

**FACULDADE VALE DO CRICARÉ - FVC
DIREITO**

RENATA OLIVEIRA SANTOS

A CONSTITUCIONALIDADE DO DECRETO 4.887/03

**SÃO MATEUS-ES
2015**

RENATA OLIVEIRA SANTOS

A CONSTITUCIONALIDADE DO DECRETO 4.887/03

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Faculdade Vale do Cricaré, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

SÃO MATEUS-ES

2015

RENATA OLIVEIRA SANTOS

A CONSTITUCIONALIDADE DO DECRETO 4.887/03

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Faculdade Vale do Cricaré, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em ___ de _____ de 20__.

BANCA EXAMINADORA

PROF.
FACULDADE VALE DO CRICARÉ

PROF.
FACULDADE VALE DO CRICARÉ

PROF.
FACULDADE VALE DO CRICARÉ

À minha querida mãe, por todo o esmero despendido na minha educação.

Ao meu pai, pois sei que o meu sucesso acadêmico era seu desejo.

À minha irmã por ser minha primeira melhor amiga, confidente e espelho de tudo o que eu queria ser.

Agradeço de coração à Dra.
Walquíria Imamura Picoli e Dra.
Carolina Augusta da Rocha Rosado
pelo material emprestado e apoio à
minha pesquisa

Um agradecimento ainda mais
especial aos queridos Pedro,
Patrícia e Adma, que além do apoio
e material, doaram também seu
tempo na montagem dessa
monografia.

Tire o telefone do gancho e
desapareça por um tempo. Tudo bem,
você se permitir perder um dia ou dois.
Quando você vai perceber que Viena
espera por você?"

Billy Joel

RESUMO

Essa pesquisa tem como principal escopo a análise do Decreto 4.887/03. O referido ato normativo foi criado como meio regulamentador do art. 68 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, o qual reconhece aos quilombolas as terras que estejam ocupando. Tal Decreto é objeto principal de apreciação da ADI 3239, proposta pelo Partido da Frente Liberal (PFL), o qual contesta (i) o (ir)regularidade do ato normativo escolhido; (ii) a constitucionalidade da desapropriação prevista no art. 13 do Decreto 4.887/03; (iii) o critério de autodeterminação previsto; (iv) o critério de caracterização das terras. Partindo-se da metodologia de pesquisa teórica, esse estudo apresenta breves explicações sobre o Controle de Constitucionalidade e o Controle de Convencionalidade. Logo após, delineia uma breve historicidade quilombola, a qual abarca a história do quilombo e o arcabouço legislativo em torno dessa minoria étnica. Em seguida, aborda o Decreto em si, destacando a sua relevância jurídica. Após, resta demonstrado que os argumentos da ADI 3239 não devem prosperar, tendo em vista a força da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho. Por fim, conclui-se pela constitucionalidade do Decreto 4.887/03, sendo o ato normativo recepcionado pela Constituição Federal.

Palavras-chave: Controle de Constitucionalidade. Direito Constitucional. Direito Fundamental. Direito das Minorias

ABSTRACT

This research has as main purpose the analysis of Decree 4.887/03. Such normative act was created as regulatory means of art. 68 Acts of the Constitutional Provisions, which recognizes the quilombo land they are occupying. Such Decree is the main object of assessing the ADI 3239, proposed by the Partido da Frente Liberal (PFL), which challenges (i) the (ir) regularity of the normative act chosen; (ii) the constitutionality of expropriation provided for in art. 13 of Decree 4,887/03; (iii) self criterion provided; (iv) the characterization criterion of the land. Starting from the theoretical research design, this study provides brief explanations of the Judicial Review and Conventionality control. Soon after, outlines a brief maroon historicity, which covers the history of the quilombo and the legislative framework around this ethnic minority. Then addresses the Decree itself, highlighting its legal significance. After, it remains demonstrated that the ADI 3239 arguments should not thrive, given the force of Convention 169 of the International Labour Organisation. Finally, we conclude the constitutionality of Decree 4.887 / 03, and the normative act approved by the Federal Constitution.

Keywords: Judicial Review. Constitutional right. Fundamental right. Right of Minorities

Sumário

1	INTRODUÇÃO	10
2	O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	13
2.1	CONCEITO DE CONSTITUIÇÃO.....	13
2.2	A INCONSTITUCIONALIDADE	15
2.2.1	Requisitos formais	15
2.2.2	Requisitos materiais.....	16
2.3	OUTRAS ESPÉCIES DE INCONSTITUCIONALIDADE.....	17
2.4	CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	18
2.4.1	O controle prévio	18
2.4.2	Controle repressivo ou posterior.....	20
3	BREVE EXPLICAÇÃO SOBRE O controle de convencionalidade	29
3.1	O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO BRASIL	30
4	A TERRITORIALIDADE QUILOMBOLA NA LEGISLAÇÃO INTERNACIONAL E NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.....	31
4.1	BREVE VISÃO SOCIOLÓGICA SOBRE OS REMANESCENTES QUILOMBOLAS	31
4.2	A CONVENÇÃO N.º 169 DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO.....	32
4.3	ARTIGOS DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988	36
4.3.1	O Art. 3º, CRFB/88	38
4.3.2	O Art. 4º, CRFB/88	38
4.3.3	O Art. 5º, da CRFB/88	38
4.3.4	Os Artigos 215 e 216, da CRFB/88	38
4.4	O ART. 68 DOS ATOS DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS.....	39
5	A CONSTITUCIONALIDADE DO DECRETO 4.887/03	41
5.1	O DECRETO 3.912/01	41
5.2	O DECRETO 4.887/03	42
5.3	A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3239	43
5.4	TESE CONTRÁRIA À INICIAL	46

5.4.1	Inexistência de ofensa ao princípio constitucional da legalidade	46
5.4.2	A desapropriação do Decreto 4887/03.....	48
5.4.3	A Autoatribuição como critério de aferição de identidade	50
5.4.4	A territorialidade quilombola.....	51
5.5	VOTOS MINISTERIAIS	53
5.5.1	Voto do Ministro Relator Cezar Peluso.....	53
5.5.2	Voto da Ministra Rosa Weber	55
6	CONCLUSÃO.....	58
	REFERÊNCIAS.....	60

1 INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 abrange um leque amplo de assuntos, tendo um cunho social muito forte. Conforme preleciona Aurélio Virgílio Rios¹, a Carta Magna Brasileira atual recepcionou, logo em seu art. 1º, o Estado Democrático de Direito, validando as minorias, garantindo a essas os Direitos Fundamentais. Acerca das minorias, pontua-se que:

(...) Os quilombolas formam – junto com outros negros (art. 215, §1º), os índios (art. 231), as pessoas portadoras de deficiência (art. 37, VIII), os idosos (art. 230), as mulheres (art. 5º, I), os presidiários (art. 5º XLIX), os pobres (art. 203), os estrangeiros (art. 5º, *caput*), os brasileiros de certas regiões (art. 19, III), os crentes de determinadas convicções (art. 5º, VI e VIII) e outros grupos e indivíduos não expressos, mas acolhidos, como os homossexuais e transexuais (art. 5º, XLI) – as “minorias” ou “fragilizados”, para os quais os direitos fundamentais, isonomia à cabeceira, têm uma relevância particular. (...) ²

Os quilombolas fazem parte de um grupo de minorias étnicas protegidas pela Constituição da República de 1988 e as garantias dispostas para assegurar a dignidade dessa parcela cultural brasileira estão previstas nos artigos 215 e 216 da Constituição Pátria.

A população quilombola é considerada como um dos povos tradicionais do país pela ajuda na construção da face multicultural brasileira, sendo sua cultura protegida e garantida pelos arts. 215 e 216, da CRFB/88.

Como forma de garantir os direitos dessa minoria socioétnica, a Carta Magna, no art. 68 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, reconheceu a propriedade definitiva nas terras ocupadas pelos quilombolas, definindo a competência do Estado Brasileiro em emitir os respectivos títulos. Tal dispositivo foi regulamentado pelo Decreto 3.912/01, o qual foi substituído pelo atual Decreto 4.887/03.

¹ RIOS, Aurélio Virgílio: Quilombos na Perspectiva da Igualdade Étnico-Racial: Raízes, Conceitos, Perspectivas. 2006. Disponível em: < http://6ccr.pgr.mpf.mp.br/documentos-e-publicacoes/artigos/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/quilombos_na_perspectiva_da_igualdade_etnico_racial.pdf> Acessado em: 27 de novembro de 2015.

² ROTHENBURG, Walter Claudius: Direito dos Descendentes de Escravos (Remanescentes das Comunidades de Quilombos). 2008. Disponível em: http://6ccr.pgr.mpf.mp.br/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/artigo_descendentes_de_escravos.pdf Acessado em 27 de novembro de 2015

Entretanto, após a recepção do ato normativo, o Partido da Frente Liberal (PFL), na crença da existência de desconformidade entre o Decreto e a Carta Magna, propôs a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3.239, a qual contesta (i) a (ir)regularidade do ato normativo escolhido; (ii) a constitucionalidade da desapropriação prevista no art. 13 do Decreto 4.887/03; (iii) o critério de auto-determinação previsto; (iv) o critério de caracterização das terras.

Tal ação é amparada pelo instituto do Controle de Constitucionalidade, com fundamento nos art. 102, inciso I e 103 da Constituição da República e da Lei n.º 9.868/99, a qual versa não só sobre a Ação Declaratória de Constitucionalidade, mas da Ação Direta de Inconstitucionalidade, que é o instrumento utilizado para se opor ao Decreto 4.887/03.

Até o momento, a ADI 3.239 não teve uma conclusão. Sabe-se que a medida cautelar suscitada pela parte Requerente não prosperou em razão do art. 12, da Lei n.º 9.868/99. Destaque-se que até o presente momento, foram publicados dois votos ministros, o do Ministro-Relator, Senhor Ministro Cezar Peluso, e da Senhora Ministra Rosa Weber, os quais são opostos entre eles, os quais serão analisados posteriormente nesse estudo.

Assim, o presente estudo se preza na análise do Decreto 4.887/03, atentando-se (i) a adequação do ato normativo ante a Constituição Federal da República do Brasil; (ii) o uso correto – ou não – da Ação Direta de Inconstitucionalidade como instrumento para questionar a validade do referido Ato Normativo, e; (iii) os possíveis efeitos que acontecerá caso a Ação seja conhecida pelo Supremo Tribunal Federal.

Também é objeto de análise a adequação do Controle de Constitucionalidade utilizado pelo Partido da Frente Liberal para questionar a adequação do Decreto 4.887/03 à Constituição da República Federativa do Brasil.

Ante o exposto, percebe-se que o objetivo do estudo é promover uma análise desse conflito, mostrando os fundamentos de ambas as partes, compará-los e constatar quais argumentos devem prevalecer no embate para só então verificar a constitucionalidade, ou não, do Decreto 4.887/03.

A metodologia utilizada para o desenvolvimento desta pesquisa foi a chamada pesquisa teórica, por meio das “fontes de papéis”, como explica muito bem Miracy Barbosa de Sousa Gustin e Maria Tereza Fonseca:

“(...) As pesquisas teóricas priorizam a construção de esquemas conceituais específicos e utilizam-se dos vários processos discursivos e argumentativos para o convencimento sobre a validade dos esquemas propostos. (...) São fontes de papel todas aquelas que não são personificadas, ou seja, que se utiliza de dados secundários extraídos de livros de toda espécie, jornais, jurisprudências, legislações, entre outras inúmeras fontes desse tipo. (...) a análise de conteúdo (...) é um procedimento indispensável para esse tipo de investigação. (...)”³.

Dentro da premissa apresentada, a pesquisa foi arquitetada por meio de busca bibliográfica sobre a temática tomando por base, principalmente, ao acervo legislativo brasileiro e jurisprudências correlatas ao objeto da presente análise. Não obstante, também foram utilizados artigos jurídicos e doutrinas, de âmbito geral e específico, para o embasamento teórico deste estudo.

Primeiramente, esta monografia apresentará uma breve prolusão de temas importantes ao assunto, como a definição de alguns conceitos chaves sobre Controle de Constitucionalidade e Controle de Convencionalidade, bem como a historicidade relacionada aos remanescentes de quilombolas e a legislação do assunto no ordenamento legal brasileiro a partir da CRFB/88. Posteriormente, haverá a exposição dos pontos mais importantes do Decreto 4.887/03 e da ADI 3.239, e a análise crítica da possível constitucionalidade do primeiro. Finalmente, expor-se-á as ponderações conclusivas do estudo.

³ GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 3ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 106.

2 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

2.1 CONCEITO DE CONSTITUIÇÃO

A Constituição, grosso modo, é a norma máxima, a qual, por meio de um conjunto de normas, norteia as ações de um país e de seu povo. Existem duas acepções para Constituição: (i) o sentido material ou substancial, e; (ii) o sentido formal.

Na forma material, a Constituição é responsável pela estruturação organizacional do Estado, estabelecendo normas que ditam as competências do poder público e garantias fundamentais para a sua nação, conforme defende Mendes e Branco, *in verbis*:

[...] a Constituição tem por meta não apenas erigir a arquitetura normativa básica do Estado, ordenando-lhe o essencial das suas atribuições e escudando os indivíduos contra eventuais abusos, como, e numa mesma medida de importância, tem por alvo criar bases para a convivência livre e digna de todas as pessoas, em um ambiente de respeito e considerações recíprocos. Isso reconfigura o Estado, somando-lhe às funções tradicionais as de agente intervencionista e de prestador de serviços. [...]⁴

Em sua acepção formalista, a Constituição é um documento escrito e solene o qual regula a normatização de um Estado. Para Bulos (2007), é um documento “oriundo da manifestação constituinte originária.”⁵

Em sua obra clássica, Kelsen (1999, p. 155), leciona, *in verbis*:

[...] A Constituição material pode consistir, em parte, de normas escritas, noutra parte, de normas não escritas, de Direito criado consuetudinariamente. As normas não escritas da Constituição, criadas consuetudinariamente, podem ser codificadas; e, então, quando esta codificação é realizada por um órgão legislativo e, portanto, tem caráter vinculante, elas transformam-se em Constituição escrita. [...]⁶

Em suma, sabe-se que a Constituição escrita teve origem com o movimento denominado “Constitucionalismo Moderno”, no século XVIII, num momento em que

⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. Ed. São Paulo : Saraiva, 2014. p. 56.

⁵ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo : Saraiva. 2007. p. 41.

⁶ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6. Ed. São Paulo: Martins Fontes. 1999. p. 155.

houve uma preocupação em limitar o poder monárquico e houve a adoção de constituição escrita. Conforme sintetiza Douglas e Motta Filho (2002, p. 9) o “rei teocrático do *Ancien Regime* (“Antigo Regime”) é substituído por uma Constituição escrita.”⁷

Pois bem. A partir desse momento, a soberania se encontra no texto constitucional, pois a ele cabe limitar o poder do Estado e estabelecer as competências do Poder Público. Nesse viés, é possível dizer que a Constituição detém o poder de “orientar” o surgimento de outras normas, as normas infraconstitucionais, devendo essas estarem de acordo com o estabelecido na Constituição.

A Constituição Brasileira vigente é escrita, isto é, a soberania emana de um documento formal, solene. Ela também é considerada rígida, conforme regra exposta no seu art. 60⁸, o qual demonstra que a Lei Maior brasileira exige “(...)para a sua alteração (...) um processo legislativo mais árduo, mais solene, mais dificultoso do que o processo de alteração das normas não constitucionais.” (LENZA, 2014)⁹.

Dessa forma, por causa da dificuldade em se mudar a Lei Maior e pelo princípio da supremacia da Constituição¹⁰, entende-se que em caso da legislação infraconstitucional estar desarmônica com o instituído na Carta Magna, haverá um caso de inconstitucionalidade.

⁷MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da. **Controle de Constitucionalidade**: uma abordagem jurisprudencial. 2. Ed. Rio de Janeiro : Impetus, 2002. p. 9

⁸ O art. 60 da Constituição da República Federativa do Brasil elucida as regras para alteração da Carta Magna. O art. 60 diz: Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; II - do Presidente da República; III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros. § 1º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio. § 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros. § 3º A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem. § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais. § 5º A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.

⁹ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 18. Ed. São Paulo : Saraiva. 2014. p. 102.

¹⁰ Esse princípio, conforme Bulos (2007, p. 52), “advém da constatação de que a constituição é soberana dentro do ordenamento (*paramountcy*). Por isso, todas as demais leis e atos normativos devem adequar-se”. BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo : Saraiva. 2007. p. 52.

2.2 A INCONSTITUCIONALIDADE

De início, menciona-se que o princípio da legalidade, previsto no art. 5º, inciso II, da CRFB/88¹¹, é um dos fundamentos da inconstitucionalidade. Bulos (2007, p. 60) é claro quando diz que o Brasil é um dos países que adota “a lei como fonte imediata de toda a ordem jurídica”.¹²

Nesse viés, percebe-se que o princípio da legalidade é o norte de todo o ordenamento jurídico brasileiro, inclusive no que tange na criação de espécies normativas. Quando o Poder Legislativo não observa certos requisitos na elaboração de leis, elas são submetidas a um controle de constitucionalidade, caso certos requisitos não forem observados.

2.2.1 Requisitos formais

Os requisitos formais (também conhecidos como procedimentais ou instrumentais) guiam a criação das espécies normativas previstas no art. 59 da CRFB. As espécies normativas são: (i) emendas à Constituição; (ii) leis complementares; (iii) leis ordinárias; (iv) leis delegadas; (v) medidas provisórias; (vi) decretos legislativos, e; (vii) resoluções.

Esses tipos normativos podem ser instruídos pelos requisitos formais subjetivos ou requisitos formais objetivos.

Os pressupostos subjetivos discorrem sobre a iniciativa e criação das leis, que está apresentada no art. 61, §§ 1º e 2º, da CRFB¹³. Segue o dispositivo, *in verbis*:

Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

§ 1º São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:

I - fixem ou modifiquem os efetivos das Forças Armadas;

II - disponham sobre:

a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração;

¹¹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; (...)

¹² BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo : Saraiva. 2007. p. 60.

¹³ *Ibidem*, p. 61.

- b) organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos Territórios;
 - c) servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria;
 - d) organização do Ministério Público e da Defensoria Pública da União, bem como normas gerais para a organização do Ministério Público e da Defensoria Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios;
 - e) criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI
 - f) militares das Forças Armadas, seu regime jurídico, provimento de cargos, promoções, estabilidade, remuneração, reforma e transferência para a reserva.
- § 2º A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.

Sendo assim, entende-se que para propor uma lei, é necessário observar o dispositivo transcrito acima, pois não é possível, por exemplo, um deputado elaborar projeto de lei referente à organização do Ministério Público, pois o art. 61, §1º, inciso II, alínea “d”, da CRFB indica que apenas o Presidente da República é competente para tal assunto.

De outro lado, existem os requisitos formais objetivos, os quais traçam o procedimento aos quais as propostas se submetem para se adequarem à norma constitucional. Os arts. 60, 62 a 69, da CRFB demonstram a direção que as espécies normativas previstas no art. 59 da Lei Maior devem seguir para serem consideradas constitucionais.

Caso não seja observado o trâmite da norma, essa sofrerá do vício de inconstitucionalidade formal.

2.2.2 Requisitos materiais

Essas condições, também chamadas de requisitos substanciais ou de conteúdo, referem-se ao miolo do ato normativo ou da lei, ou seja, verifica-se se a lei ou ato normativo criado/proposto se adéqua à Constituição pátria. O conteúdo da norma proposta deve ser consoante aos preceitos constitucionais.

Se não obedecido esse requisito, no todo ou em parte, haverá uma inconstitucionalidade material, um “vício insanável de inconstitucionalidade” (MOTTA FILHO, DOUGLAS, 2001, p. 49). A inconstitucionalidade material também está condicionada ao princípio da razoabilidade, pois se a norma for escrita respeitando o

conteúdo previsto na Constituição, ela pode não ser necessária ou usar de meios que expõe um abuso do poder legislativo.

Para Mendes e Branco (2014, p. 1041), “o excesso de poder como manifestação de inconstitucionalidade configura afirmação da censura judicial no âmbito da discricionariedade legislativa (...)”. Tal postura, de declaração de inconstitucionalidade tendo por base o princípio da razoabilidade se mostra compatível com a Constituição escrita, pois, conforme já visto neste trabalho, a forma escrita da Lei Maior veio como forma de limitar o poder do Estado. Sendo assim, o judiciário, ao limitar o poder do legislador de criar normas desnecessárias para o seu ordenamento jurídico, age em conformidade com o objetivo da Constituição em si: vedar atos que excedem o poder.

2.3 OUTRAS ESPÉCIES DE INCONSTITUCIONALIDADE

Indo além das inconstitucionalidades já estudadas aqui, formal e a material, passa-se à análise de algumas outras espécies de inconstitucionalidades: (i) originárias; (ii) supervenientes; (iii) por ação; (iv) por omissão.

A inconstitucionalidade originária diz respeito à toda norma que já é criada com incompatibilidade com a Constituição vigente. Conforme Bulos (2014, p. 80), a inconstitucionalidade originária é instituto que acontece no ordenamento jurídico brasileiro, sendo mencionado em decisões do Supremo Tribunal Federal¹⁴.

Por sua vez, a inconstitucionalidade superveniente atinge em normas que existiam anteriormente à Constituição que vigora, não sendo adequadas às normas da Lei Maior atual. De acordo com Motta Filho e Douglas, a Constituição de 1988 não consente a inconstitucionalidade formal superveniente, ou seja, a lei anterior ter conteúdo compatível com a CRFB/88, mas a sua forma não se adéqua às regras constitucionais dispostas. Nesses casos, a Constituição recepciona a lei na forma prevista na norma, como no caso do Código Tributário Nacional, originalmente uma lei ordinária, mas recepcionada na Constituição atual como lei complementar.

¹⁴ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo : Saraiva. 2007. p. 80.

A inconstitucionalidade por ação é resultado de atos do Poder Público, ou até mesmo de particular¹⁵, que são contrários ao que reza a norma constitucional. De outro lado, a inconstitucionalidade por omissão “pressupõe a inobservância de um dever constitucional de legislar”¹⁶ (MENDES; BRANCO, 2014, p.1052).

Estas são as espécies de inconstitucionalidade mais relevantes para a presente monografia.

2.4 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

As leis e os atos normativos, de início, são considerados como de acordo com a Constituição, ou seja, eles são presumidamente constitucionais. Entretanto, a presunção não diz acerca da realidade fática da norma, mas sim que se espera que estejam de acordo com a Lei Maior. Quando identificadas situações em que a norma não esteja em conformidade com a Carta Magna, há um instituto específico para discutir sua adequação ou a falta dela: o controle de constitucionalidade.

O controle de constitucionalidade é meio de assegurar a “supremacia das constituições”¹⁷. Com esse instrumento, verifica-se a adequação de normas e atos normativos com o que está disposto na Lei Maior, como forma de proteger a Constituição em si, com o intuito de que não haja contradições no ordenamento jurídico.

O controle da constitucionalidade pode ter caráter preventivo ou repressivo.

2.4.1 O controle prévio

Quando há o controle prévio, a observância de adequação da norma acontece durante o seu trâmite legislativo, podendo ser realizado por qualquer um dos três poderes: executivo, legislativo e judiciário¹⁸.

¹⁵ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo : Saraiva. 2007. p. 70.

¹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. Ed. São Paulo : Saraiva, 2014. p. 1052.

¹⁷ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo : Saraiva. 2007. p. 105.

¹⁸ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 18. Ed. São Paulo : Saraiva. 2014. p. 292-293.

O controle prévio realizado pelo legislativo verifica a constitucionalidade do – ainda – projeto de lei dentro de suas comissões parlamentares¹⁹, para verificar se há alguma desconformidade com a Constituição. Acerca do assunto, Lenza sintetiza de forma brilhante²⁰:

[...] De acordo com o art. 32, IV, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, o controle será realizado pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (vide Res. da CD n. 20, de 2004 - DCD, de 18.03.2004, Suplemento, p. 3), enquanto no Senado Federal o controle será exercido pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania - CCJ, de acordo com o art. 101 de seu Regimento Interno. O plenário das referidas Casas também poderá verificar a inconstitucionalidade do projeto de lei, o mesmo podendo ser feito durante as votações. [...]

Caso haja constatação de inconstitucionalidade, não só o Senado como a Câmara, em caso de inconstitucionalidade parcial, poderá propor emenda constitucional com a finalidade de contornar a desconformidade. Ambas as casas, em caso de inconstitucionalidade *in totum*, poderão rejeitar o projeto, arquivando-o, por meio de despacho do presidente da casa legislativa. No caso delineado, há possibilidade de recurso contra a decisão de qualquer uma da casa²¹.

O controle de constitucionalidade prévio exercido pelo Poder Executivo se dá após aprovação do projeto de lei pelas casas legislativas, podendo sancionar ou vetar. Diz Lenza (2014, p. 29) “O veto dar-se-á quando o Chefe do Executivo considerar o projeto de lei inconstitucional ou contrário ao interesse público.”. Caso considere inconstitucional, acontecerá o veto jurídico e, sendo o projeto de lei considerado contrário ao interesse público, o veto político.

O veto do Chefe do Executivo passará pela apreciação das Casas Legislativas e em votação aberta, recebendo a maioria absoluta dos votos, poderá ser afastado. Após o veto, o Chefe do Executivo promulgará a lei no prazo de 48h, se não promulgá-lo, caberá ao presidente do Senado, no mesmo prazo, a incumbência, se o presidente do Senado não promulgar, caberá ao vice-presidente do Senado fazê-lo.²²

¹⁹ Conforme Bulos (2007, p. 899), “As comissões parlamentares são órgãos colegiados, nascidos na Câmara ou no Senado, com número certo de integrantes, incumbidos de analisar as proposições legislativas, a fim de emitir pareceres a respeito delas.”.

²⁰ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 18. Ed. São Paulo : Saraiva. 2014, p. 293.

²¹ Conforme art. 251, do Regimento Interno do Senado Federal e art. 54, inciso I, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

²² Tal afirmação advém do art. 66, § 7º. Transcreve-se o dispositivo: “Art. 66. A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará. § 7º Se a lei não for promulgada dentro de quarenta e oito horas pelo Presidente da

O controle constitucional prévio exercido pelo Poder Judiciário ocorre na medida em que um parlamentar impetra mandado de segurança no sentido de questionar a irregularidade do devido processo legislativo. Neste sentido, é certo dizer que o controle de constitucionalidade prévio do Poder Judiciário “Trata-se de um controle difuso-concreto, cujo objetivo principal é a proteção do direito subjetivo do Parlamentar ao devido processo legislativo constitucional.” (NOVELINO, 2012, p. 245)²³.

2.4.2 Controle repressivo ou posterior

Se o controle anterior era exercido ante o projeto de lei, este incide sobre a lei em si, após sua promulgação. Conforme ensina Alexandre de Moraes²⁴, existem dois tipos de controle Judiciário de Constitucionalidade repressiva: o concentrado e o difuso. Há previsão de controle de constitucionalidade pelo poder legislativo²⁵, entretanto é considerado exceção, não sendo objeto de estudo deste trabalho.

Dito isso, o controle de constitucionalidade posterior é exercido pelo Poder Judiciário, podendo ser feito de forma aberta (difusa) ou concentrada.

2.4.2.1 Controle de Constitucionalidade Difuso

O controle de constitucionalidade posterior difuso é realizado por qualquer juiz ou tribunal num caso concreto, neste caso, pode-se dizer que o objetivo da ação não será a declaração de inconstitucionalidade, mas a tutela de algum direito, tendo como fundamento, como causa de pedir, a inconstitucionalidade de algum dispositivo. Na lição de Alexandre de Moraes:

[...] A inconstitucionalidade de qualquer ato normativo estatal só pode ser declarada pelo voto da maioria absoluta da totalidade dos membros do tribunal ou, onde houver, dos integrantes do respectivo órgão especial, sob pena de absoluta nulidade da decisão emanada do órgão fraccionário (turma, câmara ou seção), em respeito à previsão do art. 97 da Constituição Federal. [...] (MORAES, 2014. p. 735)

República, nos casos dos § 3º e § 5º, o Presidente do Senado a promulgará, e, se este não o fizer em igual prazo, caberá ao Vice-Presidente do Senado fazê-lo.”

²³ NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 6. Ed. São Paulo : Método. 2012. p. 245.

²⁴ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 30. Ed. São Paulo: Atlas. 2014.

²⁵ Estas espécies estão previstas nos artigos 49, inciso V, e 62, da Constituição da República Federativa do Brasil. “Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: V - sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa;” e “Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.”

Em suma, a decisão de uma lide que suscite um controle de constitucionalidade difuso tem eficácia apenas *inter partes*, isto é, apenas entre as partes interessadas no procedimento. Entretanto, com o advento da Emenda Constitucional 45/2005, que originou os institutos da repercussão geral²⁶ e da súmula vinculante²⁷, é possível falar do fenômeno da abstrativização do controle difuso, o qual abrange que seus efeitos podem ser os mesmos do controle concentrado, *erga omnes*.

2.4.2.2 Controle Constitucional Concentrado

De outro lado, há o controle de constitucionalidade concentrado – ou controle via ação direta²⁸ - que é um dos pilares deste estudo. Esse tipo de controle é provocado por meio de ação que tem com o objetivo a declaração de inconstitucionalidade²⁹ de lei ou ato normativo, não necessitando de um caso concreto para propô-la.

O art. 102, da CRFB, dita as competências do Supremo Tribunal Federal. Dentro de seu rol, verifica-se que a ele compete, em especial, o processamento e julgamento de ações oriundas do controle de constitucionalidade concentrado. De acordo com Lenza³⁰, as espécies de controle concentrado da constitucionalidade são: arguição de descumprimento de preceito fundamental; ação declaratória de constitucionalidade; ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão; ação

²⁶ Repercussão Geral, conforme Deocleciano Torrieri Guimarães, é “Requisito de admissibilidade do recurso extraordinário pelo STF, segundo o qual o recorrente deve demonstrar, em preliminar no recurso, a existência, ou não, de questões constitucionais relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa. A apreciação da repercussão geral é de competência exclusiva do STF, que somente poderá não conhecer do recurso pela manifestação de dois terços de seus membros” GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri (org.). **Dicionário técnico jurídico**. 16. Ed. São Paulo: Rideel, 2013. p. 578.

²⁷ Súmula Vinculante, na lição de Guimarães, é “Enunciado de súmula editado pelo STF, após reiteradas decisões sobre a matéria constitucional, que tem por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja, entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública, controvérsia atual que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão. A súmula pode ser editada de ofício ou por provocação, dependendo da aprovação de 2/3 dos membros do tribunal, em sessão plenária, e, após publicada na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.”

²⁸ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 30. Ed. São Paulo: Atlas. 2014.

²⁹ Ou de sua constitucionalidade, dependendo do instrumento utilizado.

³⁰ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 18. Ed. São Paulo : Saraiva. 2014. p. 328

declaratória de constitucionalidade interventiva³¹, e; ação declaratória de inconstitucionalidade genérica.

Das espécies de controle de constitucionalidade concentrado que interessa a este trabalho é a Ação Direta de Inconstitucionalidade genérica. Tendo isso em mente, primeiramente, passa-se a apresentar, de forma sucinta, as demais espécies, para na próxima seção discorrer sobre a Ação Direta de Inconstitucionalidade.

A arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) é instituto previsto no art. 102, §1º, da CRFB. O dispositivo institui que esse mecanismo de controle de constitucionalidade será apreciado pelo Supremo Tribunal Federal. A ADPF tem como objetivo “preservar as vigas-mestras que solidificam o edifício constitucional, buscando dar coerência, racionalidade e segurança ao ordenamento jurídico” (BULOS, 2007. p. 232). Os legitimados para propô-la se encontram previstos no art. 103, da Carta Magna³².

A ação declaratória de constitucionalidade (ADC) tem como principal objetivo “confirmar a constitucionalidade de uma lei federal”³³. A ADC parte da premissa que a legislação e os atos normativos são constitucionais. Acerca da segurança proporcionada pela ADC, Bulos ilustra bem dizendo que:

“Na defesa da ordem jurídica, cumpre à *declaratória de constitucionalidade* criar uma atmosfera de certeza e segurança nas relações jurídicas, transformando a presunção relativa (*juris tantum*) de constitucionalidade em absoluta (*juris et juris*).”³⁴

Para propor a ADC, é necessário que o dispositivo defendido seja alvo de “comprovada controvérsia jurídica”³⁵. Se julgada a favor, vincula tanto o Poder Judiciário, quanto a Administração Pública a agirem em conformidade com a decisão do STF, ou seja, não poderão argumentar a inconstitucionalidade do dispositivo.

³¹ Também conhecida como Representação Interventiva.

³² Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

³³ STF. Supremo Tribunal Federal. **Glossário**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=A&id=123>. Acesso em: 29 nov. 2015

³⁴ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo : Saraiva. 2007. p. 222.

³⁵ Idem Ibidem. p. 223

Os legitimados para propor a ADC são: Presidente da República; Mesa do Senado Federal; Mesa da Câmara dos Deputados; Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; Governador de Estado ou do Distrito Federal; Procurador-Geral da República; Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; Partido político com representação no Congresso Nacional, e; Confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional³⁶.

Por sua vez, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) “é a ação cabível para tornar efetiva norma constitucional em razão de omissão de qualquer dos Poderes ou de órgão administrativo.”³⁷. Esse mecanismo pode ser suscitado por qualquer um dos órgãos previstos no art. 103, da CRFB, no caso de o poder público não complementar dispositivo ao qual foi incumbido.

Motta Filho e Douglas³⁸ defendem que “essa modalidade de controle não admite concessão de medida cautelar a fim de, ainda que transitoriamente, suprir a ausência de lei ou ato normativo.”. No entanto, a Lei n.º 12.063/09 passou a admitir a medida cautelar no uso desse controle, originando o art. 12-F da Lei n.º 9.868/99³⁹. A eficácia da decisão que julga a ADO atinge na “Ciência ao órgão administrativo a fim de que sejam adotadas as medidas cabíveis, no prazo de 30 dias, ou ao Poder Legislativo sem estabelecimento de prazo.”⁴⁰.

A Ação Direta de Constitucionalidade Interventiva ou Representação de Inconstitucionalidade Interventiva (RI) encontra fundamento no art. 34, VII, da CRFB, o qual diz:

Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: [...]

VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais:

a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático;

³⁶ Art. 103, CRFB

³⁷ STF. Supremo Tribunal Federal. **Glossário**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=A&id=482>. Acesso em: 29 nov. 2015

³⁸ MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da. DOUGLAS, William Resinente dos Santos. 2. Ed. Rio de Janeiro: Impetus. 2002. p. 120.

³⁹ Art. 12-F. Em caso de excepcional urgência e relevância da matéria, o Tribunal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, observado o disposto no art. 22, poderá conceder medida cautelar, após a audiência dos órgãos ou autoridades responsáveis pela omissão inconstitucional, que deverão pronunciar-se no prazo de 5 (cinco) dias.^{1º} A medida cautelar poderá consistir na suspensão da aplicação da lei ou do ato normativo questionado, no caso de omissão parcial, bem como na suspensão de processos judiciais ou de procedimentos administrativos, ou ainda em outra providência a ser fixada pelo Tribunal. § 2º O relator, julgando indispensável, ouvirá o Procurador-Geral da República, no prazo de 3 (três) dias. § 3º No julgamento do pedido de medida cautelar, será facultada sustentação oral aos representantes judiciais do requerente e das autoridades ou órgãos responsáveis pela omissão inconstitucional, na forma estabelecida no Regimento do Tribunal.

⁴⁰ MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da. DOUGLAS, William Resinente dos Santos. 2. Ed. Rio de Janeiro: Impetus. 2002. p. 127.

- b) direitos da pessoa humana;
- c) autonomia municipal;
- d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta.
- e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.

Conclui-se que a RI discorre sobre leis estaduais ou distritais que são contrários aos preceitos básicos da Constituição da República, chamados de *princípios sensíveis*. Sobre os *princípios sensíveis*, Moraes diz que:

[...] São denominados *princípios sensíveis* constitucionais, pois sua inobservância pelos Estados-membros ou Distrito Federal no exercício de suas competências legislativas, administrativas ou tributárias pode acarretar a sanção politicamente mais grave existente em um Estado Federal, a intervenção na autonomia política. [...] ⁴¹.

Sendo assim, percebe-se que atos contrários aos denominados princípios sensíveis são passíveis de controle de constitucionalidade. Distinguindo-se das demais modalidades de controle concentrado de constitucionalidade, a legitimidade ativa da RI é unitária, cabendo apenas ao Procurador-Geral da República (PGR) propor esse instituto perante o STF.

A eficácia da decisão que julga procedente a Representação de Inconstitucionalidade Interventiva declara a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo do estado-membro ou do distrito federal, bem como a decretação de intervenção federal na localidade. Sobre o lecionado no art. 84, inciso X, da CRFB, Moraes diz:

[...] A decretação da intervenção federal será sempre realizada pelo Presidente da República (CF, art. 84, X), porém na presente hipótese dependerá de requisição do Supremo Tribunal Federal, cujo Decreto se limitará a suspender a execução do ato impugnado, se essa medida bastar ao restabelecimento da normalidade. Caso não seja suficiente, será decretada a intervenção, rompendo-se momentaneamente com a autonomia do Estado-membro. [...] ⁴²

Entende-se, portanto, que a sentença dada pelo STF tem caráter declaratório, sendo *conditio juris* de eventuais medidas interventivas⁴³, como leciona o art. 36, inciso III, da CRFB. A decisão não tem efeito *erga omnes*, funcionando como uma

⁴¹ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 30. Ed. São Paulo: Atlas. 2014..

⁴² Idem ibidem, p. 794.

⁴³ MENDES, Gilmar Ferreira. Branco, Paulo Gustavo Gonet. **Direito Constitucional**. 9. Ed. São Paulo: Saraiva. 2014.

requisição ao Presidente da República para que seja decretada a intervenção federal na localidade. Por sua vez, Presidente da República decretará a ineficácia do ato impugnado e, se necessário para restabelecer a normalidade, a intervenção.

Explicada as demais espécies de controle concentrado da constitucionalidade, passa-se a discorrer sobre um dos alicerces desta monográfica: A Ação Direta de Inconstitucionalidade Genérica (ADI).

A Ação Direta de Constitucionalidade Genérica foi denominada assim doutrinariamente⁴⁴ e é uma modalidade de controle de constitucionalidade concentrado, não existe um caso concreto para o qual a ação objetiva solução, sendo a sua premissa é a própria declaração de inconstitucionalidade, de forma que assegure o que foi instituído na Constituição Federal.

Conforme lecionado no art. 102, inciso I, alínea “a”, da CRFB, o STF tem competência para julgar esse instituto. Cabe dizer também, conforme Moraes, que esta ação tem conectividade com a Declaratória de Constitucionalidade, visto que se a decisão de uma ADI for improcedente, comprovar-se-á a constitucionalidade da lei ou ato normativo suscitado, acontecendo caso similar caso a ADC seja julgada improcedente, *in casu*, haverá a constatação de inconstitucionalidade do objeto da ação.

A finalidade desse instituto é a de “eliminar da ordem jurídica as leis ou atos normativos inconstitucionais.” (BULOS, 2007, p. 166). Por isso que a Ação Direta de Inconstitucionalidade é tida como defensora da Constituição da República, pois caso constatado dispositivo em discordância com as normas constitucionais, esse será retirado do ordenamento jurídico brasileiro.

Sabe-se que a ADI atinge leis e atos normativos⁴⁵, sejam esses estaduais ou distritais⁴⁶, mas também atingem decisões normativas de tribunais, medidas provisórias e tratados internacionais. Nesta senda, é certo de que também há matérias que não são abrangidas pela ADI, por exemplo, lei ou ato normativo municipal em face das constituições estaduais, lei ou ato normativo municipal em

⁴⁴ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo : Saraiva. 2007., p. 163

⁴⁵ Esses atos normativos abrangem todos os atos emitidos não só pelo Poder Legislativo, como também pelo Poder Executivo e Poder Judiciário, desde que esses atos tenham “substância normativa” (BULOS, 2007, p. 167).

⁴⁶ De acordo com Moraes (2014, p. 755), a ADI só pode incidir a atos normativos e leis distritais apenas quando esses forem de caráter estadual.

face da Constituição⁴⁷, leis ou atos normativos anteriores à CRFB, atos normativos privados⁴⁸, etc.

Esse instituto abrange a pedido de medida cautelar, a qual será concedida, caso reste demonstrado a sua necessidade e o atendimento aos requisitos da medida cautelar. A sua concessão causa efeito repristinador, e quando for *erga omnes*, terá efeito *ex nunc*. Neste sentido, art.11, da Lei n.º 9.868/99:

Art. 11. Concedida a medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário Oficial da União e do Diário da Justiça da União a parte dispositiva da decisão, no prazo de dez dias, devendo solicitar as informações à autoridade da qual tiver emanado o ato, observando-se, no que couber, o procedimento estabelecido na Seção I deste Capítulo.

§ 1º A medida cautelar, dotada de eficácia contra todos, será concedida com efeito *ex nunc*, salvo se o Tribunal entender que deva conceder-lhe eficácia retroativa.

§ 2º A concessão da medida cautelar torna aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário.

De acordo com Motta Filho e Douglas (2002, p. 90), não há fase probatória na Ação Direta de Inconstitucionalidade e que, por força do art. 103, §3º, da Constituição da República, o Advogado Geral da União atua nestas ações como espécie de defensor do dispositivo em discussão. No entanto, atualmente é certo que:

[...] excepcionalmente, a Corte, a partir de interpretação sistemática do texto constitucional, passou a permitir à Advocacia Geral da União manifestar-se livremente em sede de controle abstrato de constitucionalidade - mesmo que isso signifique posicionar-se pela declaração de inconstitucionalidade da norma impugnada - sempre que os interesses da União colidirem com a manutenção da norma no ordenamento jurídico. [...] (MORAES, 2014, p. 767).

O *amicus curiae* é permitido nessa modalidade de controle de constitucionalidade⁴⁹, desde que o relator julgue a importância do objeto da ação e a compatibilidade dos terceiros que desejam se manifestar. O despacho em que o

⁴⁷ Moraes ensina que a ADI não será cabível nesta situação seja pelo STF, seja pelo Tribunal de Justiça Local, porque “[...]o único controle de constitucionalidade de lei e de ato normativo municipal em face da Constituição Federal que se admite, em regra, é o difuso, exercido incidenter tantum, por todos os órgãos do Poder Judiciário, quando do julgamento de cada caso concreto [...]”

⁴⁸ Bulos exemplifica com a convenção de condomínio, que pode ser contestado de outro modo, mas não pela ADI.

⁴⁹ Também é permitido na Arguição de Descumprimento de Preceitos Fundamentais

relator aprovar a manifestação de terceiros é irrecurável e da negativa do relator, cabe recurso pelo *amicus curiae* “rejeitado”.⁵⁰

Na lição de Gilmar Mendes, o *amicus curiae* na ADI significa:

[...] a possibilidade de o Tribunal decidir as causas com pleno conhecimento de todas as suas implicações ou repercussões. Trata-se de providência que confere caráter pluralista e democrática [...] ao processo objetivo de controle abstrato de constitucionalidade. [...]⁵¹

Acerca das decisões da Ação Direta de Inconstitucionalidade, essa só e somente será tomada se pelo menos oito Ministros estiverem presentes na sessão⁵², sendo declarada a sua constitucionalidade – ou não – se ao menos seis ministros se pronunciarem sobre⁵³.

Caso não estejam presentes pelo menos oito ministros, o parágrafo único, do art. 23, da Lei da ADI, diz que:

Art. 23 [...] Parágrafo único. Se não for alcançada a maioria necessária à declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, estando ausentes Ministros em número que possa influir no julgamento, este será suspenso a fim de aguardar-se o comparecimento dos Ministros ausentes, até que se atinja o número necessário para prolação da decisão num ou noutro sentido.

Pois bem. Já mencionado no texto, a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade tem caráter dúplice, conforme exprimido no art. 24, da Lei n.º 9.868/99⁵⁴, podendo declarar a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade do dispositivo em questão, e “o não reconhecimento da ADI, por lhe faltar algum dos pressupostos de admissibilidade, não gera a declaração de constitucionalidade da norma impugnada.”⁵⁵

⁵⁰ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 30. Ed. São Paulo: Atlas. 2014. p. 770.

⁵¹ MENDES, Gilmar Ferreira. Branco, Paulo Gustavo Gonet. **Direito Constitucional**. 9. Ed. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 1156.

⁵² Art. 22, Lei n.º 9.868/99

⁵³ Art. 23, Lei n.º 9.868/99

⁵⁴ Art. 24. Proclamada a constitucionalidade, julgar-se-á improcedente a ação direta ou procedente eventual ação declaratória; e, proclamada a inconstitucionalidade, julgar-se-á procedente a ação direta ou improcedente eventual ação declaratória.

⁵⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. Branco, Paulo Gustavo Gonet. **Direito Constitucional**. 9. Ed. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 1163.

Na esteira do art. 26, da Lei n.º 9.868/99 ⁵⁶, entende-se que a decisão é irrecorrível e que não pode ser objeto de ação rescisória, no entanto, é possível a interposição de embargos declaratórios, tendo em vista o objetivo desse instituto recursal⁵⁷.

Em regra, os efeitos da ADI, quando julgada inconstitucional, são *erga omnes*, vinculantes, *ex tunc* e repristinatório. No entanto, em certos casos:

[...] o Supremo Tribunal Federal poderá afastar a regra geral no sentido dos efeitos gerais (*erga omnes*), para afastar a incidência de sua decisão em relação a algum a s situações já consolidadas (garantia d a segurança jurídica), ou ainda para limitar, total ou parcialmente , os efeitos temporais da declaração (*ex tunc*) ou os efeitos repristinatórios da decisão , declarando a validade de alguns atos praticados na vigência da norma (“modulação dos efeitos”). [...] ⁵⁸

Após o trânsito em julgado, o STF tem 10 (dez) dias para publicar, no Diário Oficial da Justiça e no Diário Oficial da União, a parte dispositiva do acórdão. Em suma, é assim que acontece o controle de constitucionalidade.

⁵⁶ Art. 26. A decisão que declara a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em ação direta ou em ação declaratória é irrecorrível, ressalvada a interposição de embargos declaratórios, não podendo, igualmente, ser objeto de ação rescisória.

⁵⁷ Na lição de Guimarães, *ipsis literis*: o Embargo de Declaração é pedido que se faz ao juiz ou tribunal para que esclareçam dubiedades, contradição, obscuridades e omissões contidas na sentença, referindo-se o pedido apenas a sua forma. Dirige-se a petição ao relator, no prazo de 5 dias da data de publicação do acórdão, não estando os embargos sujeitos a preparo. Suspendem o prazo para interposição de outros recursos. Segundo alguns juristas, não tem natureza de recurso, sendo apenas um incidente processual. No processo penal, os embargos devem ser interpostos no prazo de 2 dias, contados da publicação do acórdão. Quando forem apenas protelatórios, o tribunal o dirá e condenará o embargante a pagar multa. GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri (org.). **Dicionário Técnico Jurídico**. 16. Ed. São Paulo: Rideel. 2013. p. 333-334.

⁵⁸ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 30. Ed. São Paulo: Atlas. 2014. p. 778.

3 BREVE EXPLICAÇÃO SOBRE O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

O controle de convencionalidade é um instituto relativamente novo, sendo primeiramente mencionado no julgamento do caso “Almonacid Arellano e Outros contra o Governo do Chile” de 26 de setembro de 2006.

O caso se refere à execução do professor de ensino básico e militante do movimento comunista, Luis Alfredo Almonacid Arellano, pelo governo do Chile à época da ditadura, no ano de 1973, sendo a investigação de seu homicídio, bem como a reparação à sua família, severamente prejudicada com o advento de um Decreto que concedeu anistia a aos que cometeram crimes durante o período militar.

No desenrolar desse procedimento, constatando que o Decreto que concede anistia é contrário aos preceitos da Convenção Americana de Direitos Humanos, veio à luz a teoria do controle de convencionalidade, bem retratada na decisão do caso, em especial, no que tange o seu parágrafo 124:

124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.⁵⁹

Desse julgado, extrai-se que, em livre tradução, que “o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de “controle de convencionalidade” entre as normas jurídicas

⁵⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Peru. Sentencia de 26 septiembre de 2006. Disponible em: http://d2kefwu52uvymq.cloudfront.net/uploads/2011/10/seriec_154_esp.pdf

internas aplicadas nos casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos.”⁶⁰.

3.1 O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO BRASIL

Desbravando esse mecanismo em território brasileiro, Valério de Oliveira Mazzuoli leciona que o advento da Emenda Constitucional 45/04 trouxe o instituto do §3º, do art. 5º da Constituição, o qual eleva o *status* de um tratado internacional de norma materialmente constitucional, para uma norma material e formalmente constitucional. Ressalta-se que para o autor, todo tratado internacional que verse sobre Direitos Humanos, tem matéria de norma constitucional, mas caso aprovado por quórum qualificado, ele se torna norma constitucional, por se equiparar à Emenda Constitucional⁶¹.

Adotando a visão de Mazzuoli sobre o *status* de um tratado internacional, pode-se entender que as normas infralegais devem passar pela análise de compatibilidade com os tratados internacionais aprovados pelo Congresso Nacional. Essa aprovação acontece de duas maneiras: por meio de um controle difuso e um controle concentrado, seguindo os moldes do controle de constitucionalidade⁶², matéria tratada neste estudo na seção anterior.

Mesmo que a lei aplicada seja considerada constitucional, ela também deve estar em conformidade com os tratados internacionais. Sendo assim, o controle de convencionalidade serve como mecanismo de assegurar, acima de sua própria legislação, a aplicação dos Direitos Humanos resguardado em tratado em que o Brasil for signatário.

⁶⁰ O caso “Almonacid Arellano e Outros contra o Governo do Chile” diz, necessariamente, da inadequação da Lei de Anistia Chilena perante a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, da qual o Chile é signatário.

⁶¹ Nesse caso, verifica-se que Mazzuoli tem visão contrária acerca do caráter do tratado internacional no ordenamento jurídico brasileiro. O STF, nos julgados RE466.343/SP e HC 87.585-8/TO, entendeu que os tratados internacionais que abordam temas dos Direitos Humanos são hierarquicamente superiores à legislação nacional, independentemente da sua forma de aprovação, tendo, em caso de aprovação divergente da prevista no §3º, do art. 5º da Constituição, caráter supralegal. Interessante ressaltar que a jurisprudência do HC 87.585-8/TO não foi unânime, sendo prevalecido o entendimento do douto Ministro Gilmar Mendes (caráter supralegal) ante a justificativa apresentada pelo Sr. Ministro Celso de Mello, o qual defendeu o caráter de norma constitucional do tratado, por 5 votos a 4.

⁶² MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O Controle de Convencionalidade das Leis*. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. 06 de abril de 2009.

4 A TERRITORIALIDADE QUILOMBOLA NA LEGISLAÇÃO INTERNACIONAL E NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

4.1 BREVE VISÃO SOCIOLOGICA SOBRE OS REMANESCENTES QUILOMBOLAS

Para melhor aprofundamento teórico do presente estudo, é necessário compreender o que significa ser considerado um remanescente de quilombola nos termos atuais.

A visão de que quilombo é território de negro fugido das terras de seus senhores é perpetuada na mente brasileira há anos. Muito dessa percepção advém do conceito de quilombola dado pelo Conselho Ultramarino de Portugal, no ano de 1740, o qual diz que quilombo é *“toda habitação de negros fugidos, que passem de cinco, em parte despovoada, ainda que não tenham ranchos e nem se achem pilões dele.”*⁶³

No entanto, a relação de escravos naquela época era muito mais complexa que tal definição, considera-se que o conceito expresso pelo Conselho Ultramarino seja simplório em demasia, pois a visão de que quilombo seja um grupo de pessoas fugidas aglomeradas organizadamente em lugar ermo é ultrapassada.

Para uma melhor compreensão da dinâmica dos quilombolas, é necessário saber que esses grupos:

[...]se constituíram a partir de uma grande diversidade de processos, que incluem fugas com ocupação de terras livres e geralmente isoladas, mas também as heranças, doações, recebimento de terras como pagamento de serviços prestados ao Estado, a simples permanência nas terras que ocupavam e cultivavam no interior das grandes propriedades, bem como a compra de terras, tanto durante a vigência do sistema escravocrata quanto após sua extinção. (...) uma denominação também possível para estes agrupamentos identificados como *remanescentes de quilombo* seria a de “terra de preto”, ou “território negro”, (...), que enfatizam a sua condição de *coletividade camponesa*, definida pelo compartilhamento de um território e de uma identidade. [...] (SCHMITT, *et AL*,2002)

⁶³ SCHMITT, Alessandra; TURATTI, Maria Cecília Manzoli; CARVALHO, Maria Celina Pereira de. A atualização do conceito de quilombo: identidade e território nas definições teóricas. **Ambient. soc.**, Campinas, n.10, p.129-136, Junho 2002. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-753X2002000100008&lng=en&nrm=iso>. Acessado em 19 Nov. 2015

Na atualidade, os remanescentes de quilombolas apresentam:

[...] todas ou algumas das seguintes características: definição de um etnônimo, rituais ou religiosidades compartilhadas, origem ou ancestrais em comum, vínculo territorial longo, relações de parentesco generalizado, laços de simpatia, relações com a escravidão, e, principalmente, uma ligação umbilical com seu território etc. [...] (MARQUES, 2009, p. 346)⁶⁴

Nesta senda, compreende-se que remanescente de quilombola é uma autoidentificação por pessoas que compartilham de uma mesma tradição afro-brasileira, mas que, principalmente, tenham uma forte conexão com a terra em que vivem. Compreendem-se como remanescentes de quilombola todos aqueles que são “*descendentes de africanos escravizados que mantêm tradições culturais, de subsistência e religiosa ao longo dos séculos.*”⁶⁵.

Esse é o significado que deve ser levado em consideração ao longo da pesquisa.

4.2 A CONVENÇÃO N.º 169 DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO

A Organização Internacional do Trabalho (OIT), no ano de 1944, na Declaração de Filadélfia dispôs que:

[...] todos os seres humanos, qualquer que seja a sua raça, a sua crença ou o seu sexo, têm o direito de efetuar o seu progresso material e o seu desenvolvimento espiritual em liberdade e com dignidade, com segurança econômica e com oportunidades iguais [...];

Sendo assim, em 1957, na Conferência Geral da OIT foi confeccionada a Convenção n.º 107 da OIT, a qual concerniu sobre o resguardo de populações indígenas e tribais, estabelecendo políticas de caráter integracionistas, com o objetivo de inserir os povos na chamada “comunidade nacional”.

⁶⁴ MARQUES, Carlos Eduardo. De Quilombos a quilombolas: notas sobre um processo histórico-etnográfico. **Revista de Antropologia**, [S.l.], v. 52, n. 1, p. 340-374, jan. 2009. ISSN 1678-9857. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/ra/article/view/27338>>. Acesso em: 19 nov. 2015.

⁶⁵ FCP. Fundação Cultural Palmares. **Comunidades Quilombolas**. Disponível em: http://www.palmares.gov.br/?page_id=88. Acesso em: 19 nov. 2015

Sobre as medidas da Convenção n.º 107 da OIT, Pâmela Marconatto Marques explica que:

A solução possível, dado tal diagnóstico, estaria na integração gradual desses grupos à comunidade nacional, compreendida como o referencial a ser seguido em termos de bem-estar e desenvolvimento. Nesse contexto, o Estado assume papel decisivo, centralizando a criação e execução de políticas públicas, aplicadas a agrupamentos indígenas cuja compreensão de mundo, língua materna e mecanismos de solução de conflitos sequer eram conhecidos pelos órgãos oficiais, porque historicamente construídos como marginais, obscuros e arcaicos.⁶⁶

Ainda na lição de Marques, a Convenção n.º 107 foi muito protestada por não respeitar de forma integral as particularidades das comunidades tribal e indígena. Sendo assim, a pressão formada por esses grupos indígenas fomentou a criação do Grupo de Trabalho sobre Populações Indígenas do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, cujo objetivo era “acompanhar a promoção dos direitos humanos e liberdades fundamentais dos povos indígenas, assim como de desenvolver a base normativa para proteção desses povos.”.⁶⁷ Neste momento, aconteceu uma mudança importante, pois:

De criatura incapaz, atrasada e residual a ser “dissipada” na comunidade nacional, o indígena passou a ser identificado por sua bravura, resistência e sabedoria, a ser respeitado, conhecido e compensado pelas violações que sofreu.⁶⁸

Desse modo, a OIT reviu sua Convenção n.º 107, substituindo-a pela Convenção n.º 169, a qual é um tratado internacional que busca assegurar os direitos indígenas. De acordo com este tratado, os signatários devem desenvolver uma série de medidas com o fito de proteger a cultura étnica-social e a integridade desses povos, conforme preleciona o artigo 2º da Convenção, o qual segue, *in verbis*:

⁶⁶MARQUES, Pâmela Marconatto. O Direito Internacional dos Povos Indígenas: ação e memória nativas reconstruindo a agenda internacional. **Revista Jurídica da Presidência**. Brasília. Vol. 12 nº 98. Out.2010/Jan.2011. Disponível em: https://revistajuridica.presidencia.gov.br/ojs_saj/index.php/saj/article/view/187/176 . Acesso em 01 de dezembro de 2015

⁶⁷ Idem, ibidem.

⁶⁸ Idem, ibidem

Artigo 2º 1. Os governos deverão assumir a responsabilidade de desenvolver, com a participação dos povos interessados, uma ação coordenada e sistemática com vistas a proteger os direitos desses povos e a garantir o respeito pela sua integridade. 2. Essa ação deverá incluir medidas: a) que assegurem aos membros desses povos o gozo, em condições de igualdade, dos direitos e oportunidades que a legislação nacional outorga aos demais membros da população; b) que promovam a plena efetividade dos direitos sociais, econômicos e culturais desses povos, respeitando a sua identidade social e cultural, os seus costumes e tradições, e as suas instituições; c) que ajudem os membros dos povos interessados a eliminar as diferenças sócio - econômicas que possam existir entre os membros indígenas e os demais membros da comunidade nacional, de maneira compatível com suas aspirações e formas de vida.

Entende-se que a Convenção abrange todos os direitos considerados intrínsecos para qualquer ser humano, numa abordagem diferenciada devido a distinção desses povos principalmente no quesito étnico cultural.

O Brasil promulgou a Convenção n.º 169 da OIT por meio do Decreto n.º 5.051/04. No primeiro artigo, a dita Convenção explana para quem suas normas se aplicam:

Artigo 1º 1. A presente convenção aplica-se: a) aos povos tribais em países independentes, cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros setores da coletividade nacional, e que estejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial; b) aos povos em países independentes, considerados indígenas pelo fato de descenderem de populações que habitavam o país ou uma região geográfica pertencente ao país na época da conquista ou da colonização ou do estabelecimento das atuais fronteiras estatais e que, seja qual for sua situação jurídica, conservam todas as suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas, ou parte delas. 2. A consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos que se aplicam as disposições da presente Convenção. 3. A utilização do termo "povos" na presente Convenção não deverá ser interpretada no sentido de ter implicação alguma no que se refere aos direitos que possam ser conferidos a esse termo no direito internacional.

O questionamento retirado desse dispositivo é o de se as comunidades quilombolas são abrangidas pela convenção. O entendimento mais adequado é que as comunidades quilombolas devem ser consideradas como povos tribais protegidos pela convenção.

O item 2 do artigo transcrito é um dos fatores que ajudam a responder positivamente a dúvida, pois para ser considerado “tribal ou indígena” é necessário que haja uma auto identificação. No subtópico anterior, ficou entendido que

remanescente de quilombola surge, também, de uma autoidentificação. Não obstante, observe-se o art. 3º, inciso I, do Decreto 6.040/07⁶⁹:

Art. 3º Para os fins deste Decreto e do seu Anexo compreende-se por: I - Povos e Comunidades Tradicionais: grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição;

Ora, por mais que o adendo do dispositivo transcrito seja “Para os fins deste Decreto”, é possível fazer uma analogia no sentido de que, pelas similaridades dos conceitos dados pelos diplomas internacional e infraconstitucional, os quilombolas, por serem compreendidos como “povo” e como “grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais”.

Superado o impasse, já se sabe que os remanescentes de quilombolas tem uma conexão muito forte com a terra. Esta relação com o território dos povos tribais não foi negligenciada pela mencionada Convenção, a qual reservou uma parte, em especial o artigo 14, para discorrer acerca do Direito à Terra que os povos tribais têm direito:

Artigo 14 1. Dever-se-á reconhecer aos povos interessados os direitos de propriedade e de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Além disso, nos casos apropriados, deverão ser adotadas medidas para salvaguardar o direito dos povos interessados de utilizar terras que não estejam exclusivamente ocupadas por eles, mas às quais, tradicionalmente, tenham tido acesso para suas atividades tradicionais e de subsistência. Nesse particular, deverá ser dada especial atenção à situação dos povos nômades e dos agricultores itinerantes. 2. Os governos deverão adotar as medidas que sejam necessárias para determinar as terras que os povos interessados ocupam tradicionalmente e garantir a proteção efetiva dos seus direitos de propriedade e posse. 3. Deverão ser instituídos procedimentos adequados no âmbito do sistema jurídico nacional para solucionar as reivindicações de terras formuladas pelos povos interessados.

A Convenção 169 da OIT foi ratificada pelo Brasil, portanto, é dever do Estado brasileiro assegurar o direito de território de seus povos tribais, criando artefato jurídico para resguardar o cumprimento integral do prelecionado no tratado internacional.

⁶⁹ Decreto que institui a Política Nacional do Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais.

4.3 ARTIGOS DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

Os movimentos negros que eclodiram na década de 70 ajudaram a delinear a Constituição da República promulgada em 1988. Para eles, o racismo seria o pilar da estrutura da sociedade da época, dessa forma, a busca pela compreensão de sua realidade, em conjunto com o passado, foram carros-chefes para mudar a própria percepção⁷⁰.

Em suma, nas eleições gerais de 86, os negros conseguiram representação política na formação da assembleia nacional, sendo formada a “Comissão de Ordem Social” e, dentro dela, a “Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias”. No ano de 1987, foi realizada uma série de Audiências Públicas e, no anteprojeto, foi destacada a situação do negro que:

[...], praticamente cem anos após a abolição da escravatura, se manifesta em problemas sociais de triste e fácil constatação: esquecimento de seu papel na formação da nacionalidade, marginalização social e econômica, preconceito racial manifesto, discriminação acentuada, cidadania de segunda classe, imagem distorcida e estereotipada nos meios de comunicação.

A superação desse quadro, que passa pela organização civil dos negros enquanto comunidade racial, na ativa defesa de seus direitos, deve ter por base princípios constitucionais definidos e duradouros, que lhes garantam juridicamente efetiva igualdade de oportunidades e a punição exemplar dos autores de atos discriminatórios.⁷¹

No documento do anteprojeto, percebe-se que os objetivos daqueles que participavam ou simpatizavam com o movimento negro era de:

[...] estabelecer princípios destinados a impedir a discriminação racial e, ao lado das demais garantias Individuais, proporcionar a igualdade de direitos. Considerou-se que é justificada a adoção, pelo Poder Público, de medidas compensatórias voltadas para a implantação do princípio constitucional de isonomia a pessoas ou grupos vítimas de discriminação comprovada.⁷²

⁷⁰ GOMES, Nilma Lino. O movimento negro no Brasil: ausências, emergências e a produção de saberes. **Política & Sociedade**: Revista de Sociologia Política. Santa Catarina. Vol. 10 nº 18. 2011. Disponível em: https://periodicos.ufsc.br/index.php/politica/_article_/viewFile/2175-7984.2011v10n18p133/17537. Acesso em 03 de dezembro de 2015

⁷¹ BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte (1987). **Anteprojeto da Constituição da República Federativa do Brasil**. Sub comissão dos Negros, populações indígenas, pessoas deficientes e minorias (1987). Brasília: Senado Federal, 1987.

⁷² ibidem

Os artigos propostos pela Subcomissão podem não ter sido recepcionados pela Constituição da República Federativa do Brasil do jeito que foram formulados, mas conseguiu que suas propostas, em grande parte, fossem aceitas, originando, em especial, os artigos 3º, inciso IV; 4º, incisos II e VIII; 5º, XLII; 215; 216 da CRFB, e; 68 dos Atos das Disposições Transitórias Constitucionais. Transcreve-os, nos termos de 1988, *in verbis*:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: [...] II - prevalência dos direitos [...] VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo; [...]

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

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

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

§ 2º A lei disporá sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais.

[...]

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

I - as formas de expressão;

II - os modos de criar, fazer e viver;

III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

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

[...]

§ 3º A lei estabelecerá incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais.

§ 4º Os danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos, na forma da lei.

§ 5º Ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos.

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

4.3.1 O Art. 3º, CRFB/88

Para BULOS, esse dispositivo demonstra “a igualdade formal, consagrada como um dos objetivos da República pátria.”. Um dos objetivos da “Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias” é a igualdade de direitos e deveres dos cidadãos, sem distinção de qualquer natureza.

4.3.2 O Art. 4º, CRFB/88

O respectivo artigo diz respeito aos princípios que regem as relações internacionais do Brasil de forma sistemática. Verifica-se que os incisos II e VIII se adéquam aos preceitos da “Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias”, pois “reforça a ideia de que o respeito às prerrogativas do homem devem guiar as relações exteriores da República Federativa do Brasil”.⁷³

4.3.3 O Art. 5º, da CRFB/88

Esse é o dispositivo responsável por ditar os direitos e garantias fundamentais individuais e coletivos. Mais uma vez, logo em seu *caput*, há previsão de que todos são iguais perante a lei, elencando seus direitos: à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Um dos termos ditos por esse artigo, e que merece destaque principalmente por conta de uma das premissas defendidas pelos negros na Subcomissão, é o inciso XLII, que estipula que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei.”.⁷⁴

4.3.4 Os Artigos 215 e 216, da CRFB/88

⁷³ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo : Saraiva. 2007. p. 397.

⁷⁴ Art. 5º, XLII, CRFB/88

“A Cultura é todo fazer humano”⁷⁵. Por isso, os artigos 215 e 216 da Constituição resolveram proteger a cultura e o patrimônio cultural em si, garantindo o exercício, acesso e apoio às diversas manifestações culturais.

No parágrafo 1º do art. 215, é expressa a proteção de manifestações culturais afro-brasileiras e o parágrafo 5º do artigo 216 determinou o tombamento de documentos e sítios com valor histórico de quilombos.

4.4 O ART. 68 DOS ATOS DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS

Primeiro, é importante esclarecer o que são os Atos das Disposições Constitucionais, o ADCT. Eles são dispositivos destinados a estabilizar a transitoriedade da permuta de Constituições, auxiliando a adaptação da nova Constituição.

De outro modo, conforme entendimento de Souza Neto e Sarmiento⁷⁶, existem normas previstas no ADCT que tem caráter de cláusula pétrea, pois se trata de garantia fundamental e não é passível de ser abolida por emenda constitucional, os autores exemplificam a assertiva com o art. 68, do ADCT.

Esse é, provavelmente, a maior inovação da Constituição no que tange à garantia aos remanescentes de quilombolas. O dispositivo em questão é autoexplicativo, claro acerca de seu conteúdo. Segue o artigo, *in verbis*:

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

Sobre o art. 68, ADCT, a Sociedade Brasileira de Direito Público⁷⁷ diz que:

“[...]o art. 68 do ADCT estabelece um direito e também um dever: o direito das comunidades quilombolas terem a propriedade das terras por elas ocupadas; e o dever do Poder Público atuar ativamente em favor desse reconhecimento.”

⁷⁵ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo : Saraiva. 2007. p. 1307.

⁷⁶ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 18. Ed. São Paulo : Saraiva. 2014 p.194

⁷⁷ SUNFELD, Carlos Ari (coord.). **O Direito à terra das Comunidades Quilombolas** (Art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias). Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/432_Comunidades_quilombolas_direito_a_terra.pdf. Acessado em 03 de dezembro de 2015.

A previsão dessa garantia na Carta Magna foi uma revolução, atribuindo, ao mesmo tempo, um direito e um dever no que tange às propriedades de terras. Terras as quais os remanescentes quilombolas sentem uma conexão forte.

O direito foi posto, foi garantido pela Constituição pátria, gerando algumas dúvidas, como quem seriam os remanescentes de quilombolas ou qual seria esse título. Para isso, seria necessário regulamentar o procedimento utilizado para reconhecer a propriedade reivindicada.

No ano de 1999, foi promulgada a Lei n.º 9.784/99, a qual regula o procedimento administrativo no âmbito da administração pública federal. Neste momento, o art. 68 do ADCT, autoaplicável, teria que passar pelo crivo dessa norma. Verificando que a temática quilombola tem suas singularidades, foi necessária a criação de norma específica que se respaldasse na Lei n.º 9.784/99.

5 A CONSTITUCIONALIDADE DO DECRETO 4.887/03

5.1 O DECRETO 3.912/01

O Decreto 3912/01 foi o primeiro a regulamentar o art. 68 do ADCT. À luz dele, as terras só poderiam ser reconhecidas se fossem ocupada por quilombos em 1988 e se estavam ocupadas por remanescentes quilombolas em 05 de outubro de 1988. Segue o art. 1º do mencionado ato normativo:

Art. 1º Compete à Fundação Cultural Palmares - FCP iniciar, dar seguimento e concluir o processo administrativo de identificação dos remanescentes das comunidades dos quilombos, bem como de reconhecimento, delimitação, demarcação, titulação e registro imobiliário das terras por eles ocupadas. Parágrafo único. Para efeito do disposto no **caput**, somente pode ser reconhecida a propriedade sobre terras que: I - eram ocupadas por quilombos em 1888; e II - estavam ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos em 5 de outubro de 1988.

Tal ato normativo recebeu muitas críticas diante desse requisito, visto que seria contrário ao princípio da dignidade humana ⁷⁸. Acerca dessas críticas, a Procuradora da República, Deborah Duprat, defende que o “art. 68 do ADCT não apresenta qualquer marco temporal quanto à antiguidade da ocupação, nem determina que haja uma coincidência entre a ocupação originária e a atual.” ⁷⁹. Para rememorar a colocação do citado dispositivo, transcreve-o novamente:

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

De fato, a colocação da Procuradora da República está em consonância com o lecionado dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias. Determinar uma antiguidade na ocupação dos povos é inconstitucional, pois não se considera que muitas pessoas, remanescentes de quilombos, foram expulsas de sua localidade.

⁷⁸ BECKHAUSEN, Marcelo. **A Inconstitucionalidade do Decreto 3912, de 10 de setembro de 2001**. Disponível em: http://6ccr.pgr.mpf.mp.br/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/a_inconstitucionalidade_do_decreto_3912_2001.pdf. Visitado em 06 de dezembro de 2015.

⁷⁹ DUPRAT, Deborah. **Breves considerações sobre o Decreto 3.912/01**. Disponível em: http://6ccr.pgr.mpf.mp.br/documentos-e-publicacoes/artigos/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/consideracoes_decreto_quilombos_3912_01.pdf Visitado em 06 de dezembro de 2015.

Ademais, delimitar um espaço temporal para a garantia de um direito é um mecanismo previsto aos artigos 183 a 191 da Constituição e com o instituto da Usucapião. Aliás, à época do Decreto 3912/01, o uso desses institutos seria mais vantajoso, pois o Decreto previa uma posse de, ao menos, 100 (cem) anos, ante às posses de, no mínimo, 20 (vinte) anos prevista pela Usucapião.⁸⁰

5.2 O DECRETO 4.887/03

É a partir desse cenário conflituoso que foi repensado o Decreto 3.912/01 e criado o Decreto 4887/03, que já em seu art. 2º, § 2º desfaz o entendimento errôneo do ato normativo revogado. Segue o dispositivo mencionado, *in verbis*:

§ 2º São terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos as utilizadas para a garantia de sua reprodução física, social, econômica e cultural.

Dessa forma, entende-se que esse ato normativo não só consertou o critério temporal estabelecido, como indicou quem deve ser considerado remanescentes quilombolas. Observa-se o §1º do art. 2º:

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.

Dessa forma, entende-se que o referido decreto, em alusão ao que já fora discorrido no tópico anterior, foi criado para atender as especificidades quilombolas que não eram supridas pela Lei n.º 9.784/99: indicou quem deve ser considerado remanescente quilombola; indicou quem e como deve ser feito as medições e demarcações das terras suscitadas.

⁸⁰ BECKHAUSEN, Marcelo. **A Inconstitucionalidade do Decreto 3912, de 10 de setembro de 2001.** Disponível em: http://6ccr.pgr.mpf.mp.br/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/a_inconstitucionalidade_do_decreto_3912_2001.pdf. Visitado em 06 de dezembro de 2015.

Sabe-se que “decretos” existem para regulamentar legislação infraconstitucional⁸¹. Logo, cumpre ressaltar que é aceitável a existência do Decreto 4.887/03 no sentido em que dá as especificidades da matéria quilombola ao previsto na Lei n.º 9.784/99. No entanto, assim que se promulgou o referido ato normativo, o Partido da Frente Liberal (PFL) não compreendeu que o Decreto 4887/03 se originou com esse fim.

A legenda entendeu que o Decreto regula matéria prevista no art. 68, do ADCT, fugindo, desse modo, do fim do ato normativo, pois ele apenas pode regulamentar lei. A partir desse entendimento é que se originou a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3239.

5.3 A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3239

A Ação Direta de Inconstitucionalidade 3239 foi proposta em 25 (vinte e cinco) de agosto de 2004 (dois mil e quatro), pelo Partido da Frente Liberal (PFL)⁸² sob o pretexto de que seja declarada a inconstitucionalidade do Decreto 4887/03. O Relator desse controle concentrado de constitucionalidade é o excelentíssimo Ministro Cezar Peluso.

Pois bem. A ADI se ateve a 4 (quatro) argumentos que supostamente indicam a inconstitucionalidade do ato normativo impugnado. Acerca dos fundamentos da ação, Daniel Sarmiento sintetiza bem:

(a) a impossibilidade de edição de regulamento autônomo para tratar da questão, haja vista o princípio constitucional da legalidade; (b) a inconstitucionalidade do uso da desapropriação, prevista no art. 13 do Decreto 4.887/03, bem como do pagamento de qualquer indenização aos detentores de títulos incidentes sobre as áreas quilombolas, tendo em vista o fato de que o próprio constituinte já teria operado a transferência da propriedade das terras dos seus antigos titulares para os remanescentes dos quilombos; (c) a inconstitucionalidade do emprego do critério de auto-atribuição, estabelecido no art. 2º, caput e § 1º do citado Decreto, para identificação dos remanescentes de quilombos; (d) a invalidade da caracterização das terras quilombolas como aquelas utilizadas para “reprodução física, social, econômica e cultural do grupo étnico” (art. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA – 2ª REGIÃO 2º, § 2º do Decreto 4.887/03) – conceito

⁸¹ O art. 84, caput e inciso IV, dispõe que: Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: [...] IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;

⁸² Atualmente, Democratas.

considerado excessivamente amplo - bem como a impossibilidade do emprego de “critérios de territorialidade indicados pelos remanescentes das comunidades de quilombos” para medição e demarcação destas terras (art. 2º, § 3º), pois isto sujeitaria o procedimento administrativo aos indicativos fornecidos pelos próprios interessados.⁸³

Percebe-se que os fundamentos tem um foco formalista, sendo que o principal argumento tem por base o uso do ato normativo utilizado para regular matéria tida como norma constitucional. O uso do Decreto é apenas para regulamentar as leis em sentido estrito, qualquer fuga desse objetivo é considerado como desvio da norma constitucional, sendo objeto de controle de constitucionalidade por quaisquer legitimados.

O outro argumento utilizado diz respeito do tipo de desapropriação prevista no ato normativo em questão, pois, de acordo com o art. 68 do ADCT, os remanescentes de quilombola já têm direito à propriedade da terra suscitada, “a propriedade decorre diretamente da Constituição”⁸⁴. Não havendo, dessa forma, motivos para que surjam eventuais indenizações, devendo o Estado apenas promover a emissão de títulos.

O PFL também arguiu sobre a autoatribuição prevista no Decreto. Alegam os autores da ação que “seria necessário e indispensável comprovar a remanescência – e não a descendência – das comunidades dos quilombos⁸⁵” para a expedição dos títulos. Também preconizou que essa autoatribuição abriria espaço para pessoas de má-fé se aproveitar de direito alheio.

Argumenta-se também sobre a questão de definição das terras. A ADI indaga acerca do conceito de território e sua demarcação conforme indicações dos próprios interessados, o partido acreditou que os critérios temporais definidores no ato normativo anterior eram mais adequados.

Não obstante, o autor requereu concessão de medida liminar, pedindo a suspensão da eficácia do decreto ante a suposta probabilidade de inconstitucionalidade do ato normativo, fundamentando na questão de possibilidade

⁸³ SARMENTO, Daniel. **Territórios Quilombolas e Constitui** cãõ: A ADI 3239 e a Constitucionalidade do Decreto 4.887/03. Disponível em: http://6ccr.pgr.mpf.mp.br/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/Territorios_Quilombolas_e_Constituicao_Dr._Daniel_Sarmento.pdf. Visualizado em 06 de dezembro de 2015.

⁸⁴PARTIDO DA FRENTE LIBERAL (Brasil). **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3239**. Brasília, 28 ago. 2004. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/433_ADI%203239_peticaoinicial.pdf

⁸⁵ Idem ibidem

de beneficiar terceiros não interessados de má fé, bem como na eventual despesa desnecessária do Estado tendo em vista a indenização.

Essa linha argumentativa também foi fundamento para alguns *amicus curiae*, conforme sintetizou Luiza Andrade Corrêa, em sua monografia, intitulada “COMUNIDADES QUILOMBOLAS NO JUDICIÁRIO BRASILEIRO: Análise Comparativa da Jurisprudência”⁸⁶:

Esta mesma linha argumentativa foi seguida pelos seguintes documentos: “Amicus Curiae Bracelpa”, “Amicus Curiae CNA”, “Amicus Curiae CNI”, “Amicus Curiae Santa Catarina” e “Amicus Curiae SRB” e “Parecer Carlos Velloso”. Todavia, além dos argumentos trazidos na petição inicial, estes amici curiae alegam que o artigo 68 do ADCT não é norma de aplicação imediata e, portanto, demanda lei em sentido formal que o regulamente. Neste sentido, declaram expressamente que o Decreto 4887/03 não regulamenta as Leis 7.668/88 e 9.649/98, já que estas leis tratam apenas de competência e não especificamente dos conceitos abordados pelo artigo 68 do ADCT ou o conteúdo essencial para sua aplicação. Diante disto, alegam que o Decreto 4.887/03 fere o princípio da legalidade e o princípio da separação dos poderes e que o nosso ordenamento permite o decreto autônomo em algumas hipóteses (artigo 84, VI da CF), mas que o Decreto 4.887/03 não se aplica a elas. Em relação à inconstitucionalidade material do Decreto 4.887/03, atestam que o critério da autoatribuição permitiria que muitas pessoas fossem qualificadas como quilombolas, inclusive pessoas que não sejam remanescentes das comunidades dos quilombos. Portanto, ele seria inconstitucional por deturpar o conteúdo jurídico da norma. Além disso, entendem que tal critério causaria insegurança jurídica. Por fim, alegam que a Convenção 169 da OIT não se aplica ao Decreto 4.887/03 por não se tratar de povos tribais ou indígenas.

Entende-se, dessa forma, que os argumentos contrários à Constitucionalidade do Decreto 4887/03 se baseiam, principalmente, no quesito de formalidade, de que o Decreto não está regulando uma lei, mas sim um artigo constitucional o qual não tem aplicabilidade imediata.

Também se suscita a inconstitucionalidade material do ato normativo, visto que o critério de autoatribuição previsto no Decreto 4887/03 seria demasiadamente amplo, não contendo aparatos como forma de inibir eventuais terceiros não interessados de se declararem quilombola, com o fito de conseguirem proteção do ato e acesso às terras que não os pertencem.

⁸⁶ CORRÊA, Luiza Andrade. **Comunidades Quilombolas no Judiciário Brasileiro: Análise Comparativa da Jurisprudência.** Disponível em < http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/153_Monografia%20Luiza.pdf.> Acessado em 02 dez. 2015.

Esse estudo compreende que, por mais plausíveis que sejam tais argumentos, eles não devem prosperar, pois os argumentos em prol da constitucionalidade do Decreto são os mais adequados à Constituição pátria.

5.4 TESE CONTRÁRIA À INICIAL

5.4.1 Inexistência de ofensa ao princípio constitucional da legalidade

Conforme já exposto, o principal argumento da ADI 3239 é a ofensa ao princípio da legalidade ao supostamente utilizar um decreto para regulamentar uma norma constitucional, pois isso caracterizaria o ato normativo como decreto autônomo, indo contrário aos preceitos do art. 84, inciso VI, da Constituição.

No entanto, já se sabe que o decreto não foi criado para regulamentar o referido artigo do ADCT, mas sim é uma maneira encontrada de adequar a Lei de processos administrativos no âmbito da Administração Pública Federal à questão quilombola.

Acerca da questão, Daniel Sarmento leciona que:

[...]

Foi exatamente por isso que se tornou necessária a edição do Decreto 4.887/03, o qual, sem afastar-se um milímetro da principiologia e dos regramentos gerais do processo administrativo federal previstos na Lei 9.784/99, adaptou-o às especificidades do domínio empírico sobre o qual deveria incidir. Portanto, a Lei 9.784/99, em conjugação com a própria Constituição Federal, dá amparo à edição do Decreto nº 4.887/03.

[...] ⁸⁷

O Decreto 4887/03 existe para regulamentar um processo administrativo, colocando em voga as singularidades quilombolas. Neste caso, em eventual declaração de inconstitucionalidade do ato normativo referido, não haverá qualquer óbice para a aplicação da Lei n.º 9.784/99 para garantir o previsto aos quilombolas no art. 68, do ADCT.

Alias, até mesmo que não existisse a Lei dos processos administrativos no âmbito da Administração Pública Federal, deveria existir uma maneira de os

⁸⁷SARMENTO, Daniel. **Territórios Quilombolas e Constituição: A ADI 3.239 e a Constitucionalidade do Decreto 4.887/03.** Disponível em: http://6ccr.pgr.mpf.mp.br/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/Territorios_Quilombolas_e_Constituicao_Dr._Daniel_Sarmiento.pdf. Visualizado em 03 de dezembro de 2015.

remanescentes quilombolas requererem as terras as quais têm direito, por força do próprio art. 68 do ADCT, pois esse dispositivo é autoaplicável. Sendo assim, leia-se o discorrido por Walter Claudius Rothemburg⁸⁸:

O art. 68 ADCT consagra diversos direitos fundamentais, como o direito à moradia e à cultura. Do regime específico e reforçado dos direitos fundamentais decorre a tendencial aplicabilidade imediata, visto que – aponta DANIEL SARMENTO (2006) – “os direitos fundamentais não dependem de concretização legislativa para surtirem seus efeitos”.

[...]

Aspectos específicos relacionados ao âmbito concreto (identificação de pessoas, delimitação de áreas etc.) e ao âmbito administrativo (órgãos competentes, procedimento...) não criam direitos e deveres “externos”, apenas regulamentam a atuação estatal, e não carecem, portanto, de lei para serem disciplinados.

Neste trecho, percebe-se que, como já afirmado no título 4.4 deste estudo, o art. 68 do ADCT se trata de um direito fundamental dos quilombolas. Sendo assim, esse dispositivo está protegido pelo art. 5º, § 1º, da Constituição da República Federativa do Brasil, o qual institui que “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”.

Reforçando o afirmado, transcreve-se o trecho de Daniel Sarmento⁸⁹:

Ademais, cumpre destacar que o texto do art. 68 do ADCT é suficientemente denso, de molde a permitir a sua aplicação imediata, na medida em que já indica o titular do direito consagrado (os remanescentes das comunidades de quilombos), o seu devedor (o Estado), o objeto do direito (a propriedade definitiva das terras ocupadas), e o dever correlato (o reconhecimento da propriedade e expedição dos respectivos títulos). Portanto, e passados já dezenove anos da data da promulgação da Constituição, não há qualquer argumento razoável para se negar a aplicabilidade imediata de norma constitucional tão importante, voltada à proteção dos direitos fundamentais de uma minoria étnica historicamente estigmatizada.

Como se não bastasse a plena eficácia do art. 68 do ADCT, é necessário lembrar da Convenção 169 da OIT. Como já explicado, a Convenção 169 da OIT foi ratificada pelo Brasil, assumindo, portanto, um caráter supralegal⁹⁰.

⁸⁸ ROTHENBURG, Walter Claudius. Direito dos Descendentes de Escravos (remanescentes das comunidades de quilombos). In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávio (coord.). Igualdade, Diferença e Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2008. p. 461

⁸⁹SARMENTO, Daniel. **Territórios Quilombolas e Constituição**: A ADI 3.239 e a Constitucionalidade do Decreto 4.887/03. Disponível em: http://6ccr.pgr.mpf.mp.br/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/Territorios_Quilombolas_e_Constituicao_Dr._Daniel_Sarmento.pdf. Visualizado em 03 de dezembro de 2015.

Sabe-se que a ratificação de um tratado internacional tem valor no ordenamento jurídico pátrio após a sua promulgação, a Convenção 169 da OIT, esse foi o argumento do parecer da Aracruz Celulose sobre o assunto. Segue trecho, *ipsis literis*:

Não há falar, como já se pretendeu, que a Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais, aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo 143/2002, promulgada pelo Presidente da República pelo Decreto 5.051/2004, e, assim, recebida na ordem jurídica com força de lei, supriria a ausência de lei formal.

[...]

[A] Convenção 169 [da OIT] somente ingressou em nosso direito positivo após o citado Decreto 4887/03.⁹¹

Entretanto, não se levou em conta: (i) o caráter supralegal de tratados internacionais que versam sobre direitos humanos⁹², e; (ii) o Controle de Convencionalidade que deve ser feito às normas pátrias.

Relembre-se que o Controle de Convencionalidade se dá na análise das normas e se essas se adéquam aos tratados internacionais que versem sobre os Direitos Humanos.

Pois bem. Levar a questão para um caráter formalista e ignorar a adequação do ato normativo à Convenção 169 da OIT, a qual, mesmo promulgada posteriormente à edição do Decreto 4887/03, fora aprovada pelo Congresso em 2002, é desconsiderar o caráter supralegal do tratado e o Controle de Convencionalidade no ato normativo, colocando à frente dos Direitos Humanos um viés formal e ineficaz na garantia dos direitos dos quilombolas.

5.4.2 A desapropriação do Decreto 4887/03

O art. 68 do ADCT já prevê o reconhecimento das terras aos remanescentes quilombolas, gerando uma discussão apropriada acerca da desapropriação prevista no art. 13 do Decreto 4.887/03.

⁹⁰ Por mais que esta monografia considere que os Tratados Internacionais que discorram sobre Direitos Humanos, quando ratificados de forma diferente ao previsto no art. 5º, § 3º da CRFB, assumam um caráter constitucional, apresentar-se-á o entendimento consolidado pelo STF, o qual é de caráter supralegal.

⁹¹ ARACRUZ CELULOSE (Brasil). **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3239**. Brasília, 21 ago. 2006. Disponível em: [http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/483_parecer_aracruz_celulose\[1\].pdf](http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/483_parecer_aracruz_celulose[1].pdf)

⁹² Posição assegurada no STF por meio do julgamento RE 466.343/SP.

De início, entende-se que já há uma proteção aos remanescentes quilombolas que se identificam com a terra, mesmo quando essa é vinculada a uma propriedade particular de terceiro não-quilombola. Neste íterim, discorre Daniel Sarmiento⁹³:

[...] [A] proteção do direito à terra dos quilombolas independentemente da desapropriação possibilita que a comunidade continue vivendo no seu próprio território, com segurança jurídica e de acordo com os seus costumes e tradições, mesmo diante da eventual demora do Estado na promoção da desapropriação.

Sendo assim, entende-se que não há necessidade da desapropriação como mecanismo indispensável à garantia de propriedade de terras tradicionais aos remanescentes de quilombos.

No entanto, tal afirmativa não permite que haja desalojamento de outrem sem a devida indenização, afinal, não é o objetivo do referido Decreto prejudicar terceiros por fato irregular acontecido em algum canto do passado⁹⁴.

Daniel Sarmiento⁹⁵ defende que:

[...] [A]s restrições impostas à propriedade privada são sobejamente compensadas pelos ganhos obtidos, que se traduzem em uma proteção muito mais efetiva ao direito territorial das comunidades quilombolas.

[...]

Note-se que a desapropriação, a rigor, se desdobra em duas dimensões: trata-se de um procedimento que envolve: (1) a imposição pelo Estado ou por seus delegados da perda de um bem ao seu proprietário, em razão de algum interesse público ou social relevante, e (2) a compensação patrimonial a este proprietário, através do pagamento de uma justa indenização, a qual, em caso de controvérsias insuperáveis sobre o seu valor, deve ser arbitrada em processo judicial próprio, caracterizado por um âmbito de cognição limitado.

⁹³ SARMENTO, Daniel. **Territórios Quilombolas e Constituição**: A ADI 3.239 e a Constitucionalidade do Decreto 4.887/03. Disponível em: http://6ccr.pgr.mpf.mp.br/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/Territorios_Quilombolas_e_Constituicao_Dr._Daniel_Sarmiento.pdf. Visualizado em 03 de dezembro de 2015.

⁹⁴ Sabe-se que, em muitos casos, povos tradicionais foram expulsos de seu território em favor de outrem, mas não é por esse fato irregular que não deve haver indenização aos que tiveram, atualmente, sua propriedade particular “desapropriada” em prol de uma comunidade quilombola.

⁹⁵ SARMENTO, Daniel. **Territórios Quilombolas e Constituição**: A ADI 3.239 e a Constitucionalidade do Decreto 4.887/03. Disponível em: http://6ccr.pgr.mpf.mp.br/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/Territorios_Quilombolas_e_Constituicao_Dr._Daniel_Sarmiento.pdf. Visualizado em 03 de dezembro de 2015.

Sendo assim, entende-se que o direito dos quilombolas sobre a terra tradicional é reconhecida sem o instrumento de desapropriação, no entanto, o procedimento de desapropriação deve ser utilizado toda vez que necessitar estipular indenização ao particular que perder as terras em prol da coletividade.

5.4.3 A Autoatribuição como critério de aferição de identidade

Verifica-se que o Decreto 4.887/03 tem como fundamento tanto a Lei n.º 9.784/99 quanto a Convenção 169 da OIT. Sendo assim, outro argumento utilizado pelos autores e por aqueles que defendem a declaração de inconstitucionalidade da matéria é acerca da autoatribuição como instituto de identificação quilombola.

O principal argumento acerca da utilização desse critério é a de que abre margem para que pessoas que não tenham relação com quilombolas se aproveitem de uma garantia a esse grupo em particular, ou seja, considera-se que tal critério não seria forte o suficiente para inibir terceiros de má-fé.

No entanto, a autoidentificação leva em consideração as percepções do próprio sujeito, *in casu*, dos remanescentes de quilombos. Desvencilha-se, desse modo, de que a caracterização de determinado povo tenha conceitos errôneos, carregados de preconceitos. Nessa vertente, Aurélio Virgílio Rios aduz que:

O critério da auto-identificação, considerado como essencial para a caracterização de um grupo social diferenciado, surge a partir de lições de Frederick Barth, que inovou os métodos para constituição de limites de unidades étnicas, procurando-se fugir aos fundamentos biológicos, lingüísticos e raciais. Em consequência há o abandono da “visão explicativa” das comunidades, a qual tenta, através de um “observador externo”, produzir um conhecimento segundo o qual se pretende conferir a uma comunidade certa identidade, determinando-se o lugar dos indivíduos e seu grupo no universo social. Muitas vezes, nessa visão explicativa, atribuem-se elementos de unidade desconhecidos pelo próprio segmento social em estudo, revelando-se aí a sua insuficiência e imprecisão, bem como a necessidade de superá-la.⁹⁶

Não obstante, sublinha-se que o critério de autoatribuição é importante para a garantia do direito resguardado no art. 68 do ACT, mas não é o único requisito adotado pelo Decreto 4887/03, há ainda os critérios: (i) da trajetória histórica própria;

⁹⁶ RIOS, AurélioVirgílio. **Quilombos na perspectiva da igualdade étnico-racial**: raízes, conceitos, perspectivas. Disponível em: http://6ccr.pgr.mpf.mp.br/documentos-e-publicacoes/artigos/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/quilombos_na_perspectiva_da_igualdade_etnico_racial.pdf. Visualizado em 06 de dezembro de 2015.

(ii) da relação com a terra, e; (iii) da ancestralidade negra que tenha atuado na resistência. Todos esses critérios estão definidos no art. 2º, caput, do Decreto.

Insta frisar que toda a argumentação será analisada por profissionais competentes – como historiadores, sociólogos e antropólogos – indicados pelo próprio Estado. Isto é, a autoatribuição não é o único requisito e o próprio Estado analisará e concederá o pedido.

5.4.4 A territorialidade quilombola

Primeiro, transcreve-se os §§ 2º e 3º do art. 2º, do Decreto 4887/03:

Art. 2º [...] § 2º São terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos as utilizadas para a garantia de sua reprodução física, social, econômica e cultural. § 3º Para a medição e demarcação das terras, serão levados em consideração critérios de territorialidade indicados pelos remanescentes das comunidades dos quilombos, sendo facultado à comunidade interessada apresentar as peças técnicas para a instrução procedimental.

Esse conceito é amplo. É justamente essa característica discutida na ADI 3239. De acordo com a inicial e com os seus defensores, a definição de territorialidade ideal estava prevista no Decreto revogado: as terras ocupadas de forma pacífica e ininterrupta entre os anos de 1888 e 1988.

Acerca de tal defesa, Daniel Sarmiento⁹⁷ é incisivo ao afirmar que:

Não parece necessário enfatizar o caráter absurdo e anti-isonômico desta exegese. Quando o maior prazo para usucapião da legislação civil é de 15 anos (art. 1.238 do Código Civil), defende-se, para os quilombolas, um prazo de cem anos (!!!). Por esta interpretação, o art. 68 do ADCT, editado para proteger um grupo étnico vulnerável, transforma-se num passe de mágica no veículo de uma odiosa discriminação perpetrada contra os integrantes deste grupo.

Neste assunto, deve-se sempre se ter em mente que o art. 68 do ADCT, a Convenção 169 da OIT e, conseqüentemente, o Decreto 4.887/03 tem caráter protetor acerca de um povo tradicional, construtor da multiculturalidade brasileira.

⁹⁷ SARMENTO, Daniel. **Territórios Quilombolas e Constituição: A ADI 3.239 e a Constitucionalidade do Decreto 4.887/03.** Disponível em: http://6ccr.pgr.mpf.mp.br/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/Territorios_Quilombolas_e_Constituicao_Dr._Daniel_Sarmiento.pdf. Visualizado em 03 de dezembro de 2015.

Inclusive, os norteadores desse viés são os já estudados artigos 215 e 216 da CRFB.

Esses dispositivos constitucionais supracitados são garantidores de culturas de povos tradicionais, abrangendo não só a cultura afro-brasileira, como a indígena. Importante ressaltar que o Decreto 4.887/03 buscou inspiração no art. 231, § 1º, da CRFB, o qual discorre sobre a territorialidade indígena. Compare-se os dois dispositivos. Segue o dispositivo da Constituição:

Art. 231. [...] § 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

O dispositivo do Decreto 4.887/03:

Art. 2º [...] § 2º São terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos as utilizadas para a garantia de sua reprodução física, social, econômica e cultural.

Não obstante a interpretação analógica do dispositivo constitucional que diz sobre a territorialidade indígena, a qual foi expressa no Decreto 4.887/03, conforme demonstrado, o conceito de territorialidade quilombola também tem seu fundamento na Convenção 169 da OIT⁹⁸.

Entende-se que o que preconiza o Decreto 4.887/03 é apenas que o órgão competente para a medição das terras, *in casu*, o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA)⁹⁹, leve em consideração o entendimento do povo protegido, os remanescentes de quilombolas.

Não serão os próprios interessados que determinarão qual parcela de terra devem receber: eles indicarão o espaço ao qual acreditem que os pertençam, por motivos históricos e de identificação com a terra, e esse local indicado passará por análise de profissionais competentes no assunto. O território será definido pelo Poder Público após estudo, não pelos próprios remanescentes de quilombolas.

⁹⁸ O Art. 13, item 1, da Convenção 169 da OIT diz que: Ao aplicarem as disposições desta parte da Convenção, os governos deverão respeitar a importância especial que para as culturas e valores espirituais dos povos interessados possui a sua relação com as terras ou territórios, ou com ambos, segundo os casos, que eles ocupam ou utilizam de alguma maneira e, particularmente, os aspectos coletivos dessa relação.

⁹⁹ Art. 3º do Decreto 4.887/03.

5.5 VOTOS MINISTERIAIS

O mérito desta ADI já foi apreciada por 02 ministros: (i) o Ministro Relator Cezar Peluso, e; (ii) a Ministra Rosa Weber. Curiosamente, os Excelentíssimos ministros tiveram visões diferentes acerca da matéria.

5.5.1 Voto do Ministro Relator Cezar Peluso

O Ministro Relator Cezar Peluso julgou procedente a ADI 3239, por acreditar que se trate de caso de inconstitucionalidade formal, entendendo que o Decreto 4.887/03 ofende os princípios da legalidade e da reserva legal da lei, pois o art. 68 do ADCT não é “norma de eficácia plena e aplicação imediata, [...] por isso o Chefe do Executivo [não] está autorizado a integrar-lhe normativamente os comandos mediante regulamento, como o fez.”¹⁰⁰.

O excelentíssimo Ministro, aliás, faz menção interessante ao ato normativo anterior:

[...] E há, neste caso – já me apresso em adverti-lo -, aspecto que merece especial relevo. É que o Decreto em questão revogou o Decreto nº 3.239, de 10 de setembro de 2001, que, sob pretexto de regulamentar a matéria, e de forma bastante diversa, é bom que se diga, padecia exatamente do mesmo vício formal.

[...] [R]azão por que não lhe não concedo efeitos repristinatórios.^{101 102}

Ou seja, de acordo com o entendimento transcrito acima, não haveria o retorno do Decreto revogado, uma vez que também estaria envenenado com o mesmo vício de formalidade.

Seguindo o voto do douto Ministro, a Excelência também compreendeu que o Decreto estaria com vício material:

¹⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto do Ministro Cezar Peluso no julgamento da ADI 3239. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, 23 abr. 2012. **Diário de Justiça Eletrônico**. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/1459_ADI3239_Voto.pdf. Acessado em 03 de dezembro de 2015.

¹⁰¹ Idem ibidem

¹⁰² Entende-se que o julgador se enganou com a numeração do Decreto 3.912/01, numerando-o com o número da ADI.

(a) o art. 2º, caput e §§ 1º, 2º e 3º, do Decreto 4.887/20038 , que estabelecem (1) o critério da auto-atribuição e autodefinição, para caracterizar quem são os remanescentes das comunidades de quilombolas; (2) a fixação de que são terras ocupadas por remanescentes, todas as possuídas a título de garantia de sua reprodução física, socioeconômica e cultural, (ocupação presumida); e (3) o critério de territorialidade eleito que, para a medição e demarcação das terras por titular, consiste tão-só na indicação dos próprios interessados; (b) o art. 179 , que prevê a outorga de título coletivo e pró-indiviso às comunidades de remanescentes, com obrigatória inserção de cláusula de inalienabilidade, imprescritibilidade e de impenhorabilidade.¹⁰³

O Relator também criticou o critério da autodefinição e da utilização da Convenção 169 como fundamento do Decreto, justamente por ser posterior à sua redação.

O respeitável Ministro comparou o art. 68 do ADCT ao instituto da Usucapião, tratando-o, inclusive como:

[...][N]ova espécie de usucapião constitucional, cujas singularidades são: (a) característica não prospectiva, no que respeita ao termo inicial da posse, necessariamente anterior à promulgação da Constituição de 1988; (b) autorização especial do constituinte originário para que os destinatários da norma pudessem usucapir imóveis públicos, o que, na mesma Carta, está vedado expressamente pelos artigos 183, § 3º, e 191, § único, que tratam do usucapião constitucional urbano e rural, os quais trazem ao particular o ônus de provar que o bem a ser usucapido é privado; e (c) desnecessidade de decreto judicial que declare a situação jurídica preexistente, exigível nas outras 04 espécies de usucapião: ordinário, extraordinário, constitucional urbano e rural.¹⁰⁴

Nesse julgado, a desapropriação do Decreto 4.887/03 foi considerada como uma violação constitucional, visto que esse mecanismo não tem respaldo na Constituição.

Tendo em vista esses argumentos que o douto Ministro julgou improcedente a ADI, no entanto, em respeito “ao princípio da segurança jurídica”¹⁰⁵, os efeitos da decisão foram modulados para *ex nunc*, garantindo a permanência do direito adquirido aos cidadãos de boa fé que postularam e obtiveram o título.

¹⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto do Ministro Cezar Peluso no julgamento da ADI 3239. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, 23 abr. 2012. **Diário de Justiça Eletrônico**. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/1459_ADI3239__Voto.pdf. Acessado em 03 de dezembro de 2015.

¹⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto do Ministro Cezar Peluso no julgamento da ADI 3239. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, 23 abr. 2012. **Diário de Justiça Eletrônico**. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/1459_ADI3239__Voto.pdf. Acessado em 03 de dezembro de 2015.

¹⁰⁵ Idem ibidem

5.5.2 Voto da Ministra Rosa Weber

De outro modo, configurou-se o voto da Ministra Rosa Weber, que julgou a ação procedente.

Primeiramente, a Excelentíssima delineou o voto do Relator, para passar a apreciar o mérito. De início, a Ministra já defendeu de que não houve invasão da competência do poder legislativo, pois entende que o art. 68 do ADCT:

é o direito dos remanescentes das comunidades dos quilombos de ver reconhecida pelo Estado a sua propriedade sobre as terras por eles histórica e tradicionalmente ocupadas. Tenho por inequívoco tratar-se de norma definidora de direito fundamental de grupo étnico-racial minoritário, dotada, portanto, de eficácia plena e aplicação imediata, e assim exercitável, o direito subjetivo nela assegurado, independentemente de integração legislativa.

[...]

Disponíveis à atuação integradora tão-somente os aspectos do art. 68 do ADCT que dizem com a regulação do comportamento do Estado na implementação do comando constitucional, não identifico invasão de esfera reservada à lei nem conluo, por conseguinte, pela violação, pelo Poder Executivo, do art. 84 da Carta Política ao editar o Decreto 4.887/2003. Este, do meu ponto de vista, traduz efetivo exercício do poder regulamentar da Administração inserido nos limites estabelecidos pelo art. 84, VI, da Constituição da República¹⁰⁶

Sendo assim, é de entendimento da Ministra que o Decreto regulamentou um direito previsto na Constituição e, por se tratar de um Direito Fundamental, tem que haver mecanismos que estabelecessem o resguardado no dispositivo.

Acerca do critério de identificação utilizado no Decreto 4.887/03, refutado pelo Ministro Cezar Peluso, ele é bem recebido pela Ministra, que diz:

[A] ostentação de uma identidade – que pode ser autoatribuída – não se confunde com a satisfação dos critérios objetivos exigidos pelo texto constitucional para o reconhecimento da titularidade do direito assegurado no art. 68 do ADCT – que é, pelo menos em uma de suas dimensões, um direito real de propriedade. Assim, para os fins específicos da incidência desse dispositivo constitucional transitório, além de uma dada comunidade ser qualificada como remanescente de quilombo – elemento subjetivo que reside no âmbito da autoidentificação –, mostra-se necessária a satisfação de um elemento objetivo, empírico: a reprodução da unidade social que se afirma originada de um quilombo há de estar atrelada a uma ocupação continuada do espaço ainda existente, em sua organicidade, em 05 de

¹⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto da Ministra Rosa Weber no julgamento da ADI 3239. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, 15 abr. 2015. **Diário de Justiça Eletrônico**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI3239RW.pdf>. Acessado em 03 de dezembro de 2015.

outubro de 1988, de modo a se caracterizar como efetiva atualização histórica das comunidades dos quilombos.¹⁰⁷

O quesito de territorialidade quilombola também é visto de forma positiva, ou seja, consoante com a Constituição. Defende a Ministra que tal requisito leva em consideração o caráter coletivo de uma comunidade de remanescentes quilombolas, visto que o título a ser emitido pelo Estado não seria individual, mas pró-indiviso. Reforça a visão de que a opinião das comunidades quilombolas sobre o território não é o único requisito o trecho que diz:

Com efeito, o fato de o art. 2º, § 3º, do Decreto 4.887/2003 dispor que os critérios de territorialidade indicados pelos remanescentes das comunidades quilombolas serão levados em consideração pela Administração durante o procedimento de medição e demarcação das terras, assegurando a sua participação, em absoluto traduz sejam tais parâmetros os únicos objeto de análise ou vinculem o ato administrativo correspondente.

A douta Ministra manifestamente afasta a posse centenária, no sentido em que afirma:

Já a data de 13 de maio de 1888 não tem serventia metodológica à definição do status dos quilombos. A uma porque o próprio conceito de remanescente de quilombo nos dias atuais exige a reprodução contínua de uma comunidade que, originada da resistência à escravidão, permaneceu coesa até o presente. A duas porque é impossível saber, hoje, em que momento do passado histórico a Lei Áurea, embora assinada naquela data, se tornou de conhecimento público em localidades remotas do território brasileiro, bem como a disposição que tiveram as autoridades locais de lhe conferir eficácia. Enfim, a data da abolição formal da escravidão não induz à que após 13 de maio de 1888 não tenha persistido o perverso regime em tal ou qual localidade. No universo hipotético-formal dos juristas é que a figura do quilombo perde o sentido existencial de forma simultânea à abolição, o mesmo não ocorrendo necessariamente na vida.¹⁰⁸

Por último, a Ministra analisa a desapropriação prevista no art. 13 do Decreto 4.887/03. Em suma, a Excelentíssima Rosa Weber assume a posição de que a desapropriação prevista em tal ato normativo é de interesse social, lembrando que “a função social das terras ocupadas pelos remanescentes das comunidades dos

¹⁰⁷ Idem ibidem

¹⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto da Ministra Rosa Weber no julgamento da ADI 3239. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, 15 abr. 2015. **Diário de Justiça Eletrônico**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI3239RW.pdf>. Acessado em 03 de dezembro de 2015.

quilombos somente pode ser aquela que lhes é dada diretamente pela Constituição, pois nenhuma norma outra a ela se sobrepõe.”¹⁰⁹.

Ainda sobre o assunto, a Ministra é conclusiva:

[P]or se tratar de direito que não se esgota na dimensão do direito real de propriedade, e sim de direito qualificado como direito cultural fundamental, a norma do art. 68 do ADCT deve ser interpretada em conjunto com a do art. 216, § 1º, da Constituição da República, que expressamente autoriza a desapropriação para a proteção do patrimônio cultural brasileiro.¹¹⁰

Dessa forma, a Ministra Rosa Weber lacra o entendimento de que o Decreto 4.887/03 é totalmente constitucional, julgando a Ação Direta de Inconstitucionalidade 3239 como improcedente.

¹⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto da Ministra Rosa Weber no julgamento da ADI 3239. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, 15 abr. 2015. **Diário de Justiça Eletrônico**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI3239RW.pdf>. Acessado em 03 de dezembro de 2015.

¹¹⁰ Idem ibidem

6 CONCLUSÃO

Esse estudo delineou o Controle de Constitucionalidade e o de Convencionalidade para demonstrar o objetivo e adequação do Decreto 4887/03 à Constituição da República Federativa do Brasil. Partindo do Controle de Constitucionalidade, demonstrou que o artifício utilizado pelo PFL para contesta a inconstitucionalidade do Decreto foi a correta, tendo em vista que se trata de ato normativo posterior à Constituição de 1988.

Após a breve explanação do Controle de Convencionalidade e da Convenção 169 da OIT, verificou-se que a lei ou ato normativo não basta ser constitucional, mas também precisa se adequar aos tratados internacionais que versam sobre Direitos Humanos.

Ao longo do estudo, demonstrou-se que o Decreto 4.887/03 atende aos preceitos constitucionais, como atende às normas referentes aos tratados internacionais ratificados pelo Brasil que versam sobre os Direitos Humanos, principalmente no que tange à referida Convenção 169 da OIT, em especial ao previsto no artigo 14 do Tratado.

O art. 68 do ADCT, por mais que se trate de uma disposição constitucional transitória, trata-se de uma norma fundamental de garantia à propriedade de determinado grupo étnico: Os quilombolas. Posto isso, é certo de que a norma tem autoaplicabilidade imediata, não necessitando de quaisquer artefatos legislativos para regulamentá-la.

E mesmo que não tivesse autoaplicabilidade, verifica-se que o Decreto 4.887/03 não tem respaldo jurídico apenas no art. 68 do ADCT, mas tanto na Lei n.º 9.784/99, como na Convenção 169 da OIT.

A Lei n.º 9.784/99 disserta sobre o procedimento administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, sendo que o Decreto 4.887/03 apenas regulamenta esse procedimento administrativo com as singularidades presentes na matéria de povos tradicionais quilombolas.

Não obstante, a Convenção 169 da OIT fundamenta o Decreto, mesmo que a promulgação desse tratado, por meio do Decreto 5.051/04, seja posterior à edição do Decreto 4.887/03, justamente pelo tratado internacional ter caráter supralegal diante de leis ordinárias. O fato de que o tratado foi ratificado pelo Brasil em ano

anterior à publicação do Decreto 4.887/03, por meio do Decreto Legislativo 143/02, também reforça tal argumento jurídico.

De certa forma, os argumentos desta monografia coincidem com os utilizados pela douta Ministra Rosa Weber em seu voto no Decreto 4.887/03, que defende a constitucionalidade do ato normativo em voga.

Sendo assim, para fins objetivos deste estudo, entende-se que a ADI 3239, a qual tem como objeto a declaratória de inconstitucionalidade do ato normativo impugnado, deve ser julgada improcedente, não prosperando o voto do Relator. Desse modo, sendo a ação julgada improcedente, declarar-se-á, conseqüentemente, a constitucionalidade do Decreto 4.887/03.

REFERÊNCIAS

ARACRUZ CELULOSE (Brasil). **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3239**. Brasília, 21 ago. 2006. Disponível em: [http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/483_parecer_aracruz_celulose\[1\].pdf](http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/483_parecer_aracruz_celulose[1].pdf)

BECKHAUSEN, Marcelo. **A Inconstitucionalidade do Decreto 3912, de 10 de setembro de 2001**. Disponível em: http://6ccr.pgr.mpf.mp.br/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/a_inconstitucionalidade_do_decreto_3912_2001.pdf. Visitado em 06 de dezembro de 2015.

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte (1987). **Anteprojeto da Constituição da República Federativa do Brasil**. Sub comissão dos Negros, populações indígenas, pessoas deficientes e minorias (1987). Brasília: Senado Federal, 1987.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Decreto 4.887, de 06 de fevereiro de 2007. 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. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 20 nov. 2003. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/d4887.htm> Acesso em 21 nov. 2015.

BRASIL. Decreto 6.040, de 06 de fevereiro de 2007. Institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 08 fev. 2007. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm> Acesso em 21 nov. 2015.

BRASIL. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 11 nov. 1999. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm> Acesso em 01 dez. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto da Ministra Rosa Weber no julgamento da ADI 3239. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, 15 abr. 2015. **Diário de Justiça Eletrônico**. Disponível em: [.http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI3239RW.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI3239RW.pdf). Acessado em 03 de dezembro de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto do Ministro Cezar Peluso no julgamento da ADI 3239. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, 23 abr. 2012. **Diário de Justiça Eletrônico**. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/1459_ADI3239__Voto.pdf. Acessado em 03 de dezembro de 2015.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo : Saraiva. 2007.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. (Brasil). Resolução nº 17, de 1989. **Suplemento do Diário do Congresso Nacional**. Brasília. 22 de set. de 1989. Disponível em: http://www.camara.gov.br/internet/legislacao/regimento_interno/Rlpdf/regInterno.pdf

CORRÊA, Luiza Andrade. **Comunidades Quilombolas no Judiciário Brasileiro: Análise Comparativa da Jurisprudência**. Disponível em < http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/153_Monografia%20Luiza.pdf.> Acessado em 02 dez. 2015.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Peru. Sentença de 26 setembro de 2006. Disponível em: http://d2kefwu52uvmq.cloudfront.net/uploads/2011/10/seriec_154_esp.pdf

DUPRAT, Deborah. **Breves considerações sobre o Decreto 3.912/01**. Disponível em: http://6ccr.pgr.mpf.mp.br/documentos-e-publicacoes/artigos/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/consideracoes_decreto_quilombos_3912_01.pdf Visitado em 06 de dezembro de 2015.

FCP. Fundação Cultural Palmares. **Comunidades Quilombolas**. Disponível em: http://www.palmares.gov.br/?page_id=88. Acesso em: 19 nov. 2015

GOMES, Nilma Lino. O movimento negro no Brasil: ausências, emergências e a produção de saberes. **Política & Sociedade**: Revista de Sociologia Política. Santa Catarina. Vol. 10 nº 18. 2011. Disponível em: https://periodicos.ufsc.br/index.php/politica/_article/viewFile/2175-7984.2011v10n18p133/17537. Acesso em 03 de dezembro de 2015

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 3ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 106.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6. Ed. São Paulo: Martins Fontes. 1999.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 18. Ed. São Paulo : Saraiva. 2014

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O Controle de Convencionalidade das Leis** . Disponível em <http://www.lfg.com.br>. 06 de abril de 2009.

MARQUES, Carlos Eduardo. De Quilombos a quilombolas: notas sobre um processo histórico-etnográfico . **Revista de Antropologia**, [S.l.], v. 52, n. 1, p. 340-374 , jan. 2009. ISSN 1678-9857. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/ra/article/view/27338>>. Acesso em: 19 nov. 2015.

MARQUES, Pâmela Marconatto. O Direito Internacional dos Povos Indígenas: ação e memória nativas reconstruindo a agenda internacional. **Revista Jurídica da Presidência**. Brasília. Vol. 12 nº 98. Out.2010/Jan.2011. Disponível em: https://revistajuridica.presidencia.gov.br/ojs_saj/index.php/saj/article/view/187/176 . Acesso em 01 de dezembro de 2015

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. Ed. São Paulo : Saraiva, 2014.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 30. Ed. São Paulo: Atlas. 2014.

MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da. **Controle de Constitucionalidade: uma abordagem jurisprudencial**. 2. Ed. Rio de Janeiro : Impetus, 2002.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 6. Ed. São Paulo : Método. 2012.

PARTIDO DA FRENTE LIBERAL (Brasil). **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3239**. Brasília, 28 ago. 2004. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/433_ADI%203239_peticaoinicial.pdf

RIOS, Aurélio Virgílio. **Quilombos na perspectiva da igualdade étnico-racial: raízes, conceitos, perspectivas**. Disponível em: http://6ccr.pgr.mpf.mp.br/documentos-e-publicacoes/artigos/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/quilombos_na_perspectiva_da_igualdade_etnico_racial.pdf. Visualizado em 06 de dezembro de 2015.

ROTHENBURG, Walter Claudius: **Direito dos Descendentes de Escravos (Remanescentes das Comunidades de Quilombos)**. 2008. Disponível em: http://6ccr.pgr.mpf.mp.br/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/artigo_descendentes_de_escravos.pdf Acessado em 27 de novembro de 2015

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

publicacoes/artigos/docs_artigos/Territorios_Quilombolas_e_Constituicao_Dr._Danie
I_Sarmento.pdf. Visualizado em 03 de dezembro de 2015.

SCHMITT, Alessandra; TURATTI, Maria Cecília Manzoli; CARVALHO, Maria Celina
Pereira de. A atualização do conceito de quilombo: identidade e território nas
definições teóricas. **Ambient. soc.**, Campinas, n.10, p.129-136, Junho 2002.
Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-
753X2002000100008&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-753X2002000100008&lng=en&nrm=iso)>. Acessado em 19 Nov. 2015

SENADO FEDERAL (Brasil). Resolução nº 93, de 1970. **Suplemento do Diário do
Senado Federal**. Brasília, 02 de fev. de 2015. Disponível em:
[http://www25.senado.leg.br/documents/12427/45868/RISFCompilado.pdf/cd5769c8-
46c5-4c8a-9af7-99be436b89c4](http://www25.senado.leg.br/documents/12427/45868/RISFCompilado.pdf/cd5769c8-46c5-4c8a-9af7-99be436b89c4)

SUNFELD, Carlos Ari (coord.). **O Direito à terra das Comunidades Quilombolas**
(Art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias). Disponível em:
[http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/432_Comunidades_quilombolas_direito_a_t
erra.pdf](http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/432_Comunidades_quilombolas_direito_a_terra.pdf). Acessado em 03 de dezembro de 2015.