

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 ESCRAVIDÃO NO BRASIL	13
2.1 COMUNIDADES QUILOMBOLAS	15
2.2 QUILOMBO DOS PALMARES	17
2.3 FIM DA ESCRAVIDÃO E A MANUTENÇÃO DA REALIDADE SOCIAL	19
2.4 QUILOMBOS SOB A ÓTICA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E SUA EVOLUÇÃO LEGISLATIVA.....	22
2.5 COMUNIDADES REMANESCENTES DE QUILOMBOLAS	26
2.5.1 Comunidade de remanescente de quilombolas na atualidade	28
2.5.1.1 Comunidade Rio das Rãs.....	28
2.5.1.2 Comunidade Rio dos Macacos.....	29
3 DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE NO TOCANTE AO DIREITO DOS REMANESCENTES	32
3.1 AÇÕES AFIRMATIVAS	36
3.2 PROPRIEDADE QUILOMBOLA COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL.....	38
4 ANÁLISE DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE	43
4.1 DA INCOSTITUCIONALIDADE	49
4.2 DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 3.239/DF.....	51
4.2.1 Do parecer do Advogado Geral da União	53
4.2.2 Da manifestação do Procurador Geral da República	55
4.3 ATUAL SITUAÇÃO DA ADI 3.239/DF	56
4.4 DA (IN) CONSTITUCIONALIADE DO DECRETO LEI 4.887/2003	56
4.4.1 Da (in) constitucionalidade Formal do Decreto Lei 4.887/DF	57
4.4.2 Da (in) constitucionalidade material do Decreto Lei 4.887/DF	63
4.4.2.1 Da Constitucionalidade da identificação dos remanescentes das comunidades de quilombolas	68
4.4.2.2 Da diferença entre território indígena e quilombola	70
4.5 DA CONSTITUCIONALIDADE DO DECRETO LEI 4.8872003	71
5 CONCLUSÃO	73
REFERÊNCIAS	76

1 INTRODUÇÃO

É de notório conhecimento a situação agrária do Brasil, e diante de tal fato se observa as constantes lutas pelas terras. Em relação a tal realidade, a distribuição de terras no país se mostra como uma consequência histórica das desigualdades coloniais.

No tocante a tal fato, analisa-se a questão quilombola, visto que com a promulgação da Constituição de 1988 essa comunidade passa a ser vista como um sujeito de direito. Sendo caracterizada pela sua essência democrática, a Carta Magna passa a tutelar os interesses das comunidades de remanescentes de quilombolas, através dos Atos das disposições Constitucionais Transitórias mais precisamente no que se refere ao art. 68.

O art. 68 da ADCT trouxe um “resgate Histórico” ao determinar a emissão dos títulos de propriedade às populações desentendidas de quilombolas, diante de toda a situação proveniente dos reflexos da escravidão no país. Dessa maneira, busca-se esclarecer a exata importância da consagração de tal direito, especificamente no que se refere à Constitucionalidade do Decreto 4.887/2003.

Tal Decreto trouxe consigo uma discussão com viés possessório em torno dos quilombolas, pois os conflitos em torno do tema nascem diante da intercessão entre direito a propriedade privada e o direito quilombola a terra. Dessa maneira, surge então uma discussão em torno da constitucionalidade do Decreto, posto o eminente interesse socioeconômico em torno do tema.

O Decreto 4.887/2003 surge como uma tentativa de solucionar o laconismo constitucional no que se refere à ADCT, definido o modo como se daria a emissão dos títulos de propriedade. Ocorre que, tramita atualmente uma Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo Partido dos Democratas, alegando, diante de uma análise formalística da Constituição, a inconstitucionalidade do Decreto, por portar vícios formais e materiais.

Diante desse aspecto, o presente tema tem por objetivo examinar a Ação direta de inconstitucionalidade, ponderando os interesses ligados à questão social, e de igual modo, analisar os aspectos fundamentais para determinação da Constitucionalidade

do Decreto. Dessa maneira, procurou-se analisar todo o processo histórico de formação dos quilombos, bem como a situação atual, haja vista serem fatores determinantes para a análise da Constitucionalidade.

Para alcançar esse fim, procurou-se identificar os destinatários dos direitos definidos pelo ADCT, bem como definir tal direito como sendo fundamental de segunda geração, pois a partir dessa análise, determinou-se a preponderância sobre o direito a propriedade privada, haja vista o não cumprimento da função social da propriedade. Dessa maneira, para se chegar a uma conclusão acerca do tema central deste trabalho, analisou-se a legislação que rege a matéria, bem como da compreensão doutrinária e do posicionamento – ainda não pacificado – da jurisprudência nacional, em especial o da Suprema Corte (o qual ainda não está definido).

A primeira inconstitucionalidade alegada diz respeito à forma, visto que alegam que o Decreto invade esfera de Lei, de modo a ser considerado um Decreto autônomo, visto a não previsão no artigo 84 da Constituição. Diante disso, elencou-se como aspecto controverso a questão da recepção dos tratados internacionais de modo a demonstrar a fragilidade argumentativa da ADI.

Ainda nesse sentido, tentou-se esclarecer as questões advindas da previsão da desapropriação sendo esse o segundo aspecto controvertido. Identificou-se ainda a relação entre o cenário atual de globalização e de crescente competitividade com disputas pelas terras, e diante deste contexto, analisou-se o argumento da inconstitucionalidade material no que se refere à arguição da criação de uma nova modalidade de desapropriação, haja vista, a ilegalidade diante da não previsão de uma indenização prévia, como estabelece a Constituição.

Conforme se observa, o motivo pelo qual a Ação Direta de Inconstitucionalidade foi proposta é eminentemente econômico, cujos reflexos atingem a esfera social. A desigualdade histórica refletida nas comunidades quilombolas é um dos problemas mais críticos no que diz respeito as comunidades não integradas nacionalmente, e diante deste fato, o objeto central do tema abordado possui uma finalidade social tão abrangente que justifica o seu estudo.

Dessa forma, serão examinados os motivos pelo quais a ADI foi proposta, bem como demonstrar a fragilidade de tais argumentos, e ainda nesse sentido, estabelecer os

riscos e impactos diante de uma declaração de inconstitucionalidade. Ainda nesse sentido, serão analisados os reflexos jurídicos, notadamente no que diz respeito à constitucionalidade desse Decreto.

Ademais, será alvo de comentários à necessidade da distinção entre ações afirmativas e o Direito fundamental à propriedade dos remanescentes de quilombolas, de modo a afastar o caráter temporário de tal direito. Diante disso, a análise acerca da Constitucionalidade do Decreto se mostra de fundamental importância para o efetivo cumprimento dos mandamentos Constitucionais.

2 ESCRAVIDÃO NO BRASIL

A análise histórica acerca da escravidão no Brasil se mostra como o ponto de fundamental importância para compreensão da formação dos quilombos. Assim, antes de adentrar nas questões específicas no que tange as comunidades de remanescentes de quilombolas, faz-se necessário a compressão dos acontecimentos histórico-sociais que levaram a criação de uma tutela específica com o intuito protecionista.

A escravidão pode ser definida como sujeição de um homem pelo outro, de modo a transforma-se em uma propriedade, sendo privado de seu próprio poder deliberativo. No que tange a escravidão dos povos africanos, deve-se pontuar que o negro foi retirado do seu ambiente para ser utilizado em trabalhos compulsórios com o intuito gerar lucros para o seu proprietário¹.

A escravidão de Africanos nas Américas arrancou de sua terra natal mais de 15 mil pessoas, isso porque o tráfico de escravos foi um dos maiores empreendimentos que marcaram a formação do mundo moderno. O que se refere à vinda de escravos para o Brasil, afirma-se que do total de 15 mil pessoas, 40 % delas vieram para a Colônia portuguesa².

O marco histórico do sistema escravagista no Brasil remonta ao período pré-colonial, onde existia a exploração da mão de obra indígena, com o objetivo de extrair pau-brasil. Nesse contexto, afirma-se que o processo de escravidão brasileira tem sua origem concomitantemente ao processo de desterritorialização dos índios.

A mão de obra africana por sua vez, começa a ser explorada por volta do século XV com a chegada dos europeus à África. Em relação a esse momento inicial, cabe esclarecer que ao contrario do que se imagina os povos que habitavam aquelas terras se organizavam em sociedade, que tinham como fonte econômica a exploração tributária.

Essa exploração se dava diante da escravidão doméstica, haja vista a existência das guerras tribais, as quais tinham por consequência a escravização dos próprios

¹PINSKY, Jaime. **Escravidão no Brasil**. 20. ed. São Paulo, SP: Contexto, 2006,p.21.

²REIS, João José e GOMES, Flávio dos santos. **Liberdade por um fio- História dos quilombos no Brasil**: Companhia das Letras, São Paulo, 2000, p. 9.

africanos. Tal fato era corriqueiro entre as tribos, e os Portugueses se valeram de tal peculiaridade para findar com a escravidão doméstica e dar início ao que a doutrina chama de “escravidão católica”³.

Assim, pode ser chamada, pois foi amplamente apoiada pela Igreja católica que incentivava o comportamento racista e desigual, comparando o mártir dos escravos ao sofrimento de Cristo, como se observar nas lições do Padre Antônio Viera:

“Cristo despido e vós despidos; Cristo sem comer e vós famintos; Cristo maltratado e vós maltratados em tudo. Os ferros, as prisões, os açoites, as chagas, os nomes afrontosos, de tudo isso compõe vossa imitação, que se for acompanhada de paciência também terá merecimento de martírio”⁴.

Como se nota, a igreja comparava o sacrifício à divindade, defendendo a ideia da predestinação, ou seja, os escravos deveriam passar por tal situação porque assim como Jesus Cristo, eram predestinados.

Diante da exploração do “novo mundo”, e da necessidade de tornar o Brasil uma fonte lucrativa, a estrutura de produção da colônia passa a se organizar em função da força de trabalho compulsório. Aponta-se como o motivo principal da necessidade escravagista a agromanufatura que se estruturava com base na *plantation*, a qual se baseava na monocultura de exportação, na unidade escravista de produção e nos grandes latifúndios⁵.

Sendo composto por um imenso contingente de negros, no início do século XIX, o Brasil possuía uma população estimada de 3.818.000 pessoas, das quais aproximadamente 1.930.000 eram escravos, podendo então ser considerado um país eminentemente escravista, não mais sendo definido com uma colônia na qual existiam escravos. O número de escravos no país era tão grande que em determinadas localidades existiam mais explorados do que exploradores, fato esse que se manteve vivo diante da união dos interessados para a manutenção da escravidão no país inclusive após a promulgação da primeira Constituição em 1824⁶.

³Nesse sentido observa-se, MARQUES, Ademas. **Pelos caminhos da história**. Vol. Único. 1ª ed. Curitiba: Positivo, 2006, p.211.

⁴ REIS, João José e GOMES, Flávio dos santos. **Liberdade por um fio- História dos quilombos no Brasil**: Companhia das Letras, São Paulo, 2000, p. 71.

⁵PINSKY, Jaime. **Escravidão no Brasil**. 20. ed. São Paulo, SP: Contexto, 2006,p.21.

⁶ ALBUQUERQUE, Wlamyra Ribeiro de; FRAGA FILHO, Walter. **Uma história do negro no Brasil**. Salvador: Centro de estudos Afro-orientais; Fundação Cultural dos Palmares, 2006, v. único.

A escravidão perdurou por longos anos, e dentre os vários fatores que tornou essa manutenção possível, pontua-se a grande renovação dos escravos, haja vista que o tráfico de negros tornou-se um mercado lucrativo, assim, eles eram trazidos da África, principalmente da parte setentrional, e levados aos engenhos, existindo em torno deles tanto um controle estatal, quanto dos próprios senhores de escravos. Entre o tráfico de negros e a escravidão havia uma relação simbiótica, haja vista, a necessidade da coexistência para manutenção do sistema.

Aponta-se ainda como elemento mantenedor da escravidão do negro a facilidade inicial de contenção de revoltas, haja vista, a dificuldade de organização de grandes rebeliões. De forma estratégica e para evitar grandes problemas, os senhores de escravos somente abrigavam na mesma senzala negros de diferentes etnias, pois falavam idiomas distintos, e muitas vezes eram inimigos quando na sua terra natal⁷.

Apesar da dificuldade inicial, pode-se afirmar que onde havia escravidão existia resistência, mesmo que de forma pontual e muitas vezes inútil do ponto de vista de resultados, mas que com o passar do tempo e com a formação de uma identidade própria, surtiram efeitos. Dentre as diversas formas de resistência, a mais típica delas foi à fuga em massa e a conseqüente formação de grupos de negros fugidos, os chamados quilombos⁸.

2.1 COMUNIDADES QUILOMBOLAS

A palavra Quilombo ou mocambo surge na África para definir o local onde os guerreiros habitavam, mas no Brasil colonial, tal conceito assume outro cunho, passando a ser conceituado como a habitação de negros fugidos. A compressão de tal vocábulo depende do contexto histórico, logo, inicialmente o quilombo era conceituado de maneira pejorativa pelo Regramento do Conselho ultramarino de 1740⁹.

⁷ GENNARI, Emilio. **Em Busca da Liberdade: traços das lutas escravas no Brasil**, 2ª ed. São Paulo: Expressão Popular 2011.

⁸ REIS, João José e GOMES, Flávio dos santos. **Liberdade por um fio- História dos quilombos no Brasil**: Companhia das Letras, São Paulo, 2000, p. 71.

⁹ MOURA, Clovis. **Os quilombos e a rebelião negra**. 6. ed. São Paulo, SP: Brasiliense, 1986.

Por ser um conceito carregado de valoração social, na realidade os quilombos nada mais eram do que uma forma de resistência a “aculturação” Europeia, responsável pela criação de um Estado Africano dentro do Brasil. Nesse sentido, na época de seu surgimento, a ideia de quilombo era tão abrangente, que também era compreendida como sendo um adjetivo pejorativo qualificador, utilizado para definir um lugar público que era habitado por prostitutas¹⁰.

O quilombo nada mais era do que uma sociedade alternativa de trabalho livre, formada por negros inconformados, sendo o primeiro estágio de consciência de liberdade. Historicamente pode ser definido como uma unidade de protesto, que tinha como papel transformar o negro fugitivo em quilombola¹¹.

Na perspectiva atual, os mocambos, são qualificados pela doutrina¹² como sendo o local de refúgio dos negros ou afrodescendentes que fugiam do terror da escravidão. Tais refúgios eram construídos em locais de difícil acesso, como matas fechadas, ou montanhas com o intuito de dificultar o trabalho dos capitães do mato¹³.

Ainda nesse sentido, observam-se as lições do Presidente da Fundação dos Palmares:

São comunidades habitadas por descendentes de escravos, que possuem trajetória histórica própria, dotados de relações territoriais específicas, e, principalmente, são relacionados à resistência à escravidão. Merece destaque a epopeia do dos Palmares, em Alagoas, que resistiu por mais de cem anos aos ataques dos escravocratas. Lá viviam em comunhão ex-escravos, indígenas e não negros perseguidos pela Colônia. Contudo, em 20 de novembro de 1695, Zumbi dos Palmares, seu último líder, foi morto, e o quilombo, destruído¹⁴.

Assim, na realidade os quilombos nada mais eram do que uma forma de resistência coletiva dos negros contra o regime escravocrata e que apesar da força que se

¹⁰ LEITE, Ilka Boaventura .**Os Quilombos no Brasil: questões conceituais e normativas**. Disponível em: http://ceas.iscte.pt/etnografica/docs/vol_04/N2/Vol_iv_N2_333-354.pdf. Acesso em: 26 out. 2012.

¹¹ GOMES, Flávio dos Santos. **Palmares: escravidão e liberdade no Atlântico Sul**. São Paulo: Contexto, 2005, p. 37.

¹² Nesse sentido; ALBUQUERQUE, Wlamyra Ribeiro de ; FRAGA FILHO, Walter, . **Uma história do negro no Brasil**. Vol. Único. Salvador: Centro de estudos Afro-orientais; Fundação Cultural dos Palmares, 2006, p. 118.

¹³ Além de ser o local que tinha por finalidade o refugio dos escravos fugidos, o quilombo era considerado como o local onde os negros podiam expressar sua cultura, recuperando parcialmente sua identidade cultural e espiritual, representando um combate contra a realidade escravagista. MARQUES, Ademas. **Pelos caminhos da historia**. Vol. Único. Curitiba: Positivo, 2000, p.212

¹⁴. ARAUJO, Eloi Ferreira de. **Quilombo e caviar**. 2011, p.1. Disponível em: <http://www.palmares.gov.br/quilombo-e-caviar/>. Acesso em: 22 out. 2012

opunha a eles a resistência se tornou tão forte que os quilombos passaram a se formar em todo o país.

A grande importância que deve ser apontada com o surgimento das comunidades quilombolas é o nascimento de uma identidade própria, pois eram formados não somente por negros fugitivos, mas também por negros libertos, indígenas e brancos com problemas na justiça. Nesse mesmo contexto, nascem também os conflitos fundiários, diante, pois as terras ocupadas pelos quilombos passam a ser objeto de interesse¹⁵.

2.2 QUILOMBO DOS PALMARES

Quando se fala em quilombos torna-se de fundamental importância citar o Quilombo dos Palmares, por ser um símbolo de identidade cultural, no que se refere à resistência negra no Brasil. Tal quilombo não apenas foi o primeiro a ser criado, mas também foi o de maior repercussão, já que causou grandes problemas à administração colonial¹⁶.

A comunidade Palmares assim foi chamada diante do local geográfico que ocupava, sabe-se então que a instalação da comunidade ocorreu em um terreno acidentado e de difícil acesso, rodeado por matas, onde abundavam várias espécies de palmeiras. Tal comunidade começa a se formar no século XVII, na região da serra da Barriga, que se estendia do Rio São Francisco, em Alagoas, até o cabo de Santo Agostinho, em Pernambuco¹⁷.

Existem alguns relatos que apontam o ano de 1597 como o ano da formação do quilombo dos Palmares, de modo que este se origina durante uma fuga de aproximadamente 40 escravos da capitania de Pernambuco. A fuga dos engenhos ocorreu de forma bastante violenta e com o intuito de evitar uma perseguição, os

¹⁵ ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de; PEREIRA, Deborah Duprat de Brito Pereira. **As populações remanescentes de quilombos - Direito do passado ou garantia para o futuro**. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/revista/seriecadernos/vol24/artigo09.pdf>>. Acesso em: 22 ago. 2013.

¹⁶ GOMES, Flávio dos Santos. **Palmares: escravidão e liberdade no Atlântico Sul**. São Paulo: Contexto, 2005, p. 37

¹⁷ ALBUQUERQUE, Wlamyra Ribeiro de; FRAGA FILHO, Walter, . **Uma história do negro no Brasil**. Vol. Único. Salvador: Centro de estudos Afro-orientais; Fundação Cultural dos Palmares, 2006.

escravos decidiram se instalar em uma região montanhosa e de difícil acesso, a Serra da Barriga¹⁸.

Os palmerinos tinham um estilo de vida própria e uma estrutura social bem definida, eles sobreviviam do trabalho coletivo, desenvolvendo uma economia comunitária e autossuficiente. A república dos palmares era liderada inicialmente por Gunga-Zumba após a tomada do poder, pelo “general” Zumbi dos Palmares sendo essa o maior símbolo da resistência quilombola, isso porque manteve uma luta constante contra o sistema colonial escravagista¹⁹.

O quilombo dos palmares se torna cada vez mais popular, e diante da invasão holandesa ao Brasil no ano de 1654, as fugas em massa das senzalas se tornam cada vez mais fáceis e comuns, de modo a aumentar significativamente o número de habitantes que se aglomeravam em volta dos vários mocambos palmerinos. Estudos recentes afirmam que após a invasão Holandesa, o quilombo dos Palmares passa a ser composto por população de aproximadamente 20 mil moradores²⁰.

Com o passar do tempo a administração da colônia passa a perceber o grande risco que significava a manutenção de Palmares, isso porque estes passam a ser percebidos como um foco de rebeldia. Varias investidas armadas ocorreram contra o quilombo, mas não obtiveram êxito, haja vista a dificuldade de acesso a essas regiões.

Diante da necessidade de acesso à comunidade, Portugal passa a construir instalações de bases permanentes próxima a Palmares, com isso os ataques começam a produzir efeitos. Os ataques se tornam tão recorrentes que levam ao líder do quilombo, a assinar um pacto, Pacto de Recife de 1678, que previa a liberdade dos negros nascidos nos quilombos, a concessão de terras para habitar e plantar, porém em contrapartida, os escravos fugitivos retornariam as senzalas²¹.

Por mais fortes e contínuas que fossem as investidas, o quilombolo conseguiu resistir até o dia 5 de fevereiro de 1694, quando Palmares foi tomado. Apesar do fim

¹⁸ GENNARI, Emilio. **Em Busca da Liberdade: traços das lutas escravas no Brasil**, 2ª ed. São Paulo: Expressão Popular 2011.

¹⁹ SIQUEIRA, **Maria de Lourdes. Quilombo no Brasil e a singularidade de Palmares.** Disponível em: <http://www.educacao.salvador.ba.gov.br/documentos/quilombos-no-brasil.pdf>. Acessado em 12 de Jan.2013

²⁰ *Ibidem/ loc. cit., .*

²¹ *Ibidem, p. 28.*

do quilombo dos Palmares, o líder, Zumbi, consegue se manter escondido até 20 de novembro de 1695, quando foi encontrado e decapitado, para servir de exemplo para os demais rebeldes²².

Apesar do fim do quilombo dos Palmares, ele nunca deixou de existir, haja vista migração dos sobreviventes que levaram um pouco daquele mocambo dentro de si. Assim, afirma-se que o quilombismo continua até os dias atuais na forma de remanescente de quilombolas.

2.3 FIM DA ESCRAVIDÃO E A MANUTENÇÃO DA REALIDADE SOCIAL

O processo de escravidão no Brasil foi o mais longo da América latina, tendo a abolição mais tardia do continente, assim, à escravidão de negros no Brasil teve início no período colonial, findando somente na época do império com a assinatura da Lei Áurea em 13 de maio de 1888. O processo de libertação não ocorreu de forma instantânea, muito pelo contrário, foi um processo muito longo e lento, podendo-se apontar que ideais abolicionistas no país somente surgiram em meados do século XIX.

A escravidão sobreviveu no país diante da combinação da habilidade da contenção dos meios de resistência com as punições que ultrapassavam o limite da razoabilidade. Deste modo, o sistema escravagista brasileiro foi marcado pelo equilíbrio entre a imposição de valores e o uso da violência²³.

A força propulsora da abolição não partiu de dentro do Brasil, muito pelo contrário, o que se observava era o movimento que os senhores de engenhos e os traficantes de escravos faziam em sentido contrário. A realidade é que a abolição só ocorreu no país, pois interesses econômicos externos que estavam voltados para a expansão da mão de obra assalariada, com o intuito de aumentar o número de consumidores no mercado²⁴.

²² ALBUQUERQUE, Wlamyra Ribeiro de ; FRAGA FILHO, Walter, . **Uma história do negro no Brasil**. Vol. Único. Salvador: Centro de estudos Afro-orientais; Fundação Cultural dos Palmares, 2006.

²³ REIS, João José; GOMES, Flávio dos Santos. **Liberdade por um fio: história dos quilombos no Brasil**. São Paulo, SP: Companhia das Letras, 1996, p.167.

²⁴ REZENDE, Antônio Paulo, DIDIER, Maria Thereza. **Rumos da Historia**. São Paulo: Atual editora, 2001, p.483.

Apesar da força motriz não ter surgido internamente, começam a surgir no país movimentos revoltosos por parte dos escravos, agora de forma organizada, como a intenção de romper com o sistema. A questão abolicionista passa a ser notada no Brasil após o fim da guerra do Paraguai em 1870, mas ganha força com a multiplicação dos quilombos em 1880²⁵.

As formas de resistência por parte dos negros eram as mais variadas possíveis, mas do ponto de vista de resultado, o mais eficaz foi à formação dos quilombos, ou mocambos, que foram construídos por escravos fugitivos em locais de dificultoso acesso. O Brasil começa a sofrer abalos na sua estrutura escravista, de modo que as coisas começam a tomar um novo rumo, já que a pressão sofrida passa a causar retrocessos econômicos²⁶.

No tocante ao processo externo que causou o rompimento do sistema, deve-se pontuar a pressão exercida pela coroa Britânica, isso porque essa necessitava da ampliação de um mercado consumidor diante do capitalismo industrial que se implantava no país, definido por Karl Marx como:

“O processo que cria o sistema Capitalista consiste apenas no processo que retira ao trabalhador a propriedade de seus meios de trabalho, um processo que transforma em capital os meios sociais de subsistência e os de produção e converte em assalariado os produtores diretos”²⁷.

Assim, com o intuito de ampliar o mercado consumidor, bem como eliminar a concorrência que açucareira do Brasil, a Inglaterra passa a adotar determinadas medidas para inibir a continuidade da escravidão na colônia portuguesa.

A primeira medida tomada com o intuito de extinguir a escravidão se deu com a independência do Brasil, pois para que a colônia passasse a ser reconhecida pelos demais países como um país independente, exigiu-se que o tráfico negreiro cessasse até 1830, mas isso não ocorreu. Em 1845 o parlamento Inglês aprova a lei do *Bill Aberdeen*, essa lei equiparava o tráfico negreiro à pirataria, possibilitando à marinha Britânica tomar medidas semelhantes quando apreendessem navios

²⁵ FERNANDES, Maria Fernanda Lombardi. Os republicanos e a abolição. **Revista de Sociologia e Política**. Nov/2006, nº27. Disponível em : http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-44782006000200013&script=sci_arttext. Acesso em 10 Jan.2013

²⁶ LOPEZ, Luiz Roberto. **História do Brasil colonial**. 2ª ed. Porto Alegre: Mercado Aberto, 1983. P 39.

²⁷ MARX, Karl **O capital**. 3 ed. Rio de Janeiro: civilização Brasileira, 1975. Livro I v.2 p. 830.

negreiros e piratas, assim a Inglaterra passa a proibir definitivamente a comercialização de escravos²⁸.

Em 1850 a Lei Eusébio de Queirós passa a proibir definitivamente o tráfico de escravos no país, a partir de então a discussão em torno da abolição começa a ganhar mais fôlego, visto que começasse a perceber que com a proibição do fluxo negreiro, teria como desfecho o fim do cativo. O país começa a se deparar com a necessidade da mão de obra livre no país, os latifundiários passam então a empregar trabalhadores assalariados, substituindo paulatinamente a força braçal negra pela europeia e asiática.

Apesar da proibição imposta ao tráfico de negros, não havia nenhuma garantia de que a abolição iria ocorrer, muito pelo contrario, o que se observava era que os donos de escravos e os representantes do parlamento a fim de evitar o inevitável, afirmavam que os escravos não estavam preparados para liberdade, inclusive fazendo previsões catastróficas acerca do crescimento da criminalidade. Era nítida a tentativa de prorrogar ainda mais a abolição, de modo que os senhores de escravos somente aceitariam a abolição se essa se desse de forma lenta e gradual, inclusive somente aceitariam se fossem indenizados pela perda sofrida.

Em 1865 o governo imperial determina que os escravos não poderiam mais ser punidos com chicotadas, e no ano seguinte proíbe a participação de mão de obra escrava em obras públicas. Em 1871 foi aprovada no Brasil a Lei 2.040, mais conhecida com a Lei do ventre livre, a qual determinava que as crianças nascidas do ventre de escravas a partir daquela data seriam pessoas livres, devendo os senhores de escravos cuidar delas até os oito anos de idade²⁹.

Com o passar dos anos as fugas coletivas só faziam aumentar, começam a surgir rumores de revoltas por parte dos escravos e os movimentos abolicionistas começam a se radicalizar, e diante desse quadro, a princesa regente promulga no dia 13 de maio de 1888 o fim da escravidão. Por essa Lei se pôs um ponto final na escravidão, porém não pôs fim as desigualdades, vez que não criou qualquer política para inserir os negros, agora libertos, na sociedade.

²⁸ REZENDE, Antônio Paulo, DIDIER, Maria Thereza. **Rumos da Historia**. São Paulo: Atual editora, 2001.

²⁹ ALBUQUERQUE, Wlamyra Ribeiro de ; FRAGA FILHO, Walter, . **Uma história do negro no Brasil**. Vol. Único. Salvador: Centro de estudos Afro-orientais; Fundação Cultural dos Palmares, 2006.

A invisibilidade política e cultural se manteve apesar da abolição, de modo que os negros foram colocados à margem da nação brasileira, por falta de estratégias capazes de realizar a inclusão social³⁰. Desta maneira, o problema que enfrentamos na atualidade, no que diz respeito às comunidades de remanescentes de quilombolas, se deu diante da falta de uma política imediata de revalorização e de proteção à identidade de grupos tradicionais.

2.4 QUILOMBOS SOB A ÓTICA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E SUA EVOLUÇÃO LEGISLATIVA

Em decorrência do crescimento urbano, da priorização dos grandes investimentos no setor agrícolas baseados nas grandes propriedades, as comunidades de remanescentes quilombolas vêm sendo expropriadas do campo. O que se observa então é um conflito fundiário de grande escala, de modo que em um pólo se concentram os remanescentes, que habitam os sítios devolutos ocupados desde a época da escravidão, e de outro os grandes produtores rurais.

Inspirado em uma onda mundial de reconhecimento dos direitos humanos, e na reparação de erros históricos, os países latino-americanos passaram a adotar Constituições reconhecendo os direitos afrodescendentes, entre elas encontram-se países como Brasil (quilombo), Colômbia (Cimarrones), Equador (afro-equatorianos), Honduras (Garifunda) e a Nicarágua (Creoles). Diante disso, surge no Brasil à criação de um sujeito político, detentores de direitos e obrigações, sendo que a existência legal de um grupo depende de ações e dos significados que são produzidos no campo do reconhecimento dos direitos diferenciados de cidadania³¹.

Em 05 de outubro de 1988, promulga-se a nova Constituição do país, sendo caracterizada pela sua essência democrática, a Constituição Cidadã já que surge após um longo período de ditadura militar. A Constituição Federal de 1988 tendo

³⁰ FONTELES, Lidianny Vidal. **Remanescente de quilombos da Terra da Luz: O papel dos agentes e agências intermediadoras na ressignificação identitária**. 2010, p, 01. Disponível em: <http://www.abant.org.br/conteudo/ANAIS/CD_Virtual_26_RBA/grupos_de_trabalho/trabalhos/GT%2002/lidianny%20vidal%20fonteles.pdf> . Acessada em 21.03.2013.

³¹ MARQUES, Carlos Eduardo. **O Decreto 4.887/2003 é uma regra de Justiça**. Disponível em: <<http://www.Abant.org.br/news/show/id/238>>. Acessado em: 08.out.2012 .

como objetivo essencial promover a igualdade entre seu povo, de forma gloriosa, passa a tutelar povos antes esquecidos³².

Diante do “reconhecimento” de um grupo com indígena, ou quilombola, a nova Constituição cria um novo sujeito social, criando assim tutelas específicas com o intuito de proteger os povos segregados. Essa produção de um novo sujeito, no que se refere à legislação brasileira, se dá após a criação dos Atos Dispositivos Constitucionais Transitórios mais precisamente no que se refere ao art. 68³³.

Antes de adentrar no que se refere às comunidades quilombolas, cabe primeiramente explicar que os Atos de Disposições Constitucionais Transitórias são normas Constitucionais, criadas pelo poder Constituinte originário, e que só podem ser alteradas através de Emendas Constitucionais. A transitoriedade dos atos não possui como consequência a ideia de normas passageiras, pois afirmar que as normas que ali estão inseridas são transitórias, significaria afirmar que as demais que não estão contidas nesse texto, possuem caráter permanente, o que se mostra errôneo, na realidade, esses atos são responsáveis pela transição de um ordenamento jurídico para outro,³⁴.

As Disposições Transitórias trouxeram uma evolução jurídica ao direito brasileiro no que tange as comunidades quilombolas, vez que diante da latente situação em que essas se encontravam em 1988, o poder Constituinte resolve não somente se referir a tal povo, mas assume para si a obrigação de protegê-lo. A Carta Magna de 1988 inova também no que diz respeito à questão da igualdade, pois apesar de expressa desde a primeira Constituição brasileira, somente passa a produzir seus efeitos com a nova ordem Constitucional.

Assim, os efeitos da igualdade começaram a irradiar, ultrapassando as barreiras da igualdade formal, já que esse novo momento histórico consagra a igualdade material, na medida em que determinou como elemento basilar o papel do Estado na erradicação da pobreza e das desigualdades. Falar de igualdade significa que todos devem ser tratados igualmente na medida em que se igualem e desigualmente na

³² CUNHA JUNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. Bahia: Podvm,2009.

³³ ARRUTI, José Maurício **O quilombo conceitual: para uma sociologia do artigo 68 do ADCT**. In: Texto para discussão: Projeto Egbé – Territórios negros (KOINONIA),2003.

³⁴ CAVALCANTI, Ricardo Russell Brandão. **ADCT: função e interpretações práticas**. Revista *Âmbito Jurídico*. 2012,p.2.Disponível em:<http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9457&revista_caderno=9>. Acessado em: 07.nov.2012.

medida que se desigualem³⁵, dessa maneira, a Carta Magna de 1988 passa a observar a necessidade individual dos sujeitos³⁶

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil³⁷

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Ainda nesse sentido, a igualdade, inovou tornando-se o valor supremo de uma sociedade pluralista e sem preconceitos, assim, observa-se que a questão a igualdade está envolta em toda a Constituição, isso porque o princípio da igualdade é corolário da democracia. Nesse contexto surgiu à figura das ações afirmativas, que se traduzem na adoção de normas jurídicas que prevê tratamento distinto para determinados indivíduos.

No que tange a questão quilombola especificamente, como uma operação de inversão de valores em relação à legislação colonial vigente a época da escravidão, e também se destacando em relação as demais Constituições, a norma suprema Federal de 1988 proporcionou aos quilombolas o conhecimento de uma propriedade definitiva, tal como uma ação afirmativa³⁸. Essa propriedade foi reconhecida através do artigo 68 da ADCT, tendo como objetivo reparar uma dívida histórica, criando então uma nova estratégia através de políticas de revalorização.

O “resgate Histórico” de uma dívida social trazido pelo ADCT, surge com o intuito de propiciar aos grupos quilombolas uma reinserção social garantindo-os o direito de propriedade definitiva das terras como também atribuiu a esse povo a característica de sujeito de direito, como ente coletivo³⁹. Nesse sentido, os aspectos políticos devem ser absorvidos pelo poder judiciário para que critérios exógenos não sejam

³⁵ Conceito de igualdade na visão Aristotélica

³⁶ CUNHA JUNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. Bahia: Podvm,2009.

³⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1998.

³⁸ VALLE, Nathalia Ribeiro do. Direito de Quilombo. **Revista Âmbito Jurídico**.2012,p.1.Disponível em <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index>. Acessado em : 07/11/2012 .

³⁹ BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. Aspectos jurídicos da desapropriação das terras ocupadas pelos remanescentes das comunidades quilombolas. *In: Teses da faculdade Baiana de direito, vol.3*. Bahia: Faculdade baiana de direito, 2011, p.28.

capazes de inibirem a realização de políticas protetivas a entes excluídos socialmente.

Com o passar dos anos e diante das novas questões que surgiram em torno dos remanescentes de quilombolas, percebe-se que o art. 68 da ADCT se mostrou insuficiente como agente regulador dos direitos desse povo, isso porque ficou evidente a existência de um laconismo do texto Constitucional. Esse laconismo se mostra diante das necessidades e conceituações que não foram supridas, pois não determinou como se daria o mandamento enunciado⁴⁰.

No ano de 1995 o INCRA editou a portaria nº 307/95 que passou a definir como se daria a concessão dos títulos aos remanescentes. Em 2001 é editado o Decreto 3.912/2001, que foi expressamente revogado pelo o Decreto nº 4887/2003, que dentre varias modificações, retirou o poder procedimental administrativa da Fundação Cultural dos Palmares e atribuiu ao INCRA.

As reformulações trazidas pelo novo decreto se mostraram de cunho progressivo, já que dessa vez foi observada inclusive normas internacionais de proteção aos direitos humanos. Tal decreto cria procedimentos tangíveis de titulação das terras, sendo acompanhada por Instruções normativas que determinam os procedimentos administrativos cabíveis para a identificação, delimitação, demarcação⁴¹.

No plano internacional existem duas referências que devem ser abordadas; a convenção Americana de Direito Humanos e a Convenção nº 169, da Organização Mundial do Trabalho. As convenções se mostram de suma importância, pois a partir delas, o Brasil assume o compromisso internacional de valorização dos povos excluídos.

Tais convenções se mostraram fundamental, visto que, estabelece o direito de todas as pessoas à propriedade, inclusive o dos negros. Diante dos pactos internacionais em que o Brasil foi signatário, surge a necessidade de criação de identificações oficiais para que se cumprisse o mandamento constitucional, bem como os pactos assinados, e diante disso nasce o Decreto nº 4.887/2003.

⁴⁰SARMENTO, Daniel. **A garantia do direito a posse dos remanescentes de quilombos antes da desapropriação**, 2006, p.1. Disponível em <<http://6ccr.pgr.mpf.gov.br/documentos>>. Acessado em 19.agost.2012.

⁴¹*Ibidem*.

Assim, pode-se afirmar que a evolução legislativa no que se refere às comunidades quilombolas trouxeram avanços em vários sentidos, principalmente regulando o direito a propriedade. Diante de tal regulamentação, surge uma discussão sobre a constitucionalidade do decreto, de modo a arguirmos, a partir de uma análise formalística a violação ao princípio da legalidade, haja vista que Decreto invade esfera de lei.

2.5 COMUNIDADES REMANESCENTES DE QUILOMBOLAS

O processo de formação dos quilombos ocorre na tentativa dos escravos de se rebelarem contra o sistema escravocrata e apesar das inúmeras tentativas de extermínio dessas comunidades elas ainda continuam existindo no cenário brasileiro atual sob a forma de comunidades remanescentes de quilombolas. Estudos apontam a existência de aproximadamente 1.715 quilombos certificados⁴², demonstrando assim a força social deste grupo.

As comunidades de remanescentes de quilombolas nada mais são do que um fenômeno antropológico definido como uma população formada por descendentes de escravos. As grandes características que define um determinado grupo como sendo remanescente são: a forte ligação com a terra, o elo cultural, a manutenção dos hábitos africanos, e o respeito a cultura dos seus ancestrais, assim são aqueles responsáveis pela reprodução das características dos quilombos coloniais⁴³.

Os estudos relativos à conceituação de tal povo são muito recentes, e surge diante da problemática trazida pelo artigo 68 da do Ato de Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988, isso porque este conferiu títulos de propriedade aos remanescentes de quilombos desde que estivesse ocupando aquelas terras. Tal fato gerou grande repercussão, já que a ADCT não trouxe consigo a definição que determinaria quem seriam os beneficiários dessa norma.

O conceito de remanescente de comunidades quilombolas, não pode tomar somente como base aspectos “antropológicos”, haja vista a dinâmica temporal e sócio-político

⁴² ARAÚJO, Eloi Ferreira de. **Quilombo e caviar**. Disponível em: <<http://www.palmares.gov.br/quilombo-e-caviar/>>. Acesso em: 22 out. 2012.

⁴³ *Ibidem*.

ocorridas com o passar dos anos. Com a tentativa de findar tal problemática, em 2003 o Decreto nº 4.887, trouxe a conceituação de tal povo:

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 procedimental⁴⁴.

Diante da análise de tal artigo, observa-se que a concepção de comunidade quilombola deve ser compreendida através de três aspectos; a auto-identificação, a hetero-identificação e a manutenção de uma continuidade histórica. Assim a conceituação dessa comunidade não pode estar vinculada a legislação escravocrata, isso porque esvazia por completo o texto transitório.

A historiografia moderna demonstra que dentro dos quilombos sempre existiram uma grande variedade sociocultural, logo a definição através de um critério único seria impossível, então, resta claro, a necessidade da observação de uma grande variedade de critérios. A análise antropológica é necessária para definição de um grupo como sendo remanescente de quilombolas, mas o ponto mais importante para tal reconhecimento é a auto-identificação, isso porque, o artigo 1º da Convenção 169-OIT determina a consciência identitária como critério fundamental para identificação⁴⁵.

Assim, remanescentes de quilombolas são todos aqueles que diante de uma análise antropologia se identificam como sendo portador de características intrínsecas daqueles que em período anterior eram considerados como quilombolas. A análise não deve partir da conceituação da palavra remanescente como se referindo a algo

⁴⁴BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.887**, de 20 de abril de 2003. Dispõe Regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que trata o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

⁴⁵ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção 169 - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais**. 19.abr.2004. Disponível em : < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm>. Acessado em: 10.jan.213

que restou, mas sim deve ocorrer uma interpretação ampliada, devendo os remanescentes serem entendidos como as pessoas capazes de cultivar as raízes históricas negras em sua essência⁴⁶.

2.5.1 Comunidade de remanescente de quilombolas na atualidade

Dentre várias comunidades quilombolas que existem no Brasil, duas delas estão em uma situação de destaque na atualidade, sendo elas a comunidade dos Macacos e a Comunidade Rio das Rãs. Essas comunidades quilombolas estão situadas no Nordeste brasileiro, podendo ser caracterizadas como comunidades eminentemente rurais, composta por negros e que de alguma forma estão passando por uma situação de conflito eminente.

2.5.1.1 Comunidade Rio das Rãs

A formação da comunidade Rio das Rãs remonta ao século XVII e XIX, e se localiza no Sertão da Bahia à aproximadamente 80 km da cidade de Bom Jesus da Lapa. Essa comunidade é formada por nove comunidades, Brasileira, Enchu, Bom Retiro, Barreiro do Jacaré, Central, Aribá, Mucambo, Vila Mariana e Rio das Rãs, composta por aproximadamente 590 famílias⁴⁷.

Por estar localizado as margens do rio São Francisco, a comunidade Rio das Rãs sobrevive basicamente da pecuária extensiva, de modo a plantarem algodão e gêneros alimentícios para subsistência. A manutenção da estrutura de remanescente de quilombolas está ligada diretamente a relação dessas pessoas com a terra, pois como observa-se, a comunidade encontra-se fixada neste local a mais de três séculos, onde desenvolvem sua cultura e aprimora a fixação de suas raízes.

⁴⁶SARMENTO, Daniel. **Territórios quilombolas e a Constituição: A ADI 3.239 e a constitucionalidade do Decreto 4.887**. Disponível em: http://6ccr.pgr.mpf.gov.br/documentos-e-publicacoes/docs_artigos/Territorios_Quilombolas_e_Constituicao_Dr._Daniel_Sarmento.pdf. Acessado em : 02.jun.2013.

⁴⁷ FONSECA, Álea Melo. **Rio das Rãs memória de uma “comunidade remanescente de quilombo”**. Disponível em: http://www.afroasia.ufba.br/pdf/afroasia_n23_p297.pdf . Acessado em : 22.fev.2013.

Aponta-se o ano de 1981 como início do conflito possessório no que se refere a comunidade Rio das Rãs, quando um grande fazendeiro da região, tentou retirar a comunidade daquela localidade com o objetivo de construir um empreendimento agropecuário. Alega nesse sentido, que não devem ser emitidos títulos de propriedade para tal comunidade, visto que não se enquadra como remanescente de quilombolas.

Ocorre que o Estado diante do conflito que se instaurou, a fim de tentar solucionar o problema, encomendou através da Fundação Cultural Palmares, um estudo antropológico com o objetivo de comprovar que se tratava de uma Comunidade Remanescente de Quilombo, fato que foi comprovado. Houve também a intervenção do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA), que desapropriou a área no ano de 1997, e em contrapartida, o fazendeiro, suposto dono das terras fora indenizando pelas benfeitorias realizadas⁴⁸.

Dessa maneira, pode-se apontar a Comunidades do Rio das Rãs como sendo a primeira no Brasil a ser identificada como Remanescentes das Comunidades dos Quilombos, tornando-se um símbolo de resistência para as demais comunidades no país. Resta claro, a necessidade da intervenção estatal, para que todas as demais comunidades, que sofrem pelas mesmas questões consigam ter seu direito à terra respeitado conforme o artigo 68 da ADCT.

2.5.1.2 Comunidade Rio dos Macacos

No que diz respeito à Comunidade do Rio dos Macacos, essa pode ser qualificada como uma comunidade eminentemente rural, composta por cerca de setenta famílias, localizada no Recôncavo Baiano. A instalação dessa comunidade remonta ao século XVII, onde inicialmente dividiam espaço com os engenhos, dizendo respeito a um território que era ocupado pelos antecedentes dos remanescentes⁴⁹.

⁴⁸ AMORIM, Itamar Gomes, GERMANI, Guiomar Inez. **Quilombos da Bahia: Presença incontestável**. Disponível: <<http://www.geografar.ufba.br/site/arquivos/biblioteca/publicacoes/cbd12a10ffc8dd6ae5fbb772b21399e5.pdf>> Acessado em: 06. Mar.2013.

⁴⁹ SANTOS, Olinda de Souza Oliveira dos Santos, SILVA, Rose dos Santos. **Dossiê de violação de direito da comunidade quilombola do Rio dos Macacos**. 2012. Disponível em:

Segundo relatos, os remanescentes são descendentes dos escravos que trabalhavam naqueles engenhos, e que aquelas terras tinham sido doadas a eles pelo proprietário das terras como uma forma de indenização. A doação não foi formalizada, mas as famílias continuaram habitando o lugar como se donos fossem diante de uma posse mansa e pacífica⁵⁰.

Segundo a antropóloga Sheila Brasileiro a comunidade do Rio dos Macacos ocupa o Recôncavo Baiano a mais de cinco gerações, totalizando mais de cento e cinquenta anos, de modo que foi nessa localidade que essa população se construiu como seguimento étnico diferenciado. Existe então uma ligação entre a comunidade e a terra, de modo que supera a necessidade de moradia, mas tem haver com a manutenção de uma história⁵¹.

Ocorre que no ano de 1960, a prefeitura de Salvador doou a Fazenda dos Macacos à Marinha brasileira, a qual em 1971 passou a construir a Base Naval. A partir de tal fato, começaram a surgir os problemas no tocante a questão agrária, haja vista, a imposição por parte da Marinha de diversas restrições com o objetivo de expulsar a comunidade⁵².

Os atos praticados pela Marinha podem ser definido como desumanos a medida que utilizam-se de práticas abusivas coibindo a possibilidade de sobrevivência dos remanescentes nessa área. As medidas tomadas incluem o impedimento ao acesso à água, o corte de energia, destruição dos terreiros de candomblé, impedimento da realização da manutenção dos roçados, dentre outros.

Tramita atualmente uma ação⁵³ reivindicatórias ajuizadas pela União Federal com pedido de antecipação de tutela, objetivando a desocupação da área a qual afirmam ser terreno de Marinha. Na exordial, a Comunidade Rio dos Macacos foi

<<http://www.senado.gov.br/comissoes/documentos/SSCEPI/DOC%20VCM%20214.pdf> >. Acesso em: 22. Jan.2013.

⁵⁰ *Ibidem*

⁵¹ BRASILEIRO, Sheila, SAMPAIO, José Augusto. Sacutiaba e Riacho de Sacutiaba: uma Comunidade Negra Rural no Oeste Baiano *In: O'DIWER, Eliane Cantorino (Coord.). Quilombos identidade étnica territorialidade*. Rio de Janeiro: FGV, 2002, p.83-109.

⁵² SANTOS, Olinda de Souza Oliveira dos Santos, SILVA, Rose dos Santos. **Dossiê de violação de direito da comunidade quilombola do Rio dos Macacos**. 2012. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/comissoes/documentos/SSCEPI/DOC%20VCM%20214.pdf> >. Acesso em: 22. Jan.2013.

⁵³ Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Ação reivindicatória nº 0016296-14.2009.4.01.3300. Relator EVANDRO REIMÃO DOS REIS. Julgado em: 04. Nov.2012. Disponível em:< <http://portal.trf1.jus.br/sjba/> > . Acesso em: 06 mai 2013.

desqualificada como sujeito de direito, atribuindo a ela a característica de invasores, de modo a pleitear pela desocupação imediata das terras, as quais estavam sofrendo danos por serem habitadas por depredadores.

No tocante a defesa da comunidade, observa-se que esta foi realizada pela Defensoria Pública da União, deixando então de ser caracterizada como conflito coletivo, pois para tanto seria necessária à presença do Ministério Público. Recentemente, porém o Ministério Público ingressou com a Ação Civil Pública nº 0038229-72.2011.4.01.3300, em defesa da Comunidade, para garantir a permanência dos remanescentes até a finalização do processo de demarcação do território⁵⁴.

Apesar de ter sido juntado aos autos o registro emitido pela Fundação Cultural Palmares, em que se declarava a Comunidade do Rio dos Macacos como sendo uma comunidade de remanescente de quilombolas, a suspensão do processo não ocorreu, alegado se tratar de uma declaração unilateral. Diante de tal situação, a Advocacia Geral da União peticionou nos autos pleiteando o adiamento do cumprimento de despejo, e tal pedido foi deferido pelo Juiz da 10ª Vara de Justiça Federal, de modo a adiar o processo por cinco meses.

No que tange a decisão proferida pelo mesmo juízo:

(...) Julgo procedente o pedido, ratificando a tutela já deferida, fls. 281/283, para reconhecer, em vista dos títulos apresentados, o domínio da União sobre os imóveis reivindicados, conforme identificação às fls. 234, 236, 238, 240, 243, 245 e 247, e, ante a inexistência de justo título dos réus, determinar sua desocupação, no prazo de quinze dias, sob pena de retirada compulsória. De conseguinte, há resolução do mérito, conforme artigo 269, inciso I, do Código de Processo Civil. Condene os réus no pagamento de honorários de advogado os quais fixo em R\$ 6.000,00 (seis mil reais), divididos pró rata e custas processuais, observado o disposto nos artigos 11 e 12, da Lei nº 1.060/50, fls. 283.

A questão das comunidades quilombolas não deve ser tratada somente como uma questão fundiria, mas também se deve observar a conotação étnica, cultural, histórica e antropológica, assim, resta clara o evidente desrespeito ao mandamento Constitucional, diante da violação direta ao artigo 68 da ADCT.

⁵⁴ SANTOS, Olinda de Souza Oliveira dos Santos, SILVA, Rose dos Santos. **Dossiê de violação de direito da comunidade quilombola do Rio dos Macacos**. 2012. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/comissoes/documentos/SSCEPI/DOC%20VCM%20214.pdf>>. Acesso em: 22. Jan.2013.

3 DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE NO TOCANTE AO DIREITO DOS REMANESCENTES

No tocante a distribuição de terras no Brasil, deve-se inicialmente pontuar a questão histórica acerca da colonização do país. Dessa forma pode-se afirmar que as questões fundiárias relativas a distribuição representa um consequência a colonização Portuguesa.

A colonização do Brasil ocorreu como um produto da expansão marítima, sendo a colônia a fonte de riqueza para a metrópole, de modo que essa exploração se baseava em um tripé; latifúndio, monocultura e escravidão. Nesse sentido nasce a má distribuição das terras, visto a necessidade dos grandes latifúndios para a produção em grande escala.

Remonta-se ainda a má distribuição de terras ao período inicial da colonização, haja visto, a distribuição das sesmarias, isso porque, uma vez descobertas, as terras, passaram a compor o patrimônio do monarca português que possuía o direito de vendê-las ou doá-las. Foi diante de tal situação jurídica que as terras foram distribuídas no país, sem qualquer critério, sendo doadas a pessoas que possuíam certa proximidade da Coroa.

As questões referentes às sesmarias foram regidas, no período colonial, pelas Ordenações Manuelinas (1521), mas no que diz respeito a distribuição de terras, tal norma se manteve inerte, na realidade o que costumava ocorrer eram doações, sendo então as terras da Colônia destinadas aos capitães donatários que passavam a deter parcelas da propriedade. Esses donatários por sua vez, comprometiam-se com a Coroa Portuguesa em distribuir parte dos lotes recebidos sob a forma de sesmaria.

Ocorre que a condição da redistribuição das terras para pequenos agricultores não foi respeitada, na realidade essa se deu sem qualquer balizamento legal, visto que, não existiam normas para regulamentar tal evento, e por isso a distribuição de terra ocorreu de maneira concentrada, tendo como único critério o caráter hereditário. Assim, Foi por consequência da inexistência de um regimento específico sobre as

sesmarias que, surgiram os abusos e irregulares que se fazem presentes até os dias atuais⁵⁵.

Diante de tais fatos, observa-se que a questão da divisão de terras no país sempre ocorreu de forma desproporcional e sem qualquer balizamento legal, gerando consequência graves a determinadas camadas sócias. Nesse sentido a análise acerca da questão quilombola deve ser feita observando-se as questões agrárias e principalmente atentando para o princípio da função social da terra.

Dessa maneira, Orlando Gomes conceitua a função social da seguinte forma:

“Sua conceituação pode ser feita através de três critérios: o sintético, o analítico e o descritivo. Sinteticamente, é de se defini-lo como a submissão de uma coisa, em todas as suas relações, a uma pessoa”.
“Analiticamente, o direito de usar, fruir e dispor de um bem, e de reavê-lo de que injustamente o possuía. Descritivamente, o direito complexo, absoluto, perpétuo e exclusivo, pelo qual uma coisa fica submetida à vontade de uma pessoa, com as limitações da lei⁵⁶.”

Diante do conceito acima descrito, observa-se que a propriedade é um direito complexo que possibilita a seu titular uma série de atributos, sendo considerado como ponto definidor deste instituto o poder jurídico de dominação do objeto.

A função social esta relacionada com o direito subjetivo, vez que surge como agente limitador, pois passa a obstaculizar o direito individual em favor do bem da coletividade. O direito subjetivo pode ser conceituado como sendo o poder concedido ao sujeito para satisfazer suas necessidades individuais, o qual nos primórdios, somente encontrava limites na conduta criminosa, seja na sua forma culposa ou dolosa que de alguma forma causasse danos a terceiros⁵⁷.

O direito subjetivo nasce diante do cenário do Estado liberal, onde se tinha a concepção da individualidade como principio fundamental da economia. A concepção liberalista surge do idealismo filosófico da Revolução Francesa que tinha como um dos seus maiores objetivos a proteção aos direitos individuais, e do

⁵⁵ NOZOE, Nelson. **Sesmaria e apossamento de terras no Brasil Colônia**. Disponível em:< <http://www.anpec.org.br/encontro2005/artigos/A05A024.pdf>>. Acessado em 22. mai. 213.

⁵⁶ GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

⁵⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos reais**. 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris,2009.

liberalismo econômico criado por Adam Smith, o qual propunha o afastamento do Estado no que se refere às relações econômicas⁵⁸.

Nesse contexto, a propriedade passa a ser pensada a partir Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, pelo código Napoleônico e pela Escola Pandectística Alemã. Tinha-se então a propriedade como um direito absoluto, construído sob as bases da soberania individual e na autonomia da vontade e da liberdade⁵⁹.

O Estado Liberal era indiferente a vida social, era um Estado minimalista, focado somente na questão das liberdades individuais, baseado na ideia do *laissez faire et laissez passes*, e diante do sentimento de propriedade individual, tinha-se a ideia que o proprietário poderia usar e gozar dos seus bens como bem entendesse sem que o Estado pudesse opinar. Essa estrutura individualista se justificava, visto que tal postura se fundava nos ideais de liberdade que se opunham a monarquia absolutista da época.

Ocorre que com o passar do tempo inúmeras transformações políticas e econômicas, aceleradas a partir da primeira guerra mundial, passam a modificar a relação entre o direito subjetivo e a propriedade privada, isso porque, o Estado passa a intervir na estrutura socioeconômica, visto que a sociedade passa a buscar proteção na estrutura estatal. Nesse contexto o direito subjetivo da propriedade passa ser relativizado com a evolução do Direito moderno e dos direitos fundamentais de segunda geração.

Os direitos fundamentais de segunda geração são aqueles responsáveis por atribuir ao Estado a obrigação de garantir determinados direitos aos indivíduos, regulando a sociedade de modo a concretizar determinados valores, eis que surge o “direito moderno”. O direito moderno está baseado no Estado do bem estar social passando a criar mecanismos de relativização do direito privado, surgindo então à ideia do abuso de direito, definido como:

“Pode-se sintetizar o abuso de direito pondo em relevo sua significação essencial nos termos seguintes: quando o titular de uma prerrogativa jurídica, de um direito subjetivo, atua de tal odo que sua conduta se

⁵⁸ CUNHA JUNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. Bahia: Juspodivm .2009.

⁵⁹ BERCOVICI, Gilberto. A Constituição de 1988 e a função social da propriedade. **Revistas de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, v.7, p. 70-83.

subsume à norma legal que lhe concede a faculdade, mas resulta contrária a boa-fé, à moral, aos bons costumes, aos fins sociais e econômicos em virtude dos quais foi outorgada a prerrogativa, ou, ainda, quando atua com culpa ou dolo, sem utilidade para si e causando danos a terceiros o ato é abusivo e, portanto, carecedor de eficácia, acarretando para o agente a responsabilidade pelos danos causados”⁶⁰.

A passagem do Estado Liberal para o Estado Social, bem como consagração dos direitos fundamentais de segunda geração passam a exigir a mudança de paradigma, a propriedade deixa de ser vista como um interesse exclusivo do proprietário, pois nesse momento histórico o direito subjetivo passa a ser delimitado na curvatura do interesse coletivo. Ainda nesse sentido, o proprietário passa ser visto como um possuidor de uma “obrigação social”, surgindo assim a concepção da função social, haja vista a mudança de foco.

A função social nada mais é do que a delimitação dos interesses individuais diante das necessidades coletivas, sendo um instrumento operacional de convivência social. Pode-se então afirmar que a função social está ligada a uma ideia de solidariedade social, prevista no art. 3º, I da Constituição Federal.

O movimento socialista a partir do século XIX, conduz a ideia de solidariedade para o direito, trazendo a ideia de responsabilidade de toda a sociedade pelas mazelas dos indivíduos, e com base neste princípio, os direitos sociais passam a ser reconhecidos, destinando-se a garantir proteção aos mais necessitados. A solidariedade social está ligada a ideia de observação da realidade social, de reconhecimentos das necessidades alheias, da materialização dos princípios fundamentais, e principalmente do uso do direito como o mecanismo de construção do Estado de bem-estar social.

A função social da propriedade baseia-se principalmente no princípio da solidariedade, buscando a intervenção estatal no que tange a relação patrimonial, não somente diante da culpa ou dolo, mas diante de todas as situações típicas do convívio em sociedade. O direito a propriedade privada deve ser compatibilizada com o princípio da solidariedade e por isso nasce a função social da propriedade.

No que diz respeito à regulação fundiária no tocante às comunidades quilombolas, estamos nos referindo à tentativa de emissão de títulos de propriedade as

⁶⁰ FARIA, Dárcio Augusto Chaves. **A função social como princípio legitimador da propriedade.** Os Princípios da Constituição Federal de 1988. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.574.

comunidades que já possui a posse destas áreas, posse essa centenária, que apesar dos acontecimentos históricos perduram no tempo. Tal fato demonstra que diante da má divisão das terras da colônia, certos proprietários por não terem a capacidade, ou o interesse de manter as terras recebidas, passam a abandoná-las, e diante de tal peculiaridade os quilombos começam a se formar nesses terrenos, em terras que aparentemente não são de ninguém.

Nesse sentido, quando nos referimos à regularização fundiária, tal termo se diz respeito a uma política fundiária, e no que tange a situação dos remanescentes de quilombolas podemos “apelidar” de uma nova espécie de reforma agrária. Resta claro a existência de um laço estreito entre regularização fundiária e a função social da propriedade, visto que para que a primeira possa ocorrer se faz necessário que a outra seja observada.

Diante das afirmativas supracitadas, conclui-se que os quilombolas possuem direito às terras previstas no artigo 68 da ADCT, visto a ocupação centenária das mesmas, o que leva a concluir que os seus supostos proprietários, os quais reivindicam atualmente suas terras, não vem cumprindo a função social de mesma. Dessa forma, todas as questões arguidas acerca da inconstitucionalidade material do Decreto lei 4.877/DF devem ser analisadas a partir da observação de um não cumprimento da função social das terras em conflito.

3.1 AÇÕES AFIRMATIVAS

As ações afirmativas surgem primeiramente nos Estados Unidos da América, tendo por objetivo implementar políticas de inclusão a determinados setores da população discriminadas historicamente. Surgem com o intuito de minimizar o sistema segregador posterior a abolição da escravatura no país⁶¹.

As ações afirmativas são instrumentos temporários com o objetivo de realização de um equilíbrio social, praticada por entidades privadas ou governamentais, por meio do qual se busca a integralização de determinados grupos à sociedade. Nesse sentido, cumpre destacar que tais ações devem ser implementadas por um

⁶¹ BELLINTANI, Leila Pinheiro. **Ações afirmativas e os Princípios do Direito. A questão faz quotas raciais para o ingresso no ensino superior**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2006, p. 41.

determinado prazo, devendo ser findada assim que se observar a diminuição dos efeitos históricos da segregação⁶².

Nesse sentido, afirma-se que as ações afirmativas são mecanismos legais que tem como objetivo fomentar a igualdade, e promover uma justiça social rompendo com laços históricos descabidos. Tem tais ações por característica o caráter temporário, com o objetivo de combater discriminações sofridas por grupos historicamente esquecidos.

Em torno de tal tema existe varias posições, de modo que os defensores de tais políticas argumentam que essas são uma justiça compensatória e distributiva que se perfeita com a evolução do principio da igualdade. Nesse sentido as ações afirmativas no Brasil significa a tentativa de conceber a reversão do conceito histórico-jurídico do principio da igualdade em favor das minorias⁶³.

Diante das afirmações feitas, deve-se afirmar que o direito dos remanescentes de quilombolas delimitado pelo artigo 68 da ADCT, não se trata de uma política afirmativa, trata-se tão somente de um direito previsto Constitucionalmente. Ademais, cabe salientar, que trata-se de um direito fundamental de segunda geração que poderá ser exercido juntamente com politicas afirmativas, mas não se trata de uma.

As ações afirmativas são interpretadas por determinados estudiosos como sendo uma justiça compensatória, que tem por condão restituir dívidas históricas. Diante desse argumento, conclui-se que os direitos dos remanescentes não devem ser tratados como uma espécie de ação afirmativa, não se tratando de uma medida compensatória, mas sim de uma medida protecionista, com o objetivo de realizar a justiça social,.

⁶² KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. **Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito? Uma análise histórico-jurídico-comparativo do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil.** Porto ALEGRE: Livraria do advogado Editora. 2007, p. 221.

⁶³ *Ibidem*, p. 233

3.2 PROPRIEDADE QUILOMBOLA COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL

Os direitos fundamentais são inseridos nas Constituições ocorreu diante da transformação do Estado liberal em social, e por consequência da intervenção do Estado na sociedade. Diante disso surge a Constitucionalização do Direito de modo a romper as barreiras existentes entre o direito público e privado, e nesse sentido surgem os direitos fundamentais⁶⁴.

Tais direitos podem ser divididos em gerações distintas. Os direitos fundamentais de primeira geração, foram os primeiros a serem reconhecidos, e tal fato remonta ao século XVII, podendo esses serem definidos como direitos eminentemente individuais, sendo esses reconhecidos com o intuito de tutelarem interesses individuais.

Ainda nesse sentido, os direitos de primeira dimensão correspondem às liberdades públicas dos franceses, sendo que seu reconhecimento se confunde com a própria história do constitucionalismo moderno. Esses direitos correspondem ao *status negativus* da teoria de Jellinek, posto que o indivíduo é reconhecido pelo fato de possuir uma esfera individual de liberdade, da qual o Estado deve se manter distante, agindo de maneira negativa, ou seja, não agindo diante das escolhas individuais do sujeito⁶⁵.

Os direitos fundamentais de segunda geração são uma resposta ao Estado liberal, surgindo diante da omissão demasiada deste em relação às questões socioeconômicas, nascendo diante da criação de um Estado do bem estar social. Assim, os direitos fundamentais de segunda geração nada mais são do que os direitos sociais, concretizados por princípios como o da justiça social, que se destina a proteção de classes desprivilegiadas, da igualdade material, solidariedade, entre outros.

Tais direitos exigem uma atuação positiva do Estado, de modo a atuar de forma ativa para realização de tais princípios, nesse sentido o Estado deixa de proteger somente as liberdades individuais, passando a atender as necessidades individuais e as coletivas. No tocante aos direitos fundamentais de terceira dimensão destina-se

⁶⁴ MEIRELES, Ana Cristina Costa. **A eficácia dos Direitos Sociais**. Bahia: Juspodivm. 2008, p.75.

⁶⁵ CUNHA JUNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. Bahia: Juspodivm.2009.

a proteger o homem em sua dimensão social, estamos então diante de direitos difusos.

Os direitos fundamentais podem ser observados sob duas perspectivas, a formal e a material. No que se refere ao sentido formal, pode ser definido como aquelas posições jurídicas das pessoas na sua dimensão individual que estão consagrados na Carta Magna, já os direitos fundamentais em sentido material são aqueles que apesar de se encontrarem fora da Constituição por sua importância podem ser comparados a um direito fundamental⁶⁶.

Nessa perspectiva, o direito dos remanescentes de comunidade quilombolas à propriedade é um direito fundamental de segunda geração, pois está relacionado umbilicalmente ao princípio da igualdade e ao da justiça social. Ainda nesse sentido, observa-se a necessidade de atuação positiva do Estado para que tal direito seja concretizado.

Tal direito se mostra como um direito social visto que tem por finalidade a criação e garantia de uma igualdade entre os indivíduos, já que busca a justiça social. Em busca dessa justiça social, o direito de propriedade dos remanescentes e quilombolas é um direito social de proteção⁶⁷, dessa maneira, define-se os direitos sociais como aqueles ligados ao direito à igualdade, já que estes criam condições materiais para a realização da igualdade real, o que por sua vez cria condições para o exercício da liberdade⁶⁸.

Tal direito à propriedade quilombola está disposto no artigo 68 dos Atos de Disposições Constitucionais transitórias da Constituição Federal de 1988, sendo que esse garantiu aos mesmos o direito de propriedade definitiva das terras que já estavam ocupadas por eles, mas não só isso, o grande papel foi atribuir a esse povo a característica de sujeito de direito, como um ente coletivo. Tal norma emana do Poder Constituinte originário sendo uma norma Constitucional, derivada do Princípio da Justiça social.

⁶⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 10 ed. Ver. Atual. E ampliada. Porto Alegre: Livraria do advogado. 2009, p 80.

⁶⁷ MEIRELES, Ana Cristina Costa. **A eficácia dos Direitos Sociais**. Bahia: Juspodivm.2008,p.79.

⁶⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p.285.

O princípio da Justiça social está previsto na Constituição Federal de 1988, em seus artigos 193 e no caput do artigo 170, e trata da relação do indivíduo com a comunidade, mas diante da análise aristotélica de que as comunidades nada mais são do que a reunião de indivíduos, a justiça social, ao regular as relações do indivíduo com a comunidade, acaba por regular as relações do indivíduo com outros indivíduos, devendo dar a cada um o que é devido⁶⁹.

Os quilombos surgidos após a escravidão se caracterizam pela luta permanente pelo reconhecimento como uma comunidade cultural, pela expulsão e reocupação constantes dos espaços ocupados pelas comunidades⁷⁰. Somente com a Constituição de 1988 os quilombolas passam a ser reconhecidos como um grupo étnico pertencente à sociedade brasileira, e a partir de então começam serem reconhecidos como sujeitos (coletividade) de direito.

Segundo essa linha de raciocínio, pode-se afirmar que o direito dos remanescentes de quilombolas à propriedade é um Direito fundamental na função de direito a prestação. Nesse sentido, tal posição se mostra como uma *status positivus*, implicando na atuação estatal de modo a implementar condições factíveis para implementação de tal direito⁷¹.

Cumpra esclarecer que os princípios constitucionais são mandamentos de otimização que devem implicar na máxima proporcionalidade. Dessa maneira a exigência de sopesamento se mostra necessário em face do ordenamento jurídico⁷².

A existência de segurança jurídica é de essencial para manutenção da ordem social, e para tanto torna-se necessário a não existência de antinomias, ou dúvidas quanto as regras a serem aplicadas. Há a possibilidade da existência de uma colisão entre princípios em determinados casos concretos, de modo que um desses princípios

⁶⁹ BARZZOTO, Luís Fernando. **Justiça Social - Gênese, estrutura e aplicação de um conceito**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_48/artigos/ART_LUIS.htm> Acesso em: 07 mar. 2013.

⁷⁰ LEITE, Matheus Mendonça Gonçalves. **A luta por reconhecimento dos Direitos Fundamentais das comunidades remanescente de quilombolas**. Disponível em : <<http://www1.pucminas.br/proex/arquivos/lutaquilombo.pdf>>. Acesso em 03. jan.2013.

⁷¹ SAMPAIO, Marcos. **O conteúdo essencial dos Direitos sociais**. São Paulo: Saraiva. 2013, p.50.

⁷² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores LTDA., 2006., p. 117.

deverá ser limitado, tendo por objetivo a proteção de um bem de maior relevância social⁷³.

Diante da colisão de princípios fundamentais, deve-se decidir o conflito através da interpretação sistemática da Constituição e através do critério da proporcionalidade. Dessa maneira os direitos fundamentais podem ser limitados a fim de harmonizar os interesses individuais e os coletivos⁷⁴.

Tendo em vista a questão ora discutida, observa a clara colisão entre o direito dos remanescentes de quilombolas com o direito à propriedade privada, devendo esse ser solucionado diante da ponderação de interesses. Tal conflito se mostra tão aparente que fez suscitar a discussão acerca da inconstitucionalidade, pontua-se então o caráter eminentemente político da ADIN 3.239/DF, visto que possui como escopo a preponderância do direito à propriedade privada sobre o direito dos remanescentes.

Diante de tal fato e para que a ponderação de interesses seja realizada de forma correta, faz-se necessário a análise do texto Constitucional, para que se possa observar as possibilidades das restrições de um dos direitos. Tal limitação se dará por via de exceção, e no caso dos quilombolas a Constituição através da previsão da função social da terra limitou de forma abstrata a propriedade privada.

Ainda nesse sentido cumpre esclarecer que a partir da análise do artigo 68 da ADCT, observa-se a existência da proteção a determinados princípios, como o da igualdade, da justiça social e da proteção aos povos historicamente esquecidos. Nesse sentido, a Constituição através do artigo supracitado da ADCT, tem por objetivo a consolidação de um direito subjetivo preexistente, que expressa ideia da certeza ao direito à propriedade dos remanescentes, conferindo-os segurança jurídica e uma evidente proteção os seus interesses, quando cumprido os requisitos formais.

Dessa maneira, conclui-se que o direito dos remanescentes de quilombola à propriedade deve preponderar sobre o direito do particular à propriedade, isso porque a exigência Constitucional de que os quilombolas estejam ocupando os

⁷³ BELLINTANI, Leila Pinheiro. **Ações afirmativas e os Princípios do Direito. A questão faz quotas raciais para o ingresso no ensino superior.** Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2006, p. 135.

⁷⁴ DIMITRI, Dimoulis. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos Direitos Fundamentais.** São Paulo: Revista dos Tribunais.2008,p.170.

territórios em conflito, demonstra o não cumprimento da função social da terra. Estamos então diante da ponderação diante da justiça social, realizando então uma nova modalidade de reforma agrária.

Assim, tal direito não deve ser encarado como sendo uma ação afirmativa, muito pelo contrario, deve ser analisado como um direito constitucionalmente previsto que irá preponderar sobre o direito à propriedade privada, já que como supracitada trata-se de um direito social, logo um direito fundamental de segunda geração, que deverá ser observado diante do não cumprimento da função social das terras. O direito dos remanescentes de quilombolas é constitucional, e deve ser regulamentado afim de realizar uma justiça social, e proporcionar a efetivação do direito a igualdade e a liberdade.

4 ANÁLISE DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Antes de adentrar na questão central deste trabalho, uma análise sobre o controle de Constitucionalidade brasileira se mostra necessária. Assim, o ponto basilar para se deslindar a ADIN nº 3.239/DF perpassa pelo estudo das características dos procedimentos adotados no país acerca do controle de constitucionalidade.

A lógica que permeia o sentido do controle de constitucionalidade esta na existência de uma Constituição rígida e que ocupe o patamar mais elevado no que se refere ao grau de hierarquia. Dessa maneira, o controle de constitucionalidade tem por finalidade a fiscalização e a adequação das leis e atos normativos à Constituição.

Existe no sistema jurídico uma relação de hierarquia entre as normas, pois algumas possuem maior importância do que outras. Essa conclusão se torna lógica, à medida que as normas se relacionam, pois existem normas que regulam a produção de outras, e por isso podem ser consideradas materialmente superiores das demais⁷⁵.

A Constituição tem como papel fundamental a manutenção da ordem social de um Estado, tendo preponderância sobre as demais normas, pois é produto do poder constituinte originário⁷⁶. Dessa maneira qualquer ato que atente contra a Carta Magna sofre de nulidade, devendo sobre este ser realizado um controle de “compatibilidade”.

O controle de constitucionalidade em sua essência pode ser resumido como o mecanismo capaz de garantir a força da Constituição. Assim, por ser possuidora desse poder hierárquico, a Carta Magna é dotada de supremacia, sendo essa a característica que a eleva a condição de norma suprema, nesse sentido:

A supremacia da Constituição – enquanto princípio jurídico que atribui à Constituição uma força subordinante e a eleva à condição de legitimidade e validade de todas as normas jurídicas positivadas em um dado Estado- é a base de sustentação do próprio Estado Democrático de Direito, seja porque assegura o respeito à ordem jurídica, seja porque proporciona a efetivação dos valores sociais⁷⁷.

⁷⁵ RAMOS, Elival da Silva. **A inconstitucionalidade das leis Vício e sanção**. São Paulo:Saraiva.1994.

⁷⁶ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012

⁷⁷ CUNHA JUNIOR, Dirley. **Controle de Constitucionalidade**.6 ed. Bahia: Juspodivm.2011, p. 41.

A rigidez como característica da Constituição Federal do Brasil, faz nascer o princípio da supremacia da Constituição, que a coloca em um patamar distinto das demais normas⁷⁸. Essa supremacia tem por finalidade obstacularizar a criação de qualquer ato normativo que possa ser incompatível com o sistema constitucional, trazendo a ideia do Diploma Maior como a diretriz norteadora do Estado⁷⁹.

Pelo fato da norma constitucional ser suprema, torna-se corolário a sua existência um mecanismo de proteção contra as antinomias infraconstitucionais que possam vir a existir, assim o controle de constitucionalidade nasce como a ferramenta capaz de compatibilizar formal e materialmente as normas do ordenamento com a Carta Magna.

Nesse sentido seguem as lições do autor Dirley da Cunha júnior:

“O controle de Constitucionalidade, a par de assegurar a superioridade e força normativa da Constituição, como forma de sempre manter a prevalência das normas Constitucionais, também se apresenta como um relevante meio de conter os excessos, abusos e desvios de poder, garantindo os direitos fundamentais”⁸⁰.

A origem do controle de constitucionalidade remonta ao ano de 1803 nos Estados Unidos da América com o caso *Marbury v. Madison*, no qual o juiz Marshall através de seu voto trouxe à Suprema corte a prerrogativa de analisar a constitucionalidade das leis. A partir desse entendimento jurisprudencial surge o controle de constitucionalidade, sendo fonte de inspiração para outros países⁸¹.

Pode-se distinguir o controle de constitucionalidade em sistema difuso, em que o poder de controle pertence a todos os órgãos jurisdicionais, e em sistema concentrado, onde o poder de controle se concentra em um único órgão judiciário. Em relação a análise da inconstitucionalidade, o controle pode possuir o caráter concreto ou abstrato, haja vista, que no primeiro se vislumbra o direito atingido pela

⁷⁸ BRAGA, Paula Sarno; JUNIOR, Fredie Didier; OLIVEIRA, Rafael Alexandre de. Aspectos Processuais da ADIN(Ação Direta de Inconstitucionalidade) e da ADC (Ação Declaratória de Constitucionalidade. **Ações constitucionais**. 6. ed. Bahia: Juspodivm, 2012.

⁷⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 6. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2004.

⁸⁰ CUNHA JUNIOR, Dirley. **Controle de Constitucionalidade**. 6 ed. Bahia: Juspodivm.2012, p. 41

⁸¹ TOMAZETTE, Marlon. A evolução histórica do controle de constitucionalidade das leis no Brasil. **Revista de direito Constitucional internacional**. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, ano 18, jan/mar. 2010.

lei, e no segundo a análise se volta a questão da inconstitucionalidade sendo despreendida dos conflitos concretos da norma⁸².

⁸³O direito brasileiro adota o sistema misto de controle, podendo os atos eivados pelo vício da inconstitucionalidade serem atacados de duas maneiras distintas; através do controle difuso ou do controle concentrado. Naquele a validade das normas podem ser analisadas por qualquer órgão do poder judiciário, sendo analisada a partir de um caso concreto de forma incidental⁸⁴.

Ainda nesse sentido, o controle difuso se mostra em um processo comum, quando a própria parte alega a inconstitucionalidade para fundamentar seu pedido ou sua defesa. Dessa maneira, esta arguição é feita *incidenter tantum* sendo sempre analisada com uma questão prejudicial⁸⁵.

Segundo entendimento do autor Lenio Luiz Streck, seria esse o tipo de controle capaz de suscitar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo no curso de qualquer ação. Dessa maneira, podem as partes de forma incidental levantar a questão da inconstitucionalidade, bem como o Ministério Público e, de ofício o juiz da causa⁸⁶.

No que diz respeito ao Controle Concentrado, esse foi instalado definitivamente no Brasil com a Emenda Constitucional 16 de 1965, com a criação da ação direta de inconstitucionalidade, sendo esse controle realizado pelo Supremo Tribunal Federal. Neste sentido, diferentemente do que se observa no controle difuso, a discussão em torno da constitucionalidade torna-se questão principal⁸⁷.

⁸²RAMOS, Elival da Silva. **A inconstitucionalidade das leis Vício e sanção**. São Paulo:Saraiva.1994,p.98

⁸³ Segundo Dispõe Elival da Silva Ramos o chamado controle de constitucionalidade nada mais significa do que a manifestação da função legislativa, não podendo sequer ser considerado controle político, enquanto função autônoma. Assim para ele somente existiria no ordenamento brasileiro o controle difuso, visto que este permanece no plano da declaração de inexistência da lei, sendo esse um controle jurisdicional. RAMOS, Elival da Silva. **A inconstitucionalidade das leis Vício e sanção**. São Paulo: Saraiva. 1994, p.96 e 97.

⁸⁴ COUTINHO, Isabela Esteves Cury, BORGES, Martha Helena de Lima. A objetivação do controle de constitucionalidade análise da Súmula vinculante. **Revista de direito Constitucional internacional. II jornada brasileira de direito processual civil**: Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, ano 23, Abril. 1998.

⁸⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. Controle de constitucionalidade. **Revista de Processo**. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, ano 18, jan/mar. 2010, p. 11-37

⁸⁶STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**.2 ed. Rio de Janeiro: Forense.2004.

⁸⁷ CUNHA JUNIOR, Dirley. **Controle de Constitucionalidade**.6 ed. Bahia: Juspodivm.2012.

A declaração de inconstitucionalidade de uma norma no controle difuso de constitucionalidade, como já dito, dá-se de forma incidental, além disso, no caso de um juízo monocrático realizar tal controle, sua decisão apenas afastará a aplicação da norma no caso concreto, ou seja, somente produzirá efeito *inter partes*⁸⁸. Assim a deliberação quanto a matéria constitucional, não será abrangida pela coisa julgada, mesmo que chegue ao STF através do recurso extraordinário⁸⁹.

No que se refere ao controle concentrado no entanto, à decisão acerca da (in) constitucionalidade produzirá efeitos *erga omnes* e *ex tunc*, de modo a vincular todo o Poder Judiciário, pois impedirá interpretações divergentes à do STF. Dessa maneira pode-se afirmar que o controle concentrado terá como consequência direta a vinculação de toda a sociedade a decisão proferida pelo Tribunal.

No tocante ao tema central deste trabalho, a Ação Direta de inconstitucionalidade nº 3.329/DF foi proposta com o objetivo de realizar um controle de maneira concentrada, isso porque pretende que o Decreto 4.887/2003 seja declarado inconstitucional, diante de uma suposta afronta direta a supremacia constitucional. Assim, pode-se afirmar que o objetivo central dessa ADI é que a norma seja declarada inconstitucional por via direta para que seja imediatamente expulsa do ordenamento jurídico e evite o controle difuso que vem sendo realizado pelos Tribunais federais.

No que diz respeito ao controle difuso de Constitucionalidade que vem sendo realizado no país, no que se refere as comunidades quilombolas, observa-se que as decisões reiteradas dos juízes se manifestam no sentido de afirmarem a constitucionalidade do Decreto ora discutido, de modo a tornar válida a emissão dos títulos de propriedade as comunidades quilombolas, como se pode observar:

⁸⁸ COUTINHO, Isabela Esteves Cury, BORGES, Martha Helena de Lima. A objetivação do controle de constitucionalidade análise da Súmula vinculante. **Revista de direito Constitucional internacional. II jornada brasileira de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, ano 23, Abril. 1998.

⁸⁹ SOUZA, Léa Émile Maciel Jorge De. A objetivação dos efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal no controle concreto de constitucionalidade. **Revista de direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, ano 21, out-Dez. 2012.

⁹⁰Processo: AG 34037 SC 2008.04.00.034037-5

Relator(a): MARIA LÚCIA LUZ LEIRIA

Julgamento: 07/04/2009

Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA

Publicação: D.E. 06/05/2009

Ementa

CONSTITUCIONAL. REMANESCENTES DE COMUNIDADES DE QUILOMBOS. ART. 68-ADCT. DECRETO Nº 4.887/2003. CONVENÇÃO Nº 169-OIT.

Trata-se de recurso especial interposto com apoio no art. 105, III, a e c, da Constituição Federal, contra acórdão proferido por Órgão Colegiado desta Corte, cuja ementa foi lavrada nas seguintes letras:

CONSTITUCIONAL. REMANESCENTES DE COMUNIDADES DE QUILOMBOS. ART. 68-ADCT. DECRETO Nº 4.887/2003. CONVENÇÃO Nº 169-OIT. 1. DIREITO COMPARADO. DIREITO INTERNACIONAL. O reconhecimento de propriedade definitiva aos "remanescentes de comunidades de quilombos" é norma constitucional que encontra similitude no direito constitucional do continente americano. Questionamento, por parte de comitês e comissões internacionais cuja jurisdição o Brasil reconheceu competência, no sentido da preocupação com a violação dos direitos das comunidades negras, recomendando adoção de procedimentos para efetiva titulação das comunidades quilombolas. Compromissos firmados e que encontram substrato na "prevalência dos direitos humanos" como princípio regente das relações internacionais. 2. INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO. Na interpretação das normas constitucionais, há que se ter em conta a unidade da Constituição, a máxima efetividade e a eventual concordância, não sendo, em princípio, inconstitucional regulamentação, por decreto, de direitos das referidas(...)

Em relação à decisão abordada acima, no que se refere à interposição do recurso observa-se que o voto foi pela constitucionalidade do Decreto 4.887/2003, negando provimento ao agravo, isso porque foi reconhecida a propriedade definitiva das comunidades de remanescente de quilombolas, declarando a validade dos atos praticados pelo INCRA. Tal decisão confirmou o posicionamento do Juiz de primeiro grau, de modo a declarar constitucional o decreto por meio do controle difuso de constitucionalidade.

Ainda nesse sentido, observa-se o posicionamento da primeira turma do TRF da 3ª Região, que também através do controle difuso de constitucionalidade declarou constitucional o procedimento administrativo do Decreto 4.887/2003:

⁹⁰ TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO. Agravo de Instrumento. Proc. AG 34037 SC 2008.04.00.034037-5. Relator(a): Maria Lúcia Luz Leira. Julgamento: 07/04/2009. Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA. Publicação: D.E. 06/05/2009. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6901075/agravo-de-instrumento-ag-34037-sc-20080400034037-5-trf4>. Acesso em 06.mar.2013

⁹¹Processo: APELREE 2501 MS 2008.60.02.002501-2

Relator(a): DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI

Julgamento:21/06/2011

Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA

ADMINISTRATIVO. COMUNIDADE REMANESCENTE DE QUILOMBO. ATO ADMINISTRATIVO. PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE E VERACIDADE. TÍTULO RATIFICATÓRIO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. VALIDADE. DECADÊNCIA. PRESUNÇÃO "JURIS TANTUM" DO REGISTRO.

1. O ato administrativo goza de presunção de legitimidade e veracidade, justificando-se a pretensão do INCRA de investigar se a área é ou não remanescente de quilombos, pois em decorrência desse atributo presumem-se verdadeiros os fatos alegados pela Administração. Também se presume verossímil o "título ratificatório" emitido pelo INCRA aos particulares, mas o processo que o antecede tem por objetivo verificar questões de segurança nacional e agrárias, de modo a verificar se o imóvel cumpre as determinações do [Estatuto da Terra](#) e se está apto a cumprir a função social da propriedade.

2. Inexistente nos autos prova inequívoca de que a área objeto de litígio pertence ou não à comunidade quilombola, é injustificável a alegação de nulidade do procedimento de identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que trata o art. 68 do ADCT, regulamentado pelo decreto n.º [4.887/2003](#). 3. Deflagrado o processo administrativo, a questão será analisada em todo o seu aspecto, com a devida observância do contraditório e da ampla defesa, quando então poderá se definir se o imóvel integra ou não a comunidade quilombola. Precedente do E. TRF da 5ª Região. 4. O decreto n.º [4.887/2003](#), art. [17](#), incorporou ao ordenamento jurídico pátrio os caracteres da inalienabilidade, indisponibilidade e imprescritibilidade das terras remanescentes das comunidades de quilombos. Seja por expressa previsão formal na legislação, seja porque a [Constituição](#) explicitamente diz ser dever do Estado a emissão dos títulos de propriedade definitiva aos remanescentes das comunidades dos quilombos (ADCT, art. 68), não há que se falar em decadência do direito dos quilombolas de reaverem as terras. 5. O registro do título translativo no Registro de Imóveis não gera presunção absoluta do direito real de propriedade, apenas relativa (CC/1916, art. 527 e CC/2002, art. 1.231). Na hipótese dos autos, não há que se apegar ao fato de haver título ratificatório com força de escritura pública outorgado pelo INCRA à particular em 1983, para retirá-lo do domínio público. Mesmo que os particulares sejam portadores de título, ele poderá ser inoponível à União, mesmo sendo a transcrição imobiliária muito antiga, uma vez que a titularidade de áreas remanescentes de quilombos tem natureza originária. 6. É indevido excluir do processo administrativo n.º 54.290.000373/2005-12 o imóvel em litígio, sendo devido aguardar a deflagração de regular processo administrativo no qual poderá se definir se o imóvel integra ou não terra remanescente das

⁹¹ TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO. Apelação/Reexame necessário: Proc. **apelree 2501 ms 2008.60.02.002501-2**. Relator(a): José Lunardelli. Julgamento: 21/06/2011. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação: Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20692391/apelacao-reexame-necessario-apelree-2501-ms-20086002002501-2-trf3>>4. Acesso em 06.mar.2013.

comunidades quilombolas, inclusive para fins do art. 68 do ADCT. 7. Preliminares rejeitadas. Apelação do INCRA a que se dá provimento.

Diante da observação destes julgados, conclui-se que os Tribunais vêm se manifestando pela constitucionalidade do Decreto, o que faz com que forças opositoras a essa norma tenham a levado a análise do Supremo Tribunal Federal, com o objetivo de uma declaração de inconstitucionalidade depois os efeitos dessa decisão se tornará vinculante, deste modo observa-se o caráter eminentemente político desta ação.

4.1 DA INCOSTITUCIONALIDADE

Em sentido amplo, inconstitucionalidade exprime à ideia de contrariedade a constituição, diante da relação de desconformidade entre a Carta Magna e do ato infraconstitucional. No tocante a sua existência, somente deve-se falar em inconstitucionalidade, quando estamos diante de um ordenamento constitucional rígido, no qual as normas constitucionais gozem de supremacia⁹².

A inconstitucionalidade é um fato que nasce com a violação à norma constitucional, ocorrendo diante da elaboração de Leis ou Atos normativos que estejam em desconformidade da com a Constituição. Assim, por coerência, cumpre esclarecer que a inconstitucionalidade nasce da violação ao princípio da hierarquia das normas jurídicas.

Em se tratando da origem dos defeitos que geram a inconstitucionalidade, pode-se apontar dois tipos de vícios; o material e o formal. Os materiais são aqueles refletidos no conteúdo da norma, pois estes estarão em desconformidade com os preceitos constitucionais. Dessa maneira dispõe Gilmar Mendes:

“A inconstitucionalidade material envolve, porém não só o contraste direto do ato legislativo com o parâmetro constitucional, mas também a aferição do desvio de poder ou excesso de poder legislativo. O excesso de poder como manifestação da inconstitucionalidade configura afirmação de censura judicial no âmbito da discricionariedade legislativa ou, como assenta na doutrina alemã, na esfera de liberdade de conformação do legislador.”⁹³

⁹² RAMOS, Elival da Silva. **A inconstitucionalidade das leis Vício e sanção**. São Paulo:Saraiva.1994

⁹³ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. Rio de Janeiro: Saraiva. 2012.

Do ponto de vista formal, a inconstitucionalidade se manifesta diante de um vício orgânico, ou seja, surge diante de uma violação as regras de competência. Neste caso, o conteúdo normativo não é atingido, o que está sendo posto em questão é o processo de formação da lei⁹⁴.

A Doutrina constitucional ainda classifica a inconstitucionalidade como sendo derivada da omissão do poder legislativo ou da ação do mesmo. Assim, quando se fala em inconstitucionalidade por ação, pressupõe-se uma conduta ativa do legislador, diferentemente da por omissão que decorre do ato de não legislar, ou de uma lacuna constitucional⁹⁵.

Adentrando na questão da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN), essa foi criada pela Emenda Constitucional nº 16/65, à Constituição de 1946, sendo prevista no artigo 102, I, "A" da Carta Magna de 1988. Tal ação foi criada com o objetivo de impugnar lei ou ato normativo, federal ou estadual, que estejam em desconformidade com Constituição Federal.

⁹⁶A ADIN deve ser caracterizada como um mecanismo de controle concentrado, concebida para realizar a defesa genérica de todas as normas constitucionais⁹⁷. Assim, afirma-se que tal ação cuida de uma fiscalização realizada pelo Supremo Tribunal Federal, que irá investigar a existência de antinomias normativas, sendo ainda caracterizada como um processo objetivo destinado a retirar do sistema jurídico a lei ou ato normativo que esteja contrariando a Constituição⁹⁸.

Quando um ato normativo é contaminado por um vício, torna-se (através da Declaração do Supremo Tribunal Federal) inconstitucional, tendo como sanção a nulidade da norma. A nulidade consiste na ineficácia da lei pois uma lei somente pode ser válida fundada na Constituição, de modo que o efeito da sentença é

⁹⁴ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro**. 6ed: Rio de Janeiro. Saraiva. 2012.

⁹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. Rio de Janeiro: Saraiva. 2012

⁹⁶ Conforme entendimento de Luís Roberto Barroso: O sistema Federativo enseja a possibilidade de controle abstrato e concentrado de Constitucionalidade, pois existe o controle que se destina a leis ou atos normativos estaduais ou municipais que violem a Constituição Estadual, sendo esse controle de competência do Tribunal de Justiça. BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro**. 6ed: Rio de Janeiro. Saraiva. 2012.

⁹⁷ CUNHA JUNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. Bahia: Juspodivm. 2009, p. 658

⁹⁸ *Ibidem*.

retroativo à data da publicação, posto que se diferentemente disso ocorresse chegaríamos a uma conclusão paradoxal⁹⁹.

Assim esclarece Elival da Silva Ramos:

Nos sistemas que consagram a sanção da nulidade, o poder judiciário ou decidir pela inconstitucionalidade da lei, apenas declara a aplicação de uma sanção que o próprio ordenamento já impôs no momento, mesmo que ocorreu o nascimento do ato legislativo contrário a Constituição, de modo que o prive de efeitos a partir daí.

É inegável, contudo, que tais sentenças inovam no plano jurídico no tocante aos efeitos que lhes são próprios. Em outras palavras, se é certo que as decisões declaratórias não inovam a situação de direito material preexistente, limitando-se a constatá-la, não há a menor dúvida de que inovam a ordem jurídica ao vincularem as partes ou todas as pessoas (efeito *erga omnes*) à declaração que consubstancia¹⁰⁰.

No que diz respeito à eficácia da sentença declaratória de inconstitucionalidade, pode-se garantir que esta possui efeito *erga omnes* vinculante conforme prevê a Emenda Constitucional 45/2004, que conferiu nova redação ao artigo 102 § 2º da Constituição, de modo que as sentenças proferidas acerca da inconstitucionalidade terá efeito vinculante aos demais órgãos do Judiciário. Dessa maneira há de se pontuar que em relação ao Decreto discutido, e da ADI proposta, uma vez se chegando a uma decisão final seu efeito alcançará todos os órgãos do Judiciário, impedindo nova discussão acerca deste tema, vez que trata-se de um controle concentrado de Constitucionalidade¹⁰¹.

4.2 DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 3.239/DF

Tramita no Supremo Tribunal Federal uma ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Partido dos Democratas, antigo Partido da Frente Liberal (PFL), arguindo a inconstitucionalidade do Decreto Lei nº 4.887 de 20 de novembro de 2003. Tal arguição alega o seguinte:

- a) Invade esfera reservada à lei; b) cria nova modalidade de desapropriação; c) resume a identificação dos remanescentes das

⁹⁹ RAMOS, Elival da Silva. **A inconstitucionalidade das leis Vício e sanção**. São Paulo:Saraiva.1994,p. 84.

¹⁰⁰RAMOS, Elival da Silva. **A inconstitucionalidade das leis Vício e sanção**. São Paulo:Saraiva.1994,p. 89.

¹⁰¹ CUNHA JUNIOR, Dirley. **Controle de Constitucionalidade**.6 ed. Bahia: Juspodivm.2012

comunidades apenas ao critério de auto-atribuição; d) sujeita a delimitação das terras a serem tituladas aos “indicativos fornecidos pelos próprios interessados”.¹⁰²

Em que pese os demais fundamentos que compõe esta ação, o argumento basilar da interposição funda-se no uso indevido da via de regulamentação, visto que o Decreto incorreu em autonomia ilegítima, já que o artigo 84, IV da Constituição Federal lhe confere natureza de instrumento normativo secundário. Segundo o artigo 84,VI, compete privativamente ao Presidente da República dispor, mediante decreto, sobre a organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos, bem como elaborar Decretos para extinguir funções ou cargos públicos, quando vagos.

Segundo a linha de raciocínio supracitada, o ato normativo editado, conforme se posiciona o Partido dos Democratas, está incorrendo em vício formal, vez que invade esfera de lei. Nesse sentido, o Decreto se mostraria Inconstitucional, pois se volta à regulamentação do artigo 68 do ADCT, não se enquadra no perfil determinado pelo artigo 84, VI da Constituição Federal.

A ação direta de Inconstitucionalidade se debruça ainda sobre o critério de identificação das comunidades de remanescentes de quilombolas, isso porque o Decreto nº 4.887/2003 determina que a emissão dos títulos se dará através do critério da auto-identificação. Argumenta-se que essa autodeterminação se mostra inconstitucional, visto que segundo a o ADCT seria necessária uma comprovação da qualidade de remanescente, o que se mostra diferente do critério de descendência.

Assim, ainda diante dos argumentos da inicial da ADIN 3.239/DF, observem relação à emissão de títulos aos remanescentes, a autodefinição se mostra de forma errônea, visto que, tal critério se mostra comprometido, já que acabaria existindo uma confusão entre reforma agrária e o determinado no ADCT. Ademais, argumenta-se que somente o fato de ser um remanescente de quilombola, ou seja, o fato de se identificar como sendo portador de tal direito, não se mostra suficiente para emissão dos títulos, isso porque, a posse se mostra como critério fundamental para tanto.

¹⁰² BALDI, Cesar Augusto. Invalidar Decreto é retroceder direitos constitucionais **Revista Consultor Jurídico**, 21 de maio de 2010. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2010-mai-21/invalidar-decreto-quilombos-implica-retrocesso-constitucional?pagina=2>. Acessado em: 20 . mai.2013

Há ainda que se pontuar que a ADIN alega a inconstitucionalidade material no que se refere à desapropriação prevista no Decreto Lei. Segundo o Partido dos Democratas, o Decreto criou uma nova modalidade de desaparição, visto que não se enquadra nos tipos Constitucionais de desapropriação.

Alega nesse sentido, que a emissão dos títulos de posse, fato esse que ocorreria após a desapropriação, não foi exaurido no Decreto, isso porque não explicitou como a desapropriação ocorreria. Além disso, pontuam a questão da previa indenização que não foi estabelecida no Ato normativo, logo, incorreria em vício de inconstitucionalidade.

Diante do exposto na inicial, o Partido dos Democratas, requer a procedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade, para declarar a inconstitucionalidade do Decreto nº 4.887/DF. Dessa maneira, a declaração de inconstitucionalidade, como já dito anteriormente, produzirá efeito *erga omnes*, de modo a proteger a propriedade privada em face do direito das comunidades quilombolas.

4.2.1 Do parecer do Advogado Geral da União

A Lei 9.868/99 dispõe sobre o processo e julgamento da ADIN, assim, determina que após a oitiva dos *amicuscuriae*, serão ouvidos o Advogado Geral da União e o Procurador Geral da República, os quais deverão se manifestar, cada um no prazo de quinze dias, e após a Ação será julgada. Assim sendo, conforme andamento processual¹⁰³, a AGU se manifestou a fim de defender a constitucionalidade do Decreto, como se verá a seguir.

Nesse sentido, manifestou-se o Advogado Geral da União, alegando preliminarmente a falta de cotejo analítico, já que deveria o Partido dos Democratas expor a inconstitucionalidade de cada artigo especificamente e isso não foi feito, haja vista, a existência de uma impugnação genérica ao Decreto, e por tal motivo a ação não deveria sequer ser conhecida. Ainda nesse sentido, alega que não houve qualquer ofensa a Constituição Federal, pois o Decreto não viola a reserva legal, tendo o Decreto tem sua validade baseada no artigo 14, IV da Lei nº 9.649 de 1988

¹⁰³Movimentação disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verprocessoAndamento.asp> :

e no artigo 2º,III, da Lei nº 7.668 de 1988, logo a análise sobre a constitucionalidade sequer deveria ser realizada, vez que não existe qualquer conflito que justifique a mesma.

No que se refere ao mérito da manifestação da AGU, a mesma afirma que tal Decreto se mostra constitucional, visto que, do ponto de vista formal não existe qualquer irregularidade, pois este se mostra como agente concretizador do artigo 68 da ADCT, bem como dos artigos 215 e 216 da Constituição Federal, esses em *prima facie* são regulamentados pelas Leis nº 9.649 e pela de nº 7.668 ambas de 1988. O Decreto então não atua em área de reserva legal, ele somente concretiza direitos, não se podendo falar em Inconstitucionalidade Formal.

No que tange a inconstitucionalidade material, afirma a AGU, que essa também não existe. No que se refere à identificação das comunidades quilombolas, o Decreto acolheu o parecer do SAJ nº 1.490 de 2001, da Casa Civil da Presidência da República, adotando determinados critérios, só que tais conceitos se mostram ultrapassados sob o ponto de vista antropológico.

Assim, segundo o parecer da AGU, a auto-identificação como determina o artigo 2º do Decreto nº 4.887/2003 não incorre em inconstitucionalidade, visto que, tem como fundamento basilar os artigos 215 e 216 da Constituição Federal. Se contrapondo ao argumento de que a autodeterminação iria atingir mais pessoas do que as que a ADCT realmente queriam beneficiar, realizando então uma reforma agrária genérica, o parecer deixa claro que o Decreto cria a competência do INCRA para contrabalancear tal possibilidade.

Tendo em vista a impossibilidade de se considerar o critério de auto-identificação como sendo inconstitucional, o que se percebe é um posicionamento contrário à metodologia escolhida pelo Decreto para definir os titulares do direito descrito no ADCT. Além dos argumentos já citados, o Brasil recepcionou tal critério, vez que assinou a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), a qual adotou o critério da consciência para determinar quem são os povos indígenas e tribais.

Em relação à propriedade quilombola, a AGU se manifesta no sentido de afirmar que o Decreto criou um novo instituto jurídico ou nova forma de propriedade que aparece como um mecanismo de devolução das terras aos negros, que de fato são seus

donos, e as perderam diante do processo histórico. Logo se posiciona de modo a mostrar a possibilidade plena de terras que não estejam sob a posse dos remanescentes serem expropriadas e seus títulos de propriedade sejam emitidos para essas comunidades.

Desta forma o Advogado Geral da União conclui seu posicionamento, alegando total compatibilidade do Decreto com a Constituição Federal vez que seus fundamentos de validade nos artigos 14,IV, “c” da Lei nº 9.649 de 1988, bem como no artigo 2º,III e paragrafo único da Lei nº 7.668 de 1988. Assim, este através de seu parecer requer o não reconhecimento da inconstitucionalidade do Decreto 4.887/2003.

4.2.2 Da manifestação do Procurador Geral da República

Através do parecer nº 3.333/CF¹⁰⁴, o Procurador Geral da República, expôs os motivos pelos quais acredita que tal Decreto se mostra em consonância com a Constituição Federal. Primeiramente aduz que o artigo 68 do ADCT deve ser interpretado de forma ampliativa, visto que, trata-se de um direito fundamental destinado as comunidades quilombolas, devendo sua interpretação atingir a sua máxima eficácia.

Em relação ao alegado pelo partido dos Democratas no que se refere a inconstitucionalidade formal, tal Decreto, assim não pode ser considerado, visto que possui sua base legal na Lei nº9.649 de 1988 e na Lei nº7.668 de 1988. Assim o que se observa é que o Decreto 4.887 de 2003 atua como norma reguladora das leis supracitadas, já que possui seu fundamento de validade nas mesmas.

Resta claro então, que o argumento deste ente Federal, é de que tal Decreto é Constitucional, pois não é autônomo, logo não invade esfera legal, logo não existe inconstitucionalidade sob o ponto de vista formal. Ainda em relação ao assunto, afirma que além da não existência de vícios formais, não há que se falar em vícios materiais.

104

Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2227157>. Acessado em: 12. Ago.2012

Em relação à questão da desapropriação, alega não possuir razão o requerente, visto que, essa desapropriação é possível, inclusive quando as terras incidirem em propriedades particulares, tal fato se mostra constitucional, pois decorre do § 1º do artigo 216 da Constituição. Desta forma, o parecer é pela improcedência da ação, já que o Decreto encontra-se de acordo com os parâmetros mencionados.

4.3 ATUAL SITUAÇÃO DA ADI 3.239/DF

Diante da análise da movimentação processual, observa-se que o voto do Ministro Relator, Cezar Peluso, julgou procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade do Decreto nº 4.887/2003, modulando os efeitos dessa declaração. Após tal ato, a Ministra Rosa Weber pediu vista dos autos no dia 18 de abril de 2012, e até o momento atual não se manifestou acerca da ADI¹⁰⁵.

¹⁰⁶A ação está aguardando julgamento sendo sua última movimentação no dia 15 de maio de 2013, referente a uma renúncia de mandato. Desse modo a sociedade aguarda a resolução de tal problemática, pois esta gerará segurança jurídica.

4.4 DA (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO DECRETO LEI 4.887/2003

Em que pese todos os argumentos do autor da ação, cabe esclarecer que a questão suscitada é primordialmente uma questão política, que contrapõe o direito à propriedade privada em face da política de proteção aos direitos dos remanescentes de quilombolas. Resta claro a dimensão social da questão ora problematizada, que deverá ter como solução a compatibilização de interesse.

Existem atualmente no Brasil mais de mil comunidades de remanescente de quilombolas, havendo estimativa de que este número possa passar de três mil, de

¹⁰⁵ Conforme movimentação processual. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>. Acessado pela última vez no dia 20.mai. 2013

¹⁰⁶ A ação aguarda julgamento conforme dados expostos pelo STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=adi>. Acessado em 20. Mai. 2013

modo que caso seja acolhida a tese sustentada pelo partido dos Democratas, estará impossibilitada qualquer forma de tutela do direito desse povo. A possibilidade da declaração de inconstitucionalidade gera um esvaziamento do artigo 68 do ADCT, isso porque impede a sua concretização de modo a torna-lo inócuo do ponto de vista funcional.

Antes de adentrar na problemática suscitada na inicial, cabe salientar que o direito dos remanescentes de quilombola à terra é um direito fundamental de segunda geração, dizendo respeito a igualdade e justiça social, estando ligada a reparação de uma dívida histórica existente. Ainda nesse sentido, é um direito coletivo indivisível, inalienável e indisponível a semelhança do que ocorre com as terras indígenas¹⁰⁷.

4.4.1 Da (in) constitucionalidade Formal do Decreto Lei 4.887/DF

A Constituição Federal de 1988 atribuiu competência ao chefe do Poder Executivo para expedir Decretos e Regulamentos, de modo que esse poder sempre esteve previsto no nosso ordenamento. A regulamentação constitucional é caracterizada pelo princípio da estrita legalidade, de modo a caracterizar o Regulamento como um ato estritamente subordinado, e extremamente modesto¹⁰⁸.

O artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal, estabelece que somente lei formal poderá impor obrigações aos indivíduos, de modo que a elaboração de regulamentação quando invade esfera de lei se mostra nocivo, já que extrapola o poder atribuído ao Presidente pela Constituição¹⁰⁹. Nesse sentido o Decreto seria fonte secundária, inferior, ao passo que a Lei formal seria a fonte primária e superior.

¹⁰⁷ MITIDIÉRI, Leandro. **Remanescente de Quilombo, índios, Meio ambiente e segurança Nacional: Ponderação de interesses constitucionais.** Disponível em: <http://www.cpis.org.br/acoes/upload/arquivos/PonderacaodeInteressesConstitucionais_LeandroMiti-dieri.pdf> Acesso em 21 de fev.2013.

¹⁰⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.**30 ed. São Paulo: Malheiros editores.2012, p.347.

¹⁰⁹ GALVÃO, Gabriel Mello. **Fundamentos e limites da atribuição do Poder Normativo às autarquias autônomas Federais.** Rio de Janeiro: Renovar.2006,p.10

Cumpra esclarecer que regulamento autônomo é a denominação dada ao regulamento sem base legal, que cria obrigação para a sociedade¹¹⁰. Deve-se pontuar que certos autores entendem que os Decretos autônomos não substituem definitivamente a Lei, apenas suprem uma lacuna até a sua criação onde o Decreto será suspenso e por tal fato não seria prejudicial¹¹¹.

Tal entendimento¹¹² se mostra incompatível com o ordenamento, visto que o Decreto autônomo, quando externo à administração Pública, viola reserva de Lei formal, isso porque o poder regulamentar atribuído ao chefe do poder executivo é uma atribuição chamada de dever de regulamentar, que deve se restringir a regulamentar e não a inovar, ou criar leis¹¹³. Nesse sentido, o artigo 5º, II, da Constituição Federal, prevê que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, dessa forma a necessidade da elaboração de lei se mostra essencial, pois sem ela nada poderá ser imposto aos sujeitos.

No caso da ADI é arguído pelo Partido dos Democratas o fato do Decreto 4.448/DF incorrer em vício formal, vez que a regulamentação deveria ter ocorrido através de Lei formal. Diante de tal fato o argumento contraposto por decisões de Tribunais Federais¹¹⁴ se movem no sentido de defender a constitucionalidade formal, vez que inexistente expressa previsão de que o artigo 68 da ADCT deveria ser regulamentado por Lei formal.

No que se refere à inconstitucionalidade por vício formal, deve existir uma análise com o objetivo real de se observar a existência desta ou não, isso porque sabemos que a questão discutida possui um apelo social muito forte. Porém, cumpre ao

¹¹⁰ No que se refere ao Regulamento autônomo, é categoricamente inadmissível, sendo inconstitucional e ilegal, logo nulo. ATALIBA, Geraldo. O poder regulamentar no executivo. **Revista de Direito Público**, n 57-58 1981, ano XIV, p. 198

¹¹¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**, 21 ed. São Paulo: Malheiros, 1996 p. 163.

¹¹² Ainda em relação aos Decretos autônomos, há que se pontuar que a Emenda Constitucional 32/2001 alterou a redação do artigo 84, VI, passando a prevê de forma excepcional esse tipo de decreto. A doutrina e a jurisprudência, no passado eram unânimes em afirmar a não existência desse tipo de decreto no Brasil, vez que invadiria esfera de Lei, entretanto tal fato tornou-se incontestável, visto que a Emenda reforçou a ideia da existência do Decreto autônomo e independente.

¹¹³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30 ed. São Paulo: Malheiros editores. 2012, p.347.

¹¹⁴ TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO. Apelação/Reexame necessário: Proc. **apelree 2501 ms 2008.60.02.002501-2**. Relator(a): José Lunardelli. Julgamento: 21/06/2011. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação: Disponível em: <<http://www.jusbralc.com.br/jurisprudencia/20692391/apelacao-reexame-necessario-apelree-2501-ms-20086002002501-2-trf3>>. Acesso em 06.mar.2013

aplicador do direito realizar uma análise formalística da situação, de modo a se distanciar do objeto, com o intuito de realizar os preceitos constitucionais.

Como dito anteriormente, a dimensão social como uma questão de fundo, é inequívoca, contudo a análise deverá se voltar para extrapolação ou não dos limites do poder regulamentar do executivo. Dessa maneira, é evidente que os valores que emanam dessa regulamentação se mostram benéficos para sociedade, mas só este fato não é o bastante visto que tal norma deve estar de acordo com os mandamentos constitucionais e legais.

Para se chegar à conclusão acerca da (in) constitucionalidade do Decreto, inicialmente deve-se analisar a questão da incorporação dos tratados internacionais ao direito brasileiro. Sabe-se que no que se refere ao tema discutido, dois tratados foram assinados pelo Brasil, a Convenção 169 da OIT¹¹⁵ e a Convenção de Direitos Humanos¹¹⁶.

Nesse sentido, observa-se a lição de Mazzuoli¹¹⁷:

Tratado. Trata-se da expressão genérica por natureza, eleita pela convenção de Viena de 1969 para designar todo acordo internacional, bilateral ou multilateral, de especial relevo político, qualquer que seja sua denominação específica (art. 2º§ 1º, alínea “a”). O termo designa normalmente (mas não exclusivamente) os ajustes solenes concluídos entre Estados e/ou Organizações internacionais, cujo objeto, finalidade, número e poderes das partes têm maior importância.

Seguindo essa linha de raciocínio, os direitos elencados na Constituição Federal não excluem os provenientes de tratados internacionais, como prevê o artigo 5º § 2º da Constituição, isso porque no que se refere a direito e garantias fundamentais, quando o Brasil ratifica os tratados, eles se inserem ao nosso ordenamento, passado a ser considerado como se fizessem parte do mesmo. Assim no que se refere a tratados que versem sobre direitos humanos, os direitos e garantias incorporados pelo país assumem a natureza de norma constitucional¹¹⁸.

¹¹⁵ ¹¹⁵ Convenção ratificada em Julho de 2002, tendo entrado em vigor em julho de 2003.

¹¹⁶ Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966), adotado pela Resolução nº 2.200, em 16 de dezembro de 1966 e ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992

¹¹⁷ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p.185.

¹¹⁸ *Idem*. Hierarquia constitucional e incorporação automática dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no ordenamento brasileiro. Brasília: **Revista de Informação Legislativa**, ano 37, nº 148 out/dez. 1981, p. 237.

A à hierarquia dos tratados que versam sobre Direitos Humanos, a EC nº 45/04, inseriu ao artigo 5º da Constituição Federal o § 3º, que dispõe que os tratados e convenções que versem sobre Direitos Humanos serão equivalentes a Emendas Constitucionais¹¹⁹. No caso da Convenção sobre Direitos Humanos supracitada, como foi ratificada antes de 2004 não possui o caráter Constitucional, mas supralegal.

De outro modo, Segundo entendimento de Mazzuoli¹²⁰, os tratados que não versam sobre Direitos Humanos possuem nível supralegal, enquanto os que versem sobre direito humanos, sempre possuem hierarquia constitucional. Ainda nesse sentido, o Ministro Gilmar Mendes entende da mesma forma:

(..) Em termos práticos, trata-se de uma declaração eloqüente de que os tratados já ratificados pelo Brasil, anteriormente à mudança constitucional, e não submetidos ao processo legislativo especial de aprovação no Congresso Nacional, não podem ser comparados às normas constitucionais(...)¹²¹

No que se refere a tratados internacionais que não versem sobre direitos humanos, a Constituição Federal brasileira, não especificou com clareza qual seria a sua posição hierárquica perante as demais normas, de modo que essa decisão coube à jurisprudência do país. Nesse sentido, vale destacar o posicionamento do STF, que ao julgar o Recurso Extraordinário nº 80.004, chegou à conclusão sobre o caráter normativo dos tratados¹²².

Há de pontuar ainda, que o STF, diante da teoria da paridade normativa, entende que a normatividade dos tratados internacionais (que não versem sobre Direitos Humanos) possui o mesmo grau e eficácia das leis internas. Dessa maneira,

¹¹⁹ Para tanto, deverá o tratado ser aprovado em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1998.

¹²⁰ BORGES, Thiago Carvalho. **Curso de direito internacional público e direito comunitário**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 102.

¹²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 466.343 –Recorrente: BANCO BRADESCO S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Dos Santos. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, DJ 3. dez. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2343529>>. Acesso em: 25 mar. 2013

¹²² MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 6ª ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**. 2010, p.380.

qualquer tratado ratificado no país, entrará no ordenamento brasileiro como se fosse lei de caráter federal, impondo para todas as obrigações advindas dela.

As normas de direito domésticos devem ser compatíveis com a Constituição, e com os tratados de direito internacional, no último caso essa compatibilidade é verificada através do controle de convencionalidade ou supralegalidade. Esse o tipo de controle tem por finalidade compatibilizar verticalmente as normas internas com os tratados com os quais o país está vinculado, de modo a adaptar aos compromissos internacionais assumidos pelo Estado¹²³.

Após o esclarecimento acima, no que se refere ao Decreto ora discutido, deve-se pontuar a importância da Convenção Americana de Direitos Humanos, visto que este estabeleceu o direito de todas as pessoas à propriedade, inclusive o dos negros:

O art. 21 da Convenção Americana de Direitos (“Pacto San Jose da Costa Rica), reconheceu que tal norma acarretava: a) **proteção do direito de propriedade** em sentido **que inclui o direito dos membros das comunidades indígenas e tradicionais dentro do modelo de propriedade comunal**; b) o reconhecimento da especial relação de tais povos com a terra como base fundamental de sua cultura, vida espiritual, integridade e sobrevivência econômica, não meramente uma “questão de posse e produção”; c) a ocupação tradicional por tais comunidades deve ser suficiente para obter do Estado o reconhecimento de sua propriedade; d) o Estado deve delimitar demarcar e outorgar título coletivo do território de tais povos, em conformidade, eventualmente, com seu direito consuetudinário e através de consultas prévias, efetivas e plenamente informadas; e) o Estado deve abster-se de realizar atos que podem dar lugar a que outros afetem a existência, valor, uso ou gozo do território a que tem direito os integrantes de tais comunidades; f) quando a propriedade comunal e a propriedade privada individual entrem em contradição aparente ou real, a Convenção Americana e a jurisprudência da Corte proporcionam pauta para estabelecer restrições admissíveis ao gozo e exercício de tais direitos, devendo o Estado avaliar, à luz de tais parâmetros, se é “necessária uma restrição a estes direitos de propriedade privada para preservar a subsistência física e cultural” das comunidades¹²⁴.

Dessa maneira, e diante da ratificação do tratado pelo Brasil, o direito dos remanescentes de quilombolas, por ser uma comunidade tradicional, passa a ter hierarquia supralegal, visto o momento da sua ratificação, podendo esse ser regulamentado através de Decreto.

Nesse mesmo sentido, a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, em seu artigo 14 prevê o direito à propriedade das terras tradicionalmente ocupadas,

¹²³ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Teoria Geral do Controle de convencionalidade do Direito brasileiro. **Revista de Direito do Estado**, 2009, nº 14, abr/jun, p. 298.

¹²⁴ BALDI, Cesar Augusto. Invalidar Decreto é retroceder direitos constitucionais **Revista Consultor Jurídico**, 21 de maio de 2010. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2010-mai-21/invalidar-decreto-quilombos-implica-retrocesso-constitucional?pagina=2>. Acessado em : 20 . mai.2013.

assim sendo, resta claro que tal convenção também já ratificada foi aderida no país, da mesma maneira que a Convenção de Direitos Humanos; com o caráter supralegal, pois apesar de tratar sobre Direitos Humanos¹²⁵ foi ratificada em 2002¹²⁶.

Diante de tais argumentos, chega-se a conclusão de que tal ato normativo presidencial não incorre em inconstitucionalidade formal, visto que, as convenções dão suporte normativo ao Decreto. A ratificação de uma convenção gera para o país a obrigação de realizar o pactuado, assim nesse sentido:

Se o Brasil, por exemplo, firmou convenção com Portugal, obrigando-se a reconhecer a portugueses, aqui residentes, os mesmos direitos do nacional, a não edição de regulamento, por si só, já constituiria um ilícito internacional, que teria maior gravidade se, posteriormente ao convencionado, se editasse norma jurídica excluindo os portugueses, beneficiários da igualdade, do direito, por exemplo, de prestar concurso, para determinado cargo não privativo de brasileiro nato¹²⁷.

Diante da análise do exemplo acima citado, verifica-se que o ato ilícito existiria caso não houvesse a regulamentação do direito das comunidades remanescente de quilombolas, visto que a existência de um tratado internacional impõe essa obrigação, a menos que o Brasil queira denunciá-lo. O Decreto então aparece como um “agente” regulamentador das Convenções Internacionais, que possuem status de Lei formal e de norma Constitucional, logo não há que se falar em inconstitucionalidade formal.

Desta maneira, afirma-se que Ambos os tratados internacionais foram firmados pelo Brasil, e, pois, dotados, pelo menos, do caráter supralegal, nos termos da jurisprudência mais recente do STF¹²⁸, o que significa, portanto, a potencialidade de

¹²⁵ A Convenção 169 Da Organização Internacional Do Trabalho versa sobre Direitos Humanos, vez que tutela os povos indígenas e tribais em países independentes.

¹²⁶ **Art. 14º** Os direitos de propriedade e posse de terras tradicionalmente ocupadas pelos povos interessados deverão ser reconhecidos. Além disso, quando justificado, medidas deverão ser tomadas para salvaguardar o direito dos povos interessados de usar terras não exclusivamente ocupadas por eles às quais tenham tido acesso tradicionalmente para desenvolver atividades tradicionais e de subsistência. Nesse contexto, a situação de povos nômades²⁴e agricultores itinerantes deverá ser objeto de uma atenção particular.

¹²⁷ MIRTÔ, Fraga. *apud*. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p.382.

¹²⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 466.343 –Recorrente: BANCO BRADESCO S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Dos Santos. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, DJ 3. dez. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2343529>>. Acesso em: 25 mar. 2013

paralisar qualquer norma interna que disponha em sentido diverso¹²⁹. Dessa maneira, é correto afirmar que o Decreto é Constitucional, haja vista o suporte normativo dado pelas convenções, sendo essas o fundamento legal para edição de tal ato normativo.

4.4.2 Da (in) constitucionalidade material do Decreto Lei 4.887/DF

A desapropriação foi introduzido no Brasil pelo direito português, por meio do Príncipe regente D. Pedro, baixando um ato determinando que ninguém poderia tomar algo de outrem sem previa indenização¹³⁰. Assim resta claro, que a desapropriação é uma modalidade de perda da propriedade sendo questão relevante no que se refere à problematização em torno do Decreto, visto que, o Partido dos Democratas alega que tal ato do Poder Executivo incorreria em vício material visto que cria uma nova modalidade de desapropriação.

Para entender a problematização em torno dos interesses que rondam a arguição de inconstitucionalidade, cumpre esclarecer primeiramente que desapropriação trata-se precisamente de um modo de perda da propriedade que ocorre de forma involuntária, sendo esse um instituto de direito publico, com reflexo no direito civil. Diante de tal fato, pode-se afirmar que, a desapropriação constitui um modo de transferência compulsória da propriedade, do domínio particular para a administração publica¹³¹.

Ainda nesse sentido, esclarece Dirley da Cunha Junior; a desapropriação é um ato administrativo, sendo a forma mais violenta de intervenção estatal na propriedade¹³². Assim também se manifesta Celso Antônio Bandeira de Mello, afirmando que a desapropriação é o procedimento através do qual o Poder Público retira

¹²⁹ BALDI, Cesar Augusto. Invalidar Decreto é retroceder direitos constitucionais **Revista Consultor Jurídico**, 21 de maio de 2010. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2010-mai-21/invalidar-decreto-quilombos-implica-retrocesso-constitucional?pagina=2>. Acessado em : 20 . mai.2013.

¹³⁰ MARINS, Aloísio Otávio Marques. **Desapropriação para fins de reforma Agraria**. 2012,p.1. Disponível em:<<http://www.unibrasil.com.br/arquivos/direito/20092/aloisio-otavio-marques-martins.pdf>.> Acesso em: 23.set.2012.

¹³¹ Gonçalves, Carlos Alberto. **Direito civil Brasileiro: Direito Civil das Coisas**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva.2011, p.334.

¹³² CUNHA JUNIOR, Dirley Da. **Curso de direito administrativo**. 6ª ed. Bahia: Juspodivm.2006, p.304.

compulsoriamente alguém de sua propriedade, diante da necessidade pública, utilidade pública ou interesse social¹³³.

Observa-se ainda a lição de Carlos Roberto Gonçalves:

Em principio todos os bens e direitos patrimoniais estão sujeitos a desapropriação, desde que, de um modo ou de outro, sirvam a uma utilidade ou a um interesse social, inclusive o espaço aéreo e o subsolo. Excluem-se desse despojamento os direitos personalíssimos, indestacáveis do indivíduo (cc, art.11), bem como a moeda corrente do país, porque ela constitui o próprio meio de indenização¹³⁴.

No sistema brasileiro existem algumas modalidades de desapropriação a primeira é a desapropriação efetuada diante de razões de utilidade pública para satisfazer interesses coletivos (artigo 5º do Decreto Lei nº 3.365/41), diante da necessidade pública, por questões urgentes de segurança e salubridade e por fim, diante de interesse social para fins de reforma agrária (artigo 184, da Constituição Federal). Diante disso, afirma-se que a desapropriação ocorre em duas etapas; quando o poder público declara seu interesse pelo bem e promulga o Decreto ex-proprietário, e a fase judicial quando não existe um acordo acerca do valor da indenização¹³⁵.

Para que a desapropriação seja lícita, torna-se necessário a existência de uma indenização prévia, caso isso não ocorra, estaremos diante de uma desapropriação indireta, sendo esse conceituado como um esbulho ou um ilícito administrativo¹³⁶.

O mais conhecido tipo de desapropriação, e sobre a qual esse tópico irá se debruçar é a desapropriação que ocorre para fins de reforma agrária. Esta pode ser contemplada no art. 184 da Constituição Federal como uma forma de sanção, diante do não cumprimento do mandamento da função social da terra.

¹³⁷ Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.

§ 1º - As benfeitorias úteis e necessárias serão indenizadas em dinheiro.

¹³³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30ª ed. São Paulo: Malheiros.2012,p.381.

¹³⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil Brasileiro: Direito Civil das Coisas**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva.2011, p.365.

¹³⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Reais**. 9ª ed. Bahia: Juspodivm. 2013, p 507.

¹³⁶ *Ibidem*.

¹³⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1998.

§ 2º - O decreto que declarar o imóvel como de interesse social, para fins de reforma agrária, autoriza a União a propor a ação de desapropriação.

§ 3º - Cabe à lei complementar estabelecer procedimento contraditório especial, de rito sumário, para o processo judicial de desapropriação.

§ 4º - O orçamento fixará anualmente o volume total de títulos da dívida agrária, assim como o montante de recursos para atender ao programa de reforma agrária no exercício.

§ 5º - São isentas de impostos federais, estaduais e municipais as operações de transferência de imóveis desapropriados para fins de reforma agrária.

Em relação à Reforma agrária, podemos conceituá-la como sendo uma forma de reorganização da estrutura patrimonial no que se refere à terra. Diante de tal fato deve-se pontuar que não é qualquer terra que interessa aos remanescentes de quilombolas, mas somente aquelas em que mantiveram sua autonomia cultural e social¹³⁸.

Diante do exposto, observa-se que a ADIN 3.329/DF, alega que a desapropriação trazida pelo Decreto 4.887/2003, trata-se de uma nova modalidade de desapropriação, posto que não fale em previa indenização. Resta claro, que a justificativa para tal posicionamento se mostra completamente voltada para interesses patrimoniais, deixando de lado uma análise formalística da questão discutida.

Retomando a questão que tange a desapropriação para fins de reforma agrária, só a união é competente para realizá-la e só incidirá sobre imóveis que não estão cumprindo sua função social¹³⁹. Esse meio de desapropriação é privativo da união e necessariamente se dará mediante previa justa indenização.

A função social da terra deve ser observada analisando determinadas perspectivas, como a questão do aproveitamento racional e adequado, utilização adequada dos recursos naturais disponíveis, preservação do meio ambiente, observância das disposições que regulam as relações de trabalho, e por fim, a exploração que favoreça o proprietário e os trabalhadores¹⁴⁰. Diante disso, observa-se que a reforma

¹³⁸ GARCIA, Maria Franco. MONTEIRO, Karoline dos Santos. **Dos territórios de Reforma Agrária à territorialização quilombola: O caso da comunidade negra de Gurugi, Paraíba**. Disponível em: <<http://www4.fct.unesp.br/ceget/PEGADA112/08KAROL1102.pdf>>. Acessado em 13 de Jan de 2013.

¹³⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**, 26ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p.860.

¹⁴⁰ CUNHA JUNIOR, Dirley Da. **Curso de direito administrativo**. 6ª ed. Bahia: Juspodivm.2006, p.311.

agraria tem por objetivo realizar uma distribuição de terra, para que ela venha atender sua função social, e realizar justiça social.

Diante da análise do Decreto 4.887/2003, observa-se que as terras referidas neste texto normativo são aquelas já habitadas pelas comunidades quilombolas, terras essas que não vinham sendo utilizadas pelos particulares, logo não atendiam ao mandamento Constitucional. Deve-se pontuar que com a criação do artigo 68 do ADCT, a Constituição passou a reconhecer uma propriedade diferenciada, que somente ocorreu diante da expansão das garantias dos Direitos Fundamentais.

Deve-se pontuar, contudo que as terras particulares também são protegidas Constitucionalmente, sendo essa proteção vislumbrada desde as mais antigas constituições, como decorrência natural da existência do homem e da possibilidade de acúmulo de riqueza¹⁴¹. O direito dos quilombolas à terra, também é um direito Constitucional, um direito fundamental de segunda geração, dizendo respeito à igualdade e à justiça social, e diante disso, estamos diante de um conflito principiológico¹⁴².

Os remanescentes de quilombolas possuem o direito à emissão dos títulos de propriedade das terras ocupadas, de modo que o Estado deverá desapropriar as terras públicas ou particulares para realizá-la observando a o Decreto lei 3.365/1941:

¹⁴³ Art. 2º Mediante declaração de utilidade pública, todos os bens poderão ser desapropriados pela União, pelos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios.

Art. 5º Consideram-se casos de utilidade pública:

- a) a segurança nacional;
- e) a criação e melhoramento de centros de população, seu abastecimento regular de meios de subsistência;
- l) a abertura, conservação e melhoramento de vias ou logradouros públicos;
- p) os demais casos previstos por leis especiais.

¹⁴¹ BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. Aspectos jurídicos da desapropriação das terras ocupadas pelos remanescentes das comunidades quilombolas. *In: Teses da faculdade Baiana de direito, vol.3*. Bahia: Faculdade baiana de direito, 2011, p.29.

¹⁴² MITIDIÉRI, Leandro. **Remanescente de Quilombos, Índios e meio ambiente e segurança Nacional: Ponderação de interesses Constitucionais.** Disponível em: <[¹⁴³ MITIDIÉRI, Leandro. **Remanescente de Quilombos, Índios e meio ambiente e segurança Nacional: Ponderação de interesses Constitucionais.** Disponível em: <\[66\]\(http://www.cpis.org.br/acoes/upload/arquivos/PonderacaodeInteressesConstitucionais_LeandroMitidier.>Acesso em 22.set.2012</p></div><div data-bbox=\)](http://www.cpis.org.br/acoes/upload/arquivos/PonderacaodeInteressesConstitucionais_LeandroMitidier.>Acesso em 22.set.2012.</p></div><div data-bbox=)

As terras destinadas às comunidades quilombolas, como prevê o Decreto lei 4.887/2003, serão aquelas já ocupadas pelos remanescentes, diante disso se observa que a função social não vem sendo observada pelos proprietários há muito tempo.

Prevê o artigo 13 do Decreto 4.887/2003, que quando os terrenos quilombolas incidirem sobre a propriedade privada, deve-se promover a desapropriação da área, e é contra tal previsão que o autor da ADI se insurge, de modo a contestar a criação de uma nova modalidade de desapropriação. O grande problema em torno dessa questão encontra-se no fato que o artigo 68 do ADCT não foi expresso ao invalidar os títulos de propriedade dos particulares que recaiam sobre aquelas terras, causando assim a ideia da criação de uma nova modalidade de desapropriação.

A desapropriação para que ocorra, torna-se necessário a previa indenização aos expropriados, pois até que isso ocorra o proprietário possuirá todos os direitos eminentes da propriedade. No caso do Decreto, argui os autores da ação, que este não prevê o pagamento de indenização aos expropriados, logo seria inconstitucional.

O papel da indenização, como já dito, é gerar de fato a perda da propriedade pelo privado, podendo assim, as terras a partir desse episódio serem destinadas a outro propósito. Deve-se, contudo pontuar que a indenização previa se mostra ineficaz, visto que impediria a fruição dos direitos das comunidades, assim analisa o Procurador Regional da República Daniel Sarmiento:

Sabe-se que o poder público não tem sido suficiente ágil para propositora de ações expropriatórias relacionadas ao art. 68 da ADCT, por razões variadas, que vão da escassez de recursos financeiros para o pagamento das indenizações, até a demora excessiva nos procedimentos administrativos tendentes à identificação das comunidades de remanescentes de quilombos e a demarcação dos respectivos territórios étnicos¹⁴⁴.

Claro resta que até a emissão da propriedade, os remanescentes ficam a mercê dos proprietários, correndo inclusive risco de vida, isso porque as terras dos quilombolas normalmente estão situadas em áreas de conflito fundiário. Existe então um grave

¹⁴⁴ SARMENTO, Daniel. **A garantia do direito a posse dos remanescentes de quilombos antes da desapropriação**, 2006, p.3. Disponível em <<http://6ccr.pgr.mpf.gov.br/documentos>>. Acessado em 19/08/2012.

problema, pois à medida que o Estado não se faz célere torna cada Vaz mais difícil à efetivação desse direito.

Alegar a inconstitucionalidade do Decreto Lei, diante da afirmativa de que a interpretação do art.68 da ADCT se mostrou incorreta, faz-se deturpada, se mostra pouco envolvente, pois o ADCT deve ser tomada como uma norma de eficácia plena, ao traduzir um direito fundamental.

Deve-se, contudo salientar o artigo 5º XXIV da Constituição prevê como se dará a desapropriação que ocorrerá mediante justa indenização, logo a possibilidade de desapropriação para fins da conservação do patrimônio cultural, deverá seguir o estabelecido na Carta Magna. Desta forma não há que se falar na criação de uma nova modalidade de desapropriação, visto que não houve qualquer inovação, pois estamos diante de uma desapropriação pelo não cumprimento da função social da terra, bem como pela preservação do patrimônio cultural.

Diante da conjuntura já explicitada, parece-me que a permanência dos quilombolas nas terras, apesar de tão longo período pode configurar a usucapião. A usucapião é um modo originário de aquisição da propriedade diante da posse prolongada, que se configura diante do tempo, e do *animus domini*¹⁴⁵.

Sabe-se que para a configuração da usucapião, vários fatores são exigidos a depender da situação fática, e por tal fato esse instituto não se aplicaria a todas as comunidades de forma igual. Dessa maneira, o instituto da desapropriação se mostra mais cabível, haja vista a previsão do artigo 5º XXIV da Constituição, o que torna mais simples a emissão dos títulos.

4.4.2.1 Da Constitucionalidade da identificação dos remanescentes das comunidades de quilombolas

Diante do conceito contemporâneo de remanescente de quilombolas, esses não devem ser compreendidos como um resíduo populacional, ou ainda como sendo uma população homogenia. Ultrapassado o conceito histórico de remanescente de

¹⁴⁵FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Reais**. 9ª ed. Bahia: Juspodivm. 2013, p 414.

quilombolas, conclui-se que sob a perspectiva moderna sua definição é encarada como sendo um conjunto de pessoas heterogenias, que se comporta e vivi os hábitos trazidos da África.

Nesse sentido, afirma-se que devem ser conceituadas como comunidades formadas por pessoas que possuem certo grau de parentesco com os escravos, e que preservam a cultura secular deste povo. Dessa maneira a conceituação histórica já se mostra ultrapassada, devendo atualmente abranger conhecimentos antropológicos específicos.

Nesse sentido, a ADI proposta questiona o critério de auto-identificação, alegando a sua inconstitucionalidade, visto que a definição de remanescente seria ampla demais a medida que permite a auto-definição. Tal arguição parece-me descabida, visto que a auto-definição vem acompanhada de outros elementos caracterizadores.

Nesse sentido explica Eliana Catarino O'Dwyer:

O critério a ser seguido na identificação dos remanescentes das comunidades quilombolas em si é também o da "autodefinição dos agentes sociais". Ou seja, para que se verifique se certa comunidade é de fato quilombola, é preciso que se analise a construção social inerente àquele grupo, de que forma os agentes sociais se percebem, de que forma almejam a construção da categoria a que julgam pertencer. Tal construção é mais eficiente e compatível com a realidade das comunidades quilombolas do que a simples imposição de critérios temporais ou outros que remontam ao conceito colonial de quilombo¹⁴⁶.

O critério da auto-definição está de fato presente no Decreto, mas esse não é o único, mas mesmo assim se mostra de essencial importância, pois é necessário levar em conta a percepção do sujeito sob pena de se chegar a conclusões etnocêntricas. A concepção individual de cada sujeito é de extrema importância, podendo ser relacionada ao princípio da dignidade da pessoa humana, vez que o a supressão deste direito geraria inúmeras arbitrariedades¹⁴⁷.

¹⁴⁶ O'DWYER, Eliane Catarino. Os quilombos e a prática profissional dos antropólogos. In: **Quilombos: identidade étnica e territorialidade**. Rio de Janeiro: FGV, 2002,p.18.

¹⁴⁷ SARMENTO, Daniel. **A garantia do direito a posse dos remanescentes de quilombos antes da desapropriação**, 2006, p.3. Disponível em <<http://6ccr.pgr.mpf.gov.br/documentos>>. Acessado em 19/08/2012.

Tal critério não poderia ser afastado, visto que este foi previsto no artigo 1º, item 1, alínea “a” da Convenção 169 da OIT, ao qual o Brasil é signatário. Dessa maneira, a declaração de inconstitucionalidade acerca desse tópico iria afrontar uma norma de hierarquia superior bem como ferir compromisso internacional.

Diante da análise do artigo 2º do Decreto 4.887/2003, observa-se que o critério da auto-definição não é único, formulando por sua vez exigências de caráter mais objetivos, que podem ser diagnosticadas através de estudos antropológicos. Desta maneira não precede qualquer inconstitucionalidade, haja vista, o conceito moderno de remanescente de quilombolas aferidos antropológicamente, sendo esse o parâmetro mais razoável, diante de heterogeneidade da população brasileira.

4.4.2.2 Da diferença entre território indígena e quilombola

Os direitos indígenas são assumidos no plano jurídico com a Constituição Federal de 1988, mais precisamente com a previsão no artigo 231. Dessa maneira, os direitos indígenas passam a ser consagrados como fundamentais.

A grande diferença em relação às terras quilombolas pode ser observada diante da leitura do artigo 20, XI da Constituição, haja vista, estabelecer que as terras tradicionalmente ocupadas pelas comunidades indígenas são bens da união. Além de tal fato, cumpre esclarecer que os índios somente possuem a posse permanente e o usufruto da riqueza das regiões, não são os proprietários.

Além dessa diferença, deve-se pontuar que no tocante ao fundamento jurídico das suas respectivas criações, essas também se mostram distintas, haja vista que no que se refere às comunidades indígenas, a sua justificativa é histórica, pois se refere a uma ocupação originária. Já no que se refere aos quilombolas, o direito consagrado constitucionalmente tem sua essência relacionada ao fenômeno da escravidão e do surgimento dos quilombos¹⁴⁸.

¹⁴⁸ MITIDIÉRI, Leandro. **Remanescente de Quilombo, índios, Meio ambiente e segurança Nacional: Ponderação de interesses constitucionais.** Disponível em: <http://www.cpisp.org.br/acoes/upload/arquivos/PonderacaodeInteressesConstitucionais_LeandroMiti-dieri.pdf> Acesso em 21 de fev.2013.

Ainda nesse sentido, os atos que recaiam sobre as terras indígenas, serão nulos e extintos, logo não faz jus a qualquer indenização, salvo quando houver benfeitorias. Diferentemente se observa quando mesmo fato incide sobre terras quilombolas, pois haverá nesse caso a figura da desapropriação mediante justa indenização¹⁴⁹.

Apesar das diferenças acima citadas, o direito dos índios às terras tem a mesma natureza dos remanescentes de quilombolas, haja vista ser um direito fundamental de segunda geração. Dessa maneira, tais direitos se tangenciam à medida que dizem respeito a justiça social e a preservação de culturas de povos não incluídos nacionalmente.

4.5 DA CONSTITUCIONALIDADE DO DECRETO LEI 4.887/2003

Como dito anteriormente, existem vários precedente favoráveis as comunidade de remanescente de quilombolas, de modo que tal fato faz nascer a esperança de que o Supremo Tribunal Federal se posicione negativamente no que se refere a ADI 3.239/DF, e diante disso, terá como principal efeito a proteção dos direitos fundamentais destinados aos remanescentes de quilombolas, e de maneira residual irá salvaguardar direitos transindividuais de toda população brasileira¹⁵⁰.

Diante da análise do tema ora abordado, não há que se falar em vício material, ou em vício formal, visto que o Decreto é Constitucional, devendo-se pontuar a questão da auto-aplicabilidade do artigo 68 da ADCT, por se tratar de princípio fundamental e da força normativa da Constituição. Dessa maneira o Decreto se mostra como a atuação concreta da administração Pública no que se refere à efetivação de direitos pactuados internacionalmente, sendo essas Convenções internacionais o parâmetro legal, que desconstrói a ideia da autonomia deste ato normativo.

Dessa mesma maneira, como já abordado, também não existe inconstitucionalidade no que se refere à desapropriação prevista pelo Decreto, muito menos a forma de

¹⁴⁹ MITIDIÉRI, Leandro. **Remanescente de Quilombo, índios, Meio ambiente e segurança Nacional: Ponderação de interesses constitucionais.** Disponível em: <http://www.cpsp.org.br/acoes/upload/arquivos/PonderacaodeInteressesConstitucionais_LeandroMiti_dieri.pdf> Acesso em 21 de fev.2013.

¹⁵⁰ SARMENTO, Daniel. **A garantia do direito a posse dos remanescentes de quilombos antes da desapropriação**, 2006, p.1. Disponível em <<http://6ccr.pgr.mpf.gov.br/documentos>>. Acesso em 19.out.2012.

identificação das comunidades, diante da exigência de um estudo antropológico. Cumpre esclarecer que Cabe à Fundação Cultural Palmares emitir certidões sobre essa auto-definição, diante de um estudo prévio, obedecendo a normas específicas¹⁵¹.

Pontua-se ainda, que o Decreto nº 4.887/ 2003, prevê que o INCRA é o órgão competente, na esfera federal, pela titulação dos territórios quilombolas. Os estados, o Distrito Federal e os municípios têm competência comum e concorrente com o poder federal para promover e executar esses procedimentos de regularização fundiária tendo como base na Instrução Normativa 57¹⁵².

De maneira conclusiva, pode-se afirmar que o direito dos remanescentes de comunidades quilombolas à propriedade é um direito fundamental de segunda geração, que se correlacionam com principio da igualdade ao da justiça social. Diante de todos os argumentos supracitados, conclui-se que a ADI em questão não deve ser conhecida, e caso seja ultrapassado as preliminares, deve esta ser julgada parcialmente procedente para que o artigo 13 do Decreto¹⁵³ seja interpretado conforme a Constituição.

¹⁵¹ Portaria da Fundação Cultural Palmares nº 98, de 26/11/2007

¹⁵² Instrução normativa do INCRA. Disponível em : <http://www.incra.gov.br/index.php/estrutura-fundiaria/quilombolas>.

¹⁵³ Art. 13 do Decreto 4.887/2003: 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.

5 CONCLUSÃO

A análise acerca da (in) Constitucionalidade do Decreto Lei 4.887/2003 possui grande relevância socioeconômica o que leva a inúmeras divergências em torno do tema. Desta forma, buscou-se esclarecer os principais aspectos controvertidos acerca da matéria.

No que diz respeito aos sujeitos de direito de tal ato normativo, observou-se o comprometimento do Estado para com os remanescentes diante da elaboração do artigo 68 das ADCT. Os direitos com o intuito protetivo as comunidades quilombolas, surgem diante de um contexto mundial de reconhecimento dos direitos humanos, e na percepção da necessidade de reparação de erros históricos, e, nesse sentido, o Brasil, através da Constituição de 1988 passa a reconhecer os direitos dos afrodescendentes.

Como uma operação de inversão de valores em relação à legislação colonial, vigente a época da escravidão, a Norma Suprema Federal de 1988 proporcionou aos quilombolas a possibilidade da realização da consagração de seus direitos, assim, passa a reconhecer garantias que foram historicamente esquecidas. As comunidades quilombolas surgem diante do processo de escravidão do negro, nascendo então como uma forma de resistência ao modelo de exploração econômica implantada no país pela Colônia.

A conceituação da palavra quilombola sempre foi carregada de carga valorativa, e diante dos vários momentos históricos, tal expressão assume significados distintos. A partir da análise atual acerca do tema, pode-se afirmar que o conceito de quilombos deve ser compreendido como comunidades que surgiram no período colonial como uma forma de resistência coletiva contra o regime escravocrata.

Chega-se então a conclusão de que comunidades remanescentes de quilombolas são aquelas formadas por descendente de escravos que possuem por características antropológicas a forte ligação com a terra, o elo cultural, a manutenção dos hábitos, e o respeito a cultura dos seus ancestrais. Dessa forma, a definição da de um grupo como remanescente de quilombolas depende da auto-identificação, da hetero-identificação e da manutenção de uma continuidade histórica.

As comunidades de remanescentes de quilombolas são uma realidade no país, e estão espalhadas pelos quatro cantos, fato esse que fez perdurar o conflito agrário existente em torno dela. Dessa maneira, pontua-se a criação em 2003 do Decreto 4.887, com o objetivo de minimizar o laconismo do artigo 68 do ADCT, visto que, tal Decreto passa a balizar os direitos eminentes da Constituição.

Diante da elaboração do Decreto supracitado, o Partido dos Democratas propõe uma Ação Direta de Inconstitucionalidade arguindo a violação constitucional formal, visto que tal Decreto Invadiria esfera reservada à lei. Além disso, argui a inconstitucionalidade material afirmando que o Decreto cria uma nova modalidade de desapropriação, bem como resume a identificação dos remanescentes das comunidades apenas ao critério de auto-atribuição.

Cumprir esclarecer, que o direito dos remanescentes de comunidades quilombolas à propriedade é um direito fundamental de segunda geração que não deve ser observado como uma política afirmativa, por não possuir o caráter da temporariedade, e mais ainda, por ser um direito social. Nesse contexto, existe um conflito eminente entre o direito a propriedade privada, e o direito dos remanescentes de comunidades quilombolas à propriedade, de modo que este deve ser resolvido a partir de uma ponderação de interesse, haja vista se tratar de um conflito entre direitos fundamentais.

Diante da análise constitucional acerca da função social da propriedade, conclui-se que o direito dos remanescentes deve preponderar sobre o direito à propriedade privada, haja vista a não observação do cumprimento da função social das terras em conflito. Assim, os direitos dessa comunidade devem ser encarados como um direito constitucionalmente previsto que deve preponderar sobre o direito fundamental de primeira geração, visto o não cumprimento da função social das terras.

No que tange os aspectos controvertidos acerca da inconstitucionalidade formal do Decreto, deve-se pontuar o fato do Brasil ser signatário de duas convenções a; a Convenção 169 da OIT e a Convenção de direitos humanos. Tais tratados estabeleceram o direito de todas as pessoas à propriedade, inclusive o dos negros, de modo a ser recepcionado no país, passando a ter hierarquia suprallegal.

Diante da hierarquia destas normas, não há que se falar em autonomia, já que as convenções internacionais devem ser encaradas como agente regulador do Decreto.

Dessa maneira, não há que se falar em inconstitucionalidade formal, por violação direta ao artigo 84 da Constituição.

Em relação ao segundo ponto controvertido, esse também se mostra constitucional, haja vista que não houve a criação de uma nova modalidade de desapropriação, na realidade o que deve ocorrer é a interpretação do artigo 13 do Decreto 4.887/ 2003 conforme o artigo 5º XXIV da Constituição . Dessa maneira, a desapropriação se dará mediante justa indenização, configurando-se como uma espécie de reforma agrária.

No que diz respeito ao argumento de que o critério da autodeterminação não se mostra satisfatório para o reconhecimento de uma comunidade, visto que incorreria em “erro de pessoa”, observa-se que tal critério não é observado isoladamente, isso porque existe também a exigência legal de estudos antropológicos. Desta maneira não procede a inconstitucionalidade, haja vista, a necessidade da interpretação do conceito de remanescente de quilombolas aferidos a partir de estudos antropológicos, sendo esse de competência do INCRA.

Diante da análise do tema abordado, observa-se que se trata de uma questão eminentemente política, a qual possui uma imensa dimensão social. Assim, conclui-se que diante dos argumentos supracitados, o Decreto 4.887/2003 é Constitucional, e se mostra como um mecanismo de realização de justiça social.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Wlamyra Ribeiro de; FRAGA FILHO, Walter. **Uma história do negro no Brasil**. Salvador: Centro de estudos Afro-orientais; Fundação Cultural dos Palmares, 2006, v. único.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores LTDA., 2006.

ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de; PEREIRA, Deborah Duprat de Brito Pereira. **As populações remanescentes de quilombos - Direito do passado ou garantia para o futuro**. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/revista/seriecadernos/vol24/artigo09.pdf>>. Acesso em: 22 ago. 2013.

ARAÚJO, Eloi Ferreira de. **Quilombo e caviar**. Disponível em: <<http://www.palmares.gov.br/quilombo-e-caviar/>>. Acesso em: 22 out. 2012.

ARRUTI, José Maurício. **O quilombo conceitual: para uma sociologia do artigo 68 do ADCT**. In: Texto para discussão: Projeto Egbé – Territórios negros (KOINONIA), 2003.

ATALIBA, Geraldo. O poder regulamentar no executivo. **Revista de Direito Público**, n 57-58, p 184-2908. v. X., 1981.

BALDI, Cesar. **A discussão jurídica dos quilombos no STF**. Disponível em: <<http://www.cpis.org.br/upload/editor/file/discuss%C3%A3ojur%C3%ADdicadosquilombosCesa>>. Acesso em: 07 out. 2012.

_____. Invaldar Decreto é retroceder direitos constitucionais in: **Revista Consultor Jurídico**, 21 de maio de 2010. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2010-mai-21/invaldar-decreto-quilombos-implica-retrocesso-constitucional?pagina=2>. Acessado em : 20 . mai.2013

BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. Aspectos jurídicos da desapropriação das terras ocupadas pelos remanescentes das comunidades quilombolas. **Teses da Faculdade Baiana de Direito**. Bahia: Faculdade Baiana de Direito, 2011, v.3, p. 27-38.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 6. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2004.

_____. **O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro**. 6. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2012.

BARZZOTO, Luís Fernando. **Justiça Social - Gênese, estrutura e aplicação de um conceito**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_48/artigos/ART_LUIS.htm> Acesso em: 07 mar. 2013.

BELLINTANI, Leila Pinheiro. **Ações afirmativas e os Princípios do Direito. A questão das quotas raciais para o ingresso no ensino superior.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

BERCOVICI, Gilberto. A Constituição de 1988 e a função social da propriedade. **Revistas de Direito Privado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, v.7, p. 70-83.

BORGES, Thiago Carvalho. **Curso de direito internacional público e direito comunitário.** São Paulo: Atlas, 2011.

BRAGA, Paula Sarno; JUNIOR, Fredie Didier; OLIVEIRA, Rafael Alexandre de. Aspectos Processuais da ADIN(Ação Direta de Inconstitucionalidade) e da ADC (Ação Declaratória de Constitucionalidad. **Ações constitucionais.** 6. ed. Bahia: Juspodivm, 2012.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado, 1998.

_____. **Decreto-Lei nº 4.887**, de 20 de abril de 2003. Regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que trata o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/d4887.htm>. Acesso em: 30.ago.2012

_____. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Ação reivindicatória nº 0016296-14.2009.4.01.3300. Relator EVANDRO REIMÃO DOS REIS. Julgado em: 04. Nov.2012. Disponível em:< <http://portal.trf1.jus.br/sjba/>> . Acesso em: 06 mai 2013.

_____. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Apelação/Reexame Necessário nº 2008.60.02.002501-2. Relator: José Lunardelli. Julgado em: 21 jun 2011. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20692391/apelacao-reexame-necessario-apelree-2501-ms-20086002002501-2-trf3>>. Acesso em 06 mar. 2013.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Agravo de Instrumento nº 2008.04.00.034037-5. Relatora: Maria Lúcia Luz Leira. Julgado em: 07 abr 2009. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6901075/agravo-de-instrumento-ag-34037-sc-20080400034037-5-trf4>>. Acesso em 06 mar. 2013.

CAVALCANTI, Ricardo Russell Brandão. **ADCT: função e interpretações práticas.** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9457&revista_caderno=9>. Acesso em: 07 nov. 2012.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Administrativo.** 6. ed. Bahia: JusPodivm, 2006.

_____. **Controle de Constitucionalidade.** 6. ed. Bahia: JusPodivm, 2011.

_____. **Curso de Direito Constitucional.** 6. ed. Bahia: JusPodivm, 2009.

DIMITRI, Dimoulis; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

FARIA, Dárcio Augusto Chaves. **A função social como princípio legitimador da propriedade. Os Princípios da Constituição Federal de 1988**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Direitos Reais**. 9. ed. Bahia: Juspodivm, 2013.

_____. _____. 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

FERNANDES, Maria Fernanda Lombardi. **Os republicanos e a abolição**. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-44782006000200013&script=sci_arttext>. Acesso em: 10 jan. 2013.

FONSECA, Álea Melo. **Rio das Rãs memória de uma “comunidade remanescente de quilombo”**. Disponível em: <http://www.afroasia.ufba.br/pdf/afroasia_n23_p297.pdf>. Acesso em: 22 fev. 2013.

FONTELES, Lidianny Vidal. **Remanescente de quilombos da Terra da Luz: O papel dos agentes e agências intermediadoras na ressignificação identitária**. Disponível em: <http://www.abant.org.br/conteudo/ANAIS/CD_Virtual_26_RBA/grupos_de_trabalho/trabalhos/GT%2002/lidianny%20vidal%20fonteles.pdf> . Acesso em: 21 mar. 2013.

GALVÃO, Gabriel Mello. **Fundamentos e limites da atribuição do Poder Normativo às autarquias autônomas Federais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GARCIA, Maria Franco; MONTEIRO, Karoline dos Santos. **Dos territórios de Reforma Agrária à territorialização quilombola: O caso da comunidade negra de Gurugi, Paraíba**. Disponível em: <<http://www4.fct.unesp.br/ceget/PEGADA112/08KAROL1102.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2013.

GENNARI, Emilio. **Em Busca da Liberdade: traços das lutas escravas no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2011.

GOMES, Flávio dos Santos. **Palmares: escravidão e liberdade no Atlântico Sul**. São Paulo: Contexto, 2005.

GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil Brasileiro: Direito Civil das Coisas**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Controle de constitucionalidade. **Revista de Processo**. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, ano 18, jan/mar. 2010, p. 11-37.

KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. **Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito? Uma análise histórico-jurídico-comparativo do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil.** Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007.

LEITE, Matheus Mendonça Gonçalves. **A luta por reconhecimento dos Direitos Fundamentais das comunidades remanescente de quilombolas.** Disponível em: <<http://www1.pucminas.br/proex/arquivos/lutaquilombo.pdf>>. Acesso em 03 jan. 2013.

MARINS, Aloísio Otávio Marques. **Desapropriação para fins de reforma Agrária.** Disponível em: <<http://www.unibrasil.com.br/arquivos/direito/20092/aloisio-otavio-marques-martins.pdf>> Acesso em: 23 set. 2012.

MARX, Karl. **O Capital.** 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1975, v.2.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público.** 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

_____. Hierarquia constitucional e incorporação automática dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no ordenamento brasileiro. Brasília: **Revista de Informação Legislativa**, ano 37, nº 148 out/dez. 1981, p. 231-249.

MEIRELES, Ana Cristina Costa. **A eficácia dos Direitos Sociais.** Bahia: Juspodivm, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 21. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional.** 7. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2012.

MIRTÔ, Fraga. *apud.* MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público.** 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

MITIDIÉRI, Leandro. **Remanescente de Quilombo, índios, Meio ambiente e segurança Nacional: Ponderação de interesses constitucionais.** Disponível em: <http://www.cpisp.org.br/acoes/upload/arquivos/PonderacaodeInteressesConstitucionais_LeandroMitidieri.pdf> Acesso em: 21 de fev.2013.

MOURA, Clovis. **Os quilombos e a rebelião negra.** 6. ed. São Paulo Brasiliense, 1986.

NOZOE, Nelson. **Sesmaria e apossamento de terras no Brasil Colônia.** Disponível em: <<http://www.anpec.org.br/encontro2005/artigos/A05A024.pdf>>. Acesso em: 22 mai. 2013.

O'DIWER, Eliane Cantorino. **Quilombos identidade étnica territorialidade.** Rio de Janeiro: FGV, 2002.

_____. **Os quilombos e a prática profissional dos antropólogos**. Rio de Janeiro: FGV, 2002.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção 169 - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais**. 19.abr.2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm>. Acessado em: 10.jan.213.

PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. 22.nov.1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm> Acessado em: 10.jan.213.

PINSKY, Jaime. **Escravidão no Brasil**. 20. ed. São Paulo: Contexto, 2006.

RAMOS, Elival da Silva. **A inconstitucionalidade das leis. Vício e Sanção**. São Paulo: Saraiva, 1994.

REIS, João José; GOMES, Flávio dos Santos. **Liberdade por um fio- História dos quilombos no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

REZENDE, Antônio Paulo; DIDIER, Maria Thereza. **Rumos da Historia**. São Paulo: Atual Editora, 2001.

SAMPAIO, Marcos. **O conteúdo essencial dos Direitos sociais**. São Paulo: Saraiva, 2013.

SANTOS, Olinda de Souza Oliveira dos Santos; SILVA, Rose dos Santos. **Dossiê de violação de direito da comunidade quilombola do Rio dos Macacos**. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/comissoes/documentos/SSCEPI/DOC%20VCM%20214.pdf>>. Acesso em: 22 jan. 2013.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 0017014-55.2012.4.03.0000/SP. Relator: Desembargador José Lunardelli. Julgado em: 26 jun. 2012. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/diario/Consulta/VisualizarDocumentosProcesso?numerosProcesso=201203000170148&data=2012-06-26>>. Acesso em: 02 out. 2012.

SARMENTO, Daniel. **A garantia do direito a posse dos remanescentes de quilombos antes da desapropriação**. Disponível em <<http://6ccr.pgr.mpf.gov.br/documentos>>. Acesso em: 19 ago 2012.

_____. **Territórios quilombolas e a Constituição: A ADI 3.239 e a constitucionalidade do Decreto 4.887**. Disponível em: <..http://6ccr.pgr.mpf.gov.br/documentos-e-publicacoes/docs_artigos/Territorios_Quilombolas_e_Constituicao_Dr._Daniel_Sarmiento.pdf>. Acesso em: 02.jun.2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SIQUEIRA, Maria de Lourdes. **Quilombo no Brasil e a singularidade de Palmares**. Disponível em: <<http://www.educacao.salvador.ba.gov.br/documentos/quilombos-no-brasil.pdf>>. Acesso em: 12 jan. 2013.

SOUZA, Léa Émile Maciel Jorge de. A objetivação dos efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal no controle concreto de constitucionalidade. **Revista de direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, ano 21, out-dez, 2012.

TOMAZETTE, Marlon. A evolução histórica do controle de constitucionalidade das leis no Brasil. **Revista de direito Constitucional internacional**. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, ano 18, jan-mar, 2010.

VALLE, Nathalia Ribeiro do. **Direito de Quilombo**. Disponível em: <<http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.>>. Acesso em: 07 nov. 2012