

**Excelentíssimo Senhor Ministro do Egrégio Supremo Tribunal Federal Cezar
Peluso**



SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
Coordenadoria de Protocolo
e Baixa de Processos

01/10/2004 13:56 103898



Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3239
autor: Partido da Frente Liberal - PFL

Centro pelo Direito à Moradia Contra Despejos - COHRE, fundação privada sem finalidade lucrativa, registrada no CNPJ sob nº 05.893.754/0001-31, e com autorização de funcionamento no país pela Portaria do Ministério da Justiça nº 1.283 de 29/08/2003, com sede à rua Demétrio Ribeiro 990/conj 305, no Município de Porto Alegre/RS;

Centro de Justiça Global, associação civil sem fins lucrativos, destinada a promover a defesa dos direitos humanos, inscrita no CNPJ sob nº 04.779.842/0001-44, com sede na Av. Nossa Senhora de Copacabana, 540 - sala 402, Rio de Janeiro/RJ;

Instituto Socioambiental - ISA, associação civil sem fins lucrativos, qualificada como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público - OSCIP, cujo objeto social é a defesa judicial ou extrajudicial dos direitos difusos e coletivos relativos ao meio ambiente, ao patrimônio cultural, aos direitos humanos e dos povos, inscrita no CNPJ sob o nº 00.081.906/0002-69, com sede na Av. Higienópolis, 901, sala 30, São Paulo/SP;



Instituto de Estudos, Formação e Assessoria em Políticas Sociais - POLIS, associação civil sem fins lucrativos, reconhecida como Associação de Utilidade Pública Federal e Associação de Utilidade Pública Estadual, através da Portaria nº622/02 do Ministério da Justiça e do Decreto nº 8879/94, inscrita no CNPJ sob nº 57.752.206/0001-95, com sede à rua Araújo, nº 124, São Paulo/SP;

Terra de Direitos, associação civil sem finalidade lucrativa, voltada para a defesa dos Direitos Humanos, inscrita no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas - CNPJ sob nº 05.145.844/0001-44, com sede na rua José Loureiro, nº 464, 2º andar, conj. 26, Curitiba/PR;

todos devidamente representados por seus bastante procuradores ao final assinados (docs. 1,2,3,4), vêm mui respeitosamente à presença de V. Exa., diante da proposição da Ação Direta de Inconstitucionalidade supra referida, e com fundamento no art.7º, §2º da Lei Federal nº 9869/99, requerer sua habilitação nos autos do processo em epígrafe, na qualidade de

AMICUS CURIAE

para defender a **constitucionalidade** do Decreto Federal nº 4887, de 20 de novembro de 2003, pelos fundamentos jurídicos a seguir aduzidos.

I - Da legitimidade das entidades para figurarem como amici curiae

A figura do *amicus curiae*, introduzida em nosso ordenamento pela Lei Federal nº 9869/99, abre a possibilidade democrática de participação, em processos de controle de constitucionalidade de leis e atos normativos, de entidades que, em razão dos direitos de natureza difusa e coletiva que visam tutelar, têm interesse jurídico em defender a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do ato normativo impugnado.



A admissão de terceiros na qualidade de *amicus curiae* em Ações Diretas de Inconstitucionalidade vem sendo amplamente admitida por esse E. Supremo Tribunal Federal (ADI nº 2999/RJ, Relator Min. Gilmar Mendes; ADI nº 2777/SP, Relator Min. Cezar Peluso), bastando para tanto justificar a legitimidade formal e material das entidades proponentes, o que é feito a seguir.

Da legitimidade da Associação Terra de Direitos

Terra de Direitos é uma associação civil sem finalidade lucrativa, fundada em 15 de junho de 2002, com sede em Curitiba, e voltada para a defesa dos Direitos Humanos. É constituída por advogados, pesquisadores de ciências humanas e integrantes de diversos movimentos sociais, com atuação nacional e internacional, cujo objetivo precípua é o fortalecimento da luta dos movimentos sociais nas seguintes linhas de ação: Direito à Terra, Direito ao Meio Ambiente, Direito ao Trabalho, Direito à Cidade e Direito à Vida.

Conforme revela seu estatuto (doc.5), estão ainda dentre os objetivos da **Terra de Direitos**:

- (a) apoiar as entidades na preparação e divulgação, tanto no plano nacional quanto no plano internacional, de denúncias de violações de Direitos Humanos;*
- (b) contribuir para construção de espaços coletivos, para fortalecimento da luta dos movimentos sociais pelos direitos humanos;*
- (...)*
- (h) propor ações coletivas para a defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos;*
- (m) estimular o aprofundamento da discussão internacional, nacional, regional e local de questões voltadas ao direito à terra, água, trabalho, moradia, no âmbito dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais e ambientais;*
- (o) estimular o cumprimento dos tratados internacionais de defesa dos direitos humanos.*

Dessa forma, em razão de seus deveres estatutários e de sua atuação institucional, preenche a **Terra de Direitos** os requisitos do artigo 7º, § 2º, da Lei nº 9.868, especialmente em vista de, conforme seu estatuto, ter a finalidade de atuar na proteção dos Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais e ainda estimular o cumprimento dos tratados internacionais de defesa dos Direitos Humanos.

Da legitimidade da Associação Centro de Justiça Global

O Centro de Justiça Global é uma associação civil brasileira, sem finalidade lucrativa, fundada em



1999, e dedicada à promoção da justiça social e dos direitos humanos, através da pesquisa, capacitação e da elaboração de petições e relatórios sobre a situação dos direitos humanos no Brasil, além da proposição de medidas judiciais para a defesa dos direitos humanos. O Centro de Justiça Global tem seu trabalho baseado no uso dos mecanismos internacionais de proteção aos direitos humanos, sendo autor de várias petições frente ao Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos.

O Centro de Justiça Global possui um forte compromisso com os direitos das comunidades quilombolas. Em agosto de 2001, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos de OEA recebeu e procedeu a tramitação de petição elaborada pelo Centro de Justiça Global a respeito de violações de direitos humanos contra comunidades quilombolas de Alcântara, estado do Maranhão.

Dentre seus objetivos institucionais se encontra o de "estimular o cumprimento dos tratados internacionais de defesa dos direitos humanos" (capítulo I do estatuto social – doc.6), como é o caso da Convenção 169 da OIT, afetada pela presente ADI.

Dessa forma, em razão de seus deveres estatutários e de sua atuação institucional, o **Centro de Justiça Global** preenche os requisitos do artigo 7º, § 2º, da Lei nº 9.868, estando configurada sua legitimidade para ingressar na presente ação.

Da legitimidade do Instituto Polis

O Instituto de Estudos, Formação e Assessoria em Políticas Sociais - PÓLIS é uma associação civil de direito privado, sem fins lucrativos, com finalidade pública, apartidária, democrática e pluralista, que desde a sua fundação em seis de junho de 1987, atua na construção de cidades justas, democráticas e sustentáveis. É reconhecida como Associação de Utilidade Pública Federal e Associação de Utilidade Pública Estadual, através da Portaria nº622/02 do Ministério da Justiça e do Decreto nº8879/94.

A conquista democrática da cidadania consiste o eixo articulador da intervenção do Pólis, que tem o desenvolvimento local como um dos elementos identificadores de sua identidade. As frentes prioritárias de sua atuação são: o combate à pobreza e à exclusão social, através da reflexão e proposição de medidas e políticas para a afirmação de direitos sociais universais, dando especial atenção aos grupos historicamente vulneráveis; a garantia da qualidade de vida da sociedade, através da valorização da cultura e das múltiplas identidades dos grupos sociais que a compõe.



Neste sentido, a defesa da constitucionalidade do Decreto Federal nº 48477/05 se insere no contexto da luta pela implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais, com destaque ao direito das comunidades quilombolas à moradia adequada, como consta de seus estatutos sociais (doc.7), razão pela qual está legitimado a integrar o presente *amicus curiae*.

Da legitimidade do COHRE

COHRE – Centro pelo Direito à Moradia contra Despejos tem um marcante histórico de atuação mundial pela promoção e proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais, com ênfase no direito humano à moradia adequada. O Programa para as Américas está idealmente posicionado na vanguarda de uma rede de contatos ao redor das Américas que busca alcançar melhorias nas condições de moradia e segurança na posse para as populações carentes.

Estabelecido em 1994 como uma organização não governamental de direitos humanos, Internacional e independente, O COHRE está comprometido em assegurar o pleno gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais para todos, em todos os lugares, com um foco particular no direito à moradia adequada. COHRE está registrado como uma organização sem fins lucrativos na Holanda (*Stichting* nº 41186752); como Sessão 501(c) (3) nos Estados Unidos; e como organização sem fins lucrativos no Brasil (CNPJ nº 05.893.754/0001-31, Portaria do Ministério da Justiça nº 1.283 de 29/08/2003).

Os objetivos principais do COHRE estão (doc.8):

Promover a plena adesão as leis de direitos humanos internacionais por todos os governos o pleno gozo dos direitos humanos a todas as pessoas.

Assegurar o pleno gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais para todos e em todos os lugares, em particular o direito humano à moradia adequada.

Combater e prevenir a ocorrência de despejos forçados

Proteger os direitos à moradia e os direitos humanos das comunidades vulneráveis, em desvantagem ou ameaçadas ao redor do mundo.

Fomentar a tolerância, a justiça social, a igualdade e o respeito mútuo para todos.



Reforçar a educação popular e a conscientização quanto aos padrões de direitos humanos internacionais e quanto ao papel que as comunidades podem exercer tanto à nível local quanto à nível internacional.

No sentido de atingir estes objetivos, o COHRE se envolve em uma ampla gama de atividades e intervenções inovadoras, tais como as que incluem a provisão de advocacia legal, assessoria e aconselhamento a comunidades, governos e organizações de direitos humanos. Fica clara, portanto, sua legitimidade para o presente *amicus curiae*.

Da legitimidade do Instituto Socioambiental

O Instituto Socioambiental- ISA é uma associação civil sem fins lucrativos, fundada em 1994, qualificada como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, nos termos da Lei Federal nº 9790/99, cuja finalidade institucional e efetiva atuação é, de acordo com o art.2º de seu estatuto social, dentre outras, promover a defesa de bens e direitos sociais, coletivos e difusos relativos ao meio ambiente, ao patrimônio cultural, aos direitos humanos e dos povos. Ainda de acordo com seu estatuto social (doc.9), o Instituto poderá, no cumprimento de seus objetivos, por si ou em cooperação com terceiros "promover ação civil pública e outras iniciativas judiciais com a finalidade de defender bens e direitos sociais, coletivos ou difusos, especialmente os relativos ao meio ambiente e patrimônio cultural" (artigo 2º, parágrafo único, alínea f).

No cumprimento de seus deveres estatutários, o ISA vem há mais de dez anos atuando perante o judiciário na defesa dos interesses difusos e coletivos dos povos indígenas, comunidades quilombolas e do meio ambiente ecologicamente equilibrado. Além dessa atuação judicial, vem acompanhando há vários anos a regulamentação do processo de demarcação de terras de quilombos.

Tratando-se a presente Ação Direta de Inconstitucionalidade de questionar a constitucionalidade de decreto que regulamenta o processo de titulação de terras de quilombos, cujo resultado pode trazer graves consequências para a garantia do direito coletivo à terra das diversas comunidades quilombolas, está demonstrada a legitimidade e o interesse jurídico do Instituto Socioambiental para ingressar como *amicus curiae* na presente ação.



II - Resumo da lide

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo Partido da Frente Liberal em face do Presidente da República, com objetivo de ver declarada a inconstitucionalidade do Decreto 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 de quilombos"

Em apertada síntese, alega o Autor da Ação Direta de Inconstitucionalidade que: a via regulamentar adotada, qual seja, o Decreto, é inadequada, tendo ocorrido "autonomia ilegítima", decorrente deste ter invadido esfera reservada à lei; que a desapropriação prevista no art. 13 é inconstitucional; que a configuração dos titulares do direito à moradia, caracterizada no art. 2º é inconstitucional; que a configuração das terras em que se localizavam os quilombos, da maneira como dispõem os parágrafos 2º e 3º do Decreto é igualmente inconstitucional.

Pretendem os autores, por fim, declarar a inconstitucionalidade da totalidade do Decreto 4.887/2003 e, dada à alegada urgência da matéria, seja concedida medida cautelar.

III – Breve histórico do contexto socio-político-econômico no qual foi concebido o Decreto Federal 4887/03

Antes de adentrarmos propriamente no mérito jurídico das alegações feitas pelo PFL na presente ADIN, e que tentam fulminar o Decreto Federal 7887/03 com a declaração de Inconstitucionalidade, cabe explicitar a razão de ser do ato normativo ora impugnado e contextualizar o seu processo de elaboração, para que se possa avaliar não só sua legitimidade política – decorrente do grau de participação social e dos diversos níveis de governo em sua elaboração - mas, sobretudo, compreender qual a sua importância para a solução de diversos dos problemas que afligem contemporaneamente as mais de 1000 comunidades quilombolas espalhadas pelo território nacional¹.

Como é de conhecimento daqueles que acompanharam o processo constituinte, a inclusão no

¹ Segundo estudos do Projeto Vida de Negro (Sociedade Maranhense de Direitos Humanos e Centro de Cultura Negra do Maranhão), e levantamentos da Fundação Cultural Palmares do Ministério da Cultura, Universidade Nacional de Brasília (UNB) e Associação das Comunidades Negras Rurais Quilombolas (ACONERUQ), constituiu-se um mapeamento preliminar de 1.098 comunidades quilombolas. Estas comunidades estão presentes em quase todos os Estados brasileiros, com exceção de Roraima, Amazonas, Acre, Rondônia e Distrito Federal.



texto final de nossa Carta Magna do art. 68 das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, que estabelece que “aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os respectivos títulos”, não foi obra do acaso ou mero capricho de algum legislador constituinte. Pelo contrário, foi fruto de uma ampla mobilização social que à época compreendia – corretamente, como vemos hoje - que para que se pudesse dar início a um processo de reparação histórica aos remanescentes das comunidades de quilombos e se alcançasse a justiça social, seria necessário, como passo inicial e fundamental, garantir-lhes o direito ao território que ocupam, pois só com a segurança de que os processos de invasão, grilagem e expulsão de suas terras cessariam é que se poderia estabelecer as condições mínimas para o desenvolvimento socio-econômico dessas comunidades.

Hoje, passados mais de 15 anos da promulgação de nossa Carta Constitucional, infelizmente percebe-se que a situação de marginalização e desacaso do Poder Público, e da sociedade em geral, com as comunidades quilombolas pouco se alterou. Se é verdade que em alguns poucos estados da federação, em função da mobilização social ali existente, ou da boa vontade de alguns mandatários de cargos políticos, foi criada uma legislação específica para tratar da garantia do direito à terra e dado início à implementação de algumas políticas públicas diferenciadas, o mesmo não ocorreu na grande maioria dos estados e em nível federal pouco ou nada foi feito até hoje. Isso se reflete na atual situação sócio-econômica vivida pelos remanescentes das comunidades de quilombos no Brasil, que continuam sujeitas a processos sistemáticos de perda e expropriação de suas terras, de violações a seus direitos étnicos, ao abandono por parte dos poderes públicos estaduais e municipais e a preconceitos da sociedade envolvente.

Essa situação, que vem sendo evidenciada através de estudos, relatórios e manifestações dos movimentos sociais realizados ao longo da última década, chamou a atenção do **Comitê das Nações Unidas de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais ao Brasil (2003)**², que durante sua 30ª Sessão avaliou um relatório apresentado pelas organizações civis e movimentos sociais do Brasil, o qual foi elaborado com base em uma ampla consulta nacional resultante do debate ocorrido em 17 audiências públicas nos Estados, das quais participaram mais de 2 mil entidades e organizações sociais³.

Em suas observações conclusivas, o Comitê expressou preocupação com as seguintes questões afetas à situação de moradia e acesso à terra dos Afro-Brasileiros:

² Observações Conclusivas do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas ao Brasil. Maio de 2003. E/C.12/1/Add.87.

³ Relatório Brasileiro sobre Direitos Humanos Econômicos, Sociais e Culturais (2003). Plataforma Brasileira DHEC, GAJOP, MNDH, Justiça Global, FASE e Comissão Justiça e Paz. Recife, 2003. Foram relatados os direitos humanos à moradia adequada; à alimentação, água e terra rural; ao meio ambiente; à saúde, ao trabalho e à educação. O Relatório sobre o Direito à Moradia Adequada foi elaborado por Nelson Saula Jr., Relator Nacional e Leticia Marques Osório, Assessora da Relatoria.

* a discriminação difundida e profundamente enraizada contra os Afro-Brasileiros, os povos indígenas e grupos minoritários, como os ciganos e as comunidades remanescentes de Quilombos (20);

* a distância existente entre as previsões constitucionais e legislativas e os procedimentos administrativos utilizados para a implementação dos direitos do Pacto e a ausência de medidas e remédios eficazes necessários, tanto judiciais quanto de outras ordens, para efetivar esses direitos, especialmente no que diz respeito aos grupos vulneráveis e marginalizados (18);

* a persistência da pobreza especialmente no Nordeste e em áreas rurais, e entre os afro-brasileiros e os grupos vulneráveis e marginalizados (32);

* a desocupação forçada das comunidades de remanescentes de Quilombos de suas terras ancestrais, que são impunemente expropriadas por mineradoras e outros interesses comerciais (36).

As principais sugestões e recomendações feitas pelo Comitê ao Estado brasileiro quanto à situação do direito à moradia e à terra dos Afro-Brasileiros são as seguintes (grifoss nossos):

* a implementação imediata de ações corretivas para reduzir as desigualdades e os desequilíbrios persistentes e extremos na distribuição dos recursos e da renda e no acesso aos serviços básicos entre as várias regiões geográficas, Estados e Municípios, incluindo o aumento na velocidade do processo de reforma agrária e de titulação de terras (30);

* a adoção de medidas para garantir as terras ancestrais às comunidades remanescentes de Quilombos e em caso de desocupação forçada de suas terras assegurar o cumprimento do que está previsto no Comentário Geral nº 7 do Comitê (59).

O Comitê das Nações Unidas sobre Eliminação da Discriminação Racial também expressou preocupação com relação aos graves problemas vivenciados pelas comunidades quilombolas. Manifestando-se especificamente em relação aos remanescentes das comunidades de quilombos, quando da apresentação do relatório brasileiro sobre as iniciativas adotadas em conformidade com as disposições contidas na Convenção Internacional pela Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (março/2004), emitiu as seguintes recomendações ao Brasil:

* em razão de apenas algumas áreas de quilombos terem sido oficialmente reconhecidas e de um



número ainda menor de comunidades ter recebido o título de propriedade ocupados, recomenda-se que o Estado acelere o processo de identificação das comunidades remanescentes de quilombos e de demarcação das áreas, bem como a distribuição dos respectivos títulos.

Poderíamos aqui abordar e trazer aos autos um gigantesco número de notícias de jornais, artigos e teses acadêmicas ou relatórios de organizações da sociedade civil que dariam conta da diversidade de problemas que desde sempre afligem as comunidades quilombolas no país. Isso, porém, tornaria enfadonha a leitura da presente peça processual, razão pela qual nos utilizamos das conclusões dessas duas importantes comissões internacionais, que por sua vez tiveram acesso a muitos desses documentos, como um resumo do atual *status quo*.

O que fica patente das conclusões acima descritas é que a solução dos problemas fundiários é *conditio sine qua non* à extensão da cidadania plena às comunidades de remanescentes de quilombos. Não há como garantir-lhes direito à saúde, à educação, à livre manifestação cultural, à preservação de suas tradições, se não lhes for garantido antes o *direito ao território*, que, como veremos, é mais do que o simples direito à moradia.

O Decreto 4887/03, ora impugnado, surge exatamente nesse contexto, como uma tentativa do governo federal em dar início, finalmente, a uma política eficiente de titulação de terras de quilombos que pudesse responder minimamente à urgência hoje existente. Ele, no entanto, não é o primeiro ato normativo federal que visa, pelo menos formalmente, responder a essa demanda.

O decreto objeto da presente ADI veio à lume com o objetivo de substituir o Decreto Federal n. 3912/01, que também regulamentava, em nível federal, o processo de titulação de território quilombola, mas que, por inúmeras razões, não era capaz de cumprir com seus objetivos.

Dentre os inúmeros equívocos e absurdos jurídicos, históricos e antropológicos trazidos pela normativa anterior, estava a disposição de que somente pode ser reconhecida a propriedade sobre terras que: a) eram ocupadas por quilombos em 1888; e b) estavam ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos em 5 de outubro de 1988 (art.1, parágrafo único). Evidencia-se o descalabro dessa proposição pelo fato histórico e incontestável de que muitas - senão a maioria - das comunidades quilombolas, ao contrário do que se admite comumente, não foram formadas por negros fugidos, mas sim por escravos libertos, que mesmo após a alforria individual ou a abolição geral e irrestrita da escravidão no país optaram por viver em comunidades de iguais, em locais ermos ou livres do domínio privado de algum senhor, já que sabiam que não havia espaço para eles numa sociedade marcada por mais de quatro séculos de escravidão. Portanto, exigir que



se comprovasse – e não se sabe de que maneira isso poderia ser feito, já que nunca foram detentores de títulos de domínio de suas terras – a permanência num mesmo local por mais de 100 anos, desde a abolição da escravidão (1888) era não só uma medida de restrição ao pleno gozo de direitos constitucionalmente garantidos, mas também de injustiça histórica e social.

Outro ponto problemático na sistemática anterior, e que foi objeto de inúmeras manifestações contrárias de organizações da sociedade civil e de lideranças quilombolas, era a competência para realizar o processo de identificação, demarcação e titulação dos territórios, que recaía exclusivamente sobre a Fundação Cultural Palmares – FCP. Como esse órgão não tinha, e nem passou a ter, estrutura para levar a cabo processos de grande complexidade como esses, que demandavam, além de laudos antropológicos, a realização de relatórios técnicos de identificação do território - que envolviam conhecimentos das mais diversas áreas como agronomia, biologia, topografia, sociologia, economia, dentre outros – **durante os anos de vigência do Decreto Federal 3912/01 pouquíssimas comunidades obtiveram o título de propriedade de suas respectivas terras**, e, por problemas jurídicos, dessas poucas que foram “tituladas”, **nenhuma conseguiu registrar o título adquirido no respectivo Cartório de Registro de Imóveis.**

Por essas e outras razões fez-se necessário discutir a substituição da normativa até então existente por outra que não só fosse mais efetiva, mas que fosse apta a gerar justiça social. O amplo consenso social em torno da ineficiência e inadequação do Decreto Federal 3912/01 em implementar o direito constitucionalmente assegurado no art.68 dos ADCT fez com que o Governo Federal, através do Decreto s/n de 13/05/2003 instituisse um Grupo de Trabalho- GT com a finalidade de rever as disposições contidas no ato normativo até então vigente.

Formado por representantes de 10 ministérios, da Casa Civil da Presidência da República, da Advocacia Geral da União, da Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial e por três representantes dos remanescentes das comunidades de quilombos, esse GT se reuniu em diversas ocasiões em seu quase um ano de existência e discutiu ponto-a-ponto as lacunas e equívocos do Decreto 3912/01. O resultado final foi o texto que veio a ser adotado pelo Decreto Federal 4887/03.

Fica claro, portanto, que o ato normativo ora impugnado pelo Partido da Frente Liberal é fruto de um amplo processo de discussão e de consenso social, criado não só com o GT acima mencionado, mas durante a mais de uma década de lutas pela implementação do art.68 dos ADCT. É, assim, um ato normativo que goza de legitimidade perante a sociedade, embora num ambiente democrático possa haver divergências pontuais, e que veio substituir outro considerado injusto, ilegítimo e inconstitucional por grande parte das organizações que trabalham com o tema.



Portanto, em resumo, se o Decreto Federal 4887/03 for considerado inconstitucional – o que se admite por ora apenas em hipótese, já que, como ficará demonstrado, ele está perfeitamente compatível com nosso ordenamento constitucional – **se estará jogando fora anos de discussão, consensos e lições aprendidas, e a política federal de promoção dos direitos territoriais das comunidades quilombolas, tão esperada por toda a sociedade, voltará à estaca zero, pois perderá sua sustentação jurídica e operacional.**

IV – Das obrigações assumidas internacionalmente pelo Brasil em relação à titulação de território quilombola

A Constituição Federal do Brasil de 1988 rege-se, em suas relações internacionais, pela prevalência dos direitos humanos, tendo como fundamento precípua a dignidade da pessoa humana. Seguindo a tendência de constituições contemporâneas, a Constituição Federal brasileira de 1988 incorpora ao seu direito interno a normativa internacional de proteção, tornando o Direito Internacional e Direito Interno um todo indivisível.

Tratados internacionais, de modo geral, necessitam da apreciação do Poder Legislativo, distintamente, os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos possuem sua aplicação imediata assegurada pela Constituição Federal brasileira em seu artigo 5º parágrafo 1º. Nesse artigo está garantida a aplicação imediata dos direitos e garantias fundamentais, ou seja, se os tratados internacionais de direitos humanos têm por objetivo a definição de direitos e garantias, podemos concluir que essas normas possuem aplicação imediata no nosso ordenamento jurídico. Mais do que uma aplicação imediata, é assegurado aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos o status de norma constitucional, segundo o artigo 5º parágrafo 2º da CF/88.

Com relação às políticas públicas de promoção dos direitos culturais e territoriais das comunidades remanescentes de quilombos, vemos que há alguns tratados assinados e ratificados pelo Brasil que impõe obrigações que devem ser necessariamente cumpridas pelo Estado Nacional.

Pode-se compreender a disposição constitucional que obriga o Estado a titular as terras de quilombos como uma forma de garantir a essas comunidades socialmente diferenciadas o direito à moradia.

O **direito à moradia** é um dos mais bem definidos direitos pela legislação internacional de

direitos humanos⁴. A **Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948)** contém um dos mais antigos ditames reconhecendo o direito à moradia adequada, conforme disposto no artigo 25 (1):

"Todos têm direito a um padrão de vida adequado de saúde e bem-estar para si e para sua família, incluindo alimentação, vestuário, moradia, cuidados médicos e os necessários serviços sociais, e o direito à segurança no advento de desemprego, doença, incapacidade, viuvez, velhice ou falta de condições de subsistência em circunstâncias acima de seu controle".

O direito à propriedade é assegurado na Declaração Universal, artigo 17, que estabelece que *"todos têm o direito à propriedade, obtida individual ou coletivamente"*, como uma forma de garantir o cumprimento de outros direitos.

O **Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966) – PIDESC**, ao qual o Brasil aceitou sem reservas e o qual considerou plenamente aplicável, de acordo com o Decreto Federal nº 591, estabelece em seu artigo 11(1) que:

*"Os Estados partes presentes ao Pacto reconhecem o direito de todos a ter um adequado padrão de vida para si e sua família, incluindo adequada alimentação, vestuário e moradia, e a contínua melhoria de suas condições de vida. Os Estados partes adotarão as medidas adequadas para a realização deste direito reconhecendo, para este efeito, a importância essencial da cooperação internacional baseada no livre consentimento"*⁵.

O Comentário Geral nº 4 sobre o Direito à Moradia Adequada (1991) elucida a forma como as provisões sobre o direito à moradia previstos no PIDESC devem ser adotadas pelos Estados membros, de forma a garantir a plena implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais. De acordo com o CG nº 4, o exercício do direito à moradia não pode ser interpretado de uma maneira restritiva, de forma a considerar apenas a casa em si mesma ou considerá-la apenas como uma mercadoria. Deve ser compreendido como o direito de viver em algum lugar com segurança, paz e dignidade. A referência ao direito à moradia previsto no PIDESC deve ser compreendida como direito à moradia adequada. A moradia deve compreender a segurança legal da posse e a disponibilidade de serviços e infraestrutura, ter um custo acessível, ter adequada habitabilidade, acessibilidade e localização, além de adequação cultural.

⁴ Para um visão ampla dos Instrumentos e padrões Internacionais relativos ao direito à moradia adequada, consultar COHRE, *Legal Resources for Housing Rights*. Geneva, 2000.

⁵ Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Art. 11(1), G.A. Res. 2200A (XXI), 21 UN GAOR Supp. (No. 16) at 49, U.N. Doc. A/6316 (1966), 993 U.N.T.S. 3, entrada em vigor no dia 3 de Janeiro de 1976.

Devemos recordar também a **Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1968)⁶ ("CERD")**, que estabelece que "[o]s Estados Membros tomarão, se as circunstâncias o exigirem, nos campos social, econômico, cultural e outros, medidas especiais e concretas para assegurar, como convier, o desenvolvimento ou a proteção de certos grupos raciais ou de indivíduos pertencentes a esses grupos, com o objetivo de garantir-lhes, em condições de igualdade, o pleno exercício dos direitos humanos e das liberdades fundamentais. Essas medidas não deverão, em caso algum, ter a finalidade de manter direitos desiguais ou distintos para os diversos grupos raciais, depois de alcançados os objetivos, em razão dos quais foram tomadas." (Artigo 2º, §2). Essas medidas não serão consideradas discriminação racial (Artigo 1º §4). O Decreto nº 4.887/2003 foi adotado justamente com o objetivo de garantir às comunidades quilombolas o pleno exercício dos seus direitos.

Mas é na **Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre Povos Indígenas e Tribais (1989)**, ratificada pelo Brasil em 19/06/2002 através do Decreto Legislativo n. 142/2002 e que entrou em vigor em 25/07/2003, onde podemos encontrar os dispositivos mais claros quanto à obrigação de se garantir a propriedade das terras que ocupam às comunidades quilombolas.

Em primeiro lugar, embora parecesse desnecessário, entendemos prudente reafirmar a aplicabilidade da Convenção 169 da OIT aos casos relacionados às comunidades quilombolas. A Convenção aplica-se:

"Aos povos tribais em todos os países independentes, 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 tradições ou legislação especial" – artigo 1(1)(a).

A Associação Brasileira de Antropologia- ABA, entidade que reúne todos os antropólogos do Brasil e portanto é referência no assunto, conceitua *quilombo* como *"toda comunidade negra rural que agrupe descendentes de escravos vivendo da cultura de subsistência e onde as manifestações culturais têm forte vínculo com o passado"*. São, portanto, grupos sociais que, em função de razões históricas, acabaram se organizando em comunidades onde o grau de parentesco e

⁶Adotada pela Resolução n.º 2.106-A da Assembléia das Nações Unidas, em 21 de dezembro de 1965. Aprovada pelo Decreto Legislativo n.º 23, de 21.6.1967. Ratificada pelo Brasil em 27 de março de 1968. Entrou em vigor no Brasil em 4.1.1969. Promulgada pelo Decreto n.º 65.810, de 8.12.1969. Publicada no D.O. de 10.12.1969.

⁷"Negros do Ribeira: reconhecimento étnico e conquista do território". Cadernos Itesp, 3. 2º Ed. Editores Tânia ANDRADE, Carlos Alberto Claro PEREIRA, Márcia Regina de Oliveira ANDRADE. São Paulo. Páginas & Letras – Editora Gráfica, 2000, p. 7.



relacionamento, as práticas produtivas, religiosas e culturais, e o preconceito sofrido pela sua condição racial terminaram por criar ou reforçar – nos casos de quilombos formados por membros de uma mesma etnia africana - um sentimento de identidade étnica que os fazem sentir diferentes do restante da sociedade envolvente, sendo por essa assim também reconhecidos.

Fica claro, portanto, que a Convenção 169 da OIT, ao tratar de povos tribais, está, no caso brasileiro, se referindo também às assim chamadas *terras de preto*, ou *mocambos*, ou *terras de santo*, ou *quilombos*, que nada mais são que comunidades negras rurais onde seus integrantes comungam de uma mesma origem, de uma mesma história, e compartilham de um mesmo território e uma mesma matriz cultural.

A Convenção estabelece, em seu art.14, 1 que *"dever-se-á reconhecer aos povos interessados os direitos de propriedade e de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Além disso, nos casos apropriados, deverão ser adotadas medidas para salvaguardar o direito dos povos interessados de utilizar terras que não estejam exclusivamente ocupadas por eles, mas às quais, tradicionalmente, tenham tido acesso para suas atividades tradicionais e de subsistência"* e, logo adiante, determina que "os governos deverão adotar as medidas que sejam necessárias para determinar as terras que os povos interessados ocupam tradicionalmente e garantir a proteção efetiva dos seus direitos de propriedade e posse" (art.14, 2).

Há, como demonstrado, um amplo rol de obrigações internacionalmente assumidas pelo Brasil no sentido de promover a titulação dos territórios quilombolas, seja como forma de garantir o direito à moradia, seja como forma de garantir-lhes sua sobrevivência enquanto grupos cultural e etnicamente diferenciados. Diante disso, cumpre ao Governo Federal criar as condições necessárias à garantia desses direitos, o que passa pela criação de uma normativa específica, o que veio ocorrer com a edição do Decreto 4887/03.

Frise-se, portanto, que a não aplicação do ato normativo ora Impugnado significará o descumprimento de obrigações Internacionais assumidas pelo Brasil.

V. Da aplicabilidade imediata do art. 68 dos ADCT: da possibilidade de regulamentação por Decreto

Afirma o Autor da presente ADIN que ao Decreto n 4887/03 não caberia regulamentar o art. 68 da ADCT . Defende o PFL que o decreto " pretende regulamentar direta e imediatamente preceito constitucional e não meramente dispor sobre organização intestina da administração". Sendo, por

isso, indevida sua promulgação.




Trata-se de assertiva totalmente absurda, que demonstra o puro desconhecimento da teoria constitucional do ordenamento jurídico pátrio. Como se sabe, as normas constitucionais são classificadas pela doutrina como de eficácia plena, contida e limitada, de acordo inclusive com entendimento já adotado pelo STF (RT 723/231).

Como se observa da mera leitura do art. 68 do ADCT, pode-se concluir que a norma está apta a produzir todos os seus efeitos independentemente de lei infraconstitucional. Trata-se, pois, de norma de eficácia plena, uma vez que o constituinte conferiu a este dispositivo normatividade suficiente para sua incidência imediata. Com efeito, José Afonso da Silva define normas constitucionais de eficácia plena como aquelas que " não necessitam de providência ulterior para sua aplicação. Criam situações subjetivas de vantagem ou de vínculo, desde logo exigíveis" (*in Aplicabilidade das Normas Constitucionais, 3ed.ver. e ampl., São Paulo, Malheiros, 1998, p. 267*)

E como se não bastasse a leitura de seu próprio texto, o art. 68 dos ADCT consagra a proteção dos direitos culturais e sociais das comunidades remanescentes de quilombo. Trata-se, pois, de direito fundamental, e como tal, dotado de aplicabilidade imediata, conforme o determinado expressamente pelo art. 5º, § 1º, da Constituição Federal.

Assim, é evidente que um decreto pode regulamentar diretamente o texto constitucional. Trata-se, aliás, de posição pacífica desta Egrégia Corte, *in verbis*:

"Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade: tem-se objeto idôneo à ação direta de inconstitucionalidade quando o decreto impugnado não é de caráter regulamentar de lei, mas constitui ato normativo que pretende derivar seu conteúdo diretamente da Constituição. II. Ação direta de inconstitucionalidade: legitimação das entidades nacionais de classe que não depende de autorização específica de seus filiados. III. Ação direta de inconstitucionalidade: pertinência temática. 1. A pertinência temática, requisito implícito da legitimação das entidades de classe para ação direta de Inconstitucionalidade, não depende de de que a categoria respectiva seja o único segmento social compreendido no âmbito normativo do diploma impugnado. 2. Há pertinência temática entre a finalidade institucional da Confederação Nacional das Profissões Liberais – que passou a a abranger a defesa dos profissionais liberais ainda empregados -, e a lei questionada, que fixa limite à remuneração dos servidores públicos. IV. Servidor público: teto de remuneração (CF, art. 37, XI): AUTO-APLICABILIDADE. DADA A EFICÁCIA PLENA E A



APLICABILIDADE IMEDIATA, INCLUSIVE AOS ENTES EMPRESARIAIS DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA, DO ART. 37, XI, DA CONSTITUIÇÃO E DO ART. 17 DO ADCT, A SUA IMPLEMENTAÇÃO - NÃO DEPENDENDO DE COMPLEMENTAÇÃO NORMATIVA - NÃO PARECE CONSTITUIR MATÉRIA DE RESERVA À LEI FORMAL E, NO ÂMBITO DO EXECUTIVO, À PRIMEIRA VISTA, PODIA SER DETERMINADA POR DECRETO, que encontra no poder hierárquico do Governador a sua fonte de legitimação. (ADIN 1590 MC/SP) (grifo nosso)

Com efeito, ao Decreto não cabe inovar a ordem jurídica. Trata-se de fonte secundária do direito. Deve, portanto, obedecer aos ditames da fonte primária, que no caso, por tratar-se de dispositivo autoaplicável, é a própria Constituição Federal.

É o que se nota da mera leitura do conteúdo do Decreto nº 4.887/03 ora questionado, que dispõe tão somente sobre o modo de agir de cada um dos órgãos administrativos, a maneira de proceder de cada um dos agentes da Administração no procedimento de outorga de títulos às comunidades remanescentes de quilombos. Não cria direitos e nem obrigações. Trata-se de dispositivo que busca inclusive dar concretude ao princípio da igualdade, uma vez que garante o tratamento uniforme a todos aqueles que requererem a identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes de quilombos em todo Brasil.

É exatamente este o papel do decreto no ordenamento jurídico. São estas as lições de ilustres publicistas. Geraldo Ataliba ao discorrer acerca da função dos decretos, afirma:

" Sua função é facilitar a execução da lei, especificá-la de modo praticável e, sobretudo, acomodar o aparelho administrativo para bem observa-la" (RDA 97/23)

A corroborar este entendimento, diz ainda Celso Antônio Bandeira de Mello:

" se inexistissem tais disposições concernentes ao *modus procedendi*, a multiplicidade de maneiras pelas quais se poderiam efetuar ensejaria que órgãos e agentes públicos, por desfrutarem de certa discricção perante tais questões - dada a ausência de pormenores legais quanto a isso - , adotassem soluções díspares entre si, incompatíveis com a boa ordem administrativa e com a igualdade de tratamento a que os administrados fazem jus" (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. p 310)

O Decreto nº 4.887/03 obedece, portanto, perfeitamente o disposto pelo art. 84 da CF. Não cria



qualquer direito ou obrigação. Estabelece somente os procedimentos necessários que a Administração deverá seguir a fim de aplicar o disposto pelo art. 68 ADCT.

E que não se afirme que o decreto importará em "aumento de despesa" para o Poder Público. Ora, Excelência, *data máxima venia*, o próprio art. 23 do Decreto 4.887/03, em estrita obediência ao exigido pela Carta Magna e pelo princípio da legalidade, determina que as despesas correrão à conta das dotações orçamentárias consignadas na "LEI ORÇAMENTÁRIA ANUAL PARA TAL FINALIDADE".

Ademais, como já visto, o Brasil, além das obrigações internacionais anteriormente assumidas, ratificou recentemente a Convenção 169 da OIT, o que equivale dizer que incorporou esse diploma legal, no mínimo, no mesmo nível que lei ordinária, como ocorre com qualquer tratado ratificado pelo Congresso Nacional. Essa convenção, por sua vez, traz disposições claras e expressas no sentido de que, no âmbito nacional, "*deverão ser instituídos procedimentos adequados no âmbito do sistema jurídico nacional para solucionar as reivindicações de terras formuladas pelos povos interessados*". Ora, a edição do Decreto Federal 4887/03 nada mais é do que a implementação de procedimentos, no âmbito da União, que visam cumprir com essa determinação legal, absolutamente incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro. Não há como, portanto, afirmar que o referido decreto inova no ordenamento jurídico pátrio, pois está ele firmemente calcado nas disposições expressas e Inquestionáveis da Convenção 169 da OIT.

Neste sentido, concluímos que o referido decreto foi promulgado com base nas obrigações que o Governo brasileiro assumiu a partir do momento em que ratificou as convenções citadas acima. Percebemos então que a impetração do ADI-3239 pela anulação do Decreto nº 4.887/2003 é totalmente infundada, visto que, o decreto se soma às normas internacionais consagradas pela Constituição Brasileira, o que demonstra que o trabalho do Estado não se limita ao artigo 68 ADCT, como afirma, equivocadamente, o PFL.

VI - Do cabimento da desapropriação por interesse social dos territórios dos remanescentes das comunidades de quilombos como meio de titulação da propriedade, com base no artigo 13 do Decreto nº 4.887/2003. Previsão constitucional e infraconstitucional. Art. 5º - XXIV, 216 - § 1º, da CF/88, e Lei nº 4.132/62, por eles recepcionada.

Alega o autor que o enunciado constante no art. 68 da ADCT não autorizaria o Poder Público a



desapropriar imóveis, pois entende que o papel do Estado limita-se a meramente emitir os respectivos títulos. Ocorre que nas hipóteses em que sobre a área demarcada incidir domínio particular não invalidado por nulidade, prescrição ou comisso, e nem tornado ineficaz por outros fundamentos, a única forma de - como prevê o texto constitucional - titular a área para os remanescentes de quilombos será, primeiramente, adquiri-la originariamente através da desapropriação.

Nem poderia ser diferente. Aceitar a tese esposada pelo autor de que a propriedade decorreria diretamente da Constituição significaria dizer que os direitos dos quilombolas sobre as terras que ocupam são *direitos territoriais originários*, tal como o direito dos povos indígenas sobre as terras tradicionalmente ocupadas (art.231 CF). Ocorre que os direitos territoriais indígenas têm uma origem absolutamente distinta dos direitos territoriais dos quilombos ou de outras populações tradicionais, pois decorrem do *indigenato*, vale dizer, do reconhecimento de uma ocupação imemorial e anterior à própria existência do Estado Nacional, como já firmemente reconhecido por essa Egrégia Corte Constitucional. Não há como equivaler, portanto, ambos direitos, pois embora tenham a mesma validade jurídica e sejam ambos medidas de justiça, têm origens absolutamente distintas, e não se pode afirmar, sem nenhuma sustentação jurídica, que teria nossa Carta Magna reconhecido direitos originários às comunidades de quilombos.

É importante ressaltar que, diferentemente de todo o escopo legislativo que até hoje havia produzido o Executivo Federal, o Decreto 4887/03 aborda e propõe claras soluções para as diferentes situações de conflitos fundiários que, como foi acima mencionado, têm representado o principal obstáculo a impedir a titulação da propriedade para as comunidades de quilombos, e causa de sua marginalização e pobreza. O que ele faz é meramente disciplinar como a Administração cumprirá com sua obrigação de titular as terras de quilombos. E essa atividade, conforme disposto em nosso sistema constitucional, é claramente uma atividade de interesse social, na medida em que é meio necessário para se garantir o **princípio constitucional da pluralidade cultural** da sociedade brasileira, algo que é prezado e protegido por nossa Carta Constitucional.

Neste sentido, o Decreto nº 4.887/2003 não está inovando o ordenamento jurídico, uma vez que o poder de império da Administração decorre do texto constitucional, sendo que a desapropriação por interesse social genérico - prevista no art. 5º, XXIV da CF/88 - está também regulada na Lei nº 4.132/62 c/c com Decreto-Lei nº 3.365/41.

Ainda sobre a desapropriação de áreas quilombolas, referindo-a com a previsão constitucional do art. 216, § 1º da CF/88, é digna de registro a conclusão a que chegou a **Equipe da Sociedade**



Brasileira de Direito Público, em trabalho coordenado pelo Prof. Dr. Carlos Ari Sundfeld, denominado "Comunidades Quilombolas Direito à Terra". No referido trabalho, assim consignou-se:

"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 § 1.º 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 delas pertencerem a particulares, deve lançar mão do processo de desapropriação, com fundamento no art. 216, § 1.º da Constituição Federal. O referido processo de desapropriação é de nítido interesse social, com fundamento constitucional no art. 216, §1.º, e será feito em benefício de comunidades quilombolas.

*Tais desapropriações, quando for o caso, devem ser feitas pelos Estados e também pela União, pois ambos têm o dever constitucional de dar cumprimento aos arts. 215 e 216 da CF e ao 68 do ADCT, não demandando, por isso, a edição de lei específica. O Poder Público já dispõe de instrumentos jurídicos e materiais necessários para iniciar e conduzir os processos de desapropriação, sendo perfeitamente possível, na esfera federal, a coordenação de tarefas entre a FCP e o INCRA; cabendo ao primeiro a coordenação do programa de regularização e, ao segundo, a efetivação do processo de desapropriação da propriedade privada."*⁸

⁸ Comunidades Quilombolas Direito à Terra (artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias). Projeto Coordenado pelo Prof. Dr. Carlos Ari Sundfeld, pág. 118.



As hipóteses de cabimento da desapropriação, pelo fato de representarem limitação ao direito constitucional de propriedade, estão previstas expressamente na Constituição⁹. Há as hipóteses abstratas que estão previstas no art. 5º, XXIV da CF/88 (necessidade ou utilidade pública ou interesse social); e as hipóteses concretas, derivações mais específicas das hipóteses abstratas, que estão previstas no art. 182 (desapropriação-sanção por descumprimento da função social da propriedade urbana) e no art. 184 da CF/88 (desapropriação-sanção por interesse social para fins de reforma agrária). Como regra geral, as hipóteses abstratas (utilidade-necessidade-interesse) foram monopolizadas na Carta, ficando outorgadas ao legislador ordinário dar-lhes concretude, mediante criação de hipóteses materiais. No entanto, prevendo algumas hipóteses concretas na Própria Constituinte, o constituinte auferiu-lhes essa concretude diretamente a partir do texto constitucional.

É o caso do art. 68 dos ADCT, que determina ao Estado a obrigação de titulação dos territórios quilombolas. Diriam alguns, numa leitura apressada, que o legislador constituinte, ao prever a consolidação de um direito subjetivo preexistente em favor dos remanescentes de comunidades quilombolas, não teria cogitado da utilização do instituto jurídico da desapropriação, por parte do Estado, para fazer valer o comando constitucional previsto no art. 68 da ADCT, argumentado, para tanto, que sobre os imóveis já transferidos ao patrimônio particular em 1988, não poderiam subsistir direitos decorrentes da posse centenária, pacífica e transmitida ininterruptamente de geração a geração quilombola.

Ocorre, no entanto, que essas comunidades historicamente foram sujeitas a todos os tipos de esbulho na posse sobre seus territórios e, por não terem acesso aos meios necessários à defesa judicial de seus interesses, viram terceiros se apropriarem das terras por elas ocupadas e utilizadas há gerações sem nada poderem fazer, pois muitas vezes elas nem cientes eram de que a titularidade da área havia sido outorgada a um terceiro. Num país onde a ausência de um serviço de cadastro organizado resultou na expedição indiscriminada de títulos de propriedade envolvendo muitas vezes áreas superpostas e inclusive áreas públicas, não é surpresa nenhuma entender que, mesmo que tenham posse centenária sobre seus territórios, a grande parte das comunidades quilombolas não tem isso refletido num título de propriedade, mesmo porque até muito recentemente não se aceitava a tese da propriedade coletiva do território. Tal quadro demonstra, por si só, que não é de todo impossível o Poder Público haver concedido títulos de domínio sobre áreas que de fato eram — como são — tradicionalmente ocupadas por remanescentes das comunidades de quilombos, ainda que o direito sobre essas áreas somente

⁹ Atente-se, que nos termos do texto constitucional o que a Lei deverá estabelecer é o procedimento para desapropriação, e não as hipóteses de cabimento da desapropriação. Neste sentido art. 5º, XXIV da CF/88, *in verbis*: "a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação...."

lhes tenha sido assegurado pela Constituição de 1988.



Portanto, nos casos em que não houver havido usucapião, comisso ou outra forma de aquisição originária da propriedade, não restaria outra alternativa ao Poder Público, para fazer cumprir o disposto na Convenção 169 da OIT e no art. 68 dos ADCT, do que a desapropriação. Para o Estado emitir os títulos de domínio, como determina o mandamento constitucional do ADCT 68, far-se-á necessária a desapropriação de imóveis de particulares. Vale dizer, a emissão de títulos como atividade fim, pressupõe os meios para sua consecução. Com efeito, não seria razoável que o Constituinte agendasse esta responsabilidade para o Estado e não lhe garantisse os instrumentos para efetivação da norma constitucional. Sabe-se que a *Teoria dos Poderes Implícitos*, formulada pela Suprema Corte Americana, quando julgou o *case MacCulloch vs. Marland*, constitui-se em regra elementar da hermenêutica constitucional, de aplicação corrente no direito constitucional pátrio, segundo a qual quando o constituinte concede a determinado órgão ou instituição uma função (atividade-fim), implicitamente estará concedendo-lhe os meios necessários ao atingimento do seu desiderato, sob pena de ser frustrado o exercício do *munus* constitucional que lhe foi cometido.

VII – Das características especiais da territorialidade quilombola

O Autor alega a Inconstitucionalidade dos parágrafos 2º e 3º do artigo 2º do Decreto 4.887/2003, que estabelecem:

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 (...)

§ 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.

Apesar do Autor não indicar expressamente quais dispositivos constitucionais julga serem violado pelos parágrafos 2º e 3º do artigo 2º do Decreto, o que prejudica a argumentação, cabe ressaltar que a constitucionalidade destes dispositivos legais é patente, posto que estão em total harmonia com outros dispositivos constitucionais, bem como com tratados internacionais ratificados pelo Brasil.

A este respeito, a **Convenção 169 da OIT** explica que a utilização do termo "terras" "deverá incluir o conceito de territórios, o que abrange a totalidade habitat das regiões que os povos interessados ocupam ou utilizam de alguma outra forma" (art.13, 2 - grifos nossos). Além dessa disposição de clareza cristalina, diz expressamente que "dever-se-á reconhecer aos povos interessados os direitos de propriedade e de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam". Além disso, nos casos apropriados, deverão ser adotadas medidas para salvaguardar o direito dos povos Interessados de utilizar terras que não estejam exclusivamente ocupadas por eles, mas às quais, tradicionalmente, tenham tido acesso para suas atividades tradicionais e de subsistência."

Fica claro que a Convenção não restringiu o direito à terra das comunidades quilombolas à simples regularização do local de moradia, como quer o autor da presente ADI. Estas terras são também essenciais como instrumento de identidade cultural das comunidades que nelas se estabeleceram preservando práticas culturais próprias, constituindo o que se define como "território étnico".

Os territórios quilombolas abrangem muito mais do que as áreas destinadas à moradia ou à abertura de roças, pois abrangem também as áreas de caça, pesca, extrativismo e aquelas destinadas às manifestações culturais, aos ritos religiosos, à reverência aos mortos, enfim, a outras atividades que lhes conformam cultural e socialmente, e que por essa razão são fundamentais para para garantir sua reprodução física, social, econômica e cultural, tal como determinado pela Constituição Federal e pela Convenção 169 da OIT.

Dentre os diversos costumes e condições de vida das comunidades negras quilombolas um traço que lhes é característico e fundamental é o uso comum da terra. Essa posse coletiva, também denominada por alguns autores como *posse agroecológica*, é distinta da posse tradicionalmente reconhecida pelo Direito Civil e prevista em nossa legislação ordinária, pois não pressupõe o uso



exclusivo de uma pessoa ou família sobre um determinado território, mas o uso determinado e compartilhado de um mesmo território por diversas pessoas e famílias, de forma mais ou menos intensa, sem dividir exclusividade a ninguém. Nesse sentido, vale reproduzir a lição de QUEIROZ:

*"A regra é que essas porções de terreno sejam coletivamente utilizadas, enquanto as glebas destinadas à moradia e ao plantio ficam sob controle direto das famílias que as ocupam num determinado momento. Conclui-se daí que o 'sítio camponês' configura-se como um conjunto de espaços diversificados mas articulados segundo uma lógica que não costuma ser percebida pelos que o avaliam à luz das categorias próprias da propriedade privada capitalista da terra" (in QUEIROZ, Renato. "Essa terra é santa, essa terra é nossa: a comunidade quilombola de Ivaporunduva e o direito de propriedade". In: ITESP. *Quilombos em São Paulo: tradições, direitos e lutas*. São Paulo, IMESP, 1997)*

Mas para entender a relação das comunidades quilombolas com seu território não podemos nos prender a uma análise meramente jurídica ou econômica, pois há outros fatores que influenciam essa dinâmica e que a torna peculiar e objeto de proteção jurídica. A *territorialidade*, para as comunidades quilombolas, assim como para outras comunidades tradicionais, tem um papel fundamental na construção da própria identidade do grupo, pois é produto da forma peculiar que cada comunidade se apropria e molda o espaço em que vive, ou seja, é derivada diretamente dos usos, hábitos e costumes de uma determinada comunidade. **A forma de uso e apropriação da terra e dos recursos naturais é condicionada não só por fatores econômicos, mas também por fatores étnicos, de parentesco e sucessão, históricos e político-organizativos, consoante as práticas e representações próprias** (cf. WAGNER, Alfredo. "Os quilombos e as novas etnias". In: LEITÃO, Sérgio (org.). *Direitos territoriais das comunidades negras rurais*. São Paulo, Doc. ISA nº05, 1999, pg. 109).

Portanto, para se garantir o direito à terra às comunidades quilombolas, e ao mesmo tempo garantir sua sobrevivência enquanto grupos sociais cultural e etnicamente diferenciados, é necessário entender sua forma de apropriação do território e criar mecanismos diferentes daqueles existentes no direito privado. De nada adiantaria conceder-lhes lotes de terra separados, autônomos, mesmo que grandes, como ocorre com o processo tradicional de reforma agrária, pois isso significaria o fim de sua existência enquanto comunidade, quebraria um dos elos fundamentais de sociabilidade desses grupos sociais, condenando-os à perda de seus valores, costumes e padrões culturais, o que afrontaria o princípio constitucional albergado nos arts. 215 e 68 dos ADCT.



O que demanda a Constituição Federal e a Convenção 169 da OIT, portanto, não é uma simples regularização fundiária, mas a garantia da integridade física e ambiental do *território*. Por esta razão, o território quilombola não pode ser entendido como mera exteriorização do direito de propriedade, vez que adquire sentido a partir do reconhecimento do direito à sobrevivência cultural de um determinado grupo étnico. Sendo assim, o Decreto dá cumprimento ao *princípio da função social da propriedade* (art.5, XXIII,CF c/c 186) rural, ao preservar o patrimônio histórico, cultural e ambiental.

VIII – Do critério da autoidentificação

Outro ponto questionado pelo autor da presente ADI é o estabelecido pelo § 1º do artigo 2º do Decreto ora questionado, que determina que a caracterização dos remanescentes de quilombos será atestada mediante autodefinição.

Segundo a ADI-3239, o Decreto nº 4.887/2003 sugere que a identificação dos remanescentes a que se refere o artigo 2º parágrafo 1º, a autodefinição, deriva de mera manifestação de vontade. A ADI argumenta ainda que, segundo letra constitucional, seria necessário e indispensável comprovar a remanescência das comunidades dos quilombos, pois o atual critério, frustra o real objetivo da norma constitucional.

Equivoca-se novamente o autor. Afora o fato de que a discussão trazida a esta Corte deve restringir-se à seara constitucional, e em nenhum momento o autor demonstrou qual o dispositivo constitucional violado, o que de per se já afastaria suas alegações, o critério adotado está lastreado na melhor doutrina e no direito internacional.

A Convenção 169 define que a autodeterminação e a consciência da identidade é que deve ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos quais se aplicam as disposições ali previstas, nos termos do artigo 1(2). Inclusive, a este respeito, o próprio decreto estabelece, em seu artigo 5º, que o Ministério da Cultura, por meio da Fundação Cultural Palmares, assistirá e acompanhará o Ministério do Desenvolvimento Agrário e o INCRA nas ações de regularização fundiária, para subsidiar os trabalhos técnicos **quando houver contestação ao procedimento de identificação e reconhecimento previsto neste Decreto**.

Vê-se, portanto, que além de não afrontar qualquer dispositivo constitucional, está o critério da autodefinição lastreado em regras jurídicas expressas. Ademais, pela sistemática do Decreto. por



envolver vários órgãos no processo de identificação e demarcação, e por envolver uma fase de contraditório, não há o alegado perigo de abuso do direito, pois não caberá pura e simplesmente à comunidade se autodenominar como quilombola para que automaticamente faça jus ao direito à terra, como simploriamente acredita o autor.

IX - conclusões

Diante de todo o exposto, podemos tirar como conclusões:

- O Decreto ora impugnado é fruto de um amplo processo de convergência entre o governo federal e a sociedade civil organizada para substituir a normativa anterior, gozando portanto de legitimidade política e lastro social, além de plena validade e eficácia jurídica;
- O Decreto nº 4.887/2003 é parte do sistema que o Brasil escolheu para cumprir a suas obrigações internacionais relativas ao direito à não-discriminação e à identidade cultural dos quilombolas. Uma declaração de inconstitucionalidade nos remeteria a uma situação de discriminação contra comunidades quilombolas, contrariando as normas contidas no Direito Internacional;
- O art.68 dos ADCT é uma norma constitucional de eficácia plena, razão pela qual pode ser diretamente regulamentada por decreto administrativo, como é o caso do Decreto 4887/03;
- Além da possibilidade de regulamentação direta do art.68 dos ADCT, o Decreto 4887/03 retira sua fundamentação jurídica dos diversos dispositivos estabelecidos na Convenção 169 da OIT, que foi ratificada pelo Brasil e tem status de norma jurídica interna, de nível constitucional, por tratar da proteção de direitos fundamentais;
- Não há Inconstitucionalidade ao se prever a necessidade de desapropriação, pois ela já está prevista na legislação ordinária e, de acordo com a teoria dos poderes implícitos, prevista no próprio art.68 dos ADCT;
- Não consegue o autor demonstrar qual a inconstitucionalidade presente nos critérios de identificação da comunidade e do território quilombola, uma vez que não contrariam nenhum dispositivo constitucional e, pelo contrário, estão fundamentados em disposições jurídicas internacionais e na melhor doutrina antropológica;

Ante essas conclusões e a todo o anteriormente exposto, requeremos **seja julgada improcedente a ADI 3239, para que se reconheça a constitucionalidade e validade jurídica do Decreto Federal nº 4887/03.**




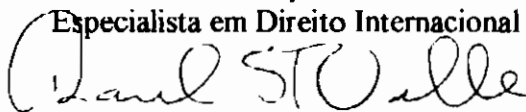
Termos em que

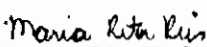
Pedem deferimento.

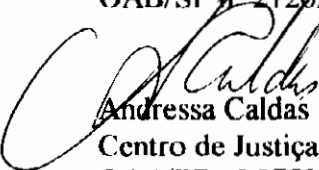
Brasília, 30 de setembro de 2004.

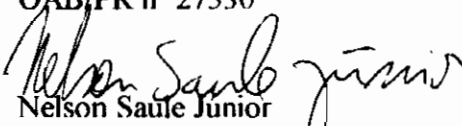

Leticia Marques Osorio
COHRE - Centro pelo Direito à Moradia contra Despejos
OAB/RS nº 31163


Sebastián Tedeschi
COHRE - Centro pelo Direito à Moradia contra Despejos
Especialista em Direito Internacional dos Direitos Humanos


Raul Silva Telles do Valle
ISA Instituto Sócio- Ambiental
OAB/SP nº 164490


Maria Rita Reis
Terra de Direitos
OAB/SP nº 212628


Andressa Caldas
Centro de Justiça Global
OAB/PR nº 27530


Nelson Saule Junior
POLIS Instituto de Estudos, Formação e Assessoria em Políticas Sociais
OAB/SP nº 73445