

Organizadoras

MARIA ELIZABETH G. TEIXEIRA ROCHA ANA CAROLINA A. CAPUTO BASTOS
CHRISTINE OLIVEIRA P. DA SILVA JULIA DE BAÉRE C. D'ALBUQUERQUE
CRISTINA MARIA NEVES DA SILVA MANUELA S. FALCÃO ALVIM DE OLIVEIRA

ELA pede
VISTA

Estudos em Homenagem à
Ministra Rosa Weber

Londrina/PR
2023



THOTH
EDITORA

347.991(81)

E 37 p


THOTH
EDITORA

© Direitos de Publicação Editora Thoth.
Londrina/PR.
www.editorathoth.com.br
contato@editorathoth.com.br

Diagramação e Capa: Editora Thoth

Foto: Fellipe Sampaio

Revisão: David Sobreira

Editor chefe: Bruno Fuga

Conselho Editorial (Gestão 2023)

Prof. Dr. Anderson de Azevedo • Me. Aniele Pissinati • Prof. Dr. Antônio Pereira Gaio Júnior • Prof. Dr. Arthur Bezerra de Souza Junior • Prof. Dr. Bruno Augusto Sampaio Fuga • Prof. Me. Daniel Colnago Rodrigues • Prof. Dr. Flávio Tartuce • Me. Gabriela Amorim Paviani • Prof. Dr. Guilherme Wünsch • Dr. Gustavo Osna • Prof. Me. Júlio Alves Caixêta Júnior • Prof. Esp. Marcelo Pichioli da Silveira • Esp. Rafaela Ghacham Desiderato • Prof. Dr. Rita de Cássia R. Tarifa Espolador • Prof. Dr. Thiago Caversan Antunes

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Ela Pede Vista: Estudos em Homenagem à Ministra Rosa Weber. / Organizadoras: Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, Christine Oliveira Peter da Silva, Cristina Maria Gama Neves da Silva, Ana Carolina Andrada Arrais Caputo Bastos, Julia de Baére Cavalcanti d'Albuquerque, Manuela Simões Falcão Alvim de Oliveira. – Londrina, PR: Thoth, 2023.

695 p. 247047
Inclui Bibliografias.
ISBN: 978-65-5959-578-5

1. Direito constitucional. 2. Supremo Tribunal Federal. 3. Precedentes. I. Ferros, Marília Carvalho Neves. (Org.) et al.

CDD 341.2

Índices para catálogo sistemático

1.Direito Constitucional: 341.2

Proibida a reprodução parcial ou total desta obra sem autorização. A violação dos Direitos Autorais é crime estabelecido na Lei n. 9.610/98.

Todos os direitos desta edição são reservados pela Editora Thoth. A Editora Thoth não se responsabiliza pelas opiniões emitidas nesta obra por seus autores.

CAPÍTULO 10

A QUESTÃO QUILOMBOLA NO STF: IDENTIDADE E TERRITÓRIO DAS COMUNIDADES REMANESCENTES DE QUILOMBOS

ASSUSETE MAGALHÃES

Ministra integrante da Segunda Turma e da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, Presidente da Comissão Gestora de Precedentes e de Ações Coletivas da Corte e integrante do Conselho da Justiça Federal.

JOÃO MARCELO TORRES CHINELATO

Doutor em Direito pela Universidade de Lisboa. Procurador Federal.

INTRODUÇÃO

No histórico julgamento da ADI 3.239/DF – da qual ficou Relatora para o acórdão a Ministra ROSA WEBER –, o Supremo Tribunal Federal garantiu que, na titulação de terras historicamente ocupadas por quilombos, os beneficiados sejam identificados pelos critérios de autoatribuição e autodefinição, bem como que as áreas respectivas sejam delimitadas por critérios de territorialidade indicados pelos próprios remanescentes das comunidades quilombolas. Isso para positivar o devido processo legal, com a garantia de que tais comunidades, nesse processo, “tenham voz e sejam ouvidas”¹.

Não há dúvida de que essa decisão soma-se a outras, que compõem uma notável evolução jurisprudencial sobre políticas reparatórias. Nessa direção, teve ampla repercussão o julgamento que declarou a compatibilidade entre a Constituição de 1988 e o sistema de reserva de vagas, com base em critério étnico-racial, em processo de seleção para ingresso em instituição pública

1. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 3.239/DF*. Rel. p/ acórdão Min. Rosa Weber, Pleno, DJe de 01.02.2019.

de ensino superior². O mesmo deu-se na declaração de constitucionalidade do regime de cotas em concursos públicos, julgamento no qual também se afirmou a legitimidade constitucional, além da autodeclaração, dos critérios subsidiários de heteroidentificação dos cotistas³.

É interessante notar, entretanto, que o julgamento da ADI 3.239/DF, de que trata o presente artigo, teve início antes desses célebres julgados. A apreciação da ADI 3.239/DF iniciou-se em 18.04.2012, com as sustentações orais e a apresentação do voto do Ministro CEZAR PELUSO, Relator originário do processo. Na sequência, a Ministra ROSA WEBER, empossada no cargo cerca de quatro meses antes, pediu vista dos autos, tendo devolvido o processo para julgamento, com o voto que viria a torná-la relatora para o acórdão, cinco dias após, ou seja, em 23.04.2012. Nesse momento, o STF ainda não possuía orientação sobre o sistema de cotas e as variadas controvérsias relacionadas ao tema. De toda sorte, o julgamento só terminou em 08.02.2018, em razão de outros dois sucessivos pedidos de vista.

Como dito, a decisão que será analisada a seguir integra-se na linha evolutiva de uma rica jurisprudência que vem logrando êxito na implementação do projeto desenhado pela Constituição de 1988. Contudo, quando aportou no STF, a questão quilombola exigiu da Corte o exame de matérias até então pouco discutidas. O resultado, como se verá, foi uma solução que, em vez de uma simples outorga do Estado, garantiu aos destinatários das medidas reparadoras uma participação ativa na consecução dos seus direitos.

1 DOS QUILOMBOS ÀS COMUNIDADES REMANESCENTES

Embora o vocábulo quilombo tenha um sentido histórico bastante impreciso, costuma-se dizer que a expressão *quilombo* (acampamento ou fortaleza), derivada do banto⁴, foi utilizada pelos portugueses para nomear comunidades de escravos fugitivos que se formaram no território do Brasil colonial⁵. Também se usava a expressão mocambo⁶.

2. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 186/DF*. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Pleno, DJe de 20.10.2014; *RE 597.285/RJ* (Tema 203), Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 18.03.2014.

3. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADC 41/DF*. Rel. Ministro ROBERTO BARROSO, Pleno, DJe de 17.08.2017.

4. Banto é o amplo tronco linguístico da África central e austral. Cf. VAINFAS, R. *Dicionário do Brasil Colonial*. Rio de Janeiro: Objetiva LTDA, 2000. p. 66.

5. Portal O Arquivo Nacional e a História luso-brasileira. Disponível em <http://historiacolonial.an.gov.br>. Acesso em: 02.05.2023.

6. REIS, João José. Quilombos e revoltas escravas no Brasil. *Revista USP*, São Paulo, n. 28, 1995/1996. p. 16.

O primeiro quilombo de que se tem registro no Brasil – o último País do continente americano a abolir a escravidão, em 13 de maio de 1888 – foi erigido na Bahia, em 1575⁷. O mais célebre dos quilombos, o de Palmares, construído no século XVII, no interior da província de Alagoas, constitui uma das passagens mais impressionantes da historiografia brasileira:

Em seu momento de maior crescimento, Palmares chegou a abrigar aproximadamente 20 mil habitantes – desse total, viviam na Cerca Real do Macaco em torno 6 mil, quase a população do Rio de Janeiro (...) e resistiu por um século às incursões militares enviadas para destruí-la. A primeira expedição portuguesa contra Palmares data de 1612; a última, quando Zumbi foi derrotado, ocorreu em 1694⁸.

Afirma-se, na literatura especializada, que o período da escravidão jamais deixou de ser também um período de resistência, em que “o escravo negociava espaços de autonomia com os senhores”, mediante pequenos e constantes atos de rebeldia, como a quebra de ferramentas ou agressões a senhores ou feitores. Contudo, a fuga e a formação de grupos de escravos furtivos constituíram a forma de resistência mais típica⁹.

É nesse sentido que o antropólogo RICHARD PRICE afirma que, desde as conturbadas décadas anteriores à abolição até os tempos mais recentes, “a história dos quilombos sempre foi ligada à terra” e o traço comum entre as variadas comunidades, formadas tanto nos perímetros urbanos como nas chamadas comunidades negras rurais, foi “uma resistência de longas décadas, em um território que exploram”¹⁰.

Essa resistência precisou continuar. Isso porque, segundo FLÁVIO DOS SANTOS GOMES, as dificuldades vivenciadas por essas comunidades não decorreram apenas da falta de políticas públicas direcionadas a escravos e seus descendentes, no período pós-abolição, porquanto “houve mesmo políticas públicas no período republicano reforçando a intolerância contra a população negra”, o que se teria verificado na “concentração fundiária, nas áreas rurais” e na “marginalização e repressão nas áreas urbanas”¹¹.

-
7. HANDELMANN, Henrich. *História do Brasil*. Tradução brasileira feita pelo IHGB. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1931. p. 382.
 8. SCHWARCZ, Lília Moritz; STARLING, Heloisa Murgel. *Brasil: uma biografia*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 101.
 9. REIS, João José.; GOMES, Flávio dos Santos (Org.). *Liberdade por um fio: história dos quilombos no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996. p. 9.
 10. PRICE, Richard. Reinventando a história dos quilombos: rasuras e confabulações. Tradução: Gisela Moreau. *Afro-Ásia*, Salvador, n. 23, 2000. p. 1-9.
 11. GOMES, Flávio dos Santos. Sonhando com a terra, construindo a cidadania. In: PINSKY, J.; PINSKY, C. B. (Org.). *História da Cidadania*. 3. ed. São Paulo: Editora Contexto, 2008. p. 462-463.

Essas conjunturas não passaram despercebidas pelo constituinte, que na Carta de 1988 assegurou a proteção do Estado às manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras (art. 215, § 1º) e estabeleceu o tombamento de todos os documentos e sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos (art. 216, § 5º).

Contudo, foi no art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição de 1988 que, pela primeira vez em um texto constitucional, reconheceu-se, aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras, a sua propriedade definitiva, acompanhada dos respectivos títulos. A norma representou o acolhimento de proposta formalizada pelo Deputado CARLOS ALBERTO CAÓ (PDT/RJ) e apresentada, juntamente com entidades do movimento negro, como “Emenda Popular em 20 de agosto de 1987”¹².

Comentando o art. 68 do ADCT, afirmou JOSÉ AFONSO DA SILVA:

PROPRIEDADE DOS QUILOMBOS. Por meio dessa disposição a Constituição consolida, em definitivo, a propriedade das terras ocupadas pelos remanescentes das comunidades dos quilombos, sem qualquer outra formalidade, senão a simples constatação da ocupação — pressuposto que dá direito aos beneficiados de obter os títulos de propriedade respectivos¹³.

Nessa mesma direção, diversos autores sustentam que o art. 68 do ADCT consiste, de certa forma, em uma inversão simbólica, na medida em que põe relevo sobre a autodefinição dos próprios interessados¹⁴. A norma consagra, segundo essa visão, uma singular formulação do direito de propriedade, baseado na própria identidade comunitária¹⁵.

Outro ponto a distinguir o direito conferido às comunidades remanescentes de quilombos está na sua diferença em relação ao regime dedicado, pela mesma Constituição de 1988, às terras ocupadas pelos índios: tais terras “são e sempre foram públicas”, ao passo que, no trato da questão quilombola, o constituinte não criou uma forma originária de aquisição da propriedade, “sem o pagamento de qualquer indenização ao proprietário,

12. Esse e outros dados relevantes sobre o histórico legislativo da questão quilombola podem ser consultados em: <https://cpisp.org.br/ha-30-anos-constituicao-reconhecia-os-direitos-quilombolas/>

13. SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 935.

14. ALMEIDA, Alfredo W. B. de. Quilombos: sematologia face a novas identidades. In *Frechal terra de preto: quilombo reconhecido como reserva extrativista*. Sociedade Maranhense de Direitos Humanos & Centro de Cultura Negra do Maranhão (Org.), São Luís, 1999. p. 11-19.

15. ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos dos Descendentes de Escravos (Remanescentes das Comunidades de Quilombos). In: SARMENTO, D. IKAWA, D.; PIOVESAN, F. (coord.). *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 468-469.

assim reconhecido pelas formas de direito”¹⁶. Por isso, na regulamentação da norma constitucional transitória estabeleceu-se a desapropriação dos imóveis identificados como território quilombola, com o consequente pagamento de indenização.

Sete anos depois de promulgada a Constituição de 1988 aconteceu a primeira titulação coletiva de Terra Quilombola no Brasil, em 20 de novembro de 1995, direito reconhecido em favor da comunidade do Quilombo Boa Vista, em Oriximiná/PA¹⁷. O ato foi praticado com fundamento na Portaria INCRA 307/95, que veio a “determinar que as comunidades remanescentes de quilombos (...), arrecadadas ou obtidas por processo de desapropriação, sob jurisdição do INCRA, tenham suas áreas medidas e demarcadas, bem como tituladas”.

Pela Medida Provisória 1.911, de 25 de novembro de 1999, transferiu-se para o Ministério da Cultura a competência para dar cumprimento ao disposto no art. 68 do ADCT, isto é, para titular as terras quilombolas¹⁸. Na sequência, a Portaria do Ministério da Cultura 447/99 delegou à Fundação Cultural Palmares, criada em 22 de agosto de 1988¹⁹, pela Lei 7.668/88, a competência para dar cumprimento ao art. 68 do ADCT.

Em 10 de setembro de 2001 foi editado o Decreto presidencial 3.912, que restringiu o direito previsto no ADCT às terras que: (i) eram ocupadas por quilombos em 1888; e (ii) estavam ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos em 5 de outubro de 1988²⁰.

-
16. SUNDFELD, Carlos Ari. *Comunidades Quilombolas: direito à terra*. Brasília: Fundação Palmares, 2002. p. 116.
 17. ANDRADE, Lúcia Mendonça Morato de. *Terras quilombolas em Oriximiná: pressões e ameaças*. Comissão Pró-Índio de São Paulo. São Paulo, 2011. p. 13. Disponível em: https://documentacao.socioambiental.org/noticias/anexo_noticia/21122_20111103_181536.pdf.
 18. Art. 14. Os assuntos que constituem área de competência de cada Ministério são os seguintes:
(...)
IV - Ministério da Cultura:
a) política nacional de cultura;
b) proteção do patrimônio histórico e cultural;
c) cumprimento do disposto no art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.
 19. Contudo, a Fundação só foi de fato constituída com a edição do Decreto 418, de 10 de janeiro de 1992, que aprovou o seu estatuto.
 20. O texto da norma era o seguinte:
Art. 1º Compete à Fundação Cultural Palmares - FCP iniciar, dar seguimento e concluir o processo administrativo de identificação dos remanescentes das comunidades dos quilombos, bem como de reconhecimento, delimitação, demarcação, titulação e registro imobiliário das terras por eles ocupadas.
Parágrafo único. Para efeito do disposto no caput, somente pode ser reconhecida a propriedade sobre terras que:
I - eram ocupadas por quilombos em 1888; e
II - estavam ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos em 5 de outubro de 1988.

Essa restrição foi objeto de muitas críticas, inclusive de DALMO DE ABREU DALLARI, que, confrontando o Decreto 3.912/2001 com o art. 68 do ADCT, afirmou:

O fato de ter havido a abolição da escravatura em 1888 é irrelevante para a aplicação do art. 68, o que me parece bem inspirado, pois, mesmo depois de abolida a escravatura, muitos negros precisaram de refúgio numa comunidade negra até mesmo para sobreviver, além do que, para muitos, era a única possibilidade de preservação da cultura²¹.

Como se verá, a tese que embasou o Decreto 3.912/2001 foi reiterada pelo autor da ADI 3.239/DF, mas rejeitada pelo Supremo Tribunal Federal.

Em 20 de novembro de 2003 foi editado o Decreto 4.887 – impugnado na Ação Direta de que cuida este artigo –, que definiu como remanescentes das comunidades dos quilombos os grupos étnico-raciais, segundo critérios de autoatribuição, com trajetória histórica própria, dotados de relações territoriais específicas, com presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida (art. 2º).

Além disso, o Decreto 4.887/2003: (i) devolveu ao Ministério do Desenvolvimento Agrário – e ao INCRA – a competência para identificar, reconhecer, delimitar, demarcar e titular as terras ocupadas pelos remanescentes das comunidades dos quilombos; (ii) definiu, como critério para a caracterização dos remanescentes das comunidades dos quilombos, a autoatribuição e a autodefinição da própria comunidade; (iii) determinou, para medição e demarcação das terras, critérios de territorialidade indicados pelos remanescentes das comunidades dos quilombos; (iv) atribuiu à Fundação Cultural Palmares competência para cadastro, acompanhamento das ações de regularização fundiária e outras atribuições.

O Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de decidir, com fundamento no art. 68 do ADCT e no citado Decreto 4.887/2003, que, até a titulação definitiva, “a posse dos remanescentes das comunidades dos quilombos é justa e de boa fé”, de modo que “a ação de reintegração de posse movida pela União não há de prosperar, sob pena de por em risco a continuidade dessa etnia, com todas as suas tradições e culturas”²².

Ainda merecem destaque, no que pertine à legislação sobre a matéria, as previsões feitas pela Lei 12.288/2010 (Estatuto da Igualdade Racial), no sentido de estabelecer, em favor dos moradores das comunidades de remanescentes de quilombos, entre outras, medidas destinadas à efetivação

21. DALLARI, Dalmo de Abreu. (nota de rodapé) *apud* ROTHENBURG, Walter Claudius. O processo administrativo relativo às terras de quilombos: análise do Decreto nº 3.912, de 10 de setembro de 2001. In: OLIVEIRA, L. A. de. (org.). *Quilombos: a hora e a vez dos sobreviventes*. São Paulo: Comissão Pró-Índio de São Paulo, 2001.

22. REsp 931.060/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, Primeira Turma, DJe de 19.03.2010.

do direito à saúde, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, ao saneamento básico e à segurança alimentar (art. 8º, parágrafo único).

Em 01.01.2019, a Medida Provisória 870 delegou ao Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento a competência para a regularização fundiária das terras quilombolas.

Por fim, o Decreto 11.447, de 21 de março de 2023, instituiu o Programa Aquilomba Brasil, no âmbito da Administração Pública Federal, com a finalidade de promover medidas intersetoriais para a garantia dos direitos da população quilombola no País.

Hoje encontram-se espalhadas, por praticamente todo o território nacional, em torno de 2.800 comunidades remanescentes de quilombo devidamente certificadas, havendo cerca de 1.800 processos de certificação abertos.²³

2 AS QUESTÕES ENVOLVIDAS NO JULGAMENTO DA ADI 3.239/DF

No processo instaurado no STF pela ADI 3.239/DF, além das manifestações do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, no sentido da improcedência do pedido, também foram ouvidas quase duas dezenas de *amici curiae*.

O julgamento, iniciado em 18.04.2012, chegou a ser interrompido, em face de sua relevância, por três pedidos de vista – da Ministra ROSA WEBER e dos Ministros DIAS TOFFOLI e EDSON FACHIN – e foi concluído no ano de 2018.

A demanda foi ajuizada, pelo então Partido da Frente Liberal²⁴, contra o Decreto 4.887, de 20 de novembro de 2003, que até hoje regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos.

Por disposição expressa, o Decreto 4.887/2003 busca concretizar o art. 68 do ADCT²⁵, prevendo, na parte impugnada pelo autor da aludida ADI 3.239/DF, que a caracterização dos remanescentes das comunidades quilombolas é feita “segundo critérios de auto-atribuição” e “mediante autodefinição da própria comunidade” (art. 2º, *caput* e §

23. Fonte: INCRA - DFQ. Disponível em: <https://www.gov.br/incra/pt-br/assuntos/governanca-fundiaria/quilombolas>

24. Antes de o mérito ser apreciado pelo STF, o Partido passou a se chamar, em 2007, Democratas (DEM).

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

1º). Estabelece o referido Decreto 4.887/2003, ainda, que, na medição e demarcação de terras, “serão levados em consideração critérios de territorialidade indicados pelos remanescentes das comunidades dos quilombos” (art. 2º, § 3º), bem como que, sendo a área demarcada objeto de título de domínio particular, devem ser adotados os “atos necessários à sua desapropriação, quando couber” (art. 13)²⁶.

A teses sustentadas pela parte autora da ADI 3.239/DF foram as de que o Decreto 4.887/2003: (i) “invade esfera reservada à lei”; (ii) estabelece novo tipo de desapropriação, “que não se enquadra em nenhuma das modalidades a que se refere o art. 5º, XXIV, do texto constitucional, bem como não se enquadra em nenhuma das leis que as regem”; (iii) atribui direitos “a partir de mera declaração do próprio interessado”, de modo que “o critério da auto-atribuição pode levar ao reconhecimento do direito a mais pessoas do que aquelas efetivamente beneficiadas pelo artigo 68 do ADCT e realizar, por vias oblíquas, uma reforma agrária *sui generis*”; e (iv) delimita as terras, a serem tituladas, aos indicativos dos próprios interessados, o que “não constitui procedimento idôneo, moral e legítimo de definição”.

Por maioria, o Pleno do STF acompanhou o voto do Relator originário, Ministro CEZAR PELUSO, no sentido de conhecer da Ação Direta, entendendo que o ato questionado caracterizava-se como decreto autônomo, dotado de suficiente normatividade, generalidade e abstração, a retirar diretamente da Constituição o seu fundamento de validade²⁷.

Entretanto, o voto do Ministro CEZAR PELUSO – que declarava a inconstitucionalidade formal e material do Decreto 4.887/2003, com

26. O texto do Decreto é o seguinte:

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. 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.

27. Ficou vencido o Ministro MARCO AURÉLIO que, embora tenha avançado sobre o mérito, manifestou-se pelo não conhecimento da ação proposta, uma vez que, na sua ótica, o Decreto questionado não inovou a ordem jurídica, não se configurando, assim, como um ato normativo abstrato autônomo. O Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, embora, inicialmente, tenha votado pelo não conhecimento de alguns itens da ADI 3.239/DF, acabou por adentrar no seu mérito, votando pela sua improcedência.

modulação de efeitos, para preservar a situação daqueles que “confiaram na legislação” – restou vencido, pelas razões expostas a seguir.

2.1 A DIRETA REGULAMENTAÇÃO DO ART. 68 DO ADCT PELO DECRETO 4.887/2003

O Ministro CEZAR PELUSO declarou a inconstitucionalidade formal do Decreto 4.887/2003, por ofensa aos princípios da legalidade e da reserva de lei, sob o fundamento de que o art. 68 do ADCT “há de ser complementado por lei em sentido formal”, uma vez que, segundo pontuou, a Administração não poderia, sem a mediação da lei, impor obrigações a terceiros ou lhes restringir direitos.

Divergindo, a Ministra ROSA WEBER rejeitou a alegação de afronta ao art. 84, IV e VI, *a*, da Constituição Federal, ao entendimento de que o art. 68 do ADCT não ostentaria as características de um preceito genérico e dependente de regulação legal, revelando-se, em vez disso, como uma “norma definidora de direito fundamental de grupo étnico-racial minoritário, dotada, portanto, de eficácia plena e aplicação imediata, e assim exercitável, o direito subjetivo nela assegurado, independentemente de integração legislativa”. Essa posição foi acompanhada pelos demais Ministros, restando sua tese vencedora.

2.2 A DESAPROPRIAÇÃO DE TERRAS DE TRADICIONAL OCUPAÇÃO QUILOMBOLA

Sobre a previsão de desapropriação, constante do art. 13, *caput* e § 2º, do Decreto 4.887/2003, entendeu o Ministro CEZAR PELUSO que nela haveria também inconstitucionalidade, por não enquadramento nas hipóteses do art. 5º, XXIV, da Constituição Federal. Ponderou, ainda, pela desnecessidade da desapropriação, uma vez que, devendo ser tituladas as terras cuja posse é secular, “das duas uma: ou os remanescentes subsistem em terras públicas, devolutas, ou, se eventualmente estão em terras particulares, já as têm, em razão do prazo, como terras usucapidas”. Concluiu o Ministro CEZAR PELUSO, assim, que a hipótese de desapropriação, prevista no aludido Decreto 4.887/2003, não se encontrava disciplinada em lei específica, como exige o art. 5º, XXIV, da Constituição Federal.

Em direção oposta, a Ministra ROSA WEBER acentuou, em primeiro lugar, que “na própria Constituição há de se buscar a solução para a questão procedimental atinente a eventual existência de títulos em nome de terceiros relativos às mesmas áreas”. Isso porque não há no texto constitucional, quanto às comunidades remanescentes de quilombos,

previsão semelhante à que declara nulos ou extintos os títulos incidentes sobre terras tradicionalmente ocupadas pelos índios (art. 231, § 6º). Concluiu a Ministra ROSA WEBER, então, que o caso atrai a incidência do art. 216, § 1º, da Constituição Federal, que autoriza a desapropriação para a proteção do patrimônio cultural brasileiro, uma vez que a norma do art. 68 do ADCT não visa a tutela, tão somente, do direito real de propriedade, mas, além disso, protege um autêntico “direito cultural fundamental”.

Essa posição foi sufragada pelos demais Ministros da Suprema Corte, a exemplo do Ministro EDSON FACHIN, que, quanto à desapropriação prevista no aludido Decreto, consignou que “referida previsão se mostrou necessária em razão da configuração da propriedade quilombola pelo texto constitucional, que foi mais enxuta que aquela destinada à garantia da posse indígena”.

2.3 OS CRITÉRIOS DE AUTOATRIBUIÇÃO, AUTODEFINIÇÃO E A INDICAÇÃO DE TERRAS PELAS COMUNIDADES REMANESCENTES

Acolhendo alegação de inconstitucionalidade material dos arts. 2º, *caput*, e §§ 1º, 2º, 3º, e 13, *caput* e § 2º, do Decreto 4.887/2003, o Relator originário do feito, Ministro CEZAR PELUSO, inicialmente assinalou que os destinatários do art. 68 do ADCT “são aqueles que subsistiam nos locais tradicionalmente conhecidos como quilombos, entendidos estes na acepção histórica, em 05 de outubro de 1988”. Daí a sua conclusão no sentido de que seriam materialmente inconstitucionais os critérios de autoatribuição e autodefinição, para caracterizar quem seriam os remanescentes das comunidades quilombolas, bem como o critério de territorialidade, definido por indicação dos próprios interessados.

Na construção do argumento contrário, a Ministra ROSA WEBER, votando pela improcedência da ADI 3.239/DF, inicialmente expressou o entendimento de que o constituinte decidiu homenagear o papel dos quilombolas na resistência ao regime escravista. Quanto ao critério da autoatribuição/autodefinição, apontou que, além de consistir em um método respaldado pela antropologia contemporânea, legitima-se ele na medida em que objetiva interromper o processo de negação sistemática da própria identidade aos grupos marginalizados, tendo, ainda, a virtude de vincular a justiça reparadora à relação territorial desenvolvida pelos remanescentes das comunidades dos quilombos.

A Ministra ROSA WEBER adotou, como fundamento expresso de seu voto, a incorporação, pelo Brasil, da Convenção 169 da Organização

Internacional do Trabalho sobre Povos Indígenas e Tribais, de 27.06.89²⁸. A Convenção expressamente estabelece, no item 2 do seu art. 1º, que “a consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos que se aplicam as disposições da presente Convenção”.

Contra o argumento, expendido na petição inicial da ADI 3.239/DF, de que o Decreto 4.887/2003 teria conferido ao critério da autodefinição uma presunção absoluta, capaz de atrair posturas oportunistas, a Ministra ROSA WEBER, Relatora para o acórdão, lembrou que, na sistemática do art. 2º, III, da Lei 7.668/88, a autodefinição da comunidade como quilombola é atestada por certidão emitida pela Fundação Cultural Palmares. Afirmou, ainda, que, de acordo com essa previsão, somada ao que prevê a Convenção 169 da OIT, pode-se concluir que “o conceito de consciência da própria identidade indígena ou tribal (...) reporta-se a dado objetivamente aferível, não obstante este dado – a consciência – manifeste um fenômeno psíquico”, bem como que “a consciência da identidade não se impõe de modo solipsista, não se imuniza ao controle social da legitimidade da sua pretensão de verdade”. Consequentemente, “não é possível extrair do texto da Convenção tratar-se, a ‘consciência da própria identidade’, de conceito infenso à constatação, apreensão externa e à objetivação”.

Quanto à previsão de que, na medição e demarcação de terras, deve-se levar em consideração os critérios de territorialidade indicados pelos remanescentes das comunidades quilombolas (art. 2º, §§ 2º e 3º, do Decreto 4.887/2003), consignou a Ministra ROSA WEBER que, nessa sistemática, o título, pró-indiviso, é emitido em nome das associações que legalmente representam essas comunidades. Tais previsões encontram apoio no art. 6º, item 1, da Convenção 169 da OIT, que assegura consulta aos “povos interessados, mediante procedimentos apropriados e particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente”. Por fim, registrou que o texto do art. 2º, § 3º, do Decreto 4.887/2003 estabelece que os critérios de territorialidade indicados pelos remanescentes das comunidades quilombolas “serão levados em consideração”, deixando claro que tais critérios não serão os únicos a balizar o ato administrativo.

Na mesma direção, o Ministro EDSON FACHIN, sobre o critério da autodefinição, afirmou que “a ideia de resistência, de uma comunidade que, ao longo dos anos, apesar da invisibilidade e das dificuldades em relação ao meio, sobrevive e mantém suas tradições, é inseparável da atribuição da condição de quilombola”. Assinalou, outrossim, que a autodefinição é

28. A Convenção 169/OIT foi aprovada pelo Decreto Legislativo 143/2002 e ratificada pelo Decreto 5.051/2004.

apenas o ponto de partida do processo administrativo, que também exige processo cadastral. Dessa forma, “o que se transfere é o ônus probatório que recai sobre o terceiro, que deve provar o direito que alega demonstrando não se tratar de ocupação tradicional de comunidade quilombola”.

De igual forma, no julgamento da ADI 3.239/DF, o Ministro ROBERTO BARROSO reconheceu a legitimidade do critério da autodefinição, consignando que o procedimento de titulação, tal como regulado, não se baseia apenas nesse critério, contendo cerca de 14 fases, que incluem, entre outras, laudo antropológico, manifestação do INCRA e de todos os interessados.

Também nesse sentido, o Ministro LUIZ FUX votou pela improcedência da ADI 3.239/DF, anotando que “o perigo de abuso temido pelo partido requerente não se justifica diante das cautelas adotadas pela Administração Pública federal”.

O Ministro RICARDO LEWANDOWSKI – conquanto, preliminarmente, votasse pelo não conhecimento da ADI 3.239/DF, quanto a alguns de seus itens, porquanto o autor da demanda não teria especificado como se teria dado a alegada afronta à Constituição, “o que, em verdade, revela mero inconformismo com os critérios por ela adotados” – acabou por acompanhar a divergência, inaugurada pela Ministra ROSA WEBER, pela improcedência do feito.

A Ministra CÁRMEN LÚCIA, por sua vez, aderindo aos posicionamentos pela improcedência do feito, afirmou que o critério da autoatribuição é constitucionalmente legítimo, em virtude do “vínculo de identidade com a memória negra, associado à indeterminação exata do significado do vocábulo ‘quilombo’, que assumiu variadas acepções no curso da história”.

2.4 AS REFERÊNCIAS AO MARCO TEMPORAL

O autor da ADI 3.239/DF sustentou a tese de que o art. 68 do ADCT asseguraria o direito nele previsto apenas em relação aos territórios em que comprovadamente foram formados quilombos, ocupados por remanescentes dessas comunidades, de forma pacífica e ininterrupta, desde 1888 até a promulgação da Constituição de 1988. Como visto, essa interpretação chegou a ser veiculada pela antiga normatização da matéria, pelo Decreto 3.912/2001.

Trata-se da teoria do marco temporal, que foi suscitada no STF, pela primeira vez, na apreciação da questão alusiva à Terra Indígena Raposa Serra do Sol. A alusão a essa teoria, no caso quilombola, deu-se porque, assim como a Constituição Federal, no art. 231, reconhece aos índios “os direitos

originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam”, o art. 68 do ADCT, adotando redação semelhante, estabelece que “aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva (...)”. No caso das comunidades quilombolas, dois marcos foram apontados, a data em que sancionada a Lei Áurea (13.05.1888) e a data de promulgação da Constituição da República (05.10.1988).

Em voto-vista, no julgamento da ADI 3.239/DF, o Ministro DIAS TOFFOLI apontou, como equívoco da tese defendida na petição inicial, o uso do conceito colonial de quilombo, o que, em termos práticos, restringiria o comando protetivo do art. 68 do ADCT às comunidades formadas até a abolição da escravatura. Apesar disso, entendeu o Ministro que o preceito constitucional transitório – ao conferir a titulação “aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras” – contemplaria aqueles que estavam ocupando essas terras no momento da promulgação da Constituição de 1988, “reconhecendo uma ocupação presente, não passada (...), nem futura”. Votou o Ministro DIAS TOFFOLI, assim, no sentido de julgar parcialmente procedente a ADI, para conferir *interpretação conforme* ao art. 2º, § 2º, do Decreto 4.887/2003, no sentido de fixar que somente deveriam ser tituladas as áreas ocupadas em 5 de outubro de 1988, salvo comprovação de suspensão ou perda da posse por atos ilícitos praticados por terceiros. O Ministro GILMAR MENDES acompanhou esse entendimento.

Dele divergiu, porém, o Ministro EDSON FACHIN, pontuando que, diferentemente das áreas de ocupação indígena, em geral bem documentadas, em relação às comunidades quilombolas a dificuldade é muito maior. Afirmou, na oportunidade, que, “como restou demonstrado pelas intervenções dos diversos *amici curiae* no processo, as realidades quilombolas eram absolutamente desconhecidas até poucos anos atrás, e muitas podem, até os dias de hoje, ainda restar invisíveis ao Poder Público”. Em conclusão, entendeu não haver fundamento constitucional para a incidência da teoria do marco temporal, no caso, votando pela improcedência da ADI 3.239/DF.

O Ministro ROBERTO BARROSO, em posição que, segundo sua ótica, coincidiria com a do Ministro EDSON FACHIN e a da Ministra ROSA WEBER, entendeu que o art. 68 do ADCT beneficiaria tanto as comunidades que ocupavam suas áreas quando da promulgação da Constituição, como as que foram desapossadas “e cujo comportamento, à luz da sua cultura, indica intenção de retomar a permanência (...), dispensada a comprovação de conflito possessório atual de fato ou mediante ajuizamento de ação”.

Após essas manifestações, houve concordância do Plenário no sentido de que, tal como afirmado pelo Ministro ROBERTO BARROSO, ressalvada a *interpretação conforme* propugnada pelos Ministros DIAS TOFFOLI e GILMAR MENDES, não houve, na posição que prevaleceu, manifestação sobre o marco temporal, porquanto se julgou a Ação Direta totalmente improcedente.

De toda forma, a Ministra ROSA WEBER afirmou a insubsistência da tese de que os direitos discutidos na ADI 3.239/DF estariam atrelados a 13 de maio de 1888. Isso porque, além de o conceito de remanescente de quilombo, na atualidade, indicar “a reprodução contínua de uma comunidade que, originada na resistência à escravidão, permaneceu coesa”, não é possível definir o momento em que a Lei Áurea teve efetividade, no território brasileiro. Nas palavras da Ministra ROSA WEBER, “no universo hipotético-formal dos juristas é que a figura do quilombo perde o sentido existencial de forma simultânea à abolição, o mesmo não ocorrendo necessariamente na vida”.

Depreende-se dessas manifestações que, segundo entendeu o STF, não há marco temporal para titulação dos territórios quilombolas.

Qualquer resquício de dúvida foi eliminado em Embargos de Declaração, que, embora não tenham sido conhecidos pela Corte – sob o fundamento de que o art. 138, § 1º, do CPC/2015 não se aplica em processo de controle concentrado de constitucionalidade, ou seja, nele os *amici curiae* não têm legitimidade para opor Embargos de Declaração –, serviram para importantes esclarecimentos. Nesse sentido, o Ministro EDSON FACHIN, mesmo acompanhando a Relatora, quanto ao não conhecimento dos Embargos de Declaração, pontuou que “na leitura dos votos é certo, ainda, que esta Corte (...) rejeitou a incidência da tese do marco temporal”. De igual forma, o Ministro ROBERTO BARROSO registrou que a comunidade quilombola só não será contemplada com o direito previsto no art. 68 do ADCT “caso reste demonstrado que deixou voluntariamente o território que postula e/ou desde que se verifique que os laços culturais que a uniam a tal território se desfizeram”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O STF tem uma jurisprudência sensível aos conflitos de natureza étnico-racial. No caso da ADI 3.239/DF, a Corte apresentou uma notável abertura para conceitos construídos pela antropologia e pelo próprio processo histórico vivenciado pelo Brasil. Mais do que uma abordagem interdisciplinar, o julgamento adotou uma postura realista e dotada de sentido, no contexto da historiografia brasileira.

A solução encontrada para a controvérsia respeitou, ainda, as balizas dadas pela Convenção 169 da OIT e foi facilitada pela equilibrada estruturação do Decreto 4.887/2003, que, a um só tempo, incluiu, no procedimento de titulação, a ativa participação das comunidades remanescentes de quilombos, bem como mecanismos administrativos de controle.

O histórico julgamento da ADI 3.239/DF – da qual, em brilhante voto, a Ministra ROSA WEBER restou Relatora para o acórdão – visualizou, na previsão do art. 68 do ADCT, que o reconhecimento da identidade quilombola não cabe a outro grupo, senão aos próprios membros das comunidades remanescentes dos quilombos.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Alfredo W. B de. Quilombos: sematologia face a novas identidades. In *Frechal terra de preto: quilombo reconhecido como reserva extrativista*. Sociedade Maranhense de Direitos Humanos & Centro de Cultura Negra do Maranhão (Org.), São Luís, 1999.

ANDRADE, Lúcia Mendonça Morato de. *Terras quilombolas em Oriximiná: pressões e ameaças*. Comissão Pró-Índio de São Paulo. São Paulo, 2011. p. 13. Disponível em: https://documentacao.socioambiental.org/noticias/anexo_noticia/21122_20111103_181536.pdf.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADC 41/DF*. Rel. Min. Roberto Barroso, Pleno, DJe de 17.08.2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 3.239/DF*. Rel. p/ acórdão Min. Rosa Weber, Pleno, DJe de 01.02.2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 186/DF*. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Pleno, DJe de 20.10.2014.

DALLARI, Dalmo de Abreu. (nota de rodapé) *apud* ROTHENBURG, Walter Claudius. O processo administrativo relativo às terras de quilombos: análise do Decreto nº 3.912, de 10 de setembro de 2001. In: OLIVEIRA, L. A. de. (org). *Quilombos: a hora e a vez dos sobreviventes*. São Paulo: Comissão Pró-Índio de São Paulo, 2001.

PRICE, Richard. Reinventando a história dos quilombos: rasuras e confabulações. Tradução: Gisela Moreau. *Afro-Ásia*, Salvador, n. 23, 2000.

GOMES, Flávio dos Santos. Sonhando com a terra, construindo a cidadania. In: PINSKY, J.; PINSKY, C. B. (Org.). *História da Cidadania*. 3. ed. São Paulo: Editora Contexto, 2008.

REIS, João José.; GOMES, Flávio dos Santos (Org.). *Liberdade por um fio: história dos quilombos no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

REIS, João José. Quilombos e revoltas escravas no Brasil. *Revista USP*, São Paulo, n. 28, 1995/1996.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos dos Descendentes de Escravos (Remanescentes das Comunidades de Quilombos). In: SARMENTO, D. IKAWA, D; PIOVESAN, F. (coord.). *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

HANDELMANN, Henrich. *História do Brasil*. Tradução brasileira feita pelo IHGB. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1931.

SCHWARCZ, Lilia Moritz; STARLING, Heloisa Murgel. *Brasil: uma biografia*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Comunidades Quilombolas: direito à terra*. Brasília: Fundação Palmares, 2002.

VAINFAS, R. *Dicionário do Brasil Colonial*. Rio de Janeiro: Objetiva LTDA, 2000.