

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2008.04.00.010160-5/PR

RELATORA : Des. Federal MARIA LÚCIA LUZ LEIRIA
AGRAVANTE : INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZACAO E REFORMA AGRARIA - INCRA
ADVOGADO : Marcelo Ayres Kurtz
: Joao Carlos Bohler e outro
AGRAVADO : COOPERATIVA AGRARIA AGROINDUSTRIAL e outros
ADVOGADO : Marcal Justen Filho e outros
: Julio Assis Gehlen
: Fernao Justen de Oliveira

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que, em ação ordinária proposta por Cooperativa Agrária Agroindustrial e outros 19 litisconsortes, em face do INCRA, deferiu parcialmente a antecipação da tutela para: a) reconhecer a **inconstitucionalidade** do Decreto nº 4.887/2003 e da IN nº 20/2003, afastando sua aplicabilidade em face dos autores; b) invalidar **integralmente** o procedimento administrativo nº 54.200.001727/2005-08 em relação à parte autora, afastando quaisquer efeitos sobre ela; c) determinar que o réu, na contestação, especifique **justificadamente** as provas que pretenda produzir, "sendo desde já indeferido o requerimento genérico de produção probatória, assim como, se for o caso, apresentar o rol de testemunhas com a pertinente qualificação" (fl. 82).

Sustenta a autarquia, em síntese, que: o art. 68 do ADCT veio resgatar uma "dívida histórica do povo e do governo brasileiro para os remanescentes de quilombos" (fl. 24); b) que a norma transitória tem eficácia plena e aplicabilidade imediata, não carecendo de complementação normativa (fl. 26); c) o reconhecimento de propriedade definitiva às comunidades quilombolas pode ser feito por desapropriação e não somente por usucapião extraordinário, conforme alegado (fl. 27); d) que não se justifica a antecipação de tutela.

É o relatório. Decido.

Os autores da ação ordinária narram ser proprietários e possuidores de imóveis da localidade "historicamente designada por 'Paiol da Telha' ou 'Fundão', no Município de Reserva do Iguaçu" (fls. 35 e 77) e que teriam, desde a década de 1970, realizado investimentos na área, mas em novembro de 2007 o INCRA teria anunciado o objetivo de caracterizar o imóvel denominado "Invernada do Paiol de Telha" por meio de dados para fins de titulação como "terras tradicionalmente ocupadas por quilombos". Alegaram, na inicial: a) haver apenas duas espécies de desapropriação (utilidade pública e interesse público para fins de reforma agrária), de forma que a conduta do INCRA seria concretizar uma "desapropriação indireta e injusta"; b) que o procedimento violaria o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, por não permitir um "diálogo efetivo entre os interessados"; c) inexistir dever de "produzir provas contrárias aos seus interesses". Não sendo feito a ser apreciado em plantão, foi o pedido objeto de emenda à inicial, em vista da qual o juízo determinou nova emenda (fl.58), que, por sua vez, aduziu a inconstitucionalidade dos diplomas normativos que regulariam a questão (fls. 59-68). Novo prazo para emenda à inicial, porque o pedido de "absoluta proibição de o réu realizar os estudos que vem empreendendo" que, podendo ser

deduzido, não estava claramente contido (fl. 69). Sobreveio, pois, nova emenda à inicial (fls. 70-72), que, reiterando a inconstitucionalidade dos diplomas, buscava, ainda: a) encerramento do presente processo administrativo; b) abstenção de início de novo procedimento, sem observância de intimação prévia sobre o conteúdo e objeto, intimação de todos os atos do processo, oportunidade de participação de todas as fases, prazo para recursos contra decisões proferidas ao longo do processo e direito de vista dos autos no processo sempre que necessário (fl. 71). Daí o pedido de tutela antecipada.

Inicialmente, cumpre salientar duas situações no presente processo: a) a concessão de inúmeras oportunidades de emenda à inicial, quando se deveria indeferir, de plano, por inépcia, se não cumprido o requerimento judicial; b) o valor da causa estimado em vinte mil reais, para uma discussão que envolve uma área de oito milhões de metros quadrados (fls. 35 e 53). De toda forma, estas peculiaridades não foram objeto do presente agravo de instrumento.

A questão, pois, diz respeito à **inconstitucionalidade do Decreto nº 4.887/2003**, reconhecido pelo magistrado de primeiro grau, liminarmente, sem oitiva da parte contrária, aos fundamentos de: a) o art. 216 da Constituição não teria determinado desapropriação de qualquer sítio de valor histórico vinculado aos antigos quilombos, mas sim apenas "tombamento" (fl. 79); b) a previsão do ADCT diz respeito a usucapião extraordinário, não explicitando a forma pela qual seria feita a titulação, hipótese que ensejaria lei em sentido formal (fls. 79v-80), porque implicaria aumento de despesa para a estrutura federal; c) deveria ser prevista o ajuizamento de ações de usucapião, não sendo possível desapropriação, "já que a propriedade já teria sido transferida aos interessados pelo só advento da Constituição" (fl. 80); d) afastados os termos de concessão de titulação, o restante do decreto não remanesceria pela impossibilidade de atuação do Poder Judiciário "como legislador positivo" (fl. 80v); e) a atribuição de nova função ao INCRA por decreto violaria o art. 84, inciso VI, "a", da Constituição.

O art. 68 do ADCT tem uma redação assaz sintética, de forma que "aos remanescentes de comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos". Necessário, contudo, tecer algumas considerações de Direito Constitucional comparado e Direito Internacional, antes de adentrar no mérito da questão.

A disposição contida no art. 68 do ADCT insere-se dentro de uma significativa alteração que vem dando rumo a uma nova forma de constitucionalismo, que assume a plurinacionalidade, a pluriculturalidade, a pluriétnica e a interculturalidade dos países e que põe em discussão, pois, a simultaneidade de tradições culturais no mesmo espaço geográfico, o pluralismo jurídico, a ressignificação de direitos coletivos, a democracia intercultural, a territorialidade, a inclusividade cultural e um grau razoável de incertezas e instabilidades (SANTOS, Boaventura. *La reinvenición del Estado y el Estado plurinacional*. Cochabamba: Bolivia, 2007, p. 9-19. Disponível em http://www.ces.uc.pt/publicacoes/outras/200317/estado_plurinacional.pdf). Esta nova configuração tem chamado ainda pouca atenção dos constitucionalistas (CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7ªed. Coimbra:

Almedina, 2003, p. 1427, 1450-1453), mas tem sido objeto de consideração de sociólogos e será palco, com certeza, de inúmeras discussões no futuro.

Observo que os comitês internacionais (CERD, DESC e Moradia), em seus relatórios relativos ao Brasil: a) manifestam preocupação com a violação de direitos de comunidades negras, em especial decorrentes de discriminação racial; b) recomendam adoção de procedimentos para a efetiva titulação das comunidades quilombolas; c) a expropriação das terras de quilombolas por mineradoras e outras empresas comerciais; d) a necessidade de processos de capacitação dos atores jurídicos para a área de Direito Internacional dos Direitos Humanos. Eventual inconstitucionalidade, portanto, a par de não-recomendável, seria passível de sanções ou reprimendas no âmbito dos Comitês e Comissões cuja jurisdição o Brasil aceitou competência para analisar e apreciar violações de direitos humanos.

No que diz respeito, por sua vez, à **constitucionalidade** do Decreto nº 4.887/2003, necessário verificar que, ainda que o artigo das disposições transitórias date de outubro de 1988, as primeiras disposições sobre a questão somente surgiram em 1995 com a Portaria nº 15, da Fundação Cultural Palmares (criada em 1988), que disciplina os trabalhos de identificação das comunidades, e Portaria nº 307, do INCRA, estabelecendo a competência para demarcação. A aceitação dos fundamentos da decisão interlocutória implicaria, por via transversa, a inconstitucionalidade da regulamentação anterior, inclusive porque o Decreto nº 3.912/2001, revogado pelo Decreto nº 4.887/2003, também pretendia regulamentar o art. 68 do ADCT. Desta forma, cautela maior já seria, *de per se*, necessária para o acolhimento das alegações constantes da inicial.

Na interpretação das normas constitucionais há que se ter em conta: a) a **unidade da Constituição**, de modo que a "Constituição deve ser interpretada de forma a evitar contradições (antinomias, antagonismos) entre as suas normas" (CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1223); b) a **máxima efetividade**, de forma que a uma "norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê" (p. 1224); c) a **concordância prática**, que impõe a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação a outros" (p. 1225). A leitura inicial do artigo dá conta do reconhecimento da propriedade definitiva, com a necessária emissão dos títulos, para os "remanescentes das comunidades de quilombos que estejam ocupando suas terras". O artigo buscava, apenas: a) o reconhecimento desta propriedade definitiva; b) a necessária titulação. Não dispunha, contudo, do que constituiria "remanescentes das comunidades de quilombos", nem o procedimento. Assegura, pois, um direito a tais comunidades e, portanto, auto-aplicável, nos termos da leitura do art. 5º, § 1º. Não previa necessidade de lei em sentido formal, nem estabelecia procedimento. Caberia verificar, pois, se o Decreto nº 4.887/2003 criara inovação na ordem jurídica ou mesmo direitos, o que lhe seria vedado.

A edição de lei em sentido formal, em princípio, é desnecessária. Primeiro, porque quando se fez necessária lei em sentido formal- aqui incluída a possibilidade de medida provisória-, a disposição constitucional sempre foi expressa. Segundo, porque a MP nº 2.216-37, de 31-08-2001, anterior ao regime da EC nº 32/20021, determinou: 1) à Fundação Cultural Palmares a realização de "identificação dos remanescentes das

comunidades dos quilombos, proceder ao reconhecimento, a delimitação e à demarcação das terras por ele ocupadas e conferir-lhes a correspondente titulação" (art. 2º, III, da Lei nº 7.688/1988); 2) ao Ministério da Cultura a competência para "aprovar a delimitação das terras dos remanescentes das comunidades dos quilombos, bem como determinar as suas demarcações, que serão **homologadas mediante decreto**" (art. 14, IV, "c", da Lei nº 9.649/98). Terceiro, porque, estando presentes todos os elementos necessários para fruição do direito, desnecessária a edição de lei formal, podendo, pois, o procedimento ser regulamentado por decreto, na esteira do precedente do STF na ADIN 1.590/SP (rel. Min. Sepúlveda Pertence, julg. 19-06-1997), segundo o qual "suposta a eficácia plena e a aplicabilidade imediata", a sua implementação, "não dependendo de complementação normativa", não parece "constituir matéria de reserva à lei formal" e, no âmbito do Executivo poderia "ser determinada por decreto".

Isto já seria suficiente para a descaracterização, preliminar, da inconstitucionalidade. Ocorre que o Decreto questionado foi expedido em 20-11-2003, quando já estava em vigor, no âmbito normativo interno, a Convenção 169 da OIT, ratificada pelo Brasil em 19-06-2002 por meio do Decreto Legislativo nº 142/2002.

No julgamento da AMS nº 2005.70.00.008336-7/PR, julgada pela 3ª Turma, por unanimidade, em 25-03-2007, deixei consignado, ao apreciar a constitucionalidade das ações afirmativas, que:

*Não é demais lembrar que o STF tem se inclinado no sentido de rever o antigo posicionamento que entendia pela paridade entre tratados internacionais e legislação ordinária. Dentro desta tendência, o STF deve adotar ou o posicionamento de **conferir aos tratados internacionais uma hierarquia de supralegalidade em relação à legislação nacional**, posição defendida pelo Min. Gilmar Mendes, ou a orientação de que os **tratados de direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro , em momento anterior à promulgação da Constituição, revestem-se de índole constitucional**, porque formalmente recebidos, nesta condição, por força do § 2º do art. 5º da Constituição, posição defendida pelo Min. Celso de Mello.*

*Em se adotando este último posicionamento, maior reforço argumentativo a favor da constitucionalidade das ações afirmativas: isto implica dizer que todos os tratados de direitos humanos são **materialmente constitucionais** e compõem, pois, o **bloco de constitucionalidade**, de forma que, por um lado, **ampliam o núcleo mínimo de direitos** e garantias constitucionalmente consagrados, adicionando novos princípios que equivalem às próprias normas constitucionais, como se nelas estivessem escritos, e, por outro lado, **constituem o próprio parâmetro de controle de constitucionalidade**, agora alargado, com os princípios implícitos. Esta é lição que se colhe de Canotilho (**Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 921): "há que se densificar, em profundidade, as normas e princípios da Constituição, alargando o 'bloco de constitucionalidade' a princípios não escritos desde que reconduzíveis ao programa normativo-constitucional como formas de densificação ou revelação específicas de princípios ou regras constitucionais positivamente plasmadas." E que, na doutrina brasileira, vem representada por Valerio de Oliveira Mazzuoli (**Curso de Direito Internacional Público**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 694-695) e Flavia Piovesan (**Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 71-74 e também o material disponível no site da Escola da Magistratura deste TRF-
EMAGIS, em
http://www.trf4.gov.br/trf4/upload/arquivos/emagis_atividades/ccp5_flavia_piovesan.pdf, especialmente p. 30-32). E já afirmada em jurisprudência do STF para outras situações ADIN 595-ES, Rel. Min. Celso de Mello, Informativo nº 258/STF)."*

Neste contexto, pois, o referido Decreto viria disciplinar as disposições do art. 68 do ADCT, aduzidas dos critérios fixados na Convenção nº 169-OIT. Esta, por sua vez, plenamente aplicável aos quilombolas, porque incluídos estes na disposição do art.

1.1."a" como "povos tribais", no sentido de serem aqueles que, "em todos os países independentes, cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros setores da coletividade nacional, e que sejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou legislação especial". Ademais, previu que: a) os governos deverão "adotar as medidas que sejam **necessárias para determinar as terras** que os povos interessados ocupam tradicionalmente e **garantir a proteção efetiva dos seus direitos de propriedade e posse**" (art. 14, 2); b) deverão ser "instituídos procedimentos adequados no âmbito do sistema jurídico nacional para solucionar as reivindicações de terras formuladas pelos povos interessados" (art. 14, 3 c/art. 1.3, no tocante ao entendimento de "povos" da Convenção). Daí porque o regulamento poderia disciplinar tais situações.

Neste particular, necessário esclarecer o sentido de "**remanescentes das comunidades dos quilombos**". A primeira noção, vinda da idéia geralmente aceita do modelo de Palmares, implicaria a caracterização daqueles agrupamentos de negros fugitivos que tivessem se mantido desde a abolição da escravatura até o advento da Constituição de 1988. Esta interpretação, a par de esvaziar completamente o texto transitório, não condiz com a realidade histórica e social do país, porque, depois de longa discussão travada, a **Associação Brasileira de Antropologia definiu**, em 1994, o **quilombo** como "toda comunidade negra rural que agrupe descendentes de escravos vivendo da cultura da subsistência e onde as manifestações culturais têm forte vínculo com o passado". Aliás, a própria denominação não era unívoca, havendo referência a "terras de pretos", "mocambos" e "terras de santo", ao invés de "quilombos". A denominação constitucional, pois, de "remanescentes dos antigos quilombos" deve ser entendida nestes termos, e o art. 2º do Decreto nº 4.887/2003 não fere tal entendimento ao prever que como remanescentes das comunidades dos quilombos os "grupos étnico-raciais, segundo critérios de auto-atribuição, com trajetória histórica própria, dotados de relações territoriais específicas, com presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida".

Daí se segue que o critério de **auto-atribuição** não destoa da previsão do art. 1º.2 da Convenção 169-OIT, segundo o qual "a consciência de sua identidade indígena ou tribal deve ser considerada como critério **fundamental** para determinar os grupos aos que se aplicam as disposições". Neste sentido, as considerações de José Afonso da Silva (**Curso de Direito Constitucional positivo**. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 833) a respeito dos indígenas são válidas para o caso presente: "o sentimento de pertinência a uma comunidade indígena é que identifica o índio. A dizer, é índio quem se sente índio. Essa auto-identificação, que se funda no sentimento de pertinência a uma comunidade indígena, e a manutenção dessa identidade étnica, fundada na continuidade histórica do passado (...) que reproduz a mesma cultura, constituem o critério fundamental para identificação do índio brasileiro". O art. 2º, "caput", e o art. 3, §4º, do referido Decreto, pois, estão em conformidade com as previsões da referida Convenção.

A objeção relativamente à possibilidade de **desapropriação**, quando estaria prevista apenas o tombamento impressiona à primeira vista, mas é vencível.

Primeiro, porque o § 5º do art. 215 deve ser lido em conjunto com o § 1º. Desta forma, o tombamento, que diz respeito a "todos os **documentos e sítios** detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos" (§ 5º) não invalida a regra geral de

que o Poder Público promoverá e protegerá o "patrimônio cultural brasileiro" por meio de "inventários, registros, vigilância, tombamento e **desapropriação**, e de outras formas de acatamento e preservação". O tombamento é, pois, apenas **uma das formas de proteção do patrimônio cultural** brasileiro, rompendo a Constituição de 1988 tanto com a visão que reduz o patrimônio cultural a "patrimônio histórico, artístico e paisagístico", quanto com aquela que reduzia a proteção apenas ao tombamento. Ou seja, "modernizam-se e ampliam-se, portanto, os meios de atuação do Poder Público na tutela do patrimônio cultural", saindo-se do "limite estreito da terminologia tradicional, para utilizar-se **técnicas mais adequadas**, ao falar-se em patrimônio cultural" (SILVA, op. cit., p. 823). No caso presente, com mais razão ainda, porque o conceito constitucional de patrimônio cultural abrange "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" (art. 216, CF), na linha, aliás, da "Convenção para salvaguarda do patrimônio cultural imaterial" (aprovada pela UNESCO em outubro de 2003), que reconheceu como patrimônio imaterial da humanidade as expressões orais e a linguagem gráfica dos índios Wajãpi (AP) e o samba de roda do Recôncavo Baiano. Não destoa, pois, do mandamento constitucional o reconhecimento das comunidades quilombolas como "território cultural afro-brasileiro", nos termos do art. 6º da Portaria nº 6, da Fundação Cultural Palmares. Neste sentido, a MP nº 2.186-16, de 23-08-2001, regulamentando o inciso II do § 1º e o § 4º do art. 225 da CF, bem como alguns artigos da Convenção sobre Diversidade Biológica, incluiu as comunidades quilombolas como depositárias de "conhecimento tradicional associado" (art. 7º, incisos II e III), reconhecendo-se o direito para "decidir sobre o uso de seus conhecimentos tradicionais associados ao patrimônio genético do país", pois este "integra o patrimônio cultural brasileiro e poderá ser objeto de cadastro" (art. 8º, caput e §§ 1º e 2º), de titularidade coletiva (art. 9º, § único). Patrimônio cultural imaterial, sem dúvida alguma, passível de proteção constitucional, como uma das "manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras", integrantes do "processo civilizatório nacional" (art. 215, § 1º, CF), dentro da política cultural de "valorização da diversidade étnica e regional" (art. 215, § 3º, V, CF)

Segundo, porque a alegação de que não existe lei para tal hipótese de desapropriação olvida a inexistência de previsão- legal e expressa- para a "desapropriação indireta", amplamente aceita pela doutrina (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 23ªed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 859), que se resolve pela indenização do proprietário. Ademais, a previsão constitucional diz respeito ao "procedimento de desapropriação" (art. 5º, XXIV) e sendo havendo possibilidade, constitucionalmente prevista para a desapropriação para fins de preservação do patrimônio cultural, não há impossibilidade de sua utilização para o caso presente.

Terceiro, porque não encontra substrato constitucional a caracterização do art. 68 do ADCT como "usucapião extraordinário". A Constituição de 1988, quando previu hipóteses de "usucapião", tais como art. 183 e 191, referiu-se a "aquisição de propriedade". Ao contrário, no caso das comunidades quilombolas, a disposição refere-se a "reconhecimento da propriedade", com a subsequente titulação.

Tampouco parece ser correto falar-se em "direitos originários" à semelhança daqueles referentes às terras indígenas, porque inaplicável o regime do "indigenato" do período colonial: enquanto este estipulava que os índios eram os primeiros e naturais senhores das terras brasileiras, os instrumentos jurídicos que definiam os quilombos partem da premissa de necessária repressão à resistência negra. Ademais, não se tratavam de "povos originários", mas sim de povos que foram transferidos à força de seus territórios africanos para serem escravizados. A natureza jurídica, portanto, não se encontra definida, pela doutrina de forma clara, havendo quem defenda que se trata de "afetação" a uma "finalidade pública de máxima relevância, eis que relacionados a direitos fundamentais de uma minoria étnica vulnerável: o seu uso, pelas próprias comunidades, de acordo com os seus costumes e tradições, de forma a garantir a reprodução física, social, econômica e cultural dos grupos em questão", hipótese, pois, em que seria discutível apenas a indenização cabível (SARMENTO, Daniel. A garantia do direito à posse dos remanescentes de quilombos antes da desapropriação. Disponível em: http://ccr6.pgr.mpf.gov.br/documentos-e-publicacoes/docs_artigos/Dr_Daniel_Sarmiento.pdf). Esta interpretação é compatível com algumas previsões constantes da Convenção 169-OIT e como da Constituição, no tocante à proteção do patrimônio cultural, entendido no inciso II do art. 216-" modos de criar, fazer e viver", tendo em vista o forte vínculo que as comunidades quilombolas tem com o território.

Esta territorialidade, aliás, está em consonância com o art. 13.1 da Convenção nº 169-OIT de "respeitar a importância especial que para as culturas e valores espirituais dos povos interessados possui a sua relação com as terras e territórios, ou com ambos, segundo os casos, que eles ocupam ou utilizam de alguma maneira e, particularmente, os aspectos coletivos dessa relação", bem como o art. 13.2 que estatuí incluir-se, no termo "terras", o conceito de "territórios", abrangendo "a totalidade do habitat das regiões" ocupados ou utilizados de alguma forma. E está expressa tal noção no art. 2º, §§ 2º e 3º do Decreto nº 4.887/2003. Tendo em vista tal relação com a territorialidade, a previsão de titulação coletiva e "pro indiviso", com cláusula de inalienabilidade, imprescritibilidade e impenhorabilidade (art. 17 do Decreto nº 4.887/2003), encontra-se em consonância com a Convenção nº 169-OIT e com o direito constitucional comparado, tal como referido anteriormente. E tampouco representa novidade no direito brasileiro, pois desde a Lei nº 10.257/2001 ("Estatuto da Cidade"), as hipóteses de direito real de uso ensejam titulação coletiva, na forma do art. 4º, § 2º.

De salientar, ainda, que a Convenção garante, "sempre que possível", o direito "de voltar a suas terras tradicionais assim que deixarem de existir as causas que motivaram seu traslado e reassentamento" (art. 16.3). Em qualquer hipótese, as comunidades devem ser consultadas (art. 16.2, 16.4 e 17.2) e sua participação no processo é sempre indispensável (art. 2º.1), em especial quando existentes "medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente" (art. 6º. 1."b"), o que vem expresso no art. 6º do decreto questionado.

A demarcação, pois, não constitui o direito das comunidades quilombolas, mas é ato meramente declaratório. É situação, pois, similar à das terras indígenas, "ato que vincula a atuação do Estado, que deve ser limitar a reconhecer a ocupação dos quilombolas de uma determinada área e expedir os respectivos títulos, não lhe

cabendo decidir ou optar discricionariamente pela conveniência ou oportunidade da expedição ou não daquele ato" (SANTILLI, op. cit, p. 177). Como relembra José Afonso da Silva em relação aos índios e totalmente aplicável ao caso, "não é da demarcação que decorre qualquer dos direitos indígenas. (...) ela é exigida no interesse dos índios. É uma atividade da União, não em prejuízo dos índios, mas para proteger os seus direitos e interesses" (SILVA, op. cit., p. 840).

Por fim, não há tampouco falar em violação ao contraditório e ampla defesa, porque o referido Decreto prevê: notificação dos ocupantes e confinantes da área delimitada (art. 7º, §2º) e prazo de noventa dias para contestação de relatório a respeito da caracterização como comunidade quilombola (art. 9º, caput). De toda forma, o pedido de oitiva, pelas partes autoras, em todas as fases do procedimento administrativo não encontra amparo em qualquer legislação, nem no presente decreto questionado e tem, com certeza, a finalidade de evitar o andamento do processo de demarcação da comunidade.

Procedimento, aliás, que já é demasiado longo, porque consta de catorze etapas: a) requerimento da parte ou início "de ofício", pelo INCRA; b) declaração de autodefinição; c) inscrição da autodefinição; d) identificação e delimitação da área, pelo INCRA; e) elaboração do relatório técnico de definição; f) publicidade do relatório; g) notificação dos ocupantes e confinantes; h) contestação do relatório; i) consulta às entidades mencionadas no art. 8º do Decreto; j) análise da situação fundiária do imóvel, nos termos dos art. 10 a 12; l) procedimento desapropriatório, quando incidir sobre imóvel particular, nos termos do art. 13; m) procedimento de reassentamento de ocupantes não-quilombolas, com "indenização das benfeitorias realizadas de boa-fé", nos termos do art. 14; n) outorga de título coletivo, na forma do art. 17; o) registro cadastral do imóvel em favor da comunidade quilombola, nos termos do art. 22, com o conseqüente averbação no Registro de Imóveis, na forma da Lei nº 6.015/73.

A pretensão de não-exibição de provas em seu desfavor, na realidade, busca evitar a eventual caracterização do território como comunidade quilombola, porque objetiva, por parte do INCRA, verificar a regularidade da cadeia dominial, o que não é vedado pela legislação. Tampouco a vistoria e avaliação do imóvel, porque em conformidade com o art. 13 do referido decreto. De salientar, aliás, que as alegações, constantes da inicial, são desconstruídas. Ao passo que afirmam a aquisição por "usucapião", porque sempre estiveram produzindo nas terras desde a década de 1970 (fl. 35) e, portanto, os "imóveis foram adquiridos por meio de atos públicos" e de que "jamais existiu quilombo na região" (fl. 39), por outro lado, há afirmação de que: a) "muitas dessas mesmas pessoas que pretendem 'pegar carona' no conteúdo do art. 68 do ADCT, autodenominando-se 'quilombolas' foram as mesmas pessoas que, no passado, livremente, venderam a posse de suas terras para a cooperativa" (fl. 39); b) a origem da posse por "parte de afrodescendentes nas áreas foi uma herança concedida a escravos que foram libertos por sua senhora, ou seja, não eram escravos fugitivos" (fl. 39).

Necessária, pois, a verificação de tal situação, em correta instrução processual, porque as alegações da parte, constantes da inicial, sim, fazem prova contra si, havendo verossimilhança de que as terras tenham sido "comunidades quilombolas", nos termos do histórico constante da fundamentação da presente decisão. Com isto, contudo, não se está a reconhecer tal situação, mas apenas se afirmando a

constitucionalidade do Decreto nº 4.887/2003, e a necessidade de realização de instrução probatória, sem a paralisação dos procedimentos administrativos levados a cabo pelo INCRA.

Frise-se, ademais, que a atribuição de tal questão ao INCRA encontra fundamento, no mínimo, nas atribuições que lhe foram conferidas em sua instituição pelo Decreto nº 1.110, de 1970, de manter o cadastro nacional de imóveis rurais e administrar as terras públicas da União, de forma que a Portaria nº 20/2005 tampouco padece de ilegalidade. Ademais, a competência para demarcação das comunidades quilombolas já fora determinada pela Portaria nº 307/1995, ocasião em que ficara estabelecida a demarcação e titulação das comunidades existentes em áreas públicas ou federais ou arrecadadas pela União "mediante processo de desapropriação". Posteriormente, a competência foi atribuída ao Ministério da Cultura, por meio da Fundação Cultural Palmares (Portaria nº 447/99), para, finalmente, retornar ao INCRA.

Assim sendo, defiro a tutela antecipada, para cassar a decisão agravada, no tocante às alegações de inconstitucionalidade do Decreto nº 4.887/2003 e da IN nº 20/2005, com o conseqüente retomada do procedimento administrativo nº 54.200.001727/2005-08.

Comunique-se, com urgência, ao magistrado de primeiro grau. Intimem-se os agravados, nos termos do art. 527, V, do CPC. Dê-se vista ao Ministério Público Federal, com a urgência que o caso requer. Publique-se.

Porto Alegre, 02 de abril de 2008.

Des. Federal MARIA LÚCIA LUZ LEIRIA
Relatora