Parecer n.º 3.333/CF

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N.º 3.239-9/600 - DF

RELATOR: EXMO. SR. CEZAR PELUSO
REQUERENTE: PARTIDO DA FRENTE LIBERAL - PFL
REQUERIDO: PRESIDENTE DA REPÚBLICA

Ação Direta de Inconstitucionalidade em face do Decreto n° 4.887/2003, que regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que trata o art. 68 do ADCT.
Decreto que regulamenta o art. 14, IV, "c", da Lei n° 9.649/98 e o art. 2º, III e parágrafo único da Lei n° 7.668/88. Inexistência de inconstitucionalidade formal. Necessidade de realização de desapropriação. Critério da auto-atribuição para identificação das comunidades quilombolas e das terras a elas pertencentes. Estudos antropológicos atestam a adequação desse critério.

Parecer pela improcedência da ação.

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO RELATOR,

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, proposta pelo Partido da Frente Liberal - PFL, em face do Decreto n° 4.887, de 20 de novembro de 2003, que regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que trata o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

1.O ato normativo impugnado possui o seguinte teor:

> *Art. 1º Os procedimentos administrativos para a identificação, o reconhecimento, a delimitação, a demarcação e a titulação da propriedade definitiva das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos, de que trata o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, serão procedidos de acordo com o estabelecido neste Decreto.*
> *Art. 2º Consideram-se remanescentes das comunidades dos quilombos, para os fins deste Decreto, os grupos étnico-raciais, segundo critérios de auto-atribuição, com trajetória histórica própria, dotados de relações territoriais específicas, com presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida.*
> *§ 1º Para os fins deste Decreto, a caracterização dos remanescentes das comunidades dos quilombos será atestada mediante autodefinição da própria comunidade.*
> *§ 2º São terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos as utilizadas para a garantia de sua reprodução física, social, econômica e cultural.*
> *§ 3º Para a medição e demarcação das terras, serão levados em consideração critérios de territorialidade indicados pelos remanescentes das comunidades dos quilombos, sendo facultado à comunidade interessada apresentar as peças técnicas para a instrução procedimental.*
> *Art. 3º Compete ao Ministério do Desenvolvimento Agrário, por meio do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA, a identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas pelos remanescentes das comunidades dos quilombos, sem prejuízo da competência concorrente dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.*
> *§ 1º O INCRA deverá regulamentar os procedimentos administrativos para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas pelos remanescentes das comunidades dos quilombos, dentro de sessenta dias da publicação deste Decreto.*
> *§ 2º Para os fins deste Decreto, o INCRA poderá estabelecer convênios, contratos, acordos e instrumentos similares com órgãos da administração pública federal, estadual, municipal, do Distrito Federal, organizações não-governamentais e entidades privadas, observada a legislação pertinente.*
> *§ 3º O procedimento administrativo será iniciado de ofício pelo INCRA ou por requerimento de qualquer interessado.*
> *§ 4º A autodefinição de que trata o § 1º do art. 2º deste Decreto será inscrita no Cadastro Geral junto à Fundação Cultural Palmares, que expedirá certidão respectiva na forma do regulamento.*
> *Art. 4º Compete à Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial, da Presidência da República, assistir e acompanhar o Ministério do Desenvolvimento Agrário e o INCRA nas*

ações de regularização fundiária, para garantir os direitos étnicos e territoriais dos remanescentes das comunidades dos quilombos, nos termos de sua competência legalmente fixada.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

I - Instituto do Patrimônio Histórico e Nacional - IPHAN;

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

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

IV - Fundação Nacional do Índio - FUNAI;

V - Secretaria Executiva do Conselho de Defesa Nacional;

VI - Fundação Cultural Palmares.

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

Art. 9º Todos os interessados terão o prazo de noventa dias, após a publicação e notificações a que se refere o art. 7º, para oferecer contestações ao relatório, juntando as provas pertinentes.
Parágrafo único. Não havendo impugnações ou sendo elas rejeitadas, o INCRA concluirá o trabalho de titulação da terra ocupada pelos remanescentes das comunidades dos quilombos.
Art. 10. Quando as terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos incidirem em terrenos de marinha, marginais de rios, ilhas e lagos, o INCRA e a Secretaria do Patrimônio da União tomarão as medidas cabíveis para a expedição do título.
Art. 11. Quando as terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos estiverem sobrepostas às unidades de conservação constituídas, às áreas de segurança nacional, à faixa de fronteira e às terras indígenas, o INCRA, o IBAMA, a Secretaria-Executiva do Conselho de Defesa Nacional, a FUNAI e a Fundação Cultural Palmares tomarão as medidas cabíveis visando garantir a sustentabilidade destas comunidades, conciliando o interesse do Estado.
Art. 12. Em sendo constatado que as terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos incidem sobre terras de propriedade dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, o INCRA encaminhará os autos para os entes responsáveis pela titulação.
Art. 13. Incidindo nos territórios ocupados por remanescentes das comunidades dos quilombos título de domínio particular não invalidado por nulidade, prescrição ou comisso, e nem tornado ineficaz por outros fundamentos, será realizada vistoria e avaliação do imóvel, objetivando a adoção dos atos necessários à sua desapropriação, quando couber.
§ 1º Para os fins deste Decreto, o INCRA estará autorizado a ingressar no imóvel de propriedade particular, operando as publicações editalícias do art. 7º efeitos de comunicação prévia.
§ 2º O INCRA regulamentará as hipóteses suscetíveis de desapropriação, com obrigatória disposição de prévio estudo sobre a autenticidade e legitimidade do título de propriedade, mediante levantamento da cadeia dominial do imóvel até a sua origem.
Art. 14. Verificada a presença de ocupantes nas terras dos remanescentes das comunidades dos quilombos, o INCRA acionará os dispositivos administrativos e legais para o reassentamento das famílias de agricultores pertencentes à clientela da reforma agrária ou a indenização das benfeitorias de boa-fé, quando couber.
Art. 15. Durante o processo de titulação, o INCRA garantirá a defesa dos interesses dos remanescentes das comunidades dos quilombos nas questões surgidas em decorrência da titulação das suas terras.
Art. 16. Após a expedição do título de reconhecimento de domínio, a Fundação Cultural Palmares garantirá assistência jurídica, em todos os graus, aos remanescentes das comunidades dos quilombos para

defesa da posse contra esbulhos e turbações, para a proteção da integridade territorial da área delimitada e sua utilização por terceiros, podendo firmar convênios com outras entidades ou órgãos que prestem esta assistência.
Parágrafo único. A Fundação Cultural Palmares prestará assessoramento aos órgãos da Defensoria Pública quando estes órgãos representarem em juízo os interesses dos remanescentes das comunidades dos quilombos, nos termos do art. 134 da Constituição.
Art. 17. A titulação prevista neste Decreto será reconhecida e registrada mediante outorga de título coletivo e pró-indiviso às comunidades a que se refere o art. 2º, caput, com obrigatória inserção de cláusula de inalienabilidade, imprescritibilidade e de impenhorabilidade.
Parágrafo único. As comunidades serão representadas por suas associações legalmente constituídas.
Art. 18. Os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos, encontrados por ocasião do procedimento de identificação, devem ser comunicados ao IPHAN.
Parágrafo único. A Fundação Cultural Palmares deverá instruir o processo para fins de registro ou tombamento e zelar pelo acautelamento e preservação do patrimônio cultural brasileiro.
Art. 19. Fica instituído o Comitê Gestor para elaborar, no prazo de noventa dias, plano de etnodesenvolvimento, destinado aos remanescentes das comunidades dos quilombos, integrado por um representante de cada órgão a seguir indicado:
I - Casa Civil da Presidência da República;
II - Ministérios:
a) da Justiça;
b) da Educação;
c) do Trabalho e Emprego;
d) da Saúde;
e) do Planejamento, Orçamento e Gestão;
f) das Comunicações;
g) da Defesa;
h) da Integração Nacional;
i) da Cultura;
j) do Meio Ambiente;
k) do Desenvolvimento Agrário;
l) da Assistência Social;
m) do Esporte;
n) da Previdência Social;
o) do Turismo;
p) das Cidades;
III - do Gabinete do Ministro de Estado Extraordinário de Segurança Alimentar e Combate à Fome;
IV - Secretarias Especiais da Presidência da República:
a) de Políticas de Promoção da Igualdade Racial;
b) de Aqüicultura e Pesca; e

c) dos Direitos Humanos.
§ 1º O Comitê Gestor será coordenado pelo representante da Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial.
§ 2º Os representantes do Comitê Gestor serão indicados pelos titulares dos órgãos referidos nos incisos I a IV e designados pelo Secretário Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial.
§ 3º A participação no Comitê Gestor será considerada prestação de serviço público relevante, não remunerada.
Art. 20. Para os fins de política agrícola e agrária, os remanescentes das comunidades dos quilombos receberão dos órgãos competentes tratamento preferencial, assistência técnica e linhas especiais de financiamento, destinados à realização de suas atividades produtivas e de infra-estrutura.
Art. 21. As disposições contidas neste Decreto incidem sobre os procedimentos administrativos de reconhecimento em andamento, em qualquer fase em que se encontrem.
Parágrafo único. A Fundação Cultural Palmares e o INCRA estabelecerão regras de transição para a transferência dos processos administrativos e judiciais anteriores à publicação deste Decreto.
Art. 22. A expedição do título e o registro cadastral a ser procedido pelo INCRA far-se-ão sem ônus de qualquer espécie, independentemente do tamanho da área.
Parágrafo único. O INCRA realizará o registro cadastral dos imóveis titulados em favor dos remanescentes das comunidades dos quilombos em formulários específicos que respeitem suas características econômicas e culturais.
Art. 23. As despesas decorrentes da aplicação das disposições contidas neste Decreto correrão à conta das dotações orçamentárias consignadas na lei orçamentária anual para tal finalidade, observados os limites de movimentação e empenho e de pagamento.
Art. 24. Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.
Art. 25. Revoga-se o Decreto nº 3.912, de 10 de setembro de 2001."

2. Sustenta o requerente, em caráter preliminar, que o decreto impugnado, ao regulamentar diretamente dispositivo constitucional, configura-se como decreto autônomo (disciplina direitos e deveres entre particulares e administração pública, define os titulares da propriedade das terras onde se localizavam os quilombos, dispõe sobre procedimentos de desapropriação, provocando aumento de despesa) e invade esfera reservada à lei, pelo que incorre em manifesta inconstitucionalidade, pois não se enquadra nas hipóteses do art. 84, inciso VI, da Constituição Federal.

3. Alega, ainda, que o mencionado decreto padece de inconstitucionalidade em face do art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, pois prescreve, em seu art. 13, que as terras ocupadas por remanescentes das comunidades quilombolas que se localizem em área de domínio particular devem ser desapropriadas pelo INCRA. Segundo o requerente, consoante a dicção do art. 68 do ADCT, a propriedade das terras decorre diretamente da Constituição, não podendo o Poder Público promover desapropriações. Em suas próprias palavras, "não há que se falar em propriedade alheia a ser desapropriada para ser transferida aos remanescentes de quilombos, muito menos em promover despesas públicas para fazer frente a futuras indenizações. As terras são, desde logo, por força da própria Lei Maior, dos remanescentes das comunidades quilombolas que lá fixam residência desde 5 de outubro de 1988. O papel do Estado limita-se, segundo o art. 68 do ADCT, a meramente emitir os respectivos títulos". Ademais, a hipótese de desapropriação não se enquadraria em nenhuma das modalidades a que se refere o art. 5º, inciso XXIV, da Constituição.

4. Outrossim, haveria inconstitucionalidade em relação ao art. 68 do ADCT, pois o Decreto n° 4.887/2003, em seu art. 2º, elege o critério da auto-atribuição (autodefinição da própria comunidade) para identificar os remanescentes das comunidades de quilombos. De acordo com o requerente, "resumir a identificação dos remanescentes a critérios de autodeterminação frustra o real objetivo da norma constitucional, instituindo a provável hipótese de se atribuir a titularidade dessas terras a pessoas que efetivamente não tem relação com os habitantes das comunidades formadas por escravos fugidos, ao tempo da escravidão do país".

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

6.Enfim, pede a concessão de medida cautelar tendo em vista a excepcional urgência e risco de dano à segurança jurídica, nos termos do art. 10, § 3º, da Lei n° 9.868/1999.

7.Em despacho de fls. 27, Vossa Excelência determinou a aplicação do art. 12 da Lei n° 9.868/1999.

8.O Exmo. Sr. Presidente da República, representado pela Advocacia-Geral da União, prestou informações a fls. 32-79. Alega, em primeira linha, a inexistência de fundamentação razoável e suficiente do pedido de declaração de inconstitucionalidade, pelo que propõe o não conhecimento da ação por inépcia da peça inicial. Em seguida, aduz que o Decreto n° 4.887/2003 é ato político-administrativo de efeito concreto e, portanto, é insusceptível de sofrer controle de constitucionalidade em abstrato, conforme a reiterada jurisprudência desse Supremo Tribunal Federal. Ademais, sustenta que o art. 68 do ADCT é norma constitucional de eficácia plena e, por isso, não depende de edição de lei para ter plena aplicabilidade. O Decreto n° 4.887/2003 apenas prescreve o procedimento administrativo para a titulação das terras quilombolas. Defende também a constitucionalidade do art. 13, sendo totalmente viável a realização da desapropriação pelo Poder Público para a regularização da questão quilombola, e do art. 2º e parágrafos do Decreto n° 4.887/2003, pois "a auto-identificação é elemento definidor essencial da condição de grupo étnico" e "a regularização fundiária deve necessariamente respeitar a pluralidade de formas de ocupação da terra decorrente da diversidade sócio-cultural e étnica".

9.A Advocacia-Geral da União manifestou-se pelo não conhecimento da presente ação direta de inconstitucionalidade, pois o Decreto n° 4.887/2003 retira seu fundamento de validade das normas do art. 14, IV, "c", da Lei n° 9.649/1998 e do art. 2º, III e parágrafo único da Lei n° 7.668/1988, o que perfaz um conflito de legalidade, insusceptível de submeter-se ao controle em abstrato da constitucionalidade, conforme jurisprudência desse Supremo Tribunal Federal, além de não ter procedido o requerente ao cotejo analítico das disposições normativas impugnadas em face da Constituição. No mérito, defende a constitucionalidade do decreto impugnado, tendo

em vista sua indiscutível compatibilidade com a legislação que lhe dá fundamento e com a Constituição Federal.

10. Vieram os autos a esta Procuradoria-Geral da República para manifestação.

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

12. Em primeiro lugar, deve ser analisada a regularidade formal da norma impugnada. Questiona-se se o Decreto n° 4.887, de 20 de novembro de 2003, poderia regulamentar diretamente, é dizer, sem a interposição de uma lei, o art. 68 do ADCT.

13. Estudo realizado pela Sociedade Brasileira de Direito Público, com a coordenação do Professor Dr. CARLOS ARI SUNDFELD[1], esclarece a questão, quando demarca o sistema normativo que regulamenta o art. 68 do ADCT. De acordo com o estudo, o art. 68 do ADCT está devidamente regulamentado pela Lei n° 9.649/98 (art. 14, IV, "c") – que confere ao Ministério da Cultura competência para aprovar a delimitação das terras dos remanescentes das comunidades dos quilombos, bem como determinar as suas demarcações, que serão homologadas mediante decreto – e pela Lei n° 7.668/88 (art. 2º, II e parágrafo único), que atribui à Fundação Cultural Palmares competência para realizar a identificação dos remanescentes das comunidades dos quilombos, proceder ao reconhecimento, à delimitação e à demarcação das terras por eles ocupadas e conferir-lhes a correspondente titulação, bem como para figurar como parte legítima para promover o registro dos títulos de propriedade nos respectivos cartórios imobiliários.

---

[1] SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Comunidades Quilombolas: Direito à Terra*. Brasília: Fundação Cultural Palmares/ MinC/ Editorial Abaré, 2002, p. 22 e ss.

14. Assim dispõe a Lei n° 7.668/88 (com a redação determinada pela Medida Provisória n° 2.216-37, de 31 de agosto de 2001), que autorizou o Poder Executivo a constituir a Fundação Cultural Palmares – FCP, conferindo-lhe competências específicas:

> *Art. 1º Fica o Poder Executivo autorizado a constituir a Fundação Cultural Palmares - FCP, vinculada ao Ministério da Cultura, com sede e foro no distrito Federal, com a finalidade de promover a preservação dos valores culturais, sociais e econômicos decorrentes da influência negra na formação da sociedade brasileira.*
>
> *Art. 2º A Fundação Cultural Palmares - FCP poderá atuar, em todo o território nacional, diretamente ou mediante convênios ou contrato com Estados, Municípios e entidades públicas ou privadas, cabendo-lhe:*
>
> *I - promover e apoiar eventos relacionados com os seus objetivos, inclusive visando à interação cultural, social, econômica e política do negro no contexto social do país;*
>
> *II - promover e apoiar o intercâmbio com outros países e com entidades internacionais, através do Ministério das Relações Exteriores, para a realização de pesquisas, estudos e eventos relativos à história e à cultura dos povos negros.*
>
> *III - realizar a identificação dos remanescentes das comunidades dos quilombos, proceder ao reconhecimento, à delimitação e à demarcação das terras por eles ocupadas e conferir-lhes a correspondente titulação.*
>
> *Parágrafo único. A Fundação Cultural Palmares - FCP é também parte legítima para promover o registro dos títulos de propriedade nos respectivos cartórios imobiliários. (...)"*

15. Por seu turno, a Lei n° 9.649/98 (também com a redação determinada pela Medida Provisória n° 2.216-37, de 31 de agosto de 2001), que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, atribuindo-lhes as devidas competências, desta forma estabelece:

> *Art. 14. Os assuntos que constituem área de competência de cada Ministério são os seguintes:*
>
> *(...)*
>
> *IV - Ministério da Cultura:*

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

16. Anteriormente ao Decreto n° 4.887/2003, a regulamentação das referidas leis era feita pelo Decreto n° 3.912, de 10 de setembro de 2001, que continha disposições relativas ao processo administrativo para identificação dos remanescentes das comunidades dos quilombos e para o reconhecimento, a delimitação, a demarcação, a titulação e o registro imobiliário das terras por eles ocupadas. Nas palavras de CARLOS ARI SUNDFELD, "*trata-se de decreto fundado expressamente nos dispositivos citados – art. 14, IV, "c", da Lei n° 9.649/98 e art. 2º, III e parágrafo único da Lei n° 7.668/88".* [2]

17. O Decreto n° 4.887/2003, ora impugnado, revogou expressamente o Decreto n° 3.912/2001 (art. 25), passando a figurar como a norma regulamentadora do art. 14, IV, "c", da Lei n° 9.649/98 e do art. 2º, III e parágrafo único da Lei n° 7.668/88.

18. Assim, como bem ressaltou a douta Advocacia-Geral da União, "o Decreto n° 4.887, de 2003, retira seu fundamento de validade diretamente das normas do art. 14, IV, 'c', da Lei n° 9.649, de 1988, e do art. 2º, III e parágrafo único, da Lei n° 7.668/1988, e não diretamente da Constituição Federal (art. 68, ADCT)" (fls. 102).

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

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

> *"(...) o Decreto n° 4.887, de 2003, está no segundo grau de concretização das normas do art. 215 e do art. 216 da Constituição Federal, bem como do art. 68 do ADCT. A Lei n° 9.649, de 1998, e a Lei n° 7.668, de 1988, é que, efetivamente, regulamentam diretamente a Constituição, concretizando-a em primeiro grau. O Decreto, por sua vez, retira seu fundamento de validade das próprias leis federais,*

[2] *Ibidem*, p. 31

> *não havendo, portanto, a tal 'autonomia legislativa' propagada pelo requerente."* (fls. 106)

21. Dessa forma, tendo em vista os argumentos acima delineados, não se pode afirmar que existe inconstitucionalidade formal na norma impugnada. Nesse aspecto, propugna-se pela regularidade formal do Decreto n° 4.887/2003.

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

> *Art. 13. Incidindo nos territórios ocupados por remanescentes das comunidades dos quilombos título de domínio particular não invalidado por nulidade, prescrição ou comisso, e nem tornado ineficaz por outros fundamentos, será realizada vistoria e avaliação do imóvel, objetivando a adoção dos atos necessários à sua desapropriação, quando couber.*
> *§ 1º Para os fins deste Decreto, o INCRA estará autorizado a ingressar no imóvel de propriedade particular, operando as publicações editalícias do art. 7º efeitos de comunicação prévia.*
> *§ 2º O INCRA regulamentará as hipóteses suscetíveis de desapropriação, com obrigatória disposição de prévio estudo sobre a autenticidade e legitimidade do título de propriedade, mediante levantamento da cadeia dominial do imóvel até a sua origem.*

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

24. Não possui razão o requerente. No caso de a terra reivindicada pela comunidade quilombola pertencer a particular, não só será possível, como necessária a realização de desapropriação. Nesse sentido, o estudo realizado por CARLOS ARI SUNDFELD[3] é enfático:

> *"**Para nós, quando a terra reivindicada pela comunidade quilombola pertencer a particular, tal propriedade deve ser previamente desapropriada para que haja a nova titulação em nome da comunidade**. Nesse aspecto, não convence o já mencionado Parecer SAJ n 1.490/2001 da Casa Civil, segundo o qual não seria possível cogitar-se de 'desapropriação' de tais terras. O raciocínio do parecer foi no sentido de que a Constituição teria, tão somente, reconhecido um direito de propriedade pré-existente dos remanescentes das comunidades dos quilombos. Segundo a conclusão do parecer, qualquer atuação do Poder Público para desapropriar terras particulares com a pretensão de dar cumprimento ao art. 68 do ADCT seria ilegal e caracterizaria ato de improbidade administrativa, uma vez que a comunidade já teria um direito preexistente decorrente da posse prolongada, contínua, pacífica e cum animo domini...".*
>
> *Diversamente, **acreditamos ser possível e, principalmente necessária, a prévia desapropriação de terras particulares em benefício dos remanescentes das comunidades dos quilombos que as estiverem ocupando. Não se deve equiparar a titulação das terras das comunidades quilombolas com a demarcação das terras ocupadas pelos índios, as quais são e sempre foram públicas**. Com relação a estes últimos a Constituição Federal criou um complexo sistema de proteção com previsão de 'posse permanente' das terras tradicionalmente ocupadas por eles (art. 231). Mas o art. 68 do ADCT tratou da questão quilombola de forma diversa e não teve a pretensão de criar uma forma originária de aquisição da propriedade em favor das comunidades remanescentes de quilombos, sem o pagamento de qualquer indenização ao proprietário, assim reconhecido pelas formas de direito.*
>
> ***O direito constitucional da propriedade só pode ser limitado nas formas e procedimentos expressamente estabelecidos na Constituição. Não é viável falar-se em perda 'imediata' da propriedade no caso de terras ocupadas por comunidades quilombolas**, como sustentou o Parecer n° 1.490/01 da Casa Civil. A perda compulsória da propriedade particular em favor de remanescentes de comunidades quilombolas só pode dar-se em razão de usucapião ou pela desapropriação.*
>
> ***Assim, no caso de a comunidade quilombola localizar-se em terra particular, tal propriedade deve ser previamente desapropriada para que haja a nova titulação em nome da comunidade. O fundamento***

[3] *Ibidem*, p. 116-118.

> ***desta desapropriação é constitucional e decorre diretamente do § 1º do seu art. 216****, cuja disposição é: 'O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação'.*
> *É inequívoco que a proteção constitucional das comunidades de remanescentes dos quilombos não se restringe ao art. 68 do ADCT, mas também decorre dos arts. 215 e 216 da Constituição Federal. O art. 216 da Constituição Federal declarou como patrimônio cultural brasileiro os bens materiais e imateriais, tomados de forma individual ou coletiva, que reportem de alguma forma aos grupos formadores da sociedade brasileira. E, como grupos formadores da sociedade brasileira (art. 215), as comunidades remanescentes de quilombos recebem a proteção jurídico-constitucional do dispositivo que, no seu § 1º, prevê a desapropriação como uma das formas de acautelamento e preservação de que o Poder Público dispõe.*
> ***Nossa conclusão, portanto, é que o Poder Público, para garantir às comunidades quilombolas a propriedade definitiva das terras que estejam ocupando, no caso de elas pertencerem a particulares, deve lançar mão do processo de desapropriação, com fundamento no art. 216, § 1º da Constituição Federal****. O referido processo de desapropriação é de nítido interesse social, com fundamento constitucional no art. 216, § 1º, e será feito em benefício de comunidades quilombolas".*

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

26. Aqui também o argumento do requerente não possui fundamento. Como bem explicitado pela Advocacia-Geral da União, "ao impugnar o Decreto n° 4.887, de 2003, quanto ao critério da auto-atribuição, o autor, na verdade, impugna não a constitucionalidade em si, mas tão-somente volta-se contra o critério da auto-atribuição eleito para identificar as comunidades quilombolas. A rigor, não há uma

questão de inconstitucionalidade em jogo. Evidencia-se, isso sim, uma controvérsia metodológica (se é que assim se possa considerar, na medida em que os mais recentes avanços da Antropologia ratificam os critérios estabelecidos no Decreto n° 4.887, de 2003), que há de resolver-se no âmbito da ciência antropológica, e não do Direito" (fls. 112).

27. No presente caso, para a delimitação do conteúdo essencial da norma do art. 68 do ADCT, não pode o jurista prescindir das contribuições da Antropologia na definição da expressão "remanescentes das comunidades dos quilombos". Segundo relato de ELIANE CANTARINO O'DWYER, "os antropólogos, por meio da Associação Brasileira de Antropologia (ABA), fundada em 1955, tiveram papel decisivo no questionamento de noções baseadas em julgamentos arbitrários, como a de *remanescente de quilombo*, ao indicar a necessidade de se perceberem os fatos a partir de uma outra dimensão que venha a incorporar o ponto de vista dos grupos sociais que aspiram à vigência do direito atribuído pela Constituição".[4]

28. Assim, o critério da auto-atribuição é considerado pela Antropologia como o parâmetro mais razoável para a identificação das comunidades quilombolas. Os estudos realizados pelo antropólogo F. BARTH[5] chegam à conclusão de que a identificação de grupos étnicos não depende mais de parâmetros diferenciais objetivos fixados por um observador externo, mas dos "sinais diacríticos", é dizer, das diferenças que os próprios integrantes das unidades étnicas consideram relevantes. Como assevera ELIANE CANTARINO O'DWYER, "essa abordagem tem orientado a elaboração dos relatórios de identificação, os também chamados laudos antropológicos, no contexto da aplicação dos direitos constitucionais às comunidades negras rurais consideradas remanescentes de quilombos, de acordo com o preceito legal". Assim, "em vez de emitir uma opinião preconcebida sobre os fatores sociais e culturais que definem a existência de limites, é preciso levar em conta somente as diferenças consideradas significativas para os membros dos grupos étnicos". Nesse caso, "apenas os fatores socialmente relevantes podem ser considerados diagnósticos para assinalar os membros de um grupo, e a característica crítica é a auto-atribuição de

[4] O'DWYER, Eliane Cantarino. *Os quilombos e a prática profissional dos antropólogos*. In: Quilombos: identidade étnica e territorialidade. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2002, p. 18.
[5] *Apud*, O'DWYER, Eliane Cantarino. *Op. cit.*, p. 15.

uma identidade básica e mais geral que, no caso das comunidades negras rurais, costuma ser determinada por sua origem comum e formação no sistema escravocrata".[6]

29. Também nesse sentido, o Estudo realizado pela Sociedade Brasileira de Direito Público[7], acima citado:

> *"(...)* ***o critério a ser seguido na identificação dos remanescentes das comunidades quilombolas em si é também o da 'autodefinição dos agentes sociais'****. Ou seja, para que se verifique se certa comunidade é de fato quilombola, é preciso que se analise a construção social inerente àquele grupo, de que forma os agentes sociais se percebem, de que forma almejaram a construção da categoria a que julgam pertencer.*
> ***Tal construção é mais eficiente e compatível com a realidade das comunidades quilombolas do que a simples imposição de critérios temporais ou outros que remontem ao conceito colonial de quilombo****."*

30. Cabe, ainda, citar os estudos antropológicos de ALFREDO WAGNER BERNO DE ALMEIDA[8]:

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

---

[6] *Ibidem*, p. 15-16.
[7] *Op. cit*. p. 79-80.
[8] ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. *Os quilombos e as novas etnias*. In: O'DWYER, Eliane Cantarino (org.). Quilombos: identidade étnica e territorialidade. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2002, p. 67-68.

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

31. Em seguida, afirma o antropólogo:

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

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

33. Esse é o critério adotado pela Convenção n° 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre os Povos Indígenas e Tribais, segundo a qual é a consciência de sua identidade que deverá ser considerada como critério fundamental para sua identificação (Vide Decreto n° 5.051, de 19 de abril de 2004).

34. Ademais, o critério da auto-atribuição é complementado por outras regras disciplinadas pelo Decreto n° 4.887/2003 para a identificação das comunidades quilombolas (Vide arts. 3º a 10).

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

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

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

---

[9] *Op. cit.* p. 24.

38. Ocorre que tal critério, escolhido pelo requerente, e antes eleito como critério oficial pelo Decreto n° 3.912/2001 (revogado), foi alvo de intensas críticas de estudiosos sobre o tema. Sobre a questão, vale transcrever as críticas formuladas pelo Procurador da República WALTER CLAUDIUS ROTHEMBURG[10], ao comentar o antigo Decreto n° 3.912/2001:

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

39. Como se vê, o critério que restringe as terras passíveis de titulação pelas comunidades quilombolas àquelas por estas ocupadas em 1888, adotado pelo já revogado Decreto n° 3.912/2001, é totalmente despropositado. Nesse sentido, o critério utilizado pelo Decreto n° 4.887/2003 parece ser mais compatível com os parâmetros eleitos pelos estudos antropológicos para definição das comunidades quilombolas e de seus respectivos espaços de convivência. Esta é a conclusão de CARLOS ARI SUNDFELD[11]:

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

[10] *Apud*, SUNDFELD, Carlos Ari. *Op. cit*. p. 72.
[11] *Op. cit.* p. 78-79.

> *Tal aspecto desvenda a maneira como cada grupo molda o espaço em que vive, e que se difere das formas tradicionais de apropriação dos recursos da natureza. São as terras de uso comum, em especial as 'terras de preto', cuja ocupação não é feita de forma individualizada, e sim em um regime de uso comum. O manejo do espaço territorial 'obedece a sazonalidade das atividades, sejam agrícolas, extrativistas e outras, caracterizando diferentes formas de uso e ocupação do espaço que tomam por base de parentesco e vizinhança, assentados em relações de solidariedade e reciprocidade'. A categoria 'terra de preto' tem uma lógica de funcionamento própria, codificada, como expressa Alfredo W. B de Almeida: 'os recursos hídricos, por exemplo, não são privatizados, não são individualizados; os recursos de caça, pesca, do extrativismo não são sempre individualizados num plano de famílias, pois ninguém divide o produto da roça coletivamente.*
> ***Dessa forma, e de um lado, deve ser dada especial atenção, dentre os parâmetros de identificação do território das comunidades quilombolas, à sua identidade coletiva. Trata-se de identificar a forma pela qual o grupo remanescente de quilombo conseguiu manter o seu modo de vida, resistindo às influências externas e mantendo os seus traços culturais e habitacionais ao longo das gerações. A partir da identificação desse modo de vida, conclui-se, em regra, que a titulação deve recair não só sobre os espaços em que o grupo mora e cultiva, mas também sobre aqueles necessários ao lazer, à manutenção da religião, à perambulação entre as famílias do grupo e também aqueles destinados ao estoque de recursos naturais****".*

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

41. Ante o exposto, o parecer é pela improcedência da ação.

Brasília, 17 de setembro de 2004.

CLAUDIO FONTELES
PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

André Rufino