quais se aplicam as disposições da presente Convenção”.

publicacoes/artigos/docs_artigos/Territorios_Quilombolas_e_Constituicao_Dr._Daniel_Sarmiento.pdf>, acesso em 30/11/2015.

²³ Almeida, Igor (2015). Direito a Autodefinicao. In: Prioste, FGV e De Araújo, EF. Direito Constitucional Quilombola. Análises sobre a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3239. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2015. p. 97.

²⁴ STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3239, Voto Vista da Ministra Rosa Weber, p. 33.

55. Ou seja, a Convenção nº 169 adota, além de um critério objetivo, o critério subjetivo, que exige que o indivíduo identifique-se como pertencente a determinado grupo ou povo, por sua vez autodeterminado como indígena ou tribal. Neste sentido, mais uma vez traz-se à baila aresto do c. Tribunal Federal Regional da 4ª Região, que reconheceu a perfeita adequação do Decreto nº 4.887/2003 à Convenção nº 169 da OIT:

CONSTITUCIONAL. REMANESCENTES DE COMUNIDADES DE QUILOMBOS. ART68 ADCT. DECRETO Nº. 4.887/2003. CONVENÇÃO Nº. 169 OIT (...) 4 – CONVENÇÃO Nº. 169 OIT. Plena aplicabilidade do tratado internacional de proteção de ‘comunidades tradicionais’, não destoando o Decreto nº. 4887/2003 de seus parâmetros fundamentais: a) auto-atribuição das comunidades envolvidas; b) a conceituação de territorialidade como garantidora de direitos culturais; c) o reconhecimento da pluriétnicidade nacional.

(...) o critério de auto-atribuição não destoa da previsão do art. 1.2 da Convenção 169 da OIT, segundo o qual a ‘consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos que se aplicam as disposições’. Neste sentido, as considerações de José Afonso da Silva (Curso de Direito Constitucional Positivo. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 833)²⁵

56. Tampouco subsiste o argumento de que a autodefinição étnica permitiria, de alguma forma, que pessoas não quilombolas se beneficiassem ilicitamente do procedimento adotado pelo Decreto nº 4.887/2003.

57. Isso porque, como já mencionado, a autodefinição não é o único critério utilizado pelo mencionado regulamento. Pelo contrário, somam-se à autodefinição critérios objetivos comprovados por meio de análises e estudos históricos e antropológicos. É o caso da necessidade de que o grupo étnico possua uma trajetória histórica própria e comum aos membros do grupo, além de ancestrais com um passado que indique uma resistência à opressão racial. A este respeito, veja-se o precedente colhido da jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

²⁵ TRF4, Agravo de Instrumento nº. 2008.04.00.010160-5/PR. Data do acórdão: 30/07/08.

“[C]om efeito o art. 68 do ADCT disciplina que: Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos. - visando estritamente obedecer este dispositivo o Poder Executivo editou o Decreto 4887/2003, no qual está regulado o instrumento processual administrativo (não o direito em si) adotado para se descobrir quem são os remanescentes das comunidades quilombolas e quais são suas terras; - de forma objetiva o Decreto busca critérios históricos, guiados mas não determinados integralmente pela análise da comunidade em função do que ela declara e de quem ela declara como seus membros, o que é razoável e está inteiramente dentro do que é possível fazer; - o art. 2º da norma não dá aos interessados e nem às comunidades quilombolas o direito de subjetivamente dizer quem é titular do direito e quais são as terras, pois presume um estudo histórico antropológico que embasa tais qualificações. Isto se deduz facilmente dos termos usados no dispositivo, como "trajetória histórica", ‘ancestralidade’ e ‘relações territoriais específicas’. [O]ra, se a questão fosse mera auto-declaração de que trabalho técnico se estaria falando, senão justamente estudos históricos e antropológicos para verificar a plausibilidade da qualificação pretendida”.²⁶ (grifos do original)

58. Neste sentido, a Ministra Rosa Weber destacou com precisão como tais critérios distinguem os quilombos de outros grupos sociais:

“Sob qualquer ângulo, é de se enfatizar, a formação dos quilombos, calhambos ou mocambos retêm o caráter de ato de resistência, de inconformismo, enfim, de luta por reconhecimento. Apesar de frequentemente inseridos no ambiente e na economia locais, os quilombos representavam uma possibilidade de organização social alternativa à ordem escravista. Não bastasse o Brasil ter sido o último país das Américas a abolir o regime escravocrata, negligenciou, até o advento da Constituição Cidadã, os direitos – inclusive territoriais – das coletividades originadas dos agrupamentos formados por escravos fugidos”.²⁷

²⁶ TRF1, Agravo de Instrumento nº. 2007.01.00.052659-8/DF, Juiz Federal Relator Cesar Augusto Bearsu, Decisão de 25/01/2008, Comunidade Quilombola Pedra do Sal, RJ.

²⁷ STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3239, Voto Vista da Ministra Rosa Weber, p. 26.

59. Somada à autodefinição étnica e à trajetória histórica própria e comum, o Decreto nº 4.887/2003 exige, ainda, a demonstração da relação específica entre o grupo e o território - fala-se, aqui, no critério da territorialidade.

60. Como já afirmado, a terra, para os quilombolas, é parte integrante de sua identidade coletiva. Caso esses grupos se vissem privados de um território, o risco de desaparecimento dos mesmos, ou de perda da sua identidade étnica, seria enorme, visto que se veriam absorvidos pelo resto da sociedade.

61. Em conjunto, os mencionados critérios não permitem evidenciar qualquer violação ao art. 68, ADCT – especialmente quando considerados também os objetivos constitucionais de proteção às comunidades tradicionais e às manifestações culturais plurais, na forma dos artigos 215 e 216 da Constituição Federal, como já exposto nesta manifestação.

b) A proteção das terras quilombolas assume como direito transindividual e coletivo. Adequação do art. 17 do Decreto nº 4.887/2003.

62. No tocante ao argumento sobre titulação das terras quilombolas ser de natureza individual e não coletiva (devendo as mesmas ser atribuídas a pessoas naturais remanescentes de quilombos através de títulos de propriedade), temos que este tratamento da matéria não se coaduna com as peculiaridades das relações étnico-culturais entre indivíduo e terra que caracterizam o presente caso.

63. A relação dos grupos quilombolas com a terra habitada é fruto de uma construção histórica, étnica e cultural essencialmente coletiva. Nesse sentido, esclarece a antropóloga Eliane Cantarino O'Dwyer:

“No que diz respeito à territorialidade destes grupos, a ocupação de terra não é feita em termos de lotes individuais, predominando seu uso comum. A utilização destas áreas obedece à sazonalização das atividades agrícolas, extrativistas ou outras, caracterizando diferentes formas de uso ou ocupação

dos elementos essenciais do ecossistema, que tomam por base laços de parentesco e vizinhança, assentados em relações de solidariedade e reciprocidade”.²⁸

64. Sendo certo que o respeito e a preservação da diversidade étnica e cultural são valores que fundamentaram a opção do legislador constituinte expressa no art. 68, ADCT, revela-se essencial à sua plena efetivação que a interpretação do direito de propriedade ali previsto considere essas peculiaridades históricas e culturais.

65. Tal interpretação encontra-se em plena harmonia com o disposto pelo art. 13.1 da Convenção 169 da OIT, segundo o qual *“ao aplicarem as disposições desta parte da Convenção, os governos deverão respeitar a importância especial que para as culturas e valores espirituais dos povos interessados possui a sua relação com as terras ou territórios, ou com ambos, segundo os casos, que eles ocupam ou utilizam de alguma maneira e, particularmente, os aspectos coletivos dessa relação.”*

66. Desta forma, não há que se falar em uma equivalência absoluta entre o art. 68, ADCT e o direito de propriedade previsto no art. 5º, XXII da Constituição Federal e regulamentado pela Lei 10.406/2002 (“Código Civil”), principalmente no tocante ao seu caráter individual. Trata-se aqui de relações sociais de tradição quilombola, que, repetimos, tem forte natureza coletivista, de tal forma que a plena consagração do direito de propriedade destas terras não se viabilizaria por uma perspectiva individual.

²⁸ Eliane Cantarino O’Dwyer. “Terras Quilombolas no Brasil: Direitos Territoriais em Construção”. In: Alfredo Wagner Berno de Almeida et all (Orgs). *Territórios Quilombolas e Conflitos*. Manaus, Projeto Nova Cartografia Social da Amazônia, 2010, p. 42. Ainda sobre essas relações, vide OSORIO, Leticia M.. *Legal Strategies to Defend the Economic, Social and Cultural Rights of Afro-Descendants: The Case of Quilombos Communities of Alcantara, Brazil*, p. 8. Paper apresentado na Conferencia ‘The Local Relevance of Human Rights’, University of Antwerp, University Saint-Ignacius, Antwerp (UCSIA), European Inter-University Centre for Human Rights and Democratisation - 16-18 October 2008, University of Antwerp, Belgium: “Os laços estreitos e a ligação inextricável estabelecida entre essas comunidades e as terras que ocupam e os recursos naturais associados com as suas tradições, devem ser protegidos, a fim de salvaguardar a sua sobrevivência física e cultural. Nesse sentido, o direito de usar e desfrutar de seu território não teria sentido se não ligados aos recursos naturais que estão sobre e sob a terra. A demanda para a propriedade da terra coletiva por membros de comunidades quilombolas deriva da necessidade de garantir a segurança da posse e o controle sobre os recursos naturais, que por sua vez mantêm o seu modo particular de vida. Esta ligação entre o território e os recursos naturais é exatamente o que precisa ser protegida nos termos da Constituição brasileira, a fim de garantir os membros das comunidades de quilombos o direito ao uso e gozo de sua propriedade.”

67. Neste contexto, a outorga de títulos coletivos é a medida que melhor efetiva o direito resguardado pelo art. 68, ADCT, respeitando a sobrevivência física, econômica e cultural dos remanescentes de quilombos, em consonância com suas raízes culturais.

68. A ideia de propriedade coletiva relacionada a povos indígenas ou tradicionais já foi contemplada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, quando da interpretação do art. 21 da Convenção Americana. Conforme estabelecido pela Corte em “Comunidade Moiwana Vs. Suriname”,

“os Estados devem respeitar a especial relação que os membros dos povos indígenas e tribais têm com seu território, para assim garantir sua sobrevivência social, cultural e econômica. Esta proteção da propriedade, nos termos do artigo 21 da Convenção, lida em conjunto com os artigos 1.1 e 2 daquela norma, atribui aos Estados a obrigação positiva de adotar medidas especiais para garantir aos integrantes dos povos indígenas e tribais o exercício pleno e igualitário do direito aos territórios que tradicionalmente usaram e ocuparam”.²⁹

69. Também sobre esta matéria manifestou-se a Ilma. Ministra Rosa Weber, no âmbito da ADI nº 3239:

“É em respeito a esse traço constitutivo dos próprios modos de relação territorial praticados por comunidades quilombolas que não cuida, o Decreto 4.887/2003, da apropriação individual pelos integrantes da comunidade, e sim da formalização da propriedade coletiva das terras, atribuída à unidade sociocultural – e, para os efeitos específicos, entidade jurídica – que é a comunidade quilombola. O título emitido é coletivo, pró-indiviso e em nome das associações que legalmente representam as comunidades quilombolas.” (p. 49)³⁰ (grifo nosso)

²⁹ Corte Interamericana de Direitos Humanos. Povo Saramaka Vs. Suriname. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 28 de novembro de 2007. Série C No. 172, §§ 89-91 e Corte Interamericana de Direitos Humanos. Comunidade Moiwana Vs. Suriname. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 15 de junho de 2005. Série C No. 124, §§ 132-133. No mesmo sentido, “[O] artigo 21 da Convenção [Americana] protege o direito à propriedade em um sentido que compreende, entre outros, os direitos dos membros das comunidades indígenas no âmbito da propriedade comunal”. De igual maneira, no caso Sawhoyamaya a Corte considerou ‘que os conceitos de posse e de propriedade nas comunidades indígenas podem ter um significado coletivo, no sentido de que seu pertencimento não se centra em um indivíduo mas no grupo e sua comunidade’. Além disso, o Tribunal afirmou no caso Yakye Axa que ‘tanto a propriedade privada dos particulares como a propriedade comunitária dos membros das comunidades indígenas possuem proteção convencional concedida pelo artigo 21 da Convenção Americana’”.

³⁰ ADI 3.239, Voto Vista da Ministra Rosa Weber, julgado em 25.3.2015.

70. Daí a plena coadunação com a Constituição e, por conseguinte, eficácia e aplicabilidade, do art. 17 do Decreto 4.887/2003, segundo o qual “*A titulação prevista neste Decreto será reconhecida e registrada mediante outorga de título coletivo e pró-indiviso às comunidades a que se refere o art. 2º, caput, com obrigatória inserção de cláusula de inalienabilidade, imprescritibilidade e de impenhorabilidade*”.

c) A extensão das terras quilombolas e a constitucionalidade da definição de “terras ocupadas” adotada pelo art. 2º, §2º do Decreto nº 4.887/2003.

71. Não merece prosperar interpretação restritiva sobre o direito dos remanescentes das comunidades de quilombos às terras que ocupam, que o circunscreva aos espaços físicos ocupados por estas comunidades em outubro de 1988, quando da promulgação da Constituição Federal. Conforme será demonstrado a seguir, tal leitura não é compatível com uma interpretação teleológica e sistemática dos art. 68, ADCT c/c arts. 215 e 216.

72. A argumentação no sentido de suposta inconstitucionalidade do artigo 2º, §2º do Decreto 4.887/2003 baseia-se no conceito de “terras ocupadas”, previsto no texto Constitucional e regulamentado pelo dispositivo do Decreto em questão, segundo o qual “*são terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos as utilizadas para a garantia de sua reprodução física, social, econômica e cultural*”.

73. Desta forma, sob a interpretação equivocada no sentido de inconstitucionalidade, teria o Decreto ampliado o conceito de “terras ocupadas” consagrado pelo art. 68, ADCT, incluindo nele espaços além daqueles concretamente ocupados pelos remanescentes quando da promulgação da Constituição.

74. Reiterando o fundamento que guia esta manifestação, a finalidade do art. 68 do ADCT é possibilitar que as comunidades quilombolas tenham respeitados sua cultura e identidade próprias, bem como promover a proteção do patrimônio imaterial cultural de toda a Nação.

75. Nesse sentido, já se afirmou a necessidade de uma interpretação conjunta dos arts. 68, ADCT e 215, §1º da Lei Maior, garantindo a proteção da cultura quilombola também no âmbito deste último dispositivo, segundo o qual serão resguardadas “*as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional*”.

76. Por sua vez, o art. 216, §5º da Constituição avança ainda mais nesta preservação e determina o tombamento de “*todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos*”.

77. Sendo claro o intuito de preservação da cultura e do legado histórico herdados das tradições quilombolas, é essencial notar que sua plena eficácia só se dá à medida em que se assegura às comunidades acesso, uso e posse efetiva do território necessário para sua reprodução física, social, econômica e cultural.

78. Conforme exposto por Professor Daniel Sarmiento, no tocante à titulação de áreas quilombolas, é essencial que o território protegido abranja área necessária para assegurar o *modus vivendi* tradicional destas comunidades, cabendo a aplicação análoga do art. 231, § 1º da CF, que estendeu o conceito de terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas às áreas ‘*imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários ao seu bem-estar e as necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo os seus usos, costumes e tradições*’.³¹

79. Tal entendimento foi esposado pela Ilma. Ministra Rosa Weber, em voto de vista no âmbito da ADI nº 3239, em que se manifestou a favor da constitucionalidade do Decreto nº 4.887/2003:

³¹ Parecer PRR-2a Região/2014, elaborado pelo Procurador Regional da República, Daniel Sarmiento. Arguição de Inconstitucionalidade nº. 683-24.2012.4.02.5109, p. 74

“Lastreado na realidade do fenômeno social que descreve, o conceito de ocupação tradicional aproxima semanticamente a ocupação quilombola da ocupação indígena. A área ocupada pelos remanescentes das comunidades dos quilombos pode ser conceituada como correspondente "às terras utilizadas por aquele grupo social para garantir sua sobrevivência, ou mais ainda, para assegurar a reprodução de seu modo de vida específico"³² **Destaco que muitas vezes a própria ideia de um território fechado, com limites individualizados, parece estranha aos moradores dessas comunidades.**³³ (grifo nosso)

80. O art. 13.1 da Convenção 169 da OIT, já mencionado, corrobora esta leitura, ao reconhecer que a importância fundamental da terra para a cultura e a vida de muitos povos tradicionais. Ela constitui a base da subsistência econômica, do bem estar espiritual e da identidade cultural. Por este motivo, a perda de terras ancestrais ameaça a sua sobrevivência enquanto comunidade e como povo.

81. Ressalte-se que o referido art. 2º, § 2º do Decreto nº 4887/2003 não atribui à comunidade quilombola a prerrogativa de delimitar a área que lhe será reconhecida, nem cria nova forma de posse, mas impõe ao Poder Público a determinação do procedimento para a definição da extensão das terras, considerando distintas variáveis, incluindo análises antropológicas e históricas.

82. Pelo exposto, não há que se falar em inconstitucionalidade da definição de “terras ocupadas” contida no art. 2º, §2º do Decreto nº 4.887/2003, tendo em vista que se encontra em perfeita harmonia com os comandos constitucionais, notadamente o art. 68, ADCT c/c arts. 215, §1º e 216 §5º.

³² ANDRADE, Lucia. O Papel da Perícia Antropológica no Reconhecimento das Terras de Ocupação Tradicional – O Caso das Comunidades Remanescentes de Quilombos do Trombetas (Pará) In A Perícia Antropológica em Processos Judiciais. Florianópolis: Editora da UFSC, 1994.

³³ ANDRADE, Lucia. O Papel da Perícia Antropológica no Reconhecimento das Terras de Ocupação Tradicional – O Caso das Comunidades Remanescentes de Quilombos do Trombetas (Pará) In A Perícia Antropológica em Processos Judiciais. Florianópolis: Editora da UFSC, 1994.

d) Cabimento da ação de desapropriação nas hipóteses do art. 68, ADCT.

83. Por fim, no tocante às alegações de inconstitucionalidade material do Decreto 4.887/2003, tampouco procede a impugnação de seu art. 13, o qual cuida da desapropriação de imóveis de particulares cujo título corresponda aos territórios ocupados por remanescentes de quilombos.³⁴

84. Os infundados argumentos no sentido da inconstitucionalidade se baseiam nas alegações de que: (i) o art. 68 do ADCT já teria operado a transferência da propriedade, não cabendo proposição de ação de desapropriação e o consequente dispêndio de recursos públicos, e (ii) a desapropriação em questão não encontraria fundamento em nenhuma das hipóteses expressamente previstas no art. 5º, XXIV da Constituição Federal, quais sejam, utilidade pública ou interesse social.

85. Tais alegações não merecem prosperar, uma vez que, no mesmo sentido dos dispositivos já defendidos, também o art. 13 do Decreto 4.887/2003 tem o intuito de garantir a efetividade e plena aplicação do comando constitucional contido no art. 68, ADCT.

86. No tocante ao argumento contido no item (i) *supra*, temos que o estabelecimento da desapropriação pelo Decreto dota a administração de procedimento adequado à efetivação do comando constitucional.

87. Entretanto, tal instituto deve ser interpretado conforme à Constituição, ou, em outras palavras, de acordo sua leitura constitucionalmente adequada à luz do conjunto de valores que inspira a Carta Magna, de forma a assegurar a fruição do direito previsto no art. 68 do ADCT.

³⁴ “Incidindo nos territórios ocupados por remanescentes das comunidades dos quilombos título de domínio particular não invalidado por nulidade, prescrição ou comisso, e nem tornado ineficaz por outros fundamentos, será realizada vistoria e avaliação do imóvel, objetivando a adoção dos atos necessários à sua desapropriação, quando couber”.

88. Nesse sentido, a exigência de prévio pagamento de indenização como condição para a transferência da propriedade às comunidades quilombolas e a consequente garantia do seu direito a terra configuraria medida desproporcional.

89. Isso porque postergaria indefinidamente a possibilidade de fruição deste direito fundamental, ao submetê-lo à condição de disponibilidade de recursos financeiros.

90. De acordo com Daniel Sarmiento, *“tal sistemática se afigura absolutamente ineficaz para a proteção dos quilombolas, pois torna a fruição de seus direitos territoriais dependente de iniciativas das autoridades públicas competente para a promoção da desapropriação”*.³⁵

91. Conforme dados divulgados pelo INCRA, em que pese o reconhecimento oficial da existência de cerca de três mil comunidades quilombolas, poucas desapropriações foram de fato realizadas.³⁶ E enquanto perdura esta inércia estatal, muitas comunidades enfrentam problemas fundiários gravíssimos, sujeitando-se a reintegrações de posse e expulsões violentas.

92. Por isso, é necessário assegurar até o implemento efetivo da desapropriação e pagamento da indenização, o direito às comunidades quilombolas sobre as terras que ocupam, por meio de ato declaratório de propriedade capazes de garantir o imediato reconhecimento do direito de propriedade coletiva consagrado no art. 68 do ADCT, inclusive em face dos antigos proprietários.³⁷ Sem tal garantia, os riscos de perecimento da própria comunidade, até o advento da desapropriação, são bastantes elevados.

³⁵ Parecer PRR-2a Região/2014, elaborado pelo Procurador Regional da República, Daniel Sarmiento. Arguição de Inconstitucionalidade nº. 683-24.2012.4.02.5109, p. 79.

³⁶ Desde a expedição do Decreto n 4887/2003 até 2015, apenas 73 decretos visando à desapropriação de terras para fins de regularização de territórios quilombolas, desapropriando 555276,8905 hectares, em benefício de 9.181 famílias. Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária-INCRA. Decretos Publicados. Atualizado em 20/10/15. Disponível em: <http://www.incra.gov.br/tree/info/file/7706> Acesso em: 21.11.2015.

³⁷ Parecer PRR-2a Região/2014, elaborado pelo Procurador Regional da República, Daniel Sarmiento. Arguição de Inconstitucionalidade nº. 683-24.2012.4.02.5109, p. 81.

93. Assim, a solução que melhor se compatibiliza com a ordem constitucional de 1988 prevê o reconhecimento imediato das propriedades das comunidades quilombolas sobre as terras ocupadas, com possibilidade de percebimento posterior de indenização pelos titulares de propriedades porventura incidentes sobre as áreas particulares ocupadas pelos remanescentes de quilombos.

94. Assim, ao mesmo tempo que se garante o máximo de efetividade ao art. 68 do ADCT, não se desconsidera o direito de titulares de eventuais títulos de propriedade previsto no art. 5º, XXIV, segundo o qual *"a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição"*.³⁸

95. Com efeito, temos que a edição do Decreto nº 4.887/2003 meramente concretizou o instituto da desapropriação como fórmula jurídica necessária à operação da transferência da propriedade, para as comunidades quilombolas, das terras que estejam em domínio de particulares.

96. Assim, a transferência definitiva de terras a comunidades quilombolas por meio de desapropriação de propriedades particulares proporciona maior segurança jurídica em relação à validade dos títulos emitidos para estas comunidades, mitigando as consequências indesejáveis de eventuais conflitos possessórios com particulares.

97. Tendo em vista o fato de que muitas comunidades quilombolas estão situadas em áreas caracterizadas por intenso conflito fundiário³⁹, como por exemplo, a comunidade

³⁸ Parecer PRR-2a Região/2014, elaborado pelo Procurador Regional da República, Daniel Sarmento. Arguição de Inconstitucionalidade nº. 683-24.2012.4.02.5109, p. 81.

³⁹ PEREIRA, Carla Cristina Silva; MENDONÇA, Thiago Coqueiro. *Quilombo de Santana: as tensões na luta pelo território*. Anais do VII CBG. Disponível em: <http://www.cbg2014.agb.org.br/resources/anais/1/1404148468_ARQUIVO_QUILOMBODESANTANAAS_TENSOESNALUTAPELOTERRITORIO.pdf>. Acesso em 3/12/2015.

de Santana, a desapropriação promove vantagens práticas importantes para as partes envolvidas, tornando-se instrumento de apaziguamento social.

98. Pela relevância que a presente matéria tem para o patrimônio histórico e cultural brasileiro, e no espírito dos fundamentos de fato e de direito expressos nesta manifestação, não há dúvidas de que a hipótese de desapropriação de que se trata se dá com base em interesse social, atendido assim o comando constitucional em referência – inexistindo qualquer usurpação de competência legislativa, na medida em que se trata apenas da especificação e concretização de hipóteses normativas já previstas constitucional e legalmente.

99. Nos termos do voto proferido quando do julgamento da ADI nº 3.239, a Exma. Ministra Rosa Weber reconheceu que os direitos das comunidades quilombolas sobre as terras não se esgota na dimensão do direito real de propriedade, e se estende ao direito qualificado como direito cultural fundamental. Dessa forma, a norma do art. 68 do ADCT deve ser interpretada em conjunto com os arts. 215, § 1º, e 5º, XXIV da CF, que expressamente autoriza a desapropriação para a proteção do patrimônio cultural brasileiro. Assim, que *“a adequada exegese do art. 68 do ADCT passa, pois, pela perspectiva de sua íntima relação com o disposto nos arts. 215 e 216 do corpo da Constituição da República”*.

100. Nesta medida, a melhor solução é a adoção de uma interpretação conforme a Constituição do art. 13 do Decreto nº 4887/2003. A leitura sistemática da Constituição exige que a tutela ao direito de propriedade da comunidade quilombola deve ser imediata, ainda que sobre o local incidam títulos de propriedade privada válidos.

101. Com isso, a proteção do direito a terra dos quilombolas, independentemente da desapropriação, possibilita que a comunidade continue vivendo no seu próprio território, com segurança jurídica e de acordo com suas tradições e costumes.

102. Sem embargo, o Poder Público deve oferecer a estes proprietários uma indenização justa, arbitrada em processo judicial próprio e imparcial. Em face de eventual demora do Poder Público em efetivar o pagamento da indenização, poderá o particular ajuizar ação indenizatória, à semelhança do que ocorre na desapropriação indireta.⁴⁰

IV. PEDIDOS

103. Por todo o exposto, e acreditando que a plausibilidade do direito está fartamente demonstrada, as Requerentes confiam e pugnam:

- a) para que seja reconhecida a COORDENAÇÃO NACIONAL DAS COMUNIDADES NEGRAS RURAIS QUILOMBOLAS (CONAQ) e admitida a Associação de Comunidades Remanescentes de Quilombos do Rio de Janeiro (ACQUILERJ), na qualidade de *amici curiae*, nos autos das Arguições de Inconstitucionalidade nº 2012.51.09.000676-8, 2012.51.09.000675-6 e 2012.51.09.000683-5, com fundamento no art. 482, §3º; do Código de Processo Civil, inclusive para eventual sustentação oral em sede de julgamento;
- b) para que seja determinada a realização de audiência pública com especialistas e autoridades na matéria em comento visando à pluralização e ao incremento do debate;
- c) no mérito, para que este c. Tribunal Federal Regional da 2ª Região declare constitucional, formal e materialmente, o art. 2º, *caput* e seu § 2º, e art. 17 do Decreto nº 48887/2003, conferindo interpretação conforme à Constituição do art. 13 do mencionado Decreto.

⁴⁰ Parecer PRR-2a Região/2014, elaborado pelo Procurador Regional da República, Daniel Sarmento. Arguição de Inconstitucionalidade nº. 683-24.2012.4.02.5109, p.89.

104. Por fim, pugnam para que todas as publicações referentes aos feitos em epígrafe sejam realizadas em nome das advogadas e dos advogados Leticia Osorio, inscrita na OAB/RS sob o nº 31.163; Juliana Cesario Alvim Gomes, inscrita na OAB/RJ sob o nº 173.555, Wallace Corbo, inscrito na OAB/RJ sob o nº 186.442 e Eduardo Lasmar Prado Lopes, inscrito na OAB/RJ sob o nº 189.700.

Leticia Osorio
OAB/RS 31.163

Juliana Cesario Alvim Gomes
OAB/RJ 173.555

Wallace Corbo
OAB/RJ 186.442

Eduardo Lasmar Prado Lopes
OAB/RJ 189.700

ACADÊMICOS DE DIREITO

Lucas Arnaud de Souza Lima

Marina Afonso Siqueira

Camila Porfiro