

ARTIGO RECEBIDO: 15/12/2023 – APROVADO: 11/04/2024 - PUBLICADO: 22/04/2024

## **TERRITORIALIDADES QUILOMBOLAS E JUDICIÁRIO: ANÁLISE DOS VOTOS DOS MINISTROS DO STF NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 3239-DF**

*QUILOMBOLA TERRITORIALITIES AND JUDICIARY: ANALYSIS OF  
THE VOTES OF STF MINISTERS IN THE DIRECT  
UNCONSTITUTIONALITY ACTION N. 3239-DF*

*TERRITORIALIDADES QUILOMBOLA Y PODER JUDICIAL: ANÁLISIS DE LOS  
VOTOS DE LOS MINISTROS DEL STF EN LA ACCIÓN DIRECTA POR  
INCONSTITUCIONALIDAD N. 3239-DF*

*Ana Beatriz Aires Alves Freitas,<sup>\*,1</sup>; João Vitor Martins Lemes,<sup>1</sup>*

<sup>1</sup> Curso de Direito, Campus Arraias, Universidade Federal do Tocantins, Arraias, Tocantins, Brasil

\*Correspondência: [beatriz.aires@uft.edu.br](mailto:beatriz.aires@uft.edu.br)

### **RESUMO**

As territorialidades quilombolas são objeto de disputa frequente no judiciário brasileiro, sendo a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3229-DF, ajuizada pelo, à época, Partido da Frente Liberal (PFL), a ação judicial que define os contornos dos direitos territoriais quilombolas a partir da discussão da constitucionalidade do Decreto n. 4.887/2003, que trata de regulamentar o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Tendo sido ajuizada em 2004 e pauta para julgamento pela primeira vez em 2012, a ação foi julgada improcedente em 2018, assegurando os direitos das comunidades quilombolas aos seus territórios. Dessa forma, por meio de pesquisa quali-quantitativa e com uso da técnica de estudo de decisões judiciais, a presente pesquisa objetiva compreender as categorias em disputa quando se analisa os direitos territoriais quilombolas e quais os fundamentos prevalecem a partir do julgamento da referida ação. Tal levantamento foi realizado a partir do cotejamento entre as divergências apresentadas pelos ministros em suas decisões, destacados, sobretudo, os votos dos ministros Cezar Peluso, Rosa Weber e Dias Toffoli, que estabeleceram três linhas distintas quanto à constitucionalidade do decreto impugnado.

**Palavras-chave:** territorialidades quilombolas; ADI 3.239-DF. decisões judiciais.

### **ABSTRACT**

Quilombola territorialities are the subject of frequent dispute in the Brazilian judiciary, with Direct Unconstitutionality Action n. 3229-DF, filed by the Liberal Front Party (PFL) at the time, the legal action that defines the contours of quilombola territorial rights based on the discussion of the constitutionality of Decree no. 4.887/2003, which deals with regulating art. 68 of the Transitional Constitutional Provisions Act. Having been filed in 2004 and scheduled for trial for the first time in 2012, the action was dismissed in 2018, ensuring the rights of quilombola communities to their territories. Thus, through qualitative-quantitative research and using the technique of studying judicial decisions, the present research aims to understand the categories in dispute when analyzing quilombola

territorial rights and which grounds prevail from the judgment of said action. This survey was carried out by comparing the divergences presented by the ministers in their decisions, highlighting, particularly, the votes of ministers Cezar Peluso, Rosa Weber and Dias Toffoli, who established three distinct lines regarding the constitutionality of the contested decree.

**Keywords:** quilombola territorialities; ADI 3.239-DF; court decisions.

### **RESUMEN**

Las territorialidades quilombolas son objeto de frecuentes disputas en el poder judicial brasileño, con la Acción Directa de Inconstitucionalidad n. 3229-DF, interpuesta por el entonces Partido Frente Liberal (PFL), la acción judicial que define los contornos de los derechos territoriales quilombolas a partir de la discusión de la constitucionalidad del Decreto n. 4.887/2003, que regula el art. 68 de la Ley de Disposiciones Constitucionales Transitorias. La demanda, presentada en 2004 y programada para su primer juicio en 2012, fue desestimada en 2018, garantizando los derechos de las comunidades quilombolas a sus territorios. Así, a través de una investigación cuali-cuantitativa y utilizando la técnica del estudio de decisiones judiciales, la presente investigación tiene como objetivo comprender las categorías en disputa en el análisis de los derechos territoriales quilombolas y qué fundamentos prevalecen en el juicio de dicha acción. Este estudio se llevó a cabo comparando las divergencias presentadas por los ministros en sus decisiones, destacando, en particular, los votos de los ministros Cezar Peluso, Rosa Weber y Dias Toffoli, que establecieron tres líneas distintas en cuanto a la constitucionalidad del decreto impugnado.

**Descriptores:** territorialidades quilombolas; ADI 3.239-DF; decisiones judiciales.

### **INTRODUÇÃO**

As territorialidades quilombolas, apesar de asseguradas formalmente nas disposições constitucionais transitórias da CF/88<sup>1</sup>, são objeto frequente de disputa no judiciário brasileiro, uma vez que representam um rompimento com a noção de propriedade privada mercantil, assegurando territórios para sujeitos coletivos, que os ocupam com fins de manutenção dos seus modos tradicionais de viver, fazer e criar.

O principal questionamento judicial dessas territorialidades se deu no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.239-DF, que questionou a constitucionalidade do Decreto 4.887/2003, que regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por comunidades quilombolas.

A ação foi ajuizada em 2004, pelo então Partido da Frente Liberal (PFL), rebatizado em 2007 como Democratas (DEM) e dissolvido em 2022 por ocasião da fusão com o Partido Social Liberal (PSL) para a formação do partido União Brasil (UNIÃO). Entrou em pauta de julgamento pela primeira vez em 18 de abril de 2012, tendo sido interrompido pelo pedido de vistas da Ministra Rosa Weber. Retornou a julgamento em 25 de março de 2015, sendo interrompido novamente pelo pedido de vista do Ministro Dias Toffoli. Retomado em 09 de novembro de 2017, foi suspenso com o pedido de vista do Ministro Edson Fachin, sendo reiniciado e, desta vez, concluído, em 08 de fevereiro de 2018.

---

<sup>1</sup> 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 (BRASIL, 1988).

Os principais argumentos que embasaram o questionamento da constitucionalidade do Decreto n. 4.887/2003 foram: a) que a via para regulamentar o art. 68 do ADCT é ilegítima, visto que não poderia ter sido realizada por Decreto, mas por lei formal, extrapolando a sua função, de dispor sobre a organização e funcionamento da administração pública, nos termos do art. 84, VI, a da CF; b) que a figura da desapropriação prevista no decreto fere a constituição, uma vez que no art. 68 do ADCT o constituinte já determinou que a propriedade das terras é dos remanescentes de quilombo, não havendo que se falar em indenização a terceiros; c) que a utilização do critério de autoatribuição previsto no Decreto não é adequada para regulamentar o acesso a terra por parte das comunidades remanescentes de quilombo, sujeitando o processo ao indicativo dos próprios interessados e; d) que a caracterização das terras quilombolas como as utilizadas para sua reprodução física, social, econômica e cultural é inválida, sendo excessivamente ampla e a impossibilidade de aplicação dos critérios de territorialidade apresentados pela própria comunidade, pois isso sujeitaria o procedimento administrativo aos dados fornecidos pelos próprios interessados.

A Advocacia-Geral da União à época, se manifestou defendendo que a ADI n. 3.239-DF não deveria ser conhecida e, caso fosse, deveria ser julgada improcedente, utilizando-se dos seguintes argumentos: a) o autor da ação não esclareceu quais os dispositivos constitucionais foram violados com a edição do Decreto n. 4.887/2003; b) o Decreto n. 4.887/2003 não ofende diretamente a Constituição Federal, posto que não é autônomo, mas regulamentador das Leis n. 7.669/1988 e n. 9.649/1988, que cria a Fundação Cultural Palmares e dispõe sobre a competência dos ministérios, respectivamente; c) que o direito não é a resposta para todos os problemas, sendo necessário, inclusive nesse caso, algumas aproximações de natureza antropológica para o entendimento do art. 68 do ADCT; d) que não está se estendendo os benefícios de acesso à terra na condição de remanescentes de quilombo a mais pessoas que de fato tem esse direito, pois o INCRA e a FCP são responsáveis por controlar o critério da autodefinição; e) que a propriedade quilombola só faz sentido quando coletiva, uma vez que o Estado pretende a conservação das comunidades remanescentes de quilombo devidos a suas particularidades culturais, históricas e sociais.

O Ministério Público Federal contribuiu para a reflexão da questão, sobretudo, com os pareceres do Procurador da República Daniel Sarmiento e da professora Flávia Piovesan. O Procurador da República, em seu parecer intitulado “Terras Quilombolas e Constituição: a ADI 3.239 e o Decreto 4.887/2003”, afirmou que a questão em discussão na ADI é de grande relevo social e, sendo declarada a inconstitucionalidade do Decreto seria sacrificada a possibilidade de acesso aos direitos fundamentais por parte das comunidades quilombolas, com sério risco para a sobrevivência desses sujeitos e de suas tradições culturais, que integram o patrimônio imaterial da nação.

Ademais, Sarmiento argumentou ser o artigo 68 do ADCT uma norma consagradora de direito fundamental e, por isso, dotada de aplicabilidade imediata, e que a preservação da terra quilombola está intimamente ligada com o direito à cultura, sendo uma de suas principais características a territorialidade, sendo essencial que o território abranja a área necessária para a manutenção do *modus vivendi* dessas comunidades.

A professora Flávia Piovesan, construiu seu parecer de forma a identificar que não existe inconstitucionalidade do Decreto n. 4.887/2003. Para tanto, indicou que a Convenção n. 169 da OIT apresentava a tendência atual do direito internacional de proteger grupos especialmente vulneráveis e que ela trata dos povos tribais, conceito que incide sobre as comunidades quilombolas, já que constituem grupos étnicos que vivem sob condições culturais específicas que os distinguem do restante da sociedade.

No debate proposto com a ADI, intensa foi a participação popular, inclusive através de inúmeros requerimentos pugnando pela realização de audiência pública, que acabou não sendo realizada ante a falta de necessidade justificada pelo Ministro relator, Cezar Peluso. Ainda sobre a participação popular, é de se destacar os inúmeros *amici curiae* que foram admitidos no processo, demonstrando que tanto os grupos conservadores que eram favoráveis à ação quanto os grupos que defendiam o Decreto impugnado e o reconhecimento das comunidades tradicionais que ele representa se organizaram para contribuir com o debate.

Dessa forma, a referida ação consistiu no principal espaço de discussão das categorias que envolvem a garantia das territorialidades quilombolas, sendo objeto desse estudo as argumentações apresentadas pelos ministros nos seus votos, sobremaneira aqueles que, em seus pontos de vista divergentes, delinearão as principais discussões que resultaram no julgamento pela improcedência da ação: o voto do Ministro Cezar Peluso, pela procedência da ação; o voto da Ministra Rosa Weber, pela improcedência da ação e o voto do ministro Dias Toffoli, pela procedência parcial da ação.

## **MÉTODO E MATERIAIS**

Quanto à metodologia, a pesquisa de campo que resultou na sistematização que se apresenta adiante tem perspectiva quali-quantitativa, posto que proposta tanto no sentido de quantificar os votos dados na ADI n. 3239-DF em relação aos posicionamentos defendidos pelos ministros quanto com o objetivo de analisar o conteúdo dos referidos votos para identificar de que maneira as territorialidades quilombolas asseguradas no Decreto n. 4.887/2003 foram interpretadas em função da Constituição Federal de 1988.

Conforme classificação de Miracy Gustin e Maria Tereza Dias<sup>2</sup>, a pesquisa aqui apresentada se filia à vertente teórico-metodológica jurídico-sociológica, compreendendo que o direito é um campo a ser observado a partir das suas relações com os diversos campos das ciências humanas e sociais (GUSTIN; DIAS, 2013), como é o caso da sociologia, da antropologia, da economia e da política.

Enquanto técnica de pesquisa, se realizou pesquisa documental, tomando como fonte de pesquisa documentos jurídicos escritos e não-escritos - como as gravações em vídeo das sessões de julgamento - relacionados ao julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.229-DF. Segundo Marina Marconi e Eva Lakatos, os documentos jurídicos são uma fonte rica e relevante, pois mostram “[...] de que forma se apresentam os problemas sociais” (Marconi; Lakatos, 202, p. 194).

Destaca-se, ademais, a opção pelo estudo dos votos dados pelos Ministros num sentido qualitativo pela possibilidade de trabalhar “[...] com o universo dos significados, dos motivos, das aspirações, das crenças, dos valores e das atitudes. Esse conjunto de fenômenos humanos é entendido aqui como parte da realidade social” (Minayo; Deslandes, 2012, p. 21).

## **DADOS E DISCUSSÃO**

Dentre os 11 (onze) votos proferidos pelos Ministros da Corte no bojo da ADI n. 3239-DF, é possível classificá-los em três principais grupos, que serão analisados e pormenorizados adiante, e que dizem respeito às possibilidades da: **procedência da ação**, declarando a inconstitucionalidade formal e material em relação a alguns dispositivos do Decreto n. 4.887/2003, que foi defendida pelo Ministro Cezar Peluso, Relator; **improcedência da ação**, declarando a constitucionalidade formal e material do Decreto n. 4.887/2003, defendida pela Ministra Rosa Weber; e **procedência parcial da ação**, declarando a constitucionalidade formal do referido Decreto e a constitucionalidade material somente para abranger a titularização das áreas que estavam ocupadas por remanescentes das comunidades de quilombos na data da promulgação da Constituição Federal, salvo em casos de atos ilícitos praticados por terceiros, defendida pelo Ministro Dias Toffoli.

### *Procedência da ação*

O Ministro Cezar Peluso foi o único a votar pela procedência da ADI. Formalmente, ele sustentou a tese de inconstitucionalidade formal, pois, para ele, pronto se veria que o dispositivo carecia de ser complementado por lei em sentido formal, o que não era o caso do Decreto n. 4.887/2003, elaborado pelo executivo federal.

Nesse sentido, indicou que a doutrina dispõe no sentido de não admitir que a Administração imponha, sem lei, obrigações a terceiros ou lhes restrinja direitos, e, ponderou que, não obstante a

---

<sup>2</sup> A partir das proposições de Enrique Herrera em *Práctica metodológica de la investigación jurídica* (1998) e Jorge Witker em *Como elaborar una tesis en derecho* (1985) (GUSTIN; DIAS, 2013).

condição do art. 68 do ADCT ser norma de eficácia plena e aplicação imediata, poderia o chefe do Executivo integrar normativamente os comandos mediante regulamento, como o fez. Nesse sentido, o Decreto n. 4.887/03 ofenderia os princípios da legalidade e da reserva de lei.

Materialmente, considerou a existência de inconstitucionalidade pareada na opinião do ex-Ministro do STF Carlos Veloso que, na condição de *amicus curiae*, emitiu parecer pela Confederação Nacional da Indústria, sustentando que: “o Decreto 4.887, de 2003, [...] contém dispositivos ofensivos à Constituição e [...] mesmo se veiculadas mediante lei, apresentariam o mesmo vício. É que elas inovam e desvirtuam o disposto no art. 68 do ADCT” (PELUSO, 2012).

Ademais, afirmou existir também inconstitucionalidade material, no tocante à extensão dos beneficiários do direito por parte do decreto, na desapropriação das terras pertencentes às comunidades e na previsão de outorga de título coletivo e pró-indiviso (a criação da figura da propriedade coletiva).

Por todo o exposto, o Ministro Peluso julgou procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade do Decreto n. 4.887/2003, modulando, todavia, os efeitos da declaração, em respeito ao princípio da segurança jurídica, em relação aos que já tinham tido suas terras tituladas até então.

### *Improcedência da Ação*

A principal tese pela improcedência da ação foi elaborada pela Ministra Rosa Weber, que ao proferir seu voto-vista, acompanhou o Relator na rejeição a todas as preliminares arguidas, pois, em síntese, considerou que alguns dispositivos do Decreto n. 4.887/2003 ostentavam densidade normativa suficiente à submissão ao controle de constitucionalidade em sede abstrata.

No campo formal, sobre a alegação de invasão de esfera reservada à lei, tendo a Presidência da República invadido esfera reservada ao Poder Legislativo (art. 84, IV e VI, "a", da CF/88<sup>3</sup>), a magistrada asseverou que o objeto do art. 68 do ADCT consiste no direito dos remanescentes das comunidades dos quilombos de ver reconhecida pelo Estado a sua propriedade sobre as terras por eles histórica e tradicionalmente ocupadas, tratando-se, portanto, de norma definidora de direito fundamental de grupo étnico-racial minoritário, dotada de eficácia plena e aplicação imediata, e assim exercitável, o direito subjetivo nela assegurado, independentemente de integração legislativa.

Nesse sentido, para a Ministra, a norma constitucional definidora de direito fundamental não assenta incumbência ao legislador, ao contrário, desde a promulgação da Constituição fixa limite à

---

<sup>3</sup> 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; [...]

VI - dispor, mediante decreto, sobre: a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; (BRASIL, 1988)

Alves Freitas, A. B.; Martins Lemes, J. V.. TERRITORIALIDADES QUILOMBOLAS E JUDICIÁRIO: ANÁLISE DOS VOTOS DOS MINISTROS DO STF NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 3239-DF. DESAFIOS - Revista Interdisciplinar Da Universidade Federal Do Tocantins, 11(3). [https://doi.org/10.20873.2024\\_v3\\_26](https://doi.org/10.20873.2024_v3_26)

atuação legislativa, de tal modo que nenhuma lei que venha a ser editada poderá frustrar ou restringir o exercício dos direitos nela afirmados.

Ademais, evidenciou em seu voto que o direito assegurado no art. 68 do ADCT impõe ao Estado o dever de tutela – observância e proteção –, e não o dever de conformação, ressaltando que a doutrina assinala a concessão de direitos e prerrogativas, sem a indicação de órgãos ou processos especiais para a sua execução, como características identificadoras das normas constitucionais de eficácia plena, e que se evite método interpretativo que reduza ou debilite, sem justo motivo, a máxima eficácia possível dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, os titulares do direito não necessitam aguardar autorização, concretização ou outra determinação estatal para o respectivo exercício. Assim, o dispositivo supramencionado indica uma ordem ao Estado para que pratique determinado ato necessário ao direito fundamental assentado – a expedição dos títulos respectivos, sendo obrigação do Estado agir positivamente para alcançar o resultado pretendido pela Constituição, ora por medidas legislativas, ora por políticas e programas implementados pelo Executivo, desde que apropriados e bem direcionados.

Materialmente, quanto ao arguido pela parte autora a respeito do critério de identificação contido no art. 2º Decreto n. 4.887/2003<sup>4</sup>, a Ministra salientou a necessidade de perquirir qual o universo dos chamados "remanescentes das comunidades quilombolas", aos quais foi reconhecida, pelo art. 68 do ADCT, a propriedade definitiva das terras ocupadas.

Nesse sentido, Rosa Weber ponderou que os chamados quilombolas são povos tradicionais cuja contribuição histórica à formação cultural plural do Brasil somente foi reconhecida na Constituição de 1988. Embora não sejam propriamente nativos, como os povos indígenas, ostentam, à semelhança desses, traços étnico-culturais distintivos marcados por especial relacionamento sociocultural com a terra ocupada: nativizaram-se, incorporando-se ao ambiente territorial ocupado (WEBER, 2015).

Para a magistrada, apesar da definição oferecida pela antropologia de que quilombos seriam “Toda comunidade negra rural que agrupe descendentes de escravos vivendo da cultura de subsistência e onde as manifestações culturais têm forte vínculo com o passado” (WEBER, 2015), é complexa a determinação do significado do vocábulo “quilombo”, uma vez que os registros históricos dão conta que seu uso sempre foi instrumental e impreciso.

Assim, ao mesmo tempo, a ministra refletiu não ser possível chegar a um significado de quilombo dotado de rigidez absoluta e, tampouco, se poderia afirmar que o conceito do art. 68 do ADCT

---

<sup>4</sup> Art. 2. Consideram-se remanescentes das comunidades dos quilombos, para os fins deste Decreto, os grupos étnico-raciais, segundo critérios de autoatribuição, com trajetória histórica própria, dotados de relações territoriais específicas, com presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida

§ 1º Para os fins deste Decreto, a caracterização dos remanescentes das comunidades dos quilombos será atestada mediante autodefinição da própria comunidade (BRASIL, 2003).

alcançaria toda e qualquer comunidade rural predominantemente afrodescendente sem qualquer vinculação histórica ao uso linguístico desse vocábulo (Weber, 2015).

Rosa Weber aponta que os limites da cognoscibilidade jurídica da questão posta residem na adequação do emprego do termo “quilombo” realizado pela Administração Pública às balizas linguísticas e hermenêuticas impostas pelo texto-norma do art. 68 do ADCT, visto que as comunidades em questão eram invisíveis até o advento da Constituição de 1988. Assim, ao assegurar aos remanescentes das comunidades quilombolas a posse das terras por eles ocupadas desde tempos coloniais ou imperiais, a Constituição brasileira reconhece-os como unidades dotadas de identidade étnico-cultural distintiva, equiparando a proteção que merecem à dispensada aos povos indígenas. Para a Ministra, reconhecimento e distribuição, portanto, seriam os dois vetores da busca da justiça social na sociedade contemporânea (Weber, 2015).

Nesse contexto, destacou que a eleição do critério da autoatribuição enquanto método autorizado pela antropologia contemporânea demonstrou uma opção de política pública legitimada pela Constituição de 1988, na medida em que visava a interrupção do processo de negação sistemática da própria identidade a estes sujeitos.

Ademais, para os efeitos do Decreto n. 4.887/2003, a magistrada ressaltou que apesar de nenhum Estado ter o direito de negar a identidade de um povo indígena ou tribal que se reconheça como tal, a autodefinição da comunidade como quilombola seria atestada por certidão emitida pela Fundação Cultural Palmares, nos termos da Lei 7.668/1988. A ostentação de uma identidade não se confundiria, dessa forma, com a satisfação dos critérios objetivos exigidos pelo texto constitucional para o reconhecimento da titularidade do direito assegurado no art. 68 do ADCT. Nesse sentido, tampouco poderia prosperar a tese de que a identificação, medição e demarcação das terras aos estariam sujeitas exclusivamente a critérios indicados pelos próprios interessados, em detrimento de critérios histórico-antropológicos.

Em seu voto vista, a Ministra Rosa Weber argumentou que o Decreto n. 4.887/2003 não trata da apropriação individual pelos integrantes da comunidade, e sim da formalização da propriedade coletiva das terras atribuída à unidade sociocultural – e, para os efeitos específicos, entidade jurídica – que é a comunidade quilombola. Assim, o título emitido é coletivo, pró-indiviso e em nome das associações que legalmente representam as comunidades quilombolas.

Outra questão trazida pelo Relator e que a Ministra demonstrou sua divergência, reside na adequação do instrumento da desapropriação, afirmando que não se sustenta a tese de que, ao reconhecer a propriedade definitiva, o art. 68 do ADCT não admitiria a realização de desapropriações, pelo INCRA, visando à transferência, aos remanescentes das comunidades dos quilombos, das áreas por eles ocupadas.

Consoante com a hipótese do art. 68 do ADCT, os atos administrativos envolvendo a identificação, o reconhecimento, a delimitação e a demarcação, resultam na titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos, formalizando o direito de propriedade constituído pela norma constitucional. Reconhece-se, assim, a ocupação tradicional, com as relações territoriais específicas que são inerentes às comunidades quilombolas, como constitutivo da propriedade e do domínio, e em vista disso, se proceder a titulação, formalizando a situação fundiária.

No que se refere a desapropriação, segundo a magistrada, a Constituição de 1988 consagrou o instituto consoante o art. 5, XXIV, o qual dispõe que “a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição” (BRASIL, 1988). Nessa medida, a função social das terras ocupadas pelos remanescentes das comunidades dos quilombos somente pode ser aquela que lhes é dada diretamente pela Constituição, pois nenhuma norma outra a ela se sobrepõe. Assim, a possibilidade de desapropriação decorreria, portanto, diretamente da Constituição (Weber, 2015).

Destaca-se, ademais, a fundamentação apresentada pela Ministra Rosa Weber acerca da autoaplicabilidade do art. 68 do ADCT por se tratar de norma definidora de direito fundamental. Para ela o art. 68 do ADCT, por definir e assegurar direito fundamental, revestiria-se de autoaplicabilidade, conforme o disposto no art. 5º, § 1º, da CF/88, segundo o qual “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (BRASIL, 1988). Em consequência disso, seria justa a edição do decreto federal com regras administrativas visando a dar àquela norma constitucional efetividade prática, possibilitando o gozo dos direitos.

Segundo a magistrada, o princípio exegético da máxima efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais imporia ao intérprete da Constituição, diante de um texto polissêmico, optar, dentre os sentidos que a linguagem possibilita, por aquele que lhe conferisse a maior concretude (Weber, 2015).

Compreendido o art. 68 do ADCT como norma veiculadora de direito fundamental de uma população vulnerável e, uma vez atrelado a esse direito o estabelecimento pelo legislador constituinte de política pública voltada ao resgate dos direitos dessa população, a responsabilidade pela respectiva implementação não poderia recair somente nos ombros dos eventuais detentores de título de propriedade sobre terras quilombolas, aduz a Ministra, se referindo ao processo de titulação.

Por fim, a ministra justificou ser impertinente para o exame da constitucionalidade do decreto o argumento calcado na suposta insuficiência, em comparação com determinadas expectativas, dos resultados obtidos até aquele momento pela política pública de titulação das terras ocupadas pelas comunidades. Ela ponderou que somente poderia ser aperfeiçoado um sistema em funcionamento. A

imperfeição dos resultados alcançados por uma política pública – sob prisma outro que não a de sua constitucionalidade – requereria ajuste e aperfeiçoamento, e não a sua paralisação (WEBER, 2015).

#### *Procedência parcial da ação*

Tendo pedido vista dos autos após o voto da Ministra Rosa Weber pela improcedência da ação, o Ministro Dias Toffoli abre em seu voto vista uma terceira linha de posicionamento quanto à constitucionalidade do Decreto n. 4.887/2003, justificando sua procedência parcial a partir dos argumentos apresentados adiante.

Preliminarmente, o Ministro esclareceu que é incontestado que o comando do art. 68 do ADCT está dirigido à proteção dos remanescentes das comunidades dos quilombos e das terras por eles ocupadas. Diante disso, contudo, indica que é necessário esclarecer alguns aspectos acerca do comando transitório, tais como: quem seria beneficiado pela norma constitucional; quem seriam os remanescentes das comunidades dos quilombos; quais seriam os critérios utilizados para identificá-los; quais as terras seriam objeto de titulação; qual momento a comunidade deveria estar ocupando suas terras para ter reconhecido o direito de propriedade (Toffoli, 2017).

Para o Ministro Toffoli, o decreto não incorreu em vício de inconstitucionalidade formal, uma vez que trouxe, de forma válida, conteúdo normativo dentro das balizas da constitucionalidade e da legalidade. Para ele, a determinação constitucional de que o Estado brasileiro teria responsabilidade sobre a emissão dos títulos de propriedade das terras ocupadas pelas comunidades quilombolas, impunha ao legislador a obrigação de concretizar (viabilizar) tal atuação estatal.

Nesse sentido, as disposições da Lei n. 9.649/1998 (sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências), e a Lei n. 7.668/1988 (institui a Fundação Palmares), bem como a Convenção 169 da OIT, serviriam de primeiro anteparo normativo de concretização dos arts. 215 e 216 da Constituição Federal de 1988<sup>5</sup>. Ressaltou, ainda, que o art. 68 do ADCT, ao consagrar um comando de imperatividade ao Poder Público, seria dotado de eficácia plena e aplicabilidade imediata, não necessitando, em verdade, de intermediação de lei formal para a regulamentação dos procedimentos necessários à concretude do comando constitucional.

No mérito, as principais questões levantadas pelo Ministro Dias Toffoli podem ser agrupadas em três pontos: questões referentes à identificação e o critério de autodefinição; questões sobre o alcance da expressão “que estejam ocupando suas terras” e, finalmente, questões sobre a desapropriação.

---

<sup>5</sup> 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 [...]

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:[...] (BRASIL, 1988).

Sobre a identificação dos remanescentes das comunidades dos quilombos e o critério da autodefinição, o Ministro afirmou que não assistiria razão à tese do requerente de que a identificação estaria restrita a mera manifestação de vontade dos interessados, uma vez que o reconhecimento da propriedade pelo art. 68 do ADCT da Constituição de 1988 passou a exigir uma melhor definição da expressão “remanescentes das comunidades dos quilombos”, tratando-se de definição complexa que, na atualidade, deveria superar o conceito colonial de quilombo, levando em consideração aspectos socioantropológicos.

No sentido de auxiliar na aplicação do art. 68 do ADCT, o magistrado indicou a definição de comunidades remanescentes apontada pela Associação Brasileira de Antropologia, a partir dos estudos do Grupo de Trabalho sobre Comunidades Negras Rurais, que considera que “constituem grupos étnicos conceitualmente definidos pela antropologia como um tipo organizacional que confere pertencimento através de normas e meios empregados para indicar filiação ou exclusão” (Toffoli, 2017).

Fundamentou, diante disso, que, o decreto questionado deixou de lado a antiga definição de quilombo, utilizada pelo Decreto anterior, elegendo critérios antropológicos mais adequados à atual realidade das comunidades quilombolas existentes contemporaneamente, o que não resultaria em nenhuma espécie de inconstitucionalidade.

Acerca do período de ocupação dos territórios, o estabelecimento de um marco temporal, o Ministro Dias Toffoli propôs ser necessário esclarecer o exato alcance da expressão constitucional “estejam ocupando suas terras”, contida no art. 68 do ADCT, de modo a compreender quais seriam as terras objeto de titulação.

Segundo o requerente, explica o Ministro, as terras referidas pelo art. 68 do ADCT seriam somente os territórios sobre os quais, comprovadamente, foram formados os quilombos durante a fase imperial da história do Brasil, ocupando os membros da comunidade a área de forma pacífica e ininterrupta desde 1888 até a promulgação da Constituição em 1988. Por se tratar de interpretação já superada e a partir de conceito ultrapassado de quilombo, o magistrado ponderou que deveriam ser contemplados com a titularidade aqueles remanescentes que estejam ocupando suas terras no momento da promulgação da Constituição de 1988, estabelecendo como marco temporal a data de 05 de outubro de 1988.

Nesse sentido, para o magistrado, não haveria dúvidas que a identificação da área ocupada pela comunidade é ponto decisivo e complexo da regularização, sendo a ausência de um marco temporal de ocupação um estímulo ao agravamento de conflitos fundiários.

Outro ponto que o Ministro destaca em seu voto vista seria que o Decreto n. 4887/2003 refere-se a terras “utilizadas” (termo compatível com o critério aqui defendido de ocupação), e não a terras “necessárias”. Com efeito, a titulação deveria, de fato, recair não somente sobre os espaços em que o

grupo mora ou vive, mas de igual forma, sobre as áreas comunais de cultivo, de estoque de recursos naturais, as utilizadas para o lazer e demais formas de convivência, bem como para a realização de suas manifestações culturais e religiosas.

Por fim, sobre a questão da desapropriação e o direito ou não à indenização, o Ministro Dias Toffoli registrou que a alegação dos requerentes sobre o direito adquirido ou de qualquer outro status de proteção ao direito de domínio até então titularizado por particulares é absolutamente ineficaz em face da Constituição Federal não se sustenta, porquanto esta é desobrigada e livre (juridicamente) para a construção do conteúdo das normas constitucionais (Toffoli, 2017).

Diante disso, o termo “reconhecimento” contido no art. 68 do ADCT, na verdade, operou uma conversão de uma situação jurídica precária, qual seja a ocupação/posse em direito de propriedade (situação jurídica definitiva), cabendo ao Estado emitir os respectivos títulos

Considerando as questões apresentadas, o Ministro julgou parcialmente procedente a ação direta de inconstitucionalidade, tão somente para conferir interpretação conforme ao § 2º do art. 2º do Decreto n. 4.887/2003, no sentido de esclarecer, nos termos do art. 68 do ADCT, que somente deveriam ser tituladas as áreas que estavam ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos, inclusive as utilizadas para a garantia de sua reprodução física, social, econômica e cultural, na data da promulgação da Constituição (05 de outubro de 1988), salvo comprovação, por todos os meios de prova juridicamente admitidos, da suspensão ou perda da posse em decorrência de atos ilícitos praticados por terceiros.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O trajeto percorrido pela ADI n. 3.239-DF foi marcado por três principais posicionamentos: procedência total, improcedência total e procedência parcial, defendidos pelos Ministros Cezar Peluso, Rosa Weber e Dias Toffoli, respectivamente.

Primeiramente, a tese de procedência total da ação foi defendida somente pelo Relator, Ministro Cezar Peluso. Suas principais considerações sobre esta tese em questão foram: 1. A inconstitucionalidade formal pela violação aos princípios da legalidade e da reserva legal e 2. A inconstitucionalidade material por admitir impropriamente a desapropriação de imóveis privados, e quanto aos critérios de autoatribuição e autodefinição.

Noutro plano, a tese de improcedência total da ação, inaugurada pela Ministra Rosa Weber, foi acompanhada pelos Ministros Edson Fachin, Ricardo Lewandowski, Luiz Fux, Celso de Mello, Cármen Lúcia e Luís Roberto Barroso, se consagrando vencedora. Dessa forma, aliam-se a tese que abriu divergência na ação pugnando pela: 1. Constitucionalidade formal, pelo art. 68 do ADCT se tratar de norma de eficácia plena e aplicação imediata, definidora de direito fundamental de grupo étnico-racial

que não viola os princípios da legalidade e reserva legal, 2. Constitucionalidade material dos critérios de autodeterminação e autodefinição.

Ressalta-se que apesar da Ministra Rosa Weber mencionar sobre a não aplicabilidade do marco temporal, diversas foram as considerações dos demais ministros que tangenciaram seu posicionamento. Assim, o Ministro Luís Roberto Barroso mencionou em seu voto o marco temporal da promulgação da Constituição e exceção da condição de esbulho; se posicionaram pela não aplicabilidade do marco temporal os Ministros Edson Fachin e Luiz Fux, e não mencionaram a respeito os Ministros Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio, Celso de Mello e Cármen Lúcia.

Terceiro e último posicionamento, a tese de procedência parcial da ação foi defendida pelo Ministro Dias Toffoli e acompanhada pelo Ministro Gilmar Mendes, que pugnaram pela: 1. Constitucionalidade formal do decreto, que regulamentaria as Leis n. 9.649/1988 e n. 7.668/1988, e não a Constituição Federal diretamente, 2. Constitucionalidade material dos critérios de autodefinição e autoatribuição, do critério de demarcação feito com base na indicação dos próprios interessados e do critério de uso da desapropriação, ressaltando que é facultado o uso de outros institutos, como a usucapião, e, distinguindo-se dos demais, ao pontuar que 3. Somente deveriam ser titularizadas as áreas que estavam ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos, inclusive as efetivamente utilizadas para a garantia de sua reprodução física, social, econômica e cultural, na data da promulgação da Constituição – 5 de outubro de 1988 – salvo os casos em que houvesse comprovação, por todos os meios de prova juridicamente admitidos, que é o que delimita a tese do marco temporal, atualmente em julgamento pelo STF.

## AGRADECIMENTO

O presente estudo recebeu apoio da Universidade Federal do Tocantins via Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC).

---

Todos os autores declararam não haver qualquer potencial conflito de interesses referente a este artigo.

---

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 12.set.2023.

BRASIL. **Decreto n. 4.887, de 20 de novembro de 2003**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2003/d4887.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/d4887.htm)>. Acesso em 12.set.2023.

GUSTIN, M. B. de S.; DIAS, M. T. F. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

MARCONI, M. de A.; LAKATOS, E. M. **Fundamentos de Metodologia Científica**. São Paulo: Atlas, 2020.

MINAYO; M. C. de S.; DESLANDES, S. F. **Pesquisa social: teoria, método e criatividade**. Petrópolis: Vozes, 2012.

PELUSO, C. **Voto (Relator) nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.239-DF**, proferida em sessão do Plenário do STF realizada em 18 de abril de 2012. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2227157>>. Acesso em 12.set.2023.

TOFFOLI, D. **Voto (Vista) nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.239-DF**, proferida em sessão do Plenário do STF realizada em 9 de novembro de 2017. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2227157>>. Acesso em 12.set.2023.

WEBER, R. **Voto (Vista) nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.239-DF**, proferida em sessão do Plenário do STF realizada em 25 de março de 2015. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2227157>>. Acesso em 12.set.2023.