

ANÁLISE DA ADIn 3239-9: O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE SOBRE TERRAS QUILOMBOLAS NO ÂMBITO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

ANALYSIS OF ADIN 3239-9: THE CONTROL OF CONSTITUTIONALITY ON QUILOMBOLAS LANDS IN THE FRAMEWORK OF THE FEDERAL SUPREME COURT

Jonas Jesus Belmonte¹

Ângelo Ricardo Christoffoli²

SUMÁRIO: Introdução; 1. Breve análise sobre o controle de constitucionalidade; 2. Terras quilombolas: no contexto da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988; 3. ADIn 3239-9: duas vertentes e a incerteza jurídica das comunidades quilombolas; Considerações Finais; Referências das fontes citadas.

RESUMO

O presente Artigo se propõe, a analisar a atual situação jurídica dos Remanescentes das Comunidades dos Quilombos brasileiras no julgamento que ocorre na mais alta corte do Judiciário brasileiro. Já no início das reflexões, e como forma de introduzir o leitor ao tema, abordar-se-á sobre o controle de constitucionalidade das normas, o reconhecimento da supremacia da Constituição e de sua força vinculante em relação aos Poderes Públicos e qual é o papel institucional do Supremo Tribunal Federal (STF). Em seguida se discorre sobre as terras dos Remanescentes das Comunidades dos Quilombos a partir do Artigo 68 da ADCT. Por fim, adentrar-se-á no ponto fulcral da investigação: a contextualização da ADIn 3.239, que teve seu debate trazido à baila em 2004, ainda sendo objeto de discussão no Supremo Tribunal Federal. Este artigo científico foi idealizado segundo o método indutivo, operacionalizado pela técnica de pesquisa bibliográfica.

Palavras Chaves: Remanescentes de Comunidades dos Quilombos; Adin 3.239; Justiça Social.

¹ Graduando do 9º período em Direito, Pesquisador das Ciências Sociais e Jurídicas do Grupo de Pesquisa Paideia atuando na área: justiça social, Direito Constitucional. E-mail: jonasjbelmonte@hotmail.com.

² Graduado em História (1991), Mestrado em Turismo e Hotelaria (UNIVALI, 2000). Doutor em Administração e Turismo (UNIVALI, 2012). Pesquisador no Grupo de Pesquisa e Estudos Paidéia do curso de graduação em Direito (UNIVALI). Professor nas disciplinas de Antropologia Jurídica e Sociologia. E-mail: a.christoffoli@univali.br.

ABSTRACT

The present paper proposes to analyze the current legal status of the remnants of the communities of the Brazilian Quilombos in the trial that occurs in the highest court of the Brazilian Judiciary. At the beginning of the reflections, and as a way of introducing the reader to the theme, it will focus on the control of the constitutionality of norms, the recognition of the supremacy of the Constitution and its binding force in relation to Public Authorities and what is the role of the Federal Supreme Court (STF). Afterwards, the lands of the Remnants of the Communities of the Quilombos are discussed on the basis of Article 68 of the ADCT. Finally, the main point of investigation will be: the contextualization of ADIn 3,239, which had its debate started in 2004, and is still under discussion in the Federal Supreme Court. This scientific paper was idealized according to the inductive method, and operationalized by the technique of bibliographic research.

Keywords: *Remnant Quilombo Communities; Adin 3239; Social justice.*

INTRODUÇÃO

Desde a libertação dos escravos operam-se iniludíveis esforços por parte da comunidade afrodescendente de ter seus direitos reconhecidos, principalmente os de cunho fundamental. Nessa senda, ao analisar a situação dos remanescentes das Comunidades dos Quilombos, percebemos, segundo dados fornecidos pelo INCRA³ – órgão incumbido processo de identificação, delimitação, demarcação e titulação das terras dos remanescentes das comunidades de quilombo –, mais de três mil comunidades remanescentes de quilombolas no país.

Já os dados disponibilizados pela Fundação Cultural Palmares⁴, atualizados em 2015, apontam para 2.607 comunidades certificadas como remanescentes das Comunidades dos Quilombos, ao passo que, até o mês de julho de 2014, haviam sido emitidos 154 títulos definitivos de propriedade. No entanto, essa situação

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Adin 3239**, Voto da ministra Rosa Weber, 2004, p.32. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI3239RW.pdf>> Acesso em: 20. Ago.2016.

⁴ BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Agrário. INCRA. **Relatório da Fundação Cultural Palmares**, Portaria 84. 2015. Disponível em: <http://www.incra.gov.br/sites/default/files/uploads/estrutura-fundiaria/quilombolas/comunidades-certificadas/comunidades_certificadas_08-06-15.pdf>. Acesso em: 20. Ago. 2016.

está em discussão no Supremo Tribunal Federal, mormente no que tange à propriedade definitiva de suas terras.

O presente artigo tem como objetivo trazer a lume diversos apontamentos sobre os remanescentes das Comunidades dos Quilombos brasileiros. Primeiramente, a fim de introduzir o leitor ao tema, abordaremos sobre o reconhecimento da supremacia da Constituição e de sua força vinculante em relação aos Poderes Públicos. Trar-se-á a discussão sobre formas e modos de defesa da Constituição e sobre a necessidade de controle de constitucionalidade dos atos do Poder Público, especialmente das leis e atos normativos. Este peculiar sistema de jurisdição constitucional, cujo desenho e organização reúnem, de forma híbrida, características marcantes de ambos os clássicos modelos de controle de constitucionalidade.⁵

Em seguida far-se-á, a luz da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, uma retrospectiva legislativa no tocante a matéria sobre os remanescentes das comunidades dos quilombos, evidenciando o arcabouço normativo que orbita sobre a temática no âmbito federal.

O tema “a terra remanescente das comunidades de quilombo” sob a nova ordem emergente ganhou status constitucional, de modo que a temática veio disciplinada nos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT). Embora o disposto no Art.68 dos ADCT seja uma norma de eficácia plena, isto é, autoaplicável, o Decreto 4.887/03 definiu o procedimento de identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação, dessas terras. Fato que, sem sombra de dúvida, causou imensa insatisfação em determinados grupos sociais, levando-os a ajuizar a ADin 3.239 perante o Supremo Tribunal Federal⁶.

Por fim, adentrar-se-á no busílis de nosso trabalho: a análise sobre a judicialização das terras dos remanescentes dos quilombos que tramita no

⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9 ed. Rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p.580.

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ver autos da Adin 3239-9**. Parecer do procurador Geral da República. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2227157>>. Acesso em: 12. Set. 2016.

BELMONTE, Jonas Jesus; CHRISTOFFOLI, Angelo Ricardo. Análise da ADIN 3239-9: O controle de constitucionalidade sobre terras quilombolas no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.2, 2º quadrimestre de 2017. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

Supremo Tribunal Federal, far-se-á uma abordagem técnica jurídica sobre os argumentos dos ministros Cezar Peluso e Rosa Weber, colocando à baila os pontos divergentes que fundamentaram o atual debate que está instalado na Suprema Corte Nacional.

Quanto à metodologia, utilizou-se, neste estudo, o método indutivo⁷, operacionalizado pela técnica de pesquisa bibliográfica, doutrinária, jurisprudencial e legislativa pertinente ao assunto examinado.

1 BREVE ANÁLISE SOBRE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A Constituição da República Federativa do Brasil ocupa o topo da hierarquia no sistema normativo, o que lhe confere posição de supremacia no ordenamento jurídico. Desse modo, fica evidente a necessidade do uso de mecanismos que garantam a defesa de tal supremacia, o que se convencionou chamar de controle de constitucionalidade. Que consoante Paulo Marcio Cruz⁸ é "o principal instrumento na defesa da Constituição".

Controle de constitucionalidade, consoante preconiza o professor Michel Temer⁹, é o mecanismo através do qual se analisam os atos normativos com o objetivo de verificar se estes são compatíveis com a Constituição e assim evitar que normas contrárias à Carta Magna entrem ou permaneçam em vigor.

Para uma melhor elucidação acerca do tema, antes mesmo de adentrarmos nas modalidades de controle de constitucionalidade, insta ressaltar que existem duas espécies de controle de constitucionalidade: controle difuso e concentrado. O controle difuso, também denominado pela doutrina de aberto, incidental ou concreto, "caracteriza-se pela permissão a todo e qualquer juiz ou tribunal

⁷ O método indutivo, segundo de Cesar Luiz Pasold, consiste em "pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-la de modo a ter uma percepção ou conclusão geral". PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 12. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 82.

⁸ CRUZ, Paulo Marcio. **Fundamentos do direito constitucional**. 2.ed. rev. e ampl. Curitiba: Juruá, 2003. p.257-258.

⁹ TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1982, p. 28.

BELMONTE, Jonas Jesus; CHRISTOFFOLI, Angelo Ricardo. Análise da ADIN 3239-9: O controle de constitucionalidade sobre terras quilombolas no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.2, 2º quadrimestre de 2017. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

realizar no caso concreto a análise sobre a compatibilidade do ordenamento jurídico com a Constituição Federal”¹⁰. Este instituto foi originado a partir do famoso caso *Marbury versus Madison*¹¹.

A inspiração norte-americana e o dogma do governo republicano foram os alicerces para a adoção deste sistema. Inaugurado com a introdução do Decreto nº 848, de 11-10-1890,¹² o artigo 3º preve que "na guarda e aplicação da Constituição e das Leis nacionais, a magistratura só intervirá em espécie e por provocação da parte". Isto foi ratificado pela Lei Federal nº 221/1894¹³, que concedia competência aos juízes e tribunais para apreciarem a validade das leis, bem como de qualquer regulamento, deixando, inclusive, de aplica-los em casos concretos, caso fossem manifestamente inconstitucionais.¹⁴

Luís Roberto Barroso¹⁵ ao tratar sobre o tema ensina que "o controle incidental ou *incidenter tantum* a fiscalização constitucional desempenhada por juízes e tribunais na apreciação de casos concretos submetidos a sua jurisdição."

O sistema concentrado, diferentemente do sistema de controle difuso, ocorre, como próprio nome diz – não querendo aqui ser tautológico –, concentrado em um único órgão que possui função exclusiva de decidir sobre a

¹⁰ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 30.ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2014,.p.732.

¹¹ Em apertada síntese esse julgado consiste na afirmação de que lei fundamental e predominante em uma nação e, conseqüentemente, a teoria de todo o governo, organizado por uma Constituição escrita, preconiza que deve ser nula toda a resolução legislativa com ela incompatível. Ver: MARSHALL. John. **Decisões Constitucionais de Marshall**. Traduzido por Américo Lobo. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

¹² BRASIL, **Decreto n. 848, de 11 de outubro de 1890**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d848.htm>. Acesso em 28 set. 2016.

¹³ BRASIL. **Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1851-1900/L0221.htm> Acesso em 08 mai 2017.

¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6.ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva. 2012, p.50.

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**, p. 50.

constitucionalidade das leis, também é conhecido como europeu ou austríaco por originar-se na Constituição da Áustria de 1920, sendo aperfeiçoado por emenda em 1929. O controle concentrado é também denominado, "objetivo, reservado, fechado em tese principal, abstrato ou centralizado - atrela-se a via de ação."¹⁶

Esta modalidade visa a Supremacia Constitucional, mantem-se conservada a constitucionalidade da norma. Por sua vez, "se atos públicos ou privados contrariarem o caráter supremo das normas constitucionais, estaremos diante da inconstitucionalidade. "¹⁷ Nesse contexto, André Ramos Tavares¹⁸ profere um conceito mais amplo do assunto:

(...) conclui-se, pois, que a inconstitucionalidade é um fenômeno atrelado à estrutura hierárquica do sistema jurídico, verificada na relação entre a Lei Maior e as demais leis existentes dentro de um sistema, na medida em que estas não se curvem aos padrões previamente estabelecidos por aquela, violando-os, seja no seu aspecto formal, seja no material.

Dando a devida ênfase, verifica-se que poderão ocorrer duas modalidades de inconstitucionalidade, a formal e a material. A inconstitucionalidade formal, conforme lição de Barroso¹⁹ ocorre "quando um ato legislativo tenha sido produzido em desconformidade com as normas de competência ou com o procedimento estabelecido para seu ingresso no mundo jurídico". De outro lado, "a inconstitucionalidade material, substancial ou intrínseca é a que afeta o conteúdo das disposições constitucionais²⁰".

¹⁶ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 8.ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p.229.

¹⁷ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**, p.133.

¹⁸ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 12.ed. rev. atual. São Paulo: 2 ed. Saraiva, 2012, p.218.

¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**, p.37.

²⁰ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**, p.141.

Ademais, o controle preventivo e o controle repressivo fazem menção ao momento do controle da constitucionalidade mediante o ingresso da lei ou ato normativo no ordenamento jurídico. Nesse sentido, assevera Alexandre de Moraes²¹:

(...) enquanto o controle preventivo pretende impedir que alguma norma maculada pela eiva da inconstitucionalidade ingresse no ordenamento jurídico, o controle repressivo busca dele expurgar a norma editada em desrespeito à Constituição. Tradicionalmente e em regra, no direito constitucional pátrio, o Judiciário realiza o controle repressivo de constitucionalidade, ou seja, retira do ordenamento jurídico uma lei ou ato normativo contrários à Constituição. Por sua vez, os poderes Executivo e Legislativo realizam o chamado controle preventivo, evitando que uma espécie normativa inconstitucional passe a ter vigência e eficácia no ordenamento jurídico.

Sendo assim, o controle preventivo se dará através das Comissões de Constituição e Justiça, presentes nas casas legislativas, mediante veto ao projeto aprovado, impedindo, assim, sua conversão em lei. Constata-se dessa forma, que o controle prévio também pode ser realizado pelos poderes Legislativo, Executivo e excepcionalmente, pelo poder Judiciário²².

Outrossim, vale lembrar que a jurisprudência tem aceitado a impetração de mandado de segurança por parlamentar, tendo este legitimidade ativa para impetrar mandado de segurança "com a finalidade de coibir atos praticados no processo de aprovação de leis e emendas constitucionais que não se compatibilizam com o processo legislativo constitucional²³".

Por sua vez, o controle repressivo será exercido após a lei entrar em vigor. Este é desempenhado pelo Poder Judiciário através de variados mecanismos. Isto porque, na existência de eventual controvérsia quanto à interpretação de

²¹ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**, p.725.

²² LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 11.ed. São Paulo: Método, 2007, p.161.

²³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**, p. 583

determinada norma constitucional, a última palavra é do Judiciário. Nesse sentido, leciona Barroso²⁴ que “o controle judicial no Brasil, no que diz respeito ao órgão que o exerce, poderá ser difuso ou concentrado e, no tocante ao modo em que suscitada a questão constitucional, poderá dar-se por via incidental ou principal”.

Dentre algumas das diversas subdivisões da matéria em análise referente ao momento, forma, natureza, modos e órgãos envolvidos no controle de constitucionalidade. Torna-se conveniente a seguinte classificação das modalidades de controle, didaticamente formulada por Barroso:

1. Quanto à natureza do órgão de controle; 1.1. Controle político 1.2. Controle judicial
2. Quanto ao momento de exercício do controle; 2.1. Controle preventivo 2.2. Controle repressivo
3. Quanto ao órgão judicial que exerce o controle; 3.1. Controle difuso 3.2. Controle concentrado
4. Quanto à forma ou modo de controle judicial; 4.1. Controle por via incidental 4.2. Controle por via principal ou ação direta²⁵.

Não obstante a atribuição ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo do exercício do controle preventivo de constitucionalidade, no Brasil, originalmente, consolidou-se com a Constituição de 1981 a “influência da doutrina da *judicial review of legislation* do direito norte-americano, no qual cumpre ao Poder Judiciário o exercício do controle de constitucionalidade das leis e dos atos do poder público²⁶”.

Portanto, sendo conferido ao Poder Judiciário o título de guardião da Constituição. Tal atividade se daria inicialmente apenas através do sistema difuso e incidental. Neste ponto, observa Cunha Junior²⁷, “sem embargo desse grande

²⁴ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**, p. 48.

²⁵ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**, p.46.

²⁶ CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Controle de constitucionalidade**. Teoria e prática.4.ed. rev.e ampl. Salvador: Juspodivm. 2010, p. 73.

²⁷ CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Controle de constitucionalidade**. Teoria e prática, p.73.

avanco, o sistema, como originalmente moldado, apresentava deficiências, pela possibilidade de existirem decisões conflitantes entre os vários órgãos judiciários”.

Entretanto, referidas deficiências foram superadas com a ampliação e conjugação dos dois modelos (norte-americano e austríaco), sendo que na atualidade; o ordenamento jurídico brasileiro adota o sistema misto, ou híbrido, de controle de constitucionalidade. Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco lecionam que o sistema brasileiro²⁸ “congrega os dois sistemas de controle, o de perfil difuso e o de perfil concentrado”. Contudo, a ampliação de tais instrumentos fiscalizatórios resultou em importantes consequências práticas à defesa e garantia da Supremacia Constitucional, fruto da evolução normativa conferida no decorrer da história republicana no Brasil, que busca também a garantia do equilíbrio entre os Poderes do Estado.

Destaca-se assim, dentre o rol de ações constitucionais, o mandado de injunção, o recurso extraordinário e a ação civil pública, como instrumentos de controle incidental de constitucionalidade. Doutro lado, a ação direta de inconstitucionalidade, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e ação declaratória de constitucionalidade, compõem os instrumentos de controle direto de constitucionalidade, exercido pelo Supremo Tribunal Federal.

De todo o exposto, existem duas espécies de controle de constitucionalidade: controle difuso e concentrado. Verifica-se, então, que poderão ocorrer duas modalidades de inconstitucionalidade, a formal e a material: a primeira com relação ao procedimento estabelecido para seu ingresso no mundo jurídico, a segunda substancial ou intrínseca é a que afeta o conteúdo das disposições constitucionais.

E quanto ao momento esse controle pode ser: preventivo ou repressivo, o primeiro pretende impedir que alguma norma maculada pela eiva da inconstitucionalidade ingresse no ordenamento jurídico, o controle repressivo

²⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**, p.1031.

BELMONTE, Jonas Jesus; CHRISTOFFOLI, Angelo Ricardo. Análise da ADIN 3239-9: O controle de constitucionalidade sobre terras quilombolas no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.2, 2º quadrimestre de 2017. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

busca dele expurgar a norma editada em desrespeito à Constituição. Esse dos quais adiante, a ADIn 3.239 será objeto de análise no presente estudo.

2 TERRAS QUILOMBOLAS NO CONTEXTO DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988,²⁹ chamada de constituição cidadã, os grupos participantes do processo civilizatório nacional ganharam relevância e status constitucional, tendo em vista que os artigos 215 e 216 garantem o pleno exercício dos direitos culturais, bem como o acesso às fontes de cultura. Como se não bastasse, a Emenda Constitucional 71 de 2012³⁰ ratificou esse entendimento. Mas foi nos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias que o poder constituinte originário estabeleceu o direito à propriedade, dispondo que: “Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos definitivos”.

A lei 7.668/88³¹ autorizou o Poder executivo a criar a Fundação Cultural Palmares - FCP, vinculada ao Ministério da Cultura, que tem por finalidade a promoção, preservação dos valores culturais, sociais e econômicos decorrentes da influência negra na formação da sociedade brasileira.

Sobre a égide da nova ordem constitucional, o INCRA editou a portaria nº. 307/95:³² normatização pioneira da matéria – dos remanescentes das

²⁹ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**, Brasília, Senado Federal, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 10. Set. 2016.

³⁰ Esta emenda de 29 de novembro de 2012, acrescentou o art. 216-A à Constituição da República Federativa do Brasil para instituir o Sistema Nacional de Cultura. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/constituicao/emendas/emc/emc71.htm>>. Acesso em: 10 mai.2017.

³¹ BRASIL. **Lei nº 7.668, de 22 de agosto de 1988**. Autoriza o Poder Executivo a constituir a Fundação Cultural Palmares - FCP e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7668.htm>. Acesso em: 10 mai. 2017.

³² BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Agrário. INCRA. **Portaria INCRA/P/ N.º 307,22/11/1995**. Disponível em: <<http://www.cpis.org.br/htm/leis/fed4.htm>>. Acesso em 30 set. 2016.

comunidades dos quilombos –, a qual determinava que as comunidades quilombolas tivessem suas áreas medidas, demarcadas e tituladas:

Determinar que as comunidades remanescentes de quilombos, como tais caracterizadas, inseridas em áreas públicas federais, arrecadadas ou obtidas por processo de desapropriação, sob a jurisdição do INCRA, tenham suas áreas medidas e demarcadas, bem como tituladas, mediante a concessão de título de reconhecimento, com cláusula "pro indiviso", na forma do que sugere o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal³³.

O Decreto nº 3.912³⁴, de 10 de setembro de 2001, regulamentou as disposições relativas ao processo administrativo para identificação dos remanescentes das comunidades dos quilombos e estabeleceu as formas de delimitação, demarcação, bem como a titulação e o registro imobiliário das terras por eles ocupadas.

Depois de inúmeros debates sobre a regulamentação dos títulos que confere a propriedade definitiva aos remanescentes das comunidades dos quilombos começou o surgimento das políticas públicas do Estado Social. Paulatinamente as discussões sobre igualdade tornaram-se relevantes. Diante de pressões sociais, o governo do Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, em tese, regulamentou o Dispositivo no artigo 68 do ADCT.

A publicação do Decreto 4.887/03³⁵ que define o procedimento de identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes de quilombo, sem sombra de dúvida causou imensa insatisfação em determinados grupos sociais, fato que levou o Partido da Frente Liberal –

³³ BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Agrário. INCRA. **Portaria INCRA/P/ N.º 307**,22/11/1995. Disponível em: <<http://www.cpis.org.br/htm/leis/fed4.htm>>. Acesso em 30 set. 2016.

³⁴ BRASIL. **Decreto nº 3.912, de 10 de setembro de 2001**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/decreto/2001/d3912.htm>>. Acesso em: 30 set.2016.

³⁵ BRASIL. **Decreto nº 4.887, de 20 de novembro de 2003**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/decreto/2003/d4887.htm>>. Acesso em: 30 set.2017.

antigo PFL-, hoje denominado Partido Democratas, a ajuizar a ADin 3.239³⁶ perante o Supremo Tribunal Federal. O objetivo desta ação judicial exige o afastamento do Decreto 4.887/03, visto que o referido decreto padece dos elementos essenciais que o reveste de constitucionalidade. Isto porque os procedimentos nele previsto estão eivados de arbitrariedades (tema que será abordado no tópico seguinte).

Seguindo as inovações legislativas, a publicação do Decreto 6040/07³⁷ ficou instituída a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais, de maneira que novos conceitos regem o reconhecimento dos Direitos:

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;

II - Territórios Tradicionais: os espaços necessários a reprodução cultural, social e econômica dos povos e comunidades tradicionais, sejam eles utilizados de forma permanente ou temporária, observado, no que diz respeito aos povos indígenas e quilombolas, respectivamente, o que dispõem os arts. 231 da Constituição e 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e demais regulamentações³⁸.

Com efeito, a antropóloga Ilka Boaventura Leite tratando do assunto preceitua que "falar dos quilombos e dos quilombolas no cenário político atual é,

³⁶BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Petição inicial Adin 3.239**. Distrito Federal, DF, 20 de novembro de 2004. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=3239&processo=3239>. Acesso em 12 set.2016.

³⁷ BRASIL. **Decreto nº 6040**, de 07 de fevereiro de 2007. Institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais. Diário Oficial, Brasília, DF. Seção 1, p. 1.

³⁸ BRASIL. **Decreto nº 6040**, de 07 de fevereiro de 2007. Institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais. Diário Oficial, Brasília, DF. Seção 1, p. 02

sobretudo, falar de uma luta política e, conseqüentemente, uma reflexão científica em processo de construção”. Ensina também que durante a confecção da vigente constituição houve intensos debates sobre o tema:

A expressão ‘remanescente das comunidades de quilombos’, que emerge na Assembleia Constituinte de 1988, é tributária não somente dos pleitos por títulos fundiários, mas de uma discussão mais ampla travada nos movimentos negros e entre parlamentares envolvidos com a luta antirracista. O quilombo é trazido novamente ao debate para fazer frente a um tipo de reivindicação que, à época, alude a uma ‘dívida’ que a nação brasileira teria para com os afro-brasileiros em consequência da escravidão, não exclusivamente para falar em propriedade fundiária³⁹.

Amparado nestes argumentos, depreende-se, portanto, que o ordenamento jurídico, sobretudo da nova ordem constitucional, estabeleceu aos Remanescentes das Comunidades dos Quilombos a propriedade definitiva de suas terras, desde que estejam ocupando-as, e impôs ao Estado o dever de emitir seus respectivos títulos definitivos. As Portarias do INCRA, os Decretos emitidos pelo poder executivo arrimam-se no sentido de efetivar o comando constitucional. Percebe-se, portanto, que a discussão não gira em torno da propriedade das referidas terras, mas sim dos respectivos títulos inerentes a ela, de modo que não basta apenas o seu reconhecimento, é preciso efetiva-lo⁴⁰.

No intuito de esclarecer esse problema que afeta aos remanescentes das comunidades dos quilombos, parafraseamos aqui os dizeres de Norberto Bobbio,⁴¹ de modo que “o problema não está em reconhecer direitos, nem tampouco justificá-los. O problema está simplesmente em concretizá-los”.

³⁹ LEITE, Ilka Boaventura. **O Legado do Testamento**: a comunidade de Casca em perícia. Florianópolis: NUER/UFSC, 2002.

⁴⁰ [...] uma coisa é falar dos direitos do homem, direitos sempre novos e cada vez mais extensos e justificá-los com argumentos convincentes; outra coisa é garantir-lhes uma prestação efetiva. Sobre isso é oportuna ainda uma seguinte consideração: à medida que as pretensões aumentam, a satisfação delas torna-se cada vez mais difícil. BOBBIO, Norberto. **A Era dos direitos**. 10.ed. Rio de Janeiro, RJ: Campus, 1992.

⁴¹ BOBBIO, Norberto. **A Era dos direitos**. 10.ed. Rio de Janeiro, RJ: Campus, 1992.

BELMONTE, Jonas Jesus; CHRISTOFFOLI, Angelo Ricardo. Análise da ADIN 3239-9: O controle de constitucionalidade sobre terras quilombolas no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.2, 2º quadrimestre de 2017. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

Notou-se, portanto, que com o advento da CRFB/88⁴², os grupos participantes do processo civilizatório nacional, mormente os remanescentes das comunidades dos quilombos ganharam relevância e status constitucional, sendo que o reconhecimento da propriedade definitiva de suas terras foi um destes avanços.

A Fundação Cultural Palmares, a Portaria INCRA nº. 307/95, o Decreto nº 3.912, bem como o Decreto 4.887/03, formam o conjunto de instrumentos normativos que possibilitaram aos seus integrantes a eficácia plena dos mandamentos constitucionais, que neste exato momento, contudo, encontram-se alvejados pela Adin 3239-9.

3 ADIN 3239-9: DUAS VERTENTES E A INCERTEZA JURÍDICA DAS COMUNIDADES QUILOMBOLAS

Na petição inicial⁴³ sustenta o Partido DEM que o Decreto impugnado possui vícios da inconstitucionalidade formal e material. O primeiro porque invade a esfera da reservada à lei ao regulamentar diretamente o dispositivo constitucional, configura-se como Decreto autônomo pelo que incorre em manifesta inconstitucionalidade, pois não se enquadra nas hipóteses do art. 84, inciso VI, da Constituição. O segundo porque o art. 13 do Decreto 4.887/03 dispõe que as terras ocupadas por remanescentes das comunidades quilombolas que se localizem em área de domínio particular devem ser desapropriadas pelo INCRA, assim “não há que se falar em propriedade alheia a ser desapropriada para ser transferida aos remanescentes de quilombos, muito menos em promover despesas públicas para fazer frente a futuras indenizações”⁴⁴.

⁴² BRASIL. **Constituição Federal de 1988**, Brasília, Senado Federal, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 10. Set. 2016.

⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Autos da Adin 3239-9**. Parecer do procurador Geral da República. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2227157>>. Acesso em: 12. Set. 2016.

⁴⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Petição inicial Adin 3.239**. Distrito Federal, DF, 20 de novembro de 2004. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?ba se=ADIN&s1=3239 &processo=3239>>. Acesso em 12 set.2016.

BELMONTE, Jonas Jesus; CHRISTOFFOLI, Angelo Ricardo. Análise da ADIN 3239-9: O controle de constitucionalidade sobre terras quilombolas no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.2, 2º quadrimestre de 2017. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

A manifestação do Advogado-Geral da União foi no sentido do não conhecimento da ação e, sucessivamente, da improcedência do pedido. O Parecer do Procurador-Geral da República foi no sentido da improcedência da ADIn, de maneira que o Decreto tem sua fonte de validade no art. 14, IV, 'c', da Lei nº 9.649/98 e no art. 2º, III e parágrafo único, da Lei nº 7.668/88⁴⁵.

Para o procurador⁴⁶, o Artigo 14, IV, C, da lei nº 9.649/98, confere ao Ministério da Cultura a competência para referendar a demarcação das terras, que serão feitas mediante Decreto. Ademais, o artigo 2º, II, parágrafo único, da Lei nº 7.668/88 atribui à Fundação Cultural Palmares a competência para realizar a identificação dos remanescentes das comunidades dos quilombos e, conseqüentemente, o registro dos títulos nos respectivos cartórios imobiliários.

O Ministro Cesar Peluso, relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade, no dia 18.04.2012 proferiu seu voto no sentido de acolher o pedido do autor, afirmando que "bem mais expressivas são, aliás, neste caso, as muitas contribuições dos amici curiae admitidos, pois que tais manifestações prescindem de reconhecido 'notório saber' em qualquer área do conhecimento" enfatizando que a matéria trata somente de Direito e não há complexidade no tema.

Sobre o mérito da ação afirmou que a administração pública de forma alguma poderia regulamentar a matéria constitucional com um simples Decreto, pois a matéria constante no dispositivo constitucional trata-se de norma de eficácia limitada.⁴⁷ Decidiu que o Decreto 4.887/2003 não extrai fundamento de validade das Leis federais 7.668/1988 e 9.649/1999, mas constitui Decreto autônomo,

⁴⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Petição inicial Adin 3.239**. Distrito Federal, DF, 20 de novembro de 2004. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=3239&processo=3239>. Acesso em 12 set. 2016.

⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ver autos da Adin 3239**. Parecer do procurador Geral da República. p 130. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2227157>>. Acesso em: 12. Set. 2016.

⁴⁷As normas constitucionais de eficácia limitada são aquelas que dependem da legislação posterior para dar completude ao conteúdo, de modo que são subdividas em duas categorias: normas de princípio institutivo e normas de princípio programático. SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. São Paulo, Malheiros Editores, 1998, p 101.

credenciado enquanto tal à fiscalização concentrada de constitucionalidade; reconheceu a inconstitucionalidade formal do Decreto 4.887/1993 por ofensa aos princípios da legalidade e da reserva de lei, ao entendimento de que o art. 68 do ADCT, necessariamente, “há de ser complementado por lei em sentido formal”⁴⁸.

Corroborando com esse entendimento, o ministro citou o parecer do ex-Ministro Carlos Velloso – parecerista jurídico contratado pela Confederação Nacional da Indústria que participa do debate como *amicus curiae* –, *in verbis*: “além de inconstitucional, sob o ponto de vista formal, contém dispositivos ofensivos à Constituição. É dizer, contém normas materialmente inconstitucionais, normas que, mesmo se veiculadas mediante lei, apresentariam o mesmo vício.” E, ainda, citando o parecer do ex-ministro:

(...) muito se escreveu a respeito do tema. A maioria dos trabalhos, bons trabalhos, é necessário registrar, são, entretanto, trabalhos metajurídicos, escritos sob o ponto de vista étnico – alguns chegam a falar num ramo do Direito, o Direito Étnico – sócio-antropológico e político. São bons trabalhos, repete-se, que pugnam mais pelo ideal de proteção aos descendentes dos quilombolas, o que é elogiável. Por tal razão, são muito mais de lege ferenda do que de lege lata, refletidores, portanto, do que devia ser, tendo em consideração os conceitos metajurídicos em que se assentam, do que efetivamente, é, tendo em linha de conta conceitos jurídicos.⁴⁹

Inferese do referido argumento um desdém à zetética jurídica⁵⁰, pois na decisão exarada no voto do ministro, as áreas do conhecimento (Direito Étnico – sócio-antropológico e político) são de apurada consciência social, mas ainda não tem

⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Autos da Adin 3.239**. Voto do Relator Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=3239 &processo=3239>>. Acesso em 27. Set. 2016.

⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Autos da Adin 3.239**. Voto do Relator Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=3239 &processo=3239>>. Acesso em 27. Set. 2016.

⁵⁰ Do ângulo zetético, o fenômeno comporta pesquisas de ordem sociológica, política, econômica, filosófica, histórica etc. Nessa perspectiva, o investigador preocupa-se em ampliar as dimensões do fenômeno, estudando-o em profundidade, sem limitar-se aos problemas relativos à decisão dos conflitos sociais, políticos, econômicos. Ferraz Junior, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. In: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 44.

existência no mundo Jurídico, portanto, não se refuta a relevância do argumento, porém no plano normativo é irrelevante.

Na continuação da sua argumentação, ao negar a possibilidade de outras áreas do conhecimento emitirem entendimento acerca do termo 'quilombos', contrapõe o seu argumento baseando-se em três obras: o Dicionário Aurélio Século XXI, o Dicionário Houaiss e a extensa obra de Alberto Costa e Silva, as quais estão a seguir apresentadas *ipsis litteris* (no conteúdo e na apresentação gráfica):

Já no que tange ao conceito de quilombos, é de se ter presente que as muitas acepções que o termo admite são condicionadas por alguns fatores, tais quais, época, ponto de vista sociopolítico e a área do conhecimento daqueles que lidam com o tema. Ora, identificados os requisitos temporais acima vistos, é seguro afirmar que, para os propósitos do art. 68 do ADCT, o constituinte optou pela acepção histórica, que é conhecida de toda a gente. Dos Dicionários da língua portuguesa, Aurélio Século XXI e Houaiss, retiram-se as seguintes definições, respectivamente. "Esconderijo, aldeia, cidade ou conjunto de povoações em que se abrigavam escravos fugidos: 'A palavra 'quilombo' teria o destino de ser usada com várias acepções, a mais famosa delas a de habitação de escravos fugidos, em Angola, e a desses refúgios e dos estados que deles surgiram no Brasil.' (Alberto da Costa e Silva, *A Enxada e a Lança*, p. 507.)"⁵¹. Local escondido, geralmente no mato, onde se abrigavam escravos fugidos; 2. povoação fortificada de negros fugidos do cativoiro, dotada de divisões e organização"⁵¹.

Pois bem, as afirmações do Ministro estão baseadas em três obras apenas, as quais são interpretadas de maneira limitada e falha. Limitadas porque restringem-se a essas para buscar a contraposição aos Antropólogos e seus argumentos. Falha porque o autor as apresenta de maneira confusa e desordenada, visto que indica o uso de dois Dicionários, mas apresenta inicialmente o conceito expresso por Costa e Silva. Atente-se que a afirmação de Cota e Silva admite 'ser usada com várias acepções', porém o Ministro atém-se apenas para 'a mais famosa delas'.

⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Autos da Adin 3.339**. Voto do Relator Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=3239 &processo=3239>. Acesso em 27. Set. 2016.

Ainda, presente na afirmação do Ministro está o uso do Dicionário Houaiss, de onde indica que Quilombo é " povoação fortificada de negros fugidos do cativo, dotada de divisões e organização", porém, ao se buscar o significado da palavra Quilombo nesta mesma obra o que se encontra é uma localidade onde geralmente também havia índios ou brancos:

s.m. Lugar secreto em que ficavam ou para onde iam os escravos fugidos, normalmente encoberto ou escondido em meio ao mato: quilombo dos Palmares. [História] Brasil. Localidade povoada por negros que haviam fugido do cativo, sendo dividida e organizada internamente; geralmente, também havia índios ou brancos.

Outro aspecto levantado pelo Ministro é que, embora os respeitáveis trabalhos desenvolvidos por juristas e antropólogos que pretendem ampliar e modernizar o conceito de quilombos sejam dignos de nota, todos têm caráter necessariamente metajurídico, e neste sentido reafirma,

Também não creio que os destinatários da norma sejam necessariamente as comunidades. Convenci-me deste último aspecto quando tomei conhecimento de que houve discussão formal no que respeita à redação do dispositivo, entre estas alternativas: se, "Fica declarada a propriedade definitiva das terras ocupadas pelas **comunidades negras remanescentes dos quilombos** (...)", proposta pelo substitutivo do Deputado Bernardo Cabral, ou, como prevaleceu, "**Aos remanescentes das comunidades dos quilombos** que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva (...)". Dúvida não resta, pois, de que a preterição de um texto e eleição de outro lhe firmaram o sentido de individualidade, não de coletividade. E, se é assim, não se descubrem razões que justifiquem gravar a propriedade individual com os atributos da impenhorabilidade, imprescritibilidade e inalienabilidade⁵².

Por derradeiro, criticou o procedimento estabelecido no Decreto, seu argumento foi no sentido de que a morosidade nas titulações se deve em grande parte aos empecilhos burocráticos introduzidos nos procedimentos para a regularização decorrente do Decreto 4.887/03. Desta forma, entendeu o ministro, a "atuação

⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Autos da Adin 3.239**. Voto do Relator Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?ba se=ADIN&s1=3239 &processo=3239>>. Acesso em 27. Set. 2016.

do Legislativo – como era de rigor -, muito provavelmente, teria trazido menos insatisfação e mais justiça, talvez em menos tempo⁵³”.

Na modulação de efeitos o Ministro fixou a data de 05.10.1988 como data base para a aferição de direitos das terras quilombolas. No tocante ao direito de propriedade propriamente dito, entendeu que esse direito é de natureza individual, e, portanto, não há de se falar em titulação coletiva, nem tampouco em impenhorabilidade e inalienabilidade das terras quilombolas. Não obstante, negou a possibilidade jurídica de ocorrerem desapropriações, por fim modulou os efeitos da decisão para “declarar bons, firmes e válidos” os títulos de tais áreas, emitidos até agora, com base no Decreto 4.887/2003.

Noutra vertente, a ministra Rosa Weber⁵⁴ abriu a divergência e votou pela improcedência da ação, entendendo pela constitucionalidade do Decreto presidencial. O artigo 68 (ADCT) reconhece aos Remanescentes das Comunidades dos Quilombos, que estejam ocupando suas terras, a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir os títulos. Desse modo, o dispositivo é autoaplicável e não necessita de lei que o regulamente, portanto, trata-se de norma de eficácia plena. Asseverou que a norma não “prevê direito potencialmente exercível em momento futuro incerto, dependente de lei”. O direito fundamental subjetivo está consagrado no próprio preceito constitucional transitório.

Não há de se falar em invasão da esfera de competência do Poder Legislativo pela Presidência da República, pois a edição do Decreto presidencial foi juridicamente perfeita, na medida em que apenas trouxe as regras administrativas para dar efetividade a direito que já estava assegurado no momento da promulgação da Constituição de 1988. Tenho por inequívoco tratar-

⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Autos da Adin 3.239**. Voto do Relator Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=3239 &processo=3239>>. Acesso em 27. Set. 2016.

⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Adin 3239, **Voto da ministra Rosa Weber**. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=288144>>. Acesso em 15. Set. 2016.

se de norma definidora de direito fundamental de grupo étnico-racial minoritário, dotada, portanto, de eficácia plena⁵⁵ e aplicação imediata.

Corroborando para esse entendimento, a ministra fez menção aos objetivos da República, de maneira que uma Constituição comprometida com a construção de uma sociedade livre, justa, solidária e com a redução das desigualdades sociais, consoante o art. 3º, I e III, da Lei Maior, reclama pelo reconhecimento cultural e de igualdade social de forma a que sustentem um ao outro, “ao invés de se aniquilarem”.

A nosso ver, o método hermenêutico aplicado assemelha-se ao consagrado por Konrad Hesse⁵⁶, de maneira que a interpretação ocorre pela “concretização, o procedimento de realização próprio da norma constitucional, que leva em conta o contexto normativo e as particularidades das condições concretas de vida.”

No que tange à natureza jurídica do referido Decreto,⁵⁷ aduz a ministra que ele “traduz o efetivo exercício do poder regulamentar da Administração inserido nos limites estabelecidos pelo art. 84, VI, da Constituição”, portanto, trata-se de ato administrativo existente e devidamente válido. Nota-se, portanto, que o entendimento da ministra foi no sentido oposto ao do relator, e mais ainda, não vislumbrou que o Decreto tirasse sua fonte de validade das leis 9.649/98 e 7.668/88, como sustentava o AGU e PGR, porque o próprio texto trata de norma definidora de direito fundamental (artigo 68 ADCT), conquanto de grupo étnico-racial minoritário, dotada, portanto, de eficácia plena e aplicação imediata.

⁵⁵ As normas de eficácia plena são aquelas que imediatamente produzem seus efeitos, não dependendo de outra norma que a regulamente. In: SILVA, José Afonso da, **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. São Paulo, Malheiros Editores, 1998.

⁵⁶ Defensor de um Constitucionalismo normativo, desenvolveu o método hermenêutico-concretizador a partir da premissa de que a interpretação da Constituição deve considerar tanto o texto constitucional quanto a realidade em que será aplicada a norma, em um processo de concretização. In: HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Fabris, 1991, p.50.

⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIn 3239, **Voto da ministra Rosa Weber**. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=288144>>. Acesso em 15. Set.2016.

Quanto ao critério de autoatribuição, ou de identificação – alegado na exordial para caracterizar os remanescentes das comunidades dos quilombos – a ministra lembrou que a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), internalizada no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto 5.051⁵⁸, dispõe que nenhum Estado tem o direito de negar a identidade de um povo indígena ou tribal que se reconheça como tal. Urge repassar um trecho do voto da tocante ao tema:

a eleição do critério da autoatribuição não é arbitrário, tampouco desfundamentado ou viciado. Além de consistir em método autorizado pela antropologia contemporânea, estampa uma opção de política pública legitimada pela Carta da República, na medida em que visa à interrupção do processo de negação sistemática da própria identidade aos grupos marginalizados, este uma injustiça em si mesmo⁵⁹.

Entende-se, portanto, que a autoatribuição é um fator idôneo e pode ser utilizado como medida de verificação dos pares. De maneira que a pessoa que assume sua identidade presumir-se-á de boa-fé, pois a ninguém se pode recusar a identidade a si mesmo atribuída – e para a má-fé o direito dispõe de remédios apropriados, se assim não fosse haveria uma nítida violação a um dos fundamentos da República que é sustentáculo de todo o Estado Democrático de Direito: a dignidade da pessoa humana.

Com relação à desapropriação, a eminente ministra assentou o entendimento que, no caso dos remanescentes das comunidades dos quilombos, a Constituição reconhece a própria existência jurídica de tais sujeitos coletivos de direitos e lhes outorga o direito de propriedade sobre as terras por eles ocupadas. Não obstante, asseverou que não há como mitigar os direitos fundamentais, de modo que seria inviável aplicar um método interpretativo que reduza ou debilite, sem justo motivo, a máxima eficácia possível dos direitos fundamentais. Não se fala

⁵⁸ BRASIL. **Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/civil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm>. Acesso em: 30 set. 2016.

⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIn 3239, **Voto da ministra Rosa Weber.** Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=288144>>. Acesso em 15. Set. /2016

em invalidade dos títulos de propriedade eventualmente existentes, de modo que a regularização do registro exige o necessário o procedimento expropriatório.

Fazendo jus a uma adequada interpretação (frisa-se interpretação sistemática) do art. 68 do ADCT em conjunto com o disposto nos arts. 215 e 216 do corpo da Constituição da República, percebe-se que ela autoriza, quando há um título de propriedade particular legítimo sobre as terras ocupadas por quilombolas, e o meio adequado para o processo de transferência da propriedade, não é outro, se não o regular procedimento de desapropriação.

Não obstante, por se tratar de direito que não se esgota na dimensão do direito real de propriedade, e sim de direito qualificado como direito cultural fundamental. Nesse aspecto a ocupação quilombola assemelha-se semanticamente a ocupação indígena, de maneira que a área ocupada pelos remanescentes das comunidades dos quilombos pode ser assim conceituada. Nesse sentido, torna oportuna a investigação feita pela antropóloga Lucia Andrade⁶⁰ quando afirma que "às terras utilizadas por aquele grupo social para garantir sua sobrevivência, ou mais ainda, para assegurar a reprodução de seu modo de vida específico."

Assim, em atenta observância ao disposto no Decreto 4.887/2003, os próprios modos de relação territorial praticados por comunidades quilombolas que não se presta a apropriação individual pelos integrantes da comunidade, mas sim a formalização da propriedade coletiva das terras, atribuída à unidade sociocultural – e, para os efeitos específicos, entidade jurídica – que é as comunidades dos remanescentes quilombolas.

De todo o exposto, e por tratar-se de questão relevante no plano dos Direitos e Garantias Fundamentais, mormente para os remanescentes das comunidades quilombolas. Essa discussão ainda está aberta na Suprema Corte constitucional, de maneira que aguardamos ansiosos para que haja a confirmação de seus

⁶⁰ ANDRADE, Lucia. O Papel da Perícia Antropológica no Reconhecimento das Terras de Ocupação Tradicional – O Caso das Comunidades Remanescentes de Quilombos do Trombetas (Pará). In: SILVA, Orlando Sampaio; LUZ Lúcia; HELM, Cecília Maria Vieira. **A Perícia Antropológica em Processos Judiciais**. Florianópolis: Editora da UFSC, 1994.

Direitos. Resta-nos saber para que lado a balança da justiça penderá e qual método hermenêutico prevalecerá. Gize-se que a Nação dos remanescentes das comunidades dos quilombos aspira suas terras, não se importando se o Direito é ou não uma ciência, cabe, portanto, ao guardião da constituição debruçar-se sobre a matéria aplicando os métodos hermenêuticos cabíveis e assim dar concretude ao bom Direito para afirmar a paz e a justiça social.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir das breves reflexões tecidas acerca do tema, verificou-se a possibilidade de ocorrer duas modalidades de inconstitucionalidade, a formal e a material: a primeira com relação ao procedimento estabelecido para seu ingresso no mundo jurídico, a segunda substancial ou intrínseca é a que afeta o conteúdo das disposições constitucionais. No entanto existem duas espécies de controle de constitucionalidade: controle difuso e concentrado, que quanto ao momento pode ser preventivo ou repressivo, o primeiro pretende impedir que alguma norma maculada pela eiva da inconstitucionalidade ingresse no ordenamento jurídico, já o segundo busca dele expurgar a norma editada em desrespeito à Constituição.

No presente estudo evidenciou-se, portanto, que o texto constitucional expressa o reconhecimento da propriedade definitiva das terras dos remanescentes das comunidades de quilombos, porém essa dicotomia epistêmica instalada na Suprema Corte Constitucional enseja um futuro ainda incerto.

Em sede conclusão, entende-se que o quilombo não representa simplesmente um passado nefasto de um povo que historicamente foi desfavorecido, reforçamos, no entanto, que os remanescentes das comunidades quilombolas representam a força de um povo que nunca deixou de lutar por seus ideais e sempre buscou meios de manter e cultivar sua cultura, portanto, mais do que manter vivo seus padrões culturais, querem ser reconhecidos como parte da nação brasileira.

Por fim, assentamos que a hermenêutica sistemática concretista aplicada pela Ministra Rosa Weber, buscou dar preferência àqueles pontos de vista que, sob as circunstâncias de cada caso, auxiliem as normas constitucionais a obter a

BELMONTE, Jonas Jesus; CHRISTOFFOLI, Angelo Ricardo. Análise da ADIN 3239-9: O controle de constitucionalidade sobre terras quilombolas no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.2, 2º quadrimestre de 2017. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

máxima eficácia.⁶¹ Desse modo, a sua decisão (embora ainda não confirmada pelo pleno) vai ao encontro dos objetivos republicanos, e em sincronia com a ordem jurídica. Trata-se, portanto, da promoção de sua cidadania, mormente sobre os aspectos que visam concretizar a justiça social.

⁶¹ HESSE (1984) *apud* FREITAS, Juarez. A melhor interpretação constitucional 'versus' a única resposta correta. In: SILVA, Virgílio Afonso. **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2007.

BELMONTE, Jonas Jesus; CHRISTOFFOLI, Angelo Ricardo. Análise da ADIN 3239-9: O controle de constitucionalidade sobre terras quilombolas no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.2, 2º quadrimestre de 2017. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ANDRADE, Lucia. O Papel da Perícia Antropológica no Reconhecimento das Terras de Ocupação Tradicional – O Caso das Comunidades Remanescentes de Quilombos do Trombetas (Pará) In: SILVA, Orlando Sampaio; LUZ Lídia; HELM, Cecília Maria Vieira. **A Perícia Antropológica em Processos Judiciais**. Florianópolis: Editora da UFSC, 1994.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6 ed. rer.e atual. São Paulo: Saraiva. 2012.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos direitos**. 10.ed. Rio de Janeiro: Campus.1992.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**, Brasília, Senado Federal, 05 de outubro de 1988, disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>>. Acesso em 10 set. 2016.

BRASIL. **Decreto n.848, de 11 de outubro de 1890**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d848.htm>. Acesso em 28 set. 2016.

BRASIL. **Decreto nº 3.912, de 10 de setembro de 2001**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/decreto/2001/d3912.htm>>. Acesso em: 30 set.2016.

BRASIL. **Decreto Nº 4.887, de 20 de novembro de 2003**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/d4887.htm>. Acesso em: 08 mai. 2017.

BRASIL. **Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm>. Acesso em: 30 set. 2016.

BRASIL. **Decreto nº 6040**, de 07 de fevereiro de 2007. Institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais. Diário Oficial, Brasília, DF. Seção 1, p. 1.

BRASIL. **Lei nº 7.668, de 22 de agosto de 1988**. Autoriza o Poder Executivo a constituir a Fundação Cultural Palmares - FCP e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7668.htm>. Acesso em: 10 mai. 2017.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Agrário. INCRA. **Portaria INCRA/P/N.º 307**, 22/11/1995. Disponível em: <<http://www.cpis.org.br/html/leis/fed4.htm>>. Acesso em 30 set. 2016.

BELMONTE, Jonas Jesus; CHRISTOFFOLI, Angelo Ricardo. Análise da ADIN 3239-9: O controle de constitucionalidade sobre terras quilombolas no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.2, 2º quadrimestre de 2017. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Agrário. INCRA. **Relatório da fundação Cultural Palmares**, Portaria 84. 2015. Disponível em: <http://www.incra.gov.br/sites/default/files/uploads/estrutura-fundiaria/quilombolas/comunidades-certificadas/comunidades_certificadas_08-06-15.pdf>. Acesso em: 20. Ago. 2016.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Petição inicial Adin 3.239**. Distrito Federal, DF, 20 de novembro de 2004. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=3239 &processo=3239>>. Acesso em 12 set.2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Autos da Adin 3239**. Petição Inicial. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=394738#0%20%20Peti%E7%E3o%20inicial>>. Acesso em 12 set. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADIn 3239**. 2004. Voto da ministra Rosa Weber. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI_3239RW.pdf>. Acesso em: 15 set. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Adin 3.239**. Voto do Relator Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <file:///C:/Users/5252857/Downloads/Voto%20Relator%201459_ADI3239.pdf>. Acesso em 14 set. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADIn 3239**. Parecer do procurador Geral da República Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjeto=2227157>>. Acesso em: 12 set. 2016.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 8 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

CRUZ, Paulo Marcio. **Fundamentos do direito constitucional**. 2. ed. rev. e ampl. Curitiba: Juruá, 2003.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Controle de constitucionalidade**. Teoria e prática. 4 ed. Rev e ampl. Salvador: Juspodium. 2010.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FREITAS, Juarez. A melhor interpretação constitucional 'versus' a única resposta correta. In: SILVA, Virgílio Afonso. **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2007.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Fabris, 1991.

BELMONTE, Jonas Jesus; CHRISTOFFOLI, Angelo Ricardo. Análise da ADIN 3239-9: O controle de constitucionalidade sobre terras quilombolas no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.2, 2º quadrimestre de 2017. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

LEITE, Ilka Boaventura. **O Legado do Testamento**: a comunidade de Casca em perícia. Florianópolis: NUER/UFSC, 2002.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 11 ed. São Paulo: Método, 2007.

MARSHALL. John. **Decisões Constitucionais de Marshall**. Traduzido por Américo Lobo. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9 ed. rer. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 30 ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2014.

MOURA, Clóvis. **Rebeliões na Senzala, Quilombos, Insurreições, Guerrilhas**, São Paulo: Ciências Humanas, 1981.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 12. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 12 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1982.

Submetido em: outubro/2016

Aprovado em: maio/2017