

FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE

ADELAIDE DE ANDRADE FRANÇA MARTINS

**DESAPROPRIAÇÃO COMO GARANTIA DO DIREITO DE PROPRIEDADE AOS
REMANESCENTES DOS POVOS QUILOMBOLAS**

Aracaju

2013

ADELAIDE DE ANDRADE FRANÇA MARTINS

**DESAPROPRIAÇÃO COMO GARANTIA DO DIREITO DE PROPRIEDADE AOS
REMANESCENTES DOS POVOS QUILOMBOLAS**

Monografia apresentada à Faculdade de Negócios de Sergipe (FANESE) como um dos pré-requisitos para obtenção de grau de bacharel em Direito.

Orientadora:

Dra. Clara Angélica Gonçalves Dias

Aracaju

2013

FICHA CATALOGRÁFICA

MARTINS, Adelaide de Andrade França

Desapropriação como garantia do direito de propriedade aos Remanescentes dos povos quilombolas/Adelaide de Andrade França Martins. Aracaju, 2013.

89f.2il.

Monografia (Graduação) – Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe. Departamento de Direito, 2013.

Orientadora: Dra. Clara Angélica Gonçalves Dias

1. Direito de Propriedade 2.Desapropriação 3.Regularização Fundiária
4.Quilombolas I.-TÍTULO

CDU 347.234:347.233(813.7)

ADELAIDE DE ANDRADE FRANÇA MARTINS
DESAPROPRIAÇÃO COMO GARANTIA DO DIREITO DE PROPRIEDADE AOS
REMANESCENTES DOS POVOS QUILOMBOLAS

Monografia apresentada à Faculdade de Negócios de Sergipe (FANESE) como um dos pré-requisitos para obtenção de grau de bacharel em Direito.

Aprovada em ___/___/___

BANCA EXAMINADORA

Profª Dra. Clara Angélica Gonçalves Dias
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Prof. Msc. André Luiz de Almeida Paixão
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Prof. Msc. Kleidson Nascimento dos Santos
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Às minhas filhas, Júlia e Ana Karine, e ao meu marido que suportaram as ausências para o alcance desse objetivo.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a **Deus**, por ter me dado forças para chegar até aqui e ter enfrentado e superado os obstáculos.

À minha família pelo apoio, e aqui se inclui minha mãe **Rosália**, meu pai **Israel**, que mesmo ausente da vida terrena sempre está presente pelos ensinamentos deixados, **irmãos**, minha sogra **D. Theresa**, **cunhados** e **sobrinhos**, que se fosse nominar uma página não seria suficiente.

Aos **Professores do Curso de Direito** que transmitiram suas experiências práticas e acadêmicas para a construção do saber.

De forma especial à Professora Dra. **Clara Angélica** que aceitou de pronto a orientação deste trabalho, ainda nos idos de 2011 quando tinha esboçado outro tema.

Aos **funcionários da FANESE** que sempre foram prestativos, seja na Biblioteca, na Secretaria e de forma especial a “**Lu**” do Núcleo de Prática, que exerce o seu mister com empenho e amor pelo que faz.

Aos profissionais do IPHAN: **Terezinha Oliva**, Superintendente, **Marta Chagas**, **Joseane Brandão**, **Rosângela Barreto**, **Marina Zacchi**, **Ademir**, que contribuíram de diferentes formas, seja pelo empréstimo de material, seja por terem dispensado alguns dedos de prosa na discussão desse tema.

Aos **colegas** de turma que, na troca de informações, sempre estamos ensinando e aprendendo ao mesmo tempo, especialmente a **Jéssica Carvalho**, que acompanhou de perto esta etapa.

Aos colegas do IBGE **Rosinadja Morato**, pela revisão, **Kátia** e **Rony Freitas** pelo apoio nas horas difíceis.

Ao servidor do INCRA **Sr. Oliveira**, pela concessão de uma entrevista para complementação de dados sobre o processo de desapropriação.

MUITO OBRIGADA!!!

A dignidade é qualidade intrínseca e indissociável de todo e qualquer ser humano e certos de que a destruição de um implicaria a destruição do outro, de modo que a proteção da dignidade da pessoa (de cada uma e de todas as pessoas) constituem-se (ou, ao menos, assim o deveriam) em meta permanente da humanidade, do Estado e do Direito.

Ingo Wolfgang Sarlet

RESUMO

O presente estudo trata do direito de propriedade, mais especificamente da desapropriação como forma de garantir o acesso à terra, à moradia e à preservação da cultura dos povos remanescentes das comunidades quilombolas e de que forma essa garantia vem sendo tratada no ordenamento jurídico pátrio. Objetivou identificar a legislação pertinente à matéria, as etapas necessárias para a regularização fundiária, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal com relação à propositura da ADI 3239, bem como se a desapropriação prevista no Decreto nº 4.887/2003, trata-se de nova modalidade de desapropriação. O método adotado foi o dedutivo, com a pesquisa do tipo exploratória, através de levantamento bibliográfico, documental e eletrônico. À guisa de conclusão, verificou-se que a legislação atualmente utilizada para regularização fundiária dessas comunidades está em consonância com a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, ratificada pelo Decreto Legislativo nº 143, de 20/6/2002, e entrou em vigor em 25/07/2003, promulgada pelo Presidente da República através do Decreto nº 5.051, de 19/04/2004. A Ação Declaratória de Inconstitucionalidade movida pelo Partido da Frente Liberal, hoje Partido Democrata, em face do Decreto 4.887/2003 deve ser julgada improcedente, tendo em vista o referido decreto apenas regulamentar internamente a funcionalidade administrativa, não trazendo nova modalidade de desapropriação, mas sim utiliza-se dos institutos jurídicos preexistentes, que já a regulamentam, como o Decreto-lei nº 3.365/41 e a Lei nº 4.132/62, com fulcro no artigo 5º, inciso XXIV da Constituição Federal.

Palavras-chave: Direito de Propriedade; Desapropriação; Regularização Fundiária; Quilombolas.

ABSTRACT

The present study deals with the right of ownership, specifically the expropriation as a form of guarantee access to land, housing and preservation of the culture of peoples remnants of quilombola communities, and how this guarantee has been treated in the national legal system. Objectified on identify the relevant legislation in this area, the steps required for the land regularization, the positioning of the Supreme Court regarding the filing of a Declaratory Action of Unconstitutionality 3239, and if expropriation provided for in Decree No. 4.887/2003, it is a new kind of expropriation. The method was deductive, with an exploratory search through bibliographic survey, documentary and electronic. In conclusion, it was found that the legislation currently used for regularization of these communities is in line with Convention 169 of the International Labour Organization, ratified by Legislative Decree No. 143 of June 20th, 2002, which entered into force on July 25th, 2003, promulgated by the President through Proclamation No. 5051 of April 19th, 2004. The Declaratory Action of Unconstitutionality moved by the Front Liberal Party, the Democrat Party nowadays, in face of Decree 4.887/2003 must be rejected, in view of the decree only regulate internally the administrative functionality, not bringing new mode of expropriation, but uses the existing legal institutions, that already regulate the expropriation, as the Decree-Law n ° 3.365/41 and Law No. 4.132/62, based on Article 5, paragraph XXIV of the Federal Constitution.

Keywords: Right of Ownership; Expropriation; Land Regularization; Quilombola Communities.

LISTA DE SIGLAS

ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
ADIN – Ação Declaratória de Inconstitucionalidade
AGU – Advocacia Geral da União
BA - Bahia
CF – Constituição Federal
CNBB – Conferência Nacional dos Bispos do Brasil
EC – Emenda Constitucional
FCP – Fundação Cultural Palmares
FCP – Fundação Cultural Palmares
FUNAI – Fundação Nacional do Índio
IBPC – Instituto Brasileiro de Patrimônio Cultural
INCRA – Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária
IPHAN – Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional
IPTU – Imposto Predial Territorial Urbano
LC – Lei Complementar
MPF – Ministério Público Federal
MT – Mato Grosso
OIT – Organização Internacional do Trabalho
ONG – Organização não Governamental
PGR – Procuradoria Geral da República
PT – Partido dos Trabalhadores
RE – Recurso Extraordinário
RJ – Rio de Janeiro
RTID – Relatório Técnico de Identificação e Delimitação
SP – SÃO PAULO
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justiça
TRF – Tribunal Regional Federal
URSS – União das Repúblicas Socialistas Soviéticas
USP – Universidade de São Paulo

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 DIREITO DE PROPRIEDADE.....	15
2.1 Conceito	15
2.2 Regime Jurídico	15
2.3 Antecedentes Históricos	15
2.4 Da Intervenção do Estado na Propriedade	21
3 DESAPROPRIAÇÃO	25
3.1 Conceito	25
3.2 Requisitos Constitucionais	26
3.2.1 Necessidade pública	26
3.2.2 Utilidade pública	26
3.2.3 Interesse social	26
3.2.4 Justa e prévia indenização	26
3.3 Objeto	27
3.4 Natureza Jurídica	28
3.5 Sujeito Ativo e Passivo da Desapropriação	28
3.6 Modalidades de Desapropriação	29
3.7 Procedimento da Desapropriação	32
3.8 Retrocessão	39
3.9 Desapropriação Indireta	40
3.10 Da Prescrição	41
4 DOS PRINCÍPIOS NORTEADORES	43
4.1 A Colisão de Direitos Fundamentais	44
4.2 Do Princípio da Função Social da Propriedade.....	45
4.3 Do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana	48
4.4 Do princípio da Proporcionalidade	51
5 AS COMUNIDADES REMANESCENTES QUILOMBOLAS	53
5.1 Conceito de Remanescentes	54
5.2 Conceito de Quilombola	55
5.3 Tipologias de Quilombolas	56

5.4 Marco Regulatório Internacional	56
5.5 A Regulamentação no Estado Brasileiro	57
5.6 Propositura de Ação Declaratória de Inconstitucionalidade em face do Decreto nº 4887/2003	63
6 CONCLUSÃO	67
REFERÊNCIAS	70
ANEXOS	74
ANEXO 1 – LEI Nº 4.132, DE 10 DE SETEMBRO DE 1962	75
ANEXO 2 – DECRETO Nº 4.887, DE 20 DE NOVEMBRO DE 2003.....	77
ANEXO 3 – DECRETO Nº 5.051, DE 19 DE ABRIL DE 2004.....	81

1 INTRODUÇÃO

Ao longo da história o direito de propriedade vem sendo mitigado, passando de um direito absoluto a um direito relativo. Originalmente de primeira geração, agora, juntamente com os direitos de terceira geração, passa a ser visto com a ideia de funcionalismo acaso não cumpra sua função social.

Por outro lado, o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias prevê que aos remanescentes das comunidades quilombolas é reconhecido o direito à propriedade por eles ocupada, com a desapropriação de terras, caso necessário. A norma em vigor que regulamenta esse dispositivo no âmbito infraconstitucional é o Decreto nº 4.887/2003, o qual é objeto da ADI 3229, ajuizada em 2004 pelo Partido da Frente Liberal, hoje Partido Democrata.

Os objetivos específicos deste trabalho foram o de buscar na legislação pátria a proteção dada ao direito de propriedade aos remanescentes dos povos quilombolas; identificar quais as etapas necessárias para a regularização fundiária dessas propriedades; analisar o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 3239; analisar se a desapropriação prevista no art. 13 do decreto nº 4.887/2003 é ou não nova modalidade de desapropriação.

Quanto às questões norteadoras da pesquisa, buscou-se verificar qual a legislação pátria que protege o direito de propriedade afeta às comunidades remanescentes dos povos quilombolas; quais etapas são necessárias para a regularização fundiária dos povos remanescentes dos quilombolas; qual posicionamento tem adotado o STF no julgamento da ADI 3239 sobre a constitucionalidade do Decreto nº 4.887/2003 e por fim, se a desapropriação prevista no art. 13 do decreto 4887/2003 é nova modalidade de desapropriação.

A metodologia adotada foi o método dedutivo, que parte do geral para o particular. A classificação da pesquisa é exploratória, cujos métodos utilizados foram a pesquisa bibliográfica, a documental e a eletrônica.

A parte textual desta monografia abordou no primeiro capítulo, o direito de propriedade, trazendo o seu conceito e o processo histórico, juntamente com as formas de intervenção do Estado na propriedade e de que maneira essa intervenção

afeta a vida em sociedade, em especial no que tange ao instituto da propriedade hoje mitigado pelo princípio da função social da propriedade.

No segundo capítulo tratou da desapropriação, que é a forma mais severa de intervenção do Estado na propriedade, o seu objeto, os requisitos constitucionais de interesse social, utilidade pública, necessidade pública e prévia e justa indenização. A natureza jurídica que é de aquisição originária da propriedade, o sujeito ativo e passivo, bem como as diversas modalidades de desapropriação presentes no nosso ordenamento jurídico, a desapropriação indireta e o instituto da retrocessão. Discorreu ainda sobre o procedimento para desapropriação de terras, com destaque para o procedimento de desapropriação para remanescentes de povos quilombolas.

No terceiro capítulo, foram abordados os princípios norteadores dessa problemática, que são o princípio da função social da propriedade, como balizador da garantia ou não ao direito de propriedade nos dias atuais. O princípio da dignidade da pessoa humana, que desde o início do século XX permeia as Constituições do mundo todo numa tentativa de reverter ou resguardar direitos até então desrespeitados, principalmente no período pós Segunda Guerra Mundial. E por fim, o princípio da proporcionalidade que funciona como um contraponto entre os dois princípios anteriores. Se há conflito entre dois princípios resolve-se com base na ponderação entre eles.

No quarto e último capítulo, foi tratada a questão das comunidades remanescentes dos povos quilombolas, seu conceito, com a identificação do marco regulatório, internacional e no Brasil, a aplicação dessa legislação no nosso ordenamento jurídico e a análise da ADI 3239 que tramita no STF desde 2004, sem julgamento definitivo até a presente data.

Na conclusão, defendeu-se a regularização fundiária dos remanescentes dos povos quilombolas, a qual se instrumentaliza através da desapropriação nas ocupações de terras de particulares, promovendo o acesso à terra e conseqüentemente à moradia, além da necessidade de valorização e preservação cultural e social dessas comunidades que compõem o povo brasileiro. Um outro ponto defendido foi a constitucionalidade do Decreto nº 4.887/2003, vergastado em sede de Ação Declaratória de Inconstitucionalidade, pelo fato de que este encontra-

se em consonância com a Convenção 169 da OIT, que ingressou no ordenamento jurídico pátrio em 2003, tendo sido promulgada em 2004, através do Decreto nº 5.051, que o combatido decreto não regulamenta o instituto da desapropriação diretamente, pois quem o faz é o Decreto-Lei nº 3.365/41 e a Lei nº 4.132/62, ambos recepcionados pela Constituição Federal de 1988. De modo que, o artigo 13 do decreto não trata de nova modalidade de desapropriação, mas de regramento administrativo no âmbito interno do INCRA para resguardar direitos dos particulares, objetivando não causar-lhes prejuízo.

2 DIREITO DE PROPRIEDADE

2.1 Conceito

Nas palavras de Gonçalves (2009, p. 209) o direito de propriedade é definido “como o poder jurídico atribuído a uma pessoa de usar, gozar e dispor de um bem, corpóreo ou incorpóreo, em sua plenitude e dentro dos limites estabelecidos na lei, bem como de reivindicá-la de quem injustamente o detenha.”

A tarefa de conceituar o direito de propriedade não vem sendo adotada pela doutrina pátria, fazendo menção basicamente às características que possui tal direito de usar, gozar e dispor de determinando bem, expressas no artigo 1.228 do Código Civil, de forma que a posse e a detenção podem permanecer com uma só pessoa.

Por outro lado, Mendes (2007, p. 19) entende que não é possível conceituar a propriedade, senão vejamos:

Inexiste, todavia, um conceito fixo, estático, de propriedade, afigurando-se, fundamentalmente, legítimas não só as novas definições de conteúdo como a fixação de limites destinados a garantir a sua função social. É que, embora não aberto, o conceito constitucional de propriedade há de ser necessariamente dinâmico.

2.2 Regime Jurídico

Para Silva (2006), os juristas, tanto “privatistas quanto publicistas”, brasileiros enxergam o regime jurídico da propriedade privada como vinculado ao direito civil, tido como “direito real fundamental”. Contudo, o autor alerta para o fato de que a propriedade está regulamentada pelo direito constitucional.

2.3 Antecedentes Históricos

O direito de propriedade sofreu diversas modificações normativas e doutrinárias ao longo dos tempos. Em cada período histórico, e de acordo com o regime político da época esse direito foi considerado individual ou coletivo, que é o que prepondera na atualidade, caso não seja cumprida sua função social.

Essa compreensão se extrai do excerto que segue:

O direito de propriedade romano dos primeiros tempos, absoluto, em princípio, permitindo tudo ao proprietário, relativamente aos seus bens, vai com o decorrer dos tempos sofrendo limitações legais, inspiradas em motivos de ordem pública, privada, ética, higiênica ou prática. (CRETELLA JÚNIOR, 1998 *apud* LIMA, 2006, p.16)

Com esboço ainda na lição de Lima (2006), na Grécia antiga, verificavam-se registros de terras, com a designação de quinhões entre familiares, numa ideia incipiente de propriedade familiar, mas a base jurídica vem do direito romano com maior influência no direito ocidental. Nesse período, o direito de propriedade era absoluto, onde o proprietário tinha total liberdade sobre seus bens, e podia usar e fruir da propriedade, desde que não oferecesse danos a direitos de outrem ou propriedade alheia.

Mas já sofria limitações, afirma Lima (2006), destacando-se a de deixar espaços livres entre prédios rústicos ou urbanos; às árvores que tinha mais de quinze pés de altura e frutos, não pode interferir caso invadam a propriedade; árvores com porte menor que este e que ultrapasse o terreno podem ser aparadas, na condição de que não afetem a árvore do vizinho; frutos caídos em propriedade não pertencem a este, mas sim ao proprietário da árvore, podendo apanhá-los em dias alternados, mediante ordem do pretor.

Essas mudanças no direito romano, segundo Lima (2006), receberam influência das ideias cristãs de valorização da pessoa humana, mas também da consideração dos povos conquistados, bem como pela ampliação da cidadania romana.

Passando ao período medieval, que compreende a conquista de Roma à queda de Constantinopla, veio a “descaracterização da propriedade” à vista do modelo romano, quando passa a ser instituída a divisão do “domínio em domínio direto e domínio útil”, sendo o domínio direto do proprietário, fincado na figura do senhor feudal ou do Rei, cuja exploração das terras, pelo vassalo, ocorria a partir da cessão do proprietário de parte dela, em troca de armas, homens, dias de trabalho ou outra forma de pagamento, como obtempera Lima (2006).

Nessa fase histórica, os reis concediam as terras aos senhores feudais em troca de juras de fidelidade, e estes repassavam aos vassalos, de forma mitigada, resultando assim, na produção de riquezas estabelecidas por relações de dependência. Mas essa não era a única forma de aquisição da propriedade pelos

vassallos, pois estes podiam ter outras terras além daquelas que detinham o domínio útil, esclarece Lima (2006).

Desse modo, a mentalidade do vínculo com a propriedade era do domínio útil, como assevera Lima (2006, p. 22), em que “por ela nota-se a impossibilidade de um vínculo abstrato, puro, entre o homem e as coisas, posto que traduzia a efetividade da utilização do bem, uma verdadeira mentalidade: a mentalidade do primado do efetivo.”

Nascimento (2001, *apud* Lima 2006, p.19) traz um resumo desse período histórico, abordando a influência da Igreja Católica, que era detentora de grandes riquezas representada na propriedade de terras:

A Idade Média caracterizou-se por três importantes acontecimentos, estreitamente relacionados entre si: primeiro, o declínio do Império Romano; segundo, a ascensão dos invasores germânicos; terceiro, a gradativa cristianização de tais invasores, de que resultou crescente influência da Igreja. Esta, ao se afirmar como poder espiritual, também não se fez menos atuante nos demais setores dessa fase.

Para Lima (2006) o período medieval recepcionou o direito romano, não em sua integralidade, porém, com algumas adaptações, com forte influência de seus princípios, vez que, após a fragmentação do império, as línguas, costumes e tudo que dizia respeito aos povos conquistados refletiram no pensamento jurídico europeu.

Numa demonstração da mudança de pensamento do direito romano, de “caráter individualista”, para o direito medieval, “com a fragmentação de vários sujeitos para a propriedade de uma mesma coisa”, Lima (2006, p.24) aponta como se dava esse direito, que será transcrito abaixo para não truncar a ideia do autor:

Na verdade, a propriedade durante a Idade Média não correspondia a uma predeterminação, a um arquétipo jurídico previamente estabelecido, mas partia do fato para o direito, isto é, tomava como base as relações de dominação sobre as coisas. Significava dizer que as relações de dominação sobre as coisas não obedeciam regras previamente determinadas, mas elas é que haveriam de influenciar na posterior criação de regras aceitas pela sociedade. Assim, o apossamento e a utilização das coisas, como fato, é que levavam a sua juridicização, sendo, na verdade, reflexos fortes da organização social, com enorme influência de laços pessoais.

O direito moderno segundo Lima (2006) não possui uma cronologia definida, mas considera-se seu início com a queda de Constantinopla, em 1453, estendendo-se até a Revolução Francesa de 1789 ou a revolução industrial, no século XIX.

A queda do poderio da nobreza, com a ascensão da classe burguesa pelas atividades comerciais e bancárias e o surgimento de sociedades por ações, fortaleceram o campo para a deflagração da Revolução Francesa, “para a qual a propriedade era um dos pilares da sociedade, e um direito inafastável do homem e do cidadão, ao lado da liberdade e da igualdade” (LIMA, 2006, p.25).

Disso decorre o surgimento do novo Código Civil francês, de 1804, também conhecido por Código de Napoleão, que introduziu a propriedade privada como “núcleo do ordenamento jurídico”. Esse direito era absoluto, porém, o códex francês já trazia uma limitação mínima, que era o uso da propriedade para fim proibido por lei, afirma Lima (2006).

Essa ideia é também destacada por Di Pietro (2010), quando afirma que o direito de propriedade evoluiu do sentido individual para o social, especialmente após a superação da fase que se seguiu à Revolução Francesa, onde se reviveu a concepção extremamente individualista do período romano, na tentativa de repudiar o sistema feudal. Essa afetação da propriedade ocorreu a partir da segunda metade do século XIX, em vista das restrições impostas pelo Estado.

A exemplo disso, a autora ressalta que enquanto a “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”, de 1789, trazia no seu bojo que a propriedade era “direito inviolável e sagrado”. O Código de Napoleão, de 1804, na sua concepção individualista, consagrou como princípio, em seu artigo 544, como “o direito de gozar e de dispor das coisas de modo absoluto, **contanto que isso não se torne uso proibido pelas leis ou pelos regulamentos**” (grifo da autora).

As palavras de Lima (2006, p. 27) retratam qual era a ideia de liberdade que se revelava com o advento da Revolução Francesa em contraponto ao Estado absolutista:

Na verdade, a economia de troca tinha de pressupor a mais ampla liberdade, sem deixar de lado o fato de que a experiência do Estado absolutista alimentava mesmo no espírito do burguês e das pessoas letradas uma repugnância quase que total a qualquer tipo de intervenção estatal que, de alguma forma, enevoasse a imagem de liberdade que se desenhava, de uma autonomia da vontade salvadora que idolatrava a idéia [sic] do direito subjetivo, tomado sob uma compreensão hoje reconhecidamente extremada, o que somente serviu para atomizar a sociedade, posto que o individualismo, produção característica do Iluminismo, gerava um sujeito de direitos seus, individuais, oponíveis a todos, inclusive ao Estado, com reflexos importantes no direito da modernidade.

Todavia, o próprio Lima (2006) destaca que essa concepção de liberdade do direito francês, marcada pela autonomia da vontade, sem interferência estatal, a não ser das partes contratantes, fez sentido naquele momento histórico, dada a transferência de propriedade que ocorreu com a Revolução Francesa, do domínio eminente, até então posto nas mãos dos senhores feudais, para o domínio útil, os vassallos, sem qualquer tipo de indenização. Mas isso não gerava uma igualdade, considerando que, um contrato entre duas forças opostas, o fraco e o forte, não resultaria numa igualdade sem a interferência do direito.

A mudança do plano real da Idade Média para o abstrato, predominante no Estado de Direito liberal, que caracterizava a lei como abstrata, buscava na verdade a autonomia, que “quanto mais genérica e não especificadora fosse a legislação, mais amplos os poderes do titular do direito, mais consolidada a situação dos privilégios” levando a propriedade privada a ficar centrada no indivíduo “como força motriz da vida em sociedade, isolado de seus pares, reduzido a sujeito de suas próprias necessidades e capaz de conseguir por si só a sua sobrevivência”. (LIMA, 2006, p.32)

E como a lei não fazia referência direta ao proprietário, em razão do caráter abstrato, este ficava desobrigado da responsabilidade social decorrente dessa propriedade, e como anônimo, exercitava seus direitos com mais liberdade e menos moderação, conclui Lima (2006).

Lima (2006, p.33) destaca ainda o momento histórico em que o direito de propriedade perde sua principal característica de direito absoluto e assume a função social, já no direito contemporâneo:

Aos movimentos antipropriedade privada, seja no seio da filosofia, seja no seio da política, **profundamente golpeados com a queda do muro de Berlim e o desfazimento da URSS, opôs-se, no final do século XIX, realinhando os parâmetros deste instituto, a teoria da função social**, pela qual o direito de propriedade perde de uma vez por todas a pretensa condição de absoluto, sujeitando-se ao cumprimento da mencionada função social, a qual atribui à propriedade um conteúdo específico, que lhe configura, inclusive, um novo conceito, uma redefinição de seus elementos essenciais e integrantes. [Grifo nosso],

Embora as leis e regulamentos naquele período se limitassem aos direitos de vizinhança, com o passar do tempo esse campo foi evoluindo e ampliando para o condicionamento do exercício do direito de propriedade ao bem estar social.

O nosso ordenamento jurídico assegura o direito de propriedade, com restrições, visando manter o estado de bem estar social apregoado pelo Estado Democrático de Direito, sem olvidar da sua função precípua que é atender a função social, tido este como princípio basilar e fundante do direito de propriedade na atualidade, que será abordado com mais detalhes no quarto capítulo deste trabalho.

O direito de propriedade está assegurado na nossa Constituição como direito individual por excelência, mas condicionado ao bem estar da comunidade. Deixou de ser exclusivamente o “direito subjetivo do proprietário para se transformar na função social do detentor da riqueza” (DUGUIT, 1931, *apud* MEIRELLES, 2004, p. 572).

Esse direito, contudo, não é absoluto, nem a propriedade privada é intocável, admite limitações ao seu uso e restrições ao seu conteúdo em favor da coletividade, cuja característica, aponta Silva (2006), é a faculdade de usar, gozar e dispor dos bens, fixada em lei, conforme artigo 1.228, do Código Civil, *in verbis*:

Art. 1.228 – O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor de coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

A Constituição da República garante o direito de propriedade no artigo 5º, inciso XXII¹, mas no inciso XXIV², permite a desapropriação, mediante prévia e justa indenização. Autoriza a requisição em caso de perigo público iminente e em tempo de guerra, com indenização *a posteriori* no artigo 5º, inciso XXV³ e artigo 22, inciso III⁴, atribuindo ainda função social no artigo 5º, inciso XXIII⁵, e 170, inciso III⁶.

Fensterseifter (2007) ressalta a necessidade de se estudar as raízes históricas da sociedade brasileira, para se chegar à compreensão da propriedade no nosso sistema jurídico contemporâneo, tendo como principal foco a propriedade na composição da estrutura econômica do Estado de Direito. Após cinco séculos do “redescobrimto”, a titularidade ainda está marcada pela “marginalização e

1 Art. 5º, inciso XXIII – a propriedade atenderá a sua função social;

2 Art. 5º, inciso XXIV – 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.

3 Art. 5º, inciso XXV - no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano;

4 Art. 22, inciso III – requisições civis e militares, em caso de iminente perigo e em tempo de guerra;

5 Art. 5º, inciso XXIII – a propriedade atenderá a sua função social;

6 Art. 170, inciso III – função social da propriedade;

exclusão social”, impossibilitando a identificação dos limites entre o usufruto de um direito e o de um poder, resultando em consequências danosas à sociedade.

Os princípios constitucionais exercem tripla função de interpretação, integração e sistematização das normas, de modo que a conexão entre os princípios confere unidade ao ordenamento jurídico, como afirma Braga (2009).

Nesse sentido, a autora afirma ainda em quais contornos o direito de propriedade deve ser interpretado.

É neste contexto constitucional que deve ser interpretado o direito de propriedade, posto que, ao caber ao legislador definir seu conteúdo, deve este ter em mente o Estado Democrático de Direito no qual estamos inseridos e o princípio da dignidade da pessoa humana, que pauta todo o ordenamento jurídico. Do mesmo modo o intérprete, a exemplo do magistrado, que ao se confrontar com direitos tutelados pela ordem constitucional, notadamente, o direito de propriedade, não pode fugir da sua limitação pelo cumprimento da função social, tendo em vista que a propriedade hoje, no Brasil, é funcionalizada. (BRAGA, 2009, p. 30).

2.4 Da Intervenção do Estado na Propriedade

A Segunda Guerra Mundial trouxe consequências que impunham ao Estado uma providência urgente no sentido de proteger os mais desfavorecidos das mazelas deixadas pela guerra, e com isso, começa uma acentuada intervenção do Estado na propriedade privada. Esse processo tornou-se irreversível de lá para cá, onde não mais existe a possibilidade de se perceber ou se permitir que os interesses individuais se sobreponham aos interesses coletivos.

Trazendo um conceito de intervenção na propriedade privada, extraído de Meirelles (2004, p. 575), é “todo ato do Poder Público que compulsoriamente retira ou restringe direitos dominiais privados ou sujeita o uso de bens particulares a uma destinação de interesse público”.

Para Alexandrino e Paulo (2012, p. 969), “essa intervenção pode ser entendida como a atividade estatal que tem por fim ajustar, conciliar o uso dessa propriedade particular com os interesses da coletividade.”

Numa rápida leitura do processo histórico da intervenção do Estado na sociedade e conseqüentemente, na propriedade, apoiada na afirmação de Dallari (2007), verifica-se que o Estado Moderno por ter nascido absolutista, teve confundidas, durante vários séculos, as qualidades do Estado com os defeitos e virtudes do monarca absoluto.

Para Dallari (2007), isso explica os motivos pelos quais já no século XVIII, como raiz individualista do Estado liberal, o poder público era tido como inimigo da liberdade individual, e a mínima restrição ao individual em benefício do coletivo era considerada ilegítima. Nesse sentido, Dallari (2007, p. 278) afirma que “do ponto de vista político, o liberalismo se afirmaria como doutrina durante o século XIX, sobretudo a partir de 1859, com a publicação da obra “Da Liberdade”, de STUART MILL.

Dallari (2007, p. 279) apresenta a síntese da doutrina de Stuart Mill com as três objeções fundamentais à interferência do governo:

- a) Ninguém é mais capaz de realizar qualquer negócio ou determinar como ou por que deve ser realizado do que aquele que está diretamente interessado. Assim, é mais provável que os indivíduos façam melhor do que o governo;
- b) Mesmo que os indivíduos não realizem tão bem o que se tem em vista, como o fariam os agentes do governo, é melhor ainda que o indivíduo o faça, como elemento da própria educação mental;
- c) A terceira razão, que ele considera “a mais convincente de todas”, refere-se “ao grande mal de crescer-lhe o poder sem necessidade. Cada função que se acrescenta às que o governo já exerce, provoca maior difusão da influência que lhe cabe sobre esperanças e temores, convertendo, cada vez mais, a parte ativa e ambiciosa do público em parasitas do poder público, ou de qualquer partido que aspire ao poder”.

Para os adeptos dessa corrente, nas palavras de Dallari (2007, p. 279), “o Estado deveria proteger e encorajar o bem dos particulares, não tutelá-los”.

O Estado liberal, com o mínimo de interferência na vida social trouxe vantagens e desvantagens. Dentre os benefícios, Dallari (2007) destaca: um progresso econômico acentuado propiciando as condições favoráveis para a revolução industrial; valorização do indivíduo com o despertar para a importância da liberdade humana; desenvolvimento das técnicas de poder impondo-se a ideia de poder legal em substituição do poder pessoal.

Mas, para Dallari (2007), o Estado liberal criou as condições para sua própria superação, quando “a valorização do indivíduo chegou ao ultra-individualismo”, dando margem a um comportamento egoísta que favorecia os mais audaciosos e perspicazes, causando uma grande injustiça social, na medida em que era concedido a todos o direito de ser livre, mas não o poder de ser livre.

Ainda segundo Dallari, uma outra consequência grave desse sistema foi a formação do proletariado, com grandes aglomerados urbanos provenientes da

Revolução Industrial, com mão de obra em excesso, fato que estimulava a manutenção de péssimas condições de trabalho e baixa remuneração.

Com a implantação nos Estados Unidos do programa de governo conhecido com o *New Deal*, pelo então presidente Franklin Roosevelt, buscou-se na verdade implantar uma política intervencionista, mesmo sem apoio, inclusive da Suprema Corte norte-americana, porém, com o passar do tempo os resultados começaram a aparecer no sentido de uma nova realidade e o intervencionismo se tornou irreversível. A partir daí, o Estado-político foi substituído pelo Estado de serviço visando amenizar as desigualdades econômicas, afirma Dallari (2007).

Essa necessidade de intervenção do Estado tornou-se mais premente após a Segunda Guerra Mundial, de acordo com Dallari (2007), para suprir as necessidades novas que surgiam impondo a iniciativa do Estado em vários setores: reconstrução das cidades, restauração dos meios de produção; readaptação das pessoas à vida social e no financiamento de estudos e projetos, já apontados pelo desenvolvimento técnico e científico ocorrido durante a guerra.

Esse recorte histórico visou contextualizar o processo de intervenção do Estado na sociedade e demonstrar os avanços e retrocessos que ocorreram ao longo dos anos e séculos na vida do indivíduo, quando a liberdade individual que era plena passou a ser mitigada pelo poder estatal, até chegar à fase que estamos vivenciando hoje, que é a intervenção do Estado na propriedade privada e na ordem econômica.

Para Meirelles (2004), os fundamentos da intervenção na propriedade e atuação no domínio econômico estão embasados na necessidade de proteção do Estado aos interesses da comunidade, onde os interesses coletivos se sobrepõem aos interesses individuais, quando com aqueles conflitam, em atenção ao direito da maioria, que é a base do regime democrático e do Direito Civil moderno.

Meirelles (2004, p. 573) ressalta ainda que

[...] o nosso ordenamento jurídico-constitucional distingue as duas formas de intervenção: na propriedade e no domínio econômico. A intervenção na propriedade incide sobre os bens; a intervenção no domínio econômico incide sobre a atividade lucrativa, exercida pela empresa, como instrumento da iniciativa privada. Desde que o uso dos bens seja feito de maneira antissocial ou a atividade da empresa se realize com abuso do poder econômico, rendem ensejo à intervenção estatal na propriedade em si mesma, ou na atividade empresarial.

Poderá haver a conjugação dessas duas modalidades de intervenção por parte do Estado, ou seja, nos bens e na empresa, quando, por exemplo, intervém numa indústria através do controle de sua administração e requisita seus produtos ou serviços e, na sequência, desapropria seu acervo patrimonial. Para qualquer dos casos, ressalta Meirelles (2004), o fundamento da intervenção será sempre o interesse público, cujo objetivo final é o bem estar social.

Silva (2006, p. 279) conceitua limitação ao direito de propriedade como

[...] condicionamentos que atingem os caracteres tradicionais desse direito, pelo que era tido como direito *absoluto, exclusivo e perpétuo*. *Absoluto*, porque assegura ao proprietário a liberdade de dispor da coisa do modo que melhor lhe aprouver; *exclusivo*, porque imputado ao proprietário, e só a ele, em princípio, cabe; *perpétuo*, porque não desaparece com a vida do proprietário, porquanto passa a seus sucessores, significando que tem duração ilimitada (CC, art. 1.231), e não se perde pelo não uso simplesmente.

Com base nessas características é que as limitações são classificadas, de modo que a desapropriação está limitada pelo caráter perpétuo, como uma das espécies de restrição ao direito de propriedade.

As palavras de Gondinho (2000, *apud* Lima, 2006, p.137) destacam o caráter negativo da limitação a direitos:

Limite é o instrumento com o qual o direito público ou privado circunscreve um direito, sacrificando a sua extensão ou determinando o seu conteúdo. Tradicionalmente, a noção de limite é negativa, voltada a comprimir os poderes do titular do direito atingido, nunca apta a promover os valores fundamentais do ordenamento, missão primeira da função social.

Dentre as modalidades existentes de restrição do Estado sobre a propriedade privada que são: as limitações administrativas, a ocupação temporária, o tombamento, a requisição, a servidão administrativa, a desapropriação e o parcelamento e edificação compulsórios, o presente estudo se debruçará sobre a desapropriação.

O direito de propriedade, garantido na Carta Magna, vem passando por diversas mutações, de forma a acompanhar a evolução das sociedades ao longo dos tempos. De um direito absoluto, hoje se encontra mitigado pelo princípio da função social da propriedade, passando a ser um direito relativo.

Tem-se inicialmente uma limitação no direito de vizinhança que se alarga para o bem estar social, especialmente no pós Segunda Guerra Mundial, em face das atrocidades cometidas que afetaram diretamente a dignidade da pessoa humana.

3 DA DESAPROPRIAÇÃO

Apoiada nas palavras de Maluf (1995, p. 1), “a desapropriação é de direito público, e só de direito público, constitucional, administrativo. O que é de direito civil é um de seus efeitos, o principal deles, que é a perda da propriedade”.

A desapropriação é um instrumento utilizado pelo Estado tanto como política urbana, quanto de implementação da reforma agrária, mas também de forma a coibir práticas delitivas como a de cultura de plantas psicotrópicas não permitidas por lei.

3.1 Conceito

Para Di Pietro (2010, p. 159) desapropriação

[...] é o procedimento administrativo pelo qual o Poder público ou seus delegados, mediante prévia declaração de necessidade pública, utilidade pública ou interesse social, impõe ao proprietário a perda de um bem, substituindo-o em seu patrimônio por justa indenização.

Já para Meirelles (2004), deve ser acrescentado a esse conceito as exceções constitucionais de pagamento em títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, no caso de área urbana não edificada, subutilizada ou não utilizada, conforme previsto no artigo 182, § 4º, inciso III, e de pagamento em títulos da dívida agrária, na hipótese de Reforma Agrária, por interesse social, nos termos do artigo 184⁷ da nossa Carta Magna.

Na ótica de Mello (2010, p. 865), desapropriação

[...] é o procedimento através do qual o Poder Público, fundado em necessidade pública, utilidade pública ou interesse social, compulsoriamente despoja alguém de um bem certo, normalmente adquirindo-o para si, em caráter originário, mediante indenização prévia, justa e pagável em dinheiro, salvo no caso de certos imóveis urbanos ou rurais, em que, por estarem em desacordo com a função social legalmente caracterizada para eles, a indenização far-se-á em títulos da dívida pública, resgatáveis em parcelas anuais e sucessivas, preservado seu valor real.

7 Art. 184 – Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.

3.2 Requisitos Constitucionais

Para melhor aprofundamento dos requisitos constitucionais da desapropriação, já abordados anteriormente de forma esparsa, serão tratados aqui individualmente, com base em Meirelles (2004). Tais requisitos estão expressos no artigo 5º, inciso XXIV da CF.

3.2.1 Necessidade pública

A necessidade pública surge quando a Administração se depara com situações de emergência, que, para serem sanadas de forma satisfatória, requer a transferência urgente de bens de terceiros para o seu domínio e uso imediato.

3.2.2 Utilidade pública

Ocorre a utilidade pública quando a transferência de bens de terceiros para a Administração é conveniente, porém não seja imprescindível. O artigo 5º do Decreto-Lei nº 3.365/41 traz um rol do que se considera utilidade pública.

3.2.3 Interesse social

Essa previsão está expressa na própria legislação que trata da matéria, qual seja, artigo 2º da Lei nº 4.132/62. Ocorre quando as circunstâncias impõem a distribuição ou o condicionamento da propriedade para seu melhor aproveitamento, utilização ou produtividade para beneficiar a coletividade ou categorias sociais menos favorecidas.

3.2.4 Justa e prévia indenização

Quanto à indenização justa, esta visa não só cobrir o valor real e atual dos bens expropriados, à época do pagamento, bem como os danos emergentes e os lucros cessantes do proprietário do bem. Deve ser computada a renda que ora

produzia, inclui-se ainda a correção monetária, os juros compensatórios e os juros moratórios. Com relação às benfeitorias, só serão indenizadas as necessárias, feitas após a desapropriação, e as úteis, se realizadas com autorização do expropriante.

Quanto à indenização prévia, o expropriante deverá pagar o preço antes de entrar na posse do imóvel, porém, esse dispositivo constitucional vem sendo descumprido em face do retardamento nos julgamentos dos processos judiciais da ação até o seu trânsito em julgado.

3.3 Objeto

Dentre os bens que podem ser desapropriados estão inclusas as coisas móveis e imóveis, corpóreas e incorpóreas, públicas e privadas. Tanto o espaço aéreo quanto o subsolo também são passíveis de desapropriação, na hipótese da utilização do bem vier resultar prejuízo patrimonial ao proprietário do solo.

De acordo com Di Pietro (2010), o parágrafo 2º, do artigo 2º, do Decreto-lei nº 3.365/41, estabelece duas exigências básicas:

1. Os bens do domínio dos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios podem ser desapropriados pela União e, os dos Municípios, pelos Estados; desta forma, o ente político maior ou central pode expropriar bens da entidade política menor ou local, mas o contrário não é permitido;
2. Em qualquer hipótese de desapropriação, a mesma deve ser precedida de autorização legislativa, sendo essa oriunda da pessoa jurídica expropriante.

Quanto aos bens pertencentes às entidades da Administração Pública indireta, por analogia, será aplicado o disposto no artigo 2º do Decreto-lei nº 3.365/41, sempre que a afetação do bem tiver um interesse público. Vale destacar que alguns bens são inexpropriáveis, a exemplo dos direitos personalíssimos, como o direito à vida, à imagem, aos alimentos, direitos autorais, etc.

Quando se tratar de desapropriação para fins de reforma agrária, o objeto é o imóvel rural que não atenda a sua função social, e terá como objeto o solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, desde que o proprietário esteja

descumprindo as exigências do Poder Público estabelecidas no artigo 182, § 4º, da CF, mencionado anteriormente.

3.4 Natureza Jurídica

A natureza jurídica da desapropriação é forma originária de aquisição da propriedade, conceituada por Celso Antônio Bandeira de Mello (RDP 9:19, *apud* Di Pietro, 2010, p. 177), em que

[...] diz originária a forma de aquisição da propriedade quando a causa que atribui a propriedade a alguém se vincula a nenhum título anterior, isto é, não procede, não deriva, de título precedente, portanto, não é dependente de outro. É causa autônoma, bastante por si mesma, para gerar, por força própria, o título constitutivo da propriedade.

Esse conceito se contrapõe à forma derivada que é “aquela em que a subordinação da coisa ao sujeito depende de fato de terceiro.” (DI PIETRO, 2010, p. 177).

3.5 Sujeitos Ativo e Passivo da Desapropriação

O sujeito ativo é a pessoa à qual é deferido o direito subjetivo de expropriar, nos termos da Constituição e legislação infraconstitucional, cujo rol é trazido por Maluf (1995, p. 6) como segue:

- a) Pelo Poder Executivo;
- b) Pelo Poder Legislativo;
- c) Pelos estabelecimentos de caráter público;
- d) Pelos concessionários de serviços públicos;
- e) Pelas entidades de economia mista;
- f) Excepcionalmente, por pessoas de direito privado;

De forma mais detalhada, Di Pietro (2010), aponta a legitimidade ativa de cada ente conforme o tipo de desapropriação, de modo que se esta ocorrer por utilidade pública, reza o Decreto-lei nº 3.365/41, que os sujeitos ativos são a União, os Estados, os Municípios, o Distrito Federal e os Territórios. Se a desapropriação for por interesse social há três hipóteses: a prevista no artigo 5º, inciso XXIV, da

Constituição, regulada pela Lei nº 4.132/62, é de competência das mesmas pessoas jurídicas acima referenciadas.

Se o fundamento for o artigo 182, § 4º, da Constituição, regulamentada pela Lei nº 10.257/1002, a competência é exclusiva do município. Já aquela que tem fundamento no artigo 184, da Constituição Federal, disciplinada pela Lei nº 4.504, de 30.11.1964 (Estatuto da Terra), a competência é exclusiva da União, mas somente se a destinação é a reforma agrária. Se for para fins de utilidade pública, poderão fazê-lo os Estados e Municípios, conforme decisão do STJ. (*in* RDA 152/122 e RT 595/266).

Sujeito passivo é o expropriado, que pode ser pessoa física ou jurídica, pública ou privada.

3.6 Modalidades de Desapropriação

Antes da nossa primeira Constituição, a de 1824, já existia uma lei de 21.5.1821 que estabelecia que a ninguém se tirasse a propriedade, independentemente das necessidades do Estado, sem que antes se ajustasse o preço a ser pago pelo erário ao interessado, no momento da entrega.

Posteriormente, na primeira Constituição, em seu artigo 179, inciso XXII, garantia o direito de propriedade de forma plena, contudo, se verificasse que o bem público exigia o uso e emprego da propriedade privada, esse bem seria previamente indenizado. Entretanto, a definição das hipóteses de cabimento da desapropriação, ficou a cargo da Lei nº 422, de 1826, que estabeleceu as hipóteses de necessidade pública e utilidade pública mantidas em todas as Constituições posteriores.

A terminologia de indenização justa, acrescida à de prévia, veio na Constituição de 1934, excluída na Carta de 1937. Foi durante a vigência dessa última que foi editado o decreto-lei nº 3.365, de 21.06.1941, que fundiu as hipóteses de utilidade pública e necessidade pública em uma só, que era a utilidade pública.

A Constituição de 1946 trouxe duas inovações: que a indenização além de prévia e justa, seria também em dinheiro e ainda que a desapropriação seria por interesse social, inspirada no princípio da função social da propriedade, embora, como afirma Di Pietro (2010), não se empregasse essa expressão no texto

constitucional. A Lei nº 4.132/62, conforme anexo 1, traz as previsões para os casos de desapropriação por interesse social.

Essa última modalidade de desapropriação, cujo objetivo inicial era a reforma agrária, veio com a Emenda Constitucional nº 10, de 9.11.64, com a indenização em títulos da dívida pública nos casos de latifúndio, à exceção das benfeitorias úteis e necessárias, estas seriam pagas em dinheiro.

A Constituição de 1988 trouxe nova modalidade, insculpida no artigo 182, § 4º, inciso III⁸, de competência exclusiva do município, onde o pagamento da indenização também pode ser feito em títulos da dívida pública, incidente sobre os imóveis que não atendam também como no caso do imóvel rural, a função social da propriedade. Di Pietro (2010); Cunha Júnior (2008).

O Capítulo III, Título VII da CF, trata da política agrícola e fundiária e da reforma agrária, abrangendo os artigos 184 a 191, que estão regulamentados pela Lei nº 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, de forma minuciosa. No artigo 2º, dispõe que a propriedade rural que não atender a função social é passível de ser desapropriada.

De acordo com Cunha Júnior (2008), a competência é exclusiva da União para propor a ação de desapropriação para fins de reforma agrária, devendo ser executada pelo INCRA, tanto na forma amigável quanto judicialmente.

Estão previstas na Constituição de 1988 três modalidades de desapropriação de natureza sancionatória: no artigo 182, § 4º, ocorre para os casos de descumprimento da função social da propriedade urbana; no artigo 186 para os casos de propriedade rural que também descumpra essa função; no artigo 243, trata da expropriação de glebas de terras em que sejam cultivadas plantas psicotrópicas. Neste último caso, o expropriado não faz jus a qualquer indenização, além de se submeter às sanções previstas em lei (DI PIETRO, 2010).

A primeira está disciplinada pela Lei nº 10.257, de 10.7.2001, que é o Estatuto da Cidade, a qual regulamenta os artigos 182 e 183 da Constituição da República, estabelecendo diretrizes gerais da política urbana no nosso país.

8 Art. 182, § 4º, inciso III – desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

Essa modalidade de desapropriação é prevista como instrumento de política urbana, sendo de competência exclusiva dos municípios; depende da existência de um plano diretor; terá que ser precedida de lei municipal específica; o imóvel deve estar subutilizado; o proprietário deve ser notificado para o cumprimento da obrigação; caso desatendida a notificação e o prazo estabelecido o município aplicará o IPTU progressivo no tempo; só após cinco anos de aplicação do IPTU progressivo sem o cumprimento da obrigação por parte do proprietário, ocorrerá a desapropriação por parte do Município.

A segunda é tratada na Lei Complementar nº 76, de 6.7.1993, alterada pela LC nº 88, de 23.12.1996, cuja competência é exclusiva da União; essa norma regulamenta o procedimento judicial da desapropriação. O imóvel deve estar descumprindo sua função social; não pode incidir sobre a pequena e média propriedade rural, nem sobre a propriedade produtiva; o pagamento é feito em títulos da dívida agrária, resgatáveis em até 20 anos, porém, as benfeitorias úteis e necessárias serão pagas em dinheiro.

A terceira modalidade, que é a desapropriação de glebas de terra em que sejam cultivadas plantas psicotrópicas, está disciplinada pela Lei nº 8.257, de 26.11.1991, equiparada, segundo Di Pietro (2010) ao confisco, por não assegurar ao expropriado o direito à indenização. Para essa autora, o vocábulo mais adequado seria expropriação e não desapropriação.

Di Pietro (2010) ressalta ainda que não é qualquer tipo de planta psicotrópica que se submeterá à desapropriação, mas somente a ilícita, aquela não autorizada pelo Poder Público e que não consta no rol elencado pelo Ministério da Saúde, que tem a competência para autorizar o cultivo desse tipo de planta com o fim exclusivo terapêutico e científico.

O Decreto nº 4887/93, prevê em seu artigo 13, que se as terras incidirem sobre territórios ocupados por remanescentes das comunidades dos quilombos título de domínio particular, será feita a vistoria e avaliação desse imóvel, para que sejam adotados os atos necessários à sua desapropriação. Entretanto, há uma exigência para que isso ocorra, que esses títulos não estejam invalidados por nulidade, prescrição ou comisso, e nem tornado ineficaz por quaisquer outros fundamentos.

Trata-se aqui, não de nova modalidade de desapropriação, mas sim de sistema clássico de desapropriação por interesse social. Ao menos é o que vem sendo, até o momento, inserido nos decretos expropriatórios publicados como justificativa em seu preâmbulo. Essa modalidade, já prevista na lei nº 4.132/62, editado sob a égide da Constituição de 1946, foi também inserta na Constituição Federal de 1988.

3.7 Procedimento da Desapropriação

A definição de procedimento administrativo da desapropriação se dá justamente pelo fato de que a mesma se desenvolve por meio de uma sucessão de atos estabelecidos em lei e que resultam com a incorporação do bem ao patrimônio público.

O procedimento comum de desapropriação abrange duas fases: a primeira, de natureza declaratória, consubstanciada na indicação da necessidade ou utilidade pública ou do interesse social; a segunda, de caráter executório, compreende a estimativa da justa indenização e a transferência do bem expropriado para o domínio do expropriante.

A fase executória, por sua vez, abrange ainda uma fase administrativa e uma judicial. De acordo com Di Pietro (2010), será administrativa, quando houver acordo entre expropriante e expropriado a respeito da indenização. Neste caso, serão verificadas as formalidades previstas para a compra e venda, com a exigência da respectiva escritura pública com a transcrição no Registro de Imóveis quando se tratar de imóvel. Essa fase acontece geralmente quando o Poder Público desconhece quem seja o proprietário.

Caso não haja acordo, ocorre a fase judicial, com observância do disposto no Decreto-lei nº 3.365/41, iniciada pelo Poder Público. Se houver acordo quanto ao preço, a decisão judicial será meramente homologatória, cujo título valerá para transcrição no Registro de Imóveis. Nessa fase só podem ser discutidas questões pertinentes ao preço ou a vício processual.

Com base nos artigos 9º e 20 do Decreto-lei 3.365/41, se houver ilegalidade quanto à competência, forma ou quanto aos fundamentos de utilidade pública ou

interesse social, a ação será ordinária declaratória da nulidade, através de mandado de segurança ou ação popular, se verificados os pressupostos do artigo 5º, inciso LXXIII, da CF/88, quais sejam: lesão ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

A declaração expropriatória pode ser feita por lei ou por decreto em que se identifique o bem, com indicação do seu destino e qual o dispositivo legal que a autorize. Na opinião de Meirelles (2004), a atribuição de competência expropriatória ao Legislativo, concorrente com o Executivo, é uma anomalia de nossa legislação, em face do ato de desapropriar ser caracteristicamente de administração.

Para Di Pietro (2010), o ato que declara a expropriação deve indicar o sujeito passivo, a descrição do bem, a declaração de utilidade pública ou interesse social, conforme o caso, qual destinação deve ser dada ao bem, o fundamento legal e os recursos orçamentários voltados ao atendimento da despesa.

O particular que se sentir prejudicado poderá recorrer ao judiciário através de mandado de segurança ou pelas vias ordinárias, inclusive poderá pleitear pedido de liminar para sustar o procedimento da desapropriação até apreciação final do judiciário sobre a validade do ato. Essa impugnação é cabível mesmo nos casos em que a declaração seja feita por lei, é a chamada lei de efeito concreto, mas ato administrativo em sentido material.

O STJ editou a Súmula nº 354, cujo teor é de que “a invasão do imóvel é causa de suspensão do processo expropriatório para fins de reforma agrária”. Essa medida visa coibir os abusos pretendidos por aqueles que queiram tomar à força as terras de particulares, obrigando o poder público a promover a desapropriação.

Quanto ao procedimento de desapropriação para comunidades remanescentes de quilombolas, existe um regramento próprio adotado pelo INCRA, com base no artigo 13 do Decreto nº 4.887/2003 e na Instrução Normativa nº 57/2009.

Na opinião de Sarmiento (2006), Procurador da República, em parecer emitido sobre a aplicabilidade do artigo 68 do ADCT, a regra da desapropriação é mais vantajosa por proporcionar a segurança jurídica no que concerne à validade dos títulos fornecidos às comunidades quilombolas, pelo aspecto da redução de conflitos possessórios, com a indenização aos proprietários privados em dinheiro.

Entretanto, ele alerta para o fato de que esse particular poderá se valer de instrumentos processuais reivindicatórios ou possessórios, para proteger seu direito de posse, antes do pagamento da indenização, como reza o art. 5º, inciso XXIV, art. 182, §3º, e art. 184, caput, todos da Constituição Federal, o que levará mais tempo para a conclusão do procedimento de titularização.

Sarmiento (2006, p. 03) destaca ainda os aspectos da imissão provisória na posse⁹ pelo Estado e a morosidade nas ações de desapropriação como fatores negativos como se vê no excerto abaixo:

É verdade que a legislação prevê a possibilidade de imissão provisória do Estado na posse do bem expropriado, seja na desapropriação por necessidade ou utilidade pública (Decreto nº 3.365/41, art. 15), seja naquela motivada por interesse social (Lei nº 4.132/62, art. 5º), seja ainda na desapropriação para fins de reforma agrária (Lei Complementar nº 76/93, art. 6º, inciso I). Contudo, estas medidas apenas são cabíveis depois do ajuizamento da ação de desapropriação e do depósito do preço em favor do proprietário, tal como determinado em lei.

Sabe-se, porém, que o Poder Público não tem sido suficientemente ágil na propositura das ações expropriatórias relacionadas ao art. 68 do ADCT, por razões variadas, que vão da escassez de recursos financeiros para o pagamento das indenizações, até a demora excessiva nos procedimentos administrativos tendentes à identificação das comunidades de remanescentes de quilombos e à demarcação dos respectivos territórios étnicos.

Contudo, a solução apontada por Sarmiento (2006, p. 04) para essa controvérsia é a que segue:

De modo muito resumido, pode-se adiantar que a solução preconizada consiste no reconhecimento de que o próprio texto constitucional operou a **afetação das terras ocupadas pelos quilombolas** a uma finalidade pública de máxima relevância, eis que relacionada 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.

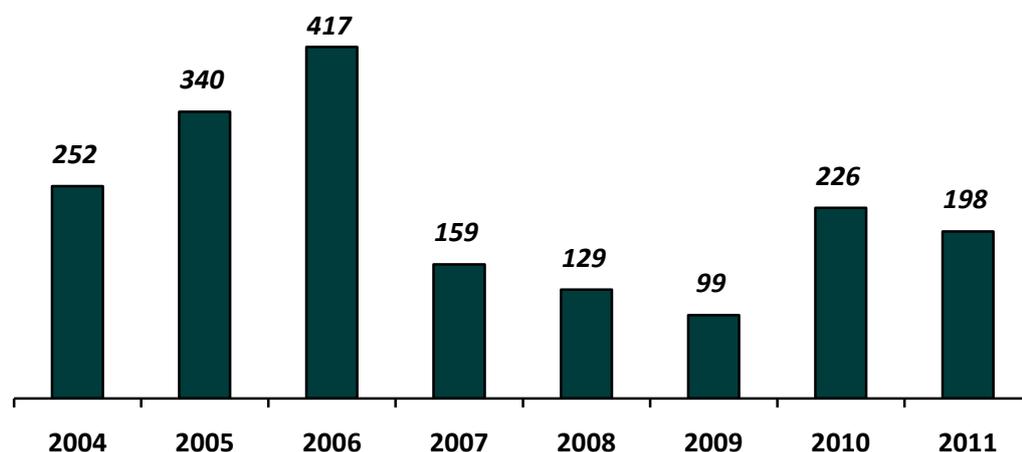
Consequência dessa afetação é que o máximo que pode ser pleiteado pelo proprietário particular é a indenização do Poder Público, a despeito do que ocorre com a desapropriação indireta. As comunidades quilombolas, ao revés, podem se utilizar de todos os instrumentos processuais necessários à proteção dos seus direitos, até mesmo antes da desapropriação, ou independente desta, seja contra o proprietário particular ou contra terceiros.

9 Imissão provisória na posse é a transferência da posse do bem objeto da expropriação para o expropriante, já no início da lide, concedida pelo juiz, se o Poder Público declarar urgência e depositar em juízo, em favor do proprietário, importância fixada segundo critério previsto em lei. (MELLO, 2010, p.882)

Na página oficial do INCRA, na *Internet*, consta um breve resumo dos procedimentos a serem adotados por esse órgão para a regularização fundiária, que consiste primeiramente, na solicitação por parte de cada comunidade quilombola interessada, de abertura de procedimento administrativo com o fito de efetivar a regularização fundiária de suas terras, mediante a apresentação da Certidão de Registro no Cadastro Geral de Remanescentes de Comunidades de Quilombos, emitida pela Fundação Cultural Palmares.

A Fundação Cultural Palmares publicou em seu Relatório de Gestão 2011 alguns dados sobre o quantitativo de certificações emitidas no período de 2004-2011, conforme gráfico 1, que segue.

Gráfico 1 – Comunidades certificadas por ano pela FCP, 2004-2011



Fonte: DPA/FCP. Relatório de Gestão 2011

Após a emissão da certidão, a FCP envia uma cópia ao INCRA que com isso, dá início ao processo de elaboração do RTID - Relatório Técnico de Identificação e Delimitação da comunidade que, após análise e julgamento de contestações, se houver, aprova esse relatório, publica a portaria de reconhecimento declarando as limitações do território quilombola, conforme Instrução Normativa nº 57, de 20 de outubro de 2009. No mesmo prazo de publicação, o INCRA irá remeter o RITD a vários órgãos como IPHAN, SPU, FUNAI, dentre outros para emissão de parecer nas suas respectivas áreas de competência.

O terceiro passo é a regularização fundiária, com a desintração de ocupantes não quilombolas, através da desapropriação ou pagamento de

indenização em espécie e consequente demarcação do território, culminando com a concessão do título de propriedade à comunidade com registro em cartório.

Esse título é coletivo, pró-indiviso e fica registrado em nome da associação dos moradores daquela área, no cartório de imóveis, sendo que não há qualquer dispêndio financeiro para a comunidade beneficiada.

De acordo com os dados constantes do balanço Quilombola elaborado pelo INCRA, em 2012, essa Autarquia possuía 1.167 (um mil, cento e sessenta) processos abertos até aquele ano, conforme quadro 1, exposto a seguir.

Quadro 1 – Quantitativo anual de processos abertos pelo INCRA, 2003-2012

PROCESSOS ABERTOS POR ANO										
2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	TOTAL
09	111	208	189	167	123	147	74	136	03	1.167

Fonte: balanço quilombola INCRA 2012

Fazendo um cotejo entre o quadro anterior de certificações emitidas pela Fundação Cultural Palmares no período 2004-2011, num total de 1.820, e o quadro de processos abertos pelo INCRA acima, entre 2003-2012, verifica-se uma diferença de 653 certificações emitidas pela FCP sem o correspondente processo no INCRA, o que denota um certo descompasso entre as atividades dos dois órgãos.

Na apresentação do balanço oficial da execução da regularização de terras para comunidades quilombolas, em 2012, o INCRA apresentou os dados constantes do Quadro 2:

Quadro 2 – Balanço oficial da execução de regularização fundiária pelo INCRA, 2012

TIPO DE DOCUMENTO	QUANTIDADE
Relatórios antropológicos elaborados	185
RTIDs elaborados	149
Portarias de reconhecimento	71
Decretos de interesse social publicados	42
Decretos de interesse social a serem publicados*	11

* Decretos em análise no MDA e na Casa Civil
Fonte: balanço quilombola INCRA 2012

Informa ainda que devem ser somados a esses dados acima, a elaboração de 138 relatórios antropológicos, e de mais 60 RTIDs, a desintrusão de 19 territórios quilombolas já decretados e adotando medidas necessárias para titular mais 23.

Fazendo um somatório de todas essas providências nas diversas fases e etapas pelas quais atravessa o processo de titularização, atinge o montante de 698, número bem inferior aos 1.167 processos já abertos naquele mesmo período.

Em Sergipe, segundo dados do INCRA de 2012, existem 25 comunidades reconhecidas pela FCP. Dentre elas a do Mocambo em Porto da Folha, com 42 imóveis, sendo 02 titularizados, e a da Lagoa dos Campinhos em Amparo do São Francisco, com 44 imóveis, sendo 01 imóvel titularizado, são as únicas comunidades com processos finalizados de forma parcial no estado.

Essas comunidades remanescentes de quilombos integram o patrimônio cultural nacional como reza o artigo 216¹⁰, da CF. Esses povos espelham e preservam a cultura afro-brasileira, recebendo merecidamente a proteção do Estado, nos termos do art. 215, §1º¹¹ da CF/88.

O artigo 216, §1º da CF, prevê que o Poder Público deve promover e proteger o patrimônio cultural por meio das diversas formas de acautelamento, dentre elas a desapropriação.

O fundamento da desapropriação com vistas à regularização fundiária das comunidades de remanescentes de quilombos é a preservação do patrimônio cultural brasileiro, diferentemente da finalidade de reforma agrária. Quer-se com isso dizer que a desapropriação não depende do estado de produtividade ou improdutividade do imóvel, ou seja, do cumprimento da função social plena da propriedade rural, como sói acontecer quando se trata da desapropriação-sanção regida pelo art. 184 e seguintes da Constituição Federal e Lei nº 8.629/93, para fins de reforma agrária. (CHACPE, 2011, p.2)

Desta forma, para Chacpe (2011), essa desapropriação não se dará nos moldes do artigo 184 da CF, cuja competência é exclusiva da União. No caso da hipótese do artigo 216, os Estados, Municípios e Distrito Federal podem promover a

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

I – as formas de expressão;

II – os modos de criar, fazer e viver;

(...)

11 Art. 215, §1º - O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

desapropriação, com fulcro numa das hipóteses de interesse social dispostas nos incisos do artigo 2º da Lei nº 4.132/62 (CHACPE, 2011).

A conclusão adotada por Chacpe (2011, p.2) é que se

[...] o artigo 13 do Decreto nº 4.887/2003 não tratou do procedimento de intervenção na propriedade privada pela expropriação é que o interesse do Estado em preservar as crenças, o patrimônio, as tradições e o modo de viver dos remanescentes de quilombos como forma de preservação do patrimônio cultural brasileiro é um interesse social, de forma que a desapropriação de propriedades particulares para esse fim é aquela regida pela Lei nº 4.132/62, batizada como desapropriação por interesse social genérico.

De modo diverso, foi a conclusão da Equipe da Sociedade Brasileira de Direito Público em trabalho intitulado “Comunidades Quilombolas Direito à Terra”, coordenado pelo Professor Doutor Carlos Ari Sundfeld, destacado por Chacpe (2011, p. 2) :

Nossa conclusão, portanto, é que o Poder Público, para garantir às comunidades quilombolas a propriedade definitiva das terras que estejam ocupando, no caso delas pertencerem a particulares, deve lançar mão do processo de desapropriação, com fundamento no art. 216, § 1º da Constituição Federal.

O referido processo de desapropriação é nítido interesse social, com fundamento constitucional no art. 216, § 1º, e será feito em benefício de comunidades quilombolas. **Tais desapropriações, quando for o caso, devem ser feitas pelos Estados e também pela União, pois ambos têm o dever constitucional de dar cumprimento aos arts. 215 e 216 da CF e ao art. 68 do ADCT, não demandando, por isso, a edição de lei específica.** (grifo da autora)

Na prática, o que se tem visto é a publicação de decretos expropriatórios com fundamento no artigo 68 do ADCT, no artigo 5º da Lei nº 4.132/62 e no artigo 6º do Decreto-Lei nº 3.365/41, a exemplo do Decreto de 21 de Novembro de 2012, que declara de interesse social para fins de desapropriação, imóvel sob domínio privado abrangido pelo território da comunidade remanescente do quilombo Serra da Guia, situado no município de Poço Redondo, Estado de Sergipe.

A Jurisprudência vem entendendo da mesma forma, conforme julgados destacados abaixo:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. INCRA. DESAPROPRIAÇÃO POR INTERESSE SOCIAL. SÍTIO QUILOMBOLA. APLICABILIDADE DA LEI 4.132/62. POSSIBILIDADE.

(...)

2. O Estado deverá proteger a cultura afrobrasileira, o que poderá ocorrer mediante o instrumento da desapropriação. Inteligência do art. 215, §1º, da CF.

3. A ação de desapropriação foi ajuizada com fundamento no art. 2º, III, da Lei 4.132/62 (estabelecimento de colônia ou cooperativa de povoamento ou trabalho agrícola), inexistindo impedimento para que os beneficiários da

medida venham a ser integrantes de comunidade quilombola. Precedentes desta Corte.

4. Apelação provida. Apelação Cível nº 522043/PE ou 0000515-27.2010.4.05.8304. TRF 5ª Região. Julgada em 14/06/2012.

APELAÇÃO. DESAPROPRIAÇÃO POR INTERESSE SOCIAL. SÍTIO QUILOMBOLA. APLICABILIDADE DA LEI 4.132/62. PROVIMENTO.

I - O art. 215, parágrafo 1º, da Lei Maior, prevê que o Estado deverá proteger a cultura afro-brasileira, o que poderá ocorrer mediante o instrumento da desapropriação.

II - A ação de desapropriação em comento foi ajuizada com fundamento no art. 2º, III, da Lei 4.132/62 (estabelecimento de colônia ou cooperativa de povoamento ou trabalho agrícola), não havendo nada que impeça que os beneficiários da medida venham a ser integrantes de comunidade quilombola, principalmente porque a Lei 12.288/2010, de caráter específico, é capaz de afastar a incidência do art. 5º do primeiro dos diplomas legais citados.

III - Apelo provido.

(PROCESSO: 00005144220104058304, AC526257/PE, DESEMBARGADOR FEDERAL EDÍLSON NOBRE, Quarta Turma, JULGAMENTO: 20/03/2012, PUBLICAÇÃO: DJE 23/03/2012 – p. 440).

3.8 Retrocessão

Regra geral, os bens desapropriados são destinados às pessoas jurídicas políticas que fizeram a desapropriação (União, Estados, Municípios e Distrito Federal), quando os bens passam a integrar o patrimônio dessas pessoas ou das pessoas públicas ou privadas que prestem serviços públicos por delegação do Poder Público, que são as concessionárias de serviço público.

Pode ocorrer ainda que esses bens sejam destinados a terceiros, nas hipóteses em que a desapropriação se faz por zona; para fins de urbanização; para fins de formação de distritos industriais; por interesse social; para assegurar o abastecimento da população; e por fim, a título punitivo, quando incide sobre terras onde se cultivem plantas psicotrópicas (DI PIETRO, 2010, p. 183).

Caso o bem não tenha a destinação para a qual foi desapropriado, gerará o direito ao expropriado de exigir de volta o seu imóvel, também chamado de Retrocessão.

Esse instituto, segundo Di Pietro (2010), tem causado polêmica, tendo sido formadas três correntes: uma que entendia que no direito brasileiro não mais existe a retrocessão como direito real de reivindicar o imóvel de volta, restaria apenas

direito pessoal de pleitear perdas e danos, com previsão no artigo 1.150¹² do Código Civil de 1916.

A segunda corrente entendia que a retrocessão permanece como direito real baseada no preceito constitucional que garante o direito de propriedade, e que só autoriza a desapropriação quando a medida seja voltada ao interesse coletivo.

A terceira e última corrente, via na retrocessão um direito de natureza mista, ou seja, pessoal e real ao mesmo tempo, onde a ação de preempção ou preferência, ou dito de outra forma, perdas e danos, caberia ao expropriado.

Na opinião de Di Pietro (2010), a terceira corrente é a que melhor condiz com o direito de propriedade, contando ainda com a possibilidade de que o novo Código Civil volte a prevalecer a tese da retrocessão como direito pessoal, haja vista a redação do artigo 1.150 do Código Civil de 1916 não ter se mantido. O atual artigo 519 do Códex não mais determina que o poder público ofereça o imóvel ao desapropriado, assegura apenas a este o direito de preferência, pelo preço atual da coisa.

A justificativa para manter o seu posicionamento de que cabe a retrocessão, Di Pietro (2010) se fundamenta no fato de que o Código Civil não tem força para infringir a norma constitucional, vez que esta só permite a desapropriação por motivo de necessidade pública, utilidade pública ou interesse social. Para essa autora, se restar demonstrado que o imóvel não foi utilizado nos moldes da Constituição, o direito de propriedade do expropriado se restabelece em sua totalidade, podendo reivindicar o imóvel.

3.9 Desapropriação Indireta

A desapropriação indireta de acordo com Di Pietro (2010), ocorre quando se processa sem a obediência ao procedimento estabelecido na norma, sendo equiparada ao esbulho, podendo ser obstada por meio de ação possessória, em tempo hábil, antes que a Administração Pública dê uma destinação pública, sob pena de não poder mais reivindicar o imóvel.

12 Art. 1.150. A União, o Estado, ou o Município, oferecerá ao ex-proprietário o imóvel desapropriado, pelo preço que o foi, caso não tenha o destino, para que se desapropriou.

Acaso o Poder Público tenha afetado o bem ao uso comum do povo ou ao uso especial da Administração, ao particular caberá apenas reivindicar indenização por perdas e danos, por não ter requerido em momento oportuno.

Esse tipo de desapropriação, segundo Di Pietro (2010), inclui na indenização as mesmas parcelas verificadas para o caso de desapropriação legal, incluindo os juros moratórios, que eram contados a partir da perícia, tendo sido modificado esse entendimento por parte do STF, no sentido de que os juros compensatórios contam-se a partir da ocupação do bem, desta forma revoga a Súmula nº 345¹³.

O Poder Público terá que recorrer à ação de usucapião na situação em que o particular não pleiteia a indenização em tempo hábil, deixando prescrever seu direito, considerando que a simples afetação¹⁴ do bem privado a um fim público não transfere imediatamente a propriedade.

O direito de propor ação de indenização por desapropriação indireta ou apossamento administrativo, prescreve em cinco anos, de acordo com a redação do artigo 10, parágrafo único, do Decreto-lei nº 3.365/41, alterado pela Medida Provisória nº 2.183/01. Contudo, essa Medida Provisória foi vergastada pela ADIN nº 2.260/DF, com acolhimento ao final de liminar restabelecendo a jurisprudência anterior. Atualmente, o prazo para usucapião é de 15 anos, conforme dispõe o artigo 1.238 do Código Civil.

3.10 Da Prescrição

Quanto à prescrição, Di Pietro (2010) entende que em se tratando de perdas e danos, será de dez anos em face do artigo 205¹⁵ do Código Civil, que não distingue as ações reais e as pessoais para fins de fixação do prazo prescricional. Se a desapropriação é por interesse social, o artigo 3º¹⁶ da Lei nº 4.132/62 prevê um prazo de caducidade, de dois anos, que começa a contar do decreto expropriatório,

13 Súmula 345 STF – Na chamada desapropriação indireta, os juros compensatórios são devidos a partir da perícia, desde que tenha atribuído valor atual ao imóvel.

14 o fato ou a manifestação de vontade do poder público, em virtude do que a coisa fica incorporada ao uso e gozo da comunidade. Di Pietro (2010, p. 185).

15 Art. 205 CC – a prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor.

16 Art. 3º - O expropriante tem o prazo de 2 (dois) anos, a partir da decretação da desapropriação por interesse social, para efetivar a aludida desapropriação e iniciar as providências de aproveitamento do bem expropriado.

para a promoção da desapropriação, bem como para que se sejam adotadas as medidas necessárias ao aproveitamento do bem expropriado.

Se a hipótese é de desapropriação para reforma agrária, o prazo é de três anos, conforme previsto no artigo 16, da Lei nº 8.629/93, a contar da data de registro do título translativo de domínio. A partir desse prazo começa a correr o prazo de prescrição para a ação de retrocessão. O município tem o prazo de cinco anos nos casos de desapropriação por interesse social para proceder ao adequado aproveitamento do imóvel, contados da sua incorporação ao patrimônio público.

Na desapropriação indireta, nos termos do parágrafo único do artigo 10 do Decreto-lei 3.365/41, o prazo é decadencial de cinco anos para propositura de ação visando à indenização do particular pelo poder público. Tal dispositivo é considerado inconstitucional por Mello (2010, p.890), vez que esse parágrafo fora incluído pela MP 1.774-22, de 11.2.1999, sem atendimento aos pressupostos de urgência e relevância, “mas que persistirá no sistema, com o beneplácito do STF, maiormente depois da EC 32: ‘extingue-se em cinco anos o direito de propor ação que vise à indenização por restrições decorrentes de atos do Poder Público’”.

4 DOS PRINCÍPIOS NORTEADORES

De acordo com Brito (2006, p. 166)

[...] as normas que veiculam princípios desfrutam de maior envergadura sistêmica. Elas enlaçam a si outras normas e passam a cumprir um papel de ímã e de norte, a um só tempo, no interior da própria Constituição. [...] é que as normas principais consubstanciam ou tipificam valores (Democracia, [...] Dignidade da pessoa humana, ...) **que são fins em si mesmos**. [grifo do autor]

Contudo, o ilustre Jurista faz uma ressalva quanto ao último aspecto dos princípios, qual seja, de ser um fim em si mesmo:

Advirta-se, porém, que o diálogo *interprincípial* não infirma o significado próprio ou autonomizado de cada princípio dialogante. Ele apenas quer traduzir que, de par com o valor que lhe adensa a individualidade enquanto norma, cada princípio concorre para a significação de outro, ou de outros. Quer por efeito de complementação, quer por efeito de contraposição. [...] Já o princípio da “propriedade privada”, é óbvio que ele se define por oposição ao princípio da “função social da propriedade”.

Para Mendes (2007), a inserção dos direitos fundamentais no início da constituição já demonstra a pretensão do legislador constituinte de proporcionar especial valor a esses direitos. Um outro aspecto, é quanto à vinculação direta dos órgãos estatais a tais direitos, devendo guardar estrita observância, sendo de eficácia imediata.

Possuem ainda, os direitos fundamentais, status de cláusula pétrea, como dispõe o artigo 60, § 4º, inciso IV¹⁷, da Constituição Federal.

Todavia, adverte Souza Júnior (2012, p. 48-49) “que os princípios jurídicos nem sempre tiveram esse conteúdo”, e sustenta essa afirmação com espeque em Bonavides para quem os princípios passaram por três concepções diferentes acerca de sua natureza:

a) Jusnaturalismo: é a primeira e mais antiga teoria acerca da natureza dos princípios. A presença marcante das ideias filosóficas e políticas que firmaram o Estado Liberal fez com que os princípios fossem considerados a expressão desses novos valores, possuindo, pois, um peso fortemente ético e não jurídico. Os princípios estavam, então, impregnados de um ideal próprio de Justiça, sendo verdadeiros axiomas jurídicos, normas que tinham valores deduzidos pela “reta razão” e, por isso, pairavam em um nível abstrato, valorativo, meramente informador e carente por completo de juridicidade – mero extrato de valor informador da ordem jurídica.

17 Art. 60, §4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
(...)

IV – os direitos e garantias individuais

b) Positivismo: representa uma etapa intermediária na afirmação da juridicidade dos princípios ao lado das demais normas e, por isso, não podem ser considerados, como antes, instância supra-legal. Decorrem, outrossim, do próprio Direito Positivo na medida em que são considerados generalizações das regras jurídicas e não de um fictício Direito Natural descoberto pela razão. Entretanto, são denominados *princípios gerais do direito* e integram o ordenamento jurídico no mais baixo grau de hierarquia, eis que sua função se reserva a impedir o vazio normativo na ausência de regra estrita: são fontes normativas secundárias, verdadeiras “válvulas de segurança” do sistema, com funcionalidade meramente supletiva.

c) Pós-positivismo: princípios passam a ter força normativa plena, ou seja, são consideradas normas dotadas de juridicidade idêntica à das regras jurídicas. Não são mais tratados como valores abstratos, nem como fonte supletiva, e sim como Direito, em toda a latitude do termo, na medida em que integram cada vez mais as Constituições criadas após as grandes guerras mundiais. Reconfigurando todo o sistema jurídico, alçam foro de norma constitucional em duas fases distintas: a) fase programática: em que possuem aplicabilidade diferida e, portanto, normatividade mínima, eis que são vistos como programas normativos a serem concretizados aos poucos pelos operadores jurídicos, e b) fase não programática: em que há a reversão do conceito, pelo que os princípios passam a ser considerados em sua dimensão objetiva e concretizadora, tendo, pois, aplicação direta e imediata.

4.1 A Colisão de Direitos Fundamentais

Os princípios aqui delineados encerram seu conteúdo nos direitos fundamentais, que são o princípio da função social da propriedade, o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da proporcionalidade, embora este último não esteja expresso no texto constitucional, mas sim de forma implícita pode ser identificado.

As normas jurídicas vêm sendo classificadas pela moderna doutrina em dois grupos: o das regras e o dos princípios. Nas palavras de Canotilho (1986) *apud* Mendes (2008, p.284), “as regras correspondem às normas que, diante da ocorrência do seu suposto de fato, exigem, proíbem, ou permitem algo em termos categóricos”. Os princípios “são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas”.

Dada a distinção conceitual entre um grupo e outro, qual seja, entre regras e princípios, quando ocorrem situações de conflito entre duas regras e entre dois princípios, a forma para resolver também é distinta entre eles.

Mendes (2008, p. 284) afirma que “havendo conflito de uma regra com outra, que disponha em contrário, o problema se resolverá em termos de validade. As duas normas não podem conviver simultaneamente no ordenamento jurídico”.

No caso do confronto de princípios incidentes numa dada situação, Mendes (2008, p. 284) assevera que “deve se buscar a conciliação entre eles, uma aplicação de cada qual em extensões variadas, segundo a respectiva relevância no caso concreto, sem que se tenha um dos princípios como excluído do ordenamento jurídico por irremediável contradição com o outro”. Nesse mesmo sentido Bonavides (2002, p. 251) apoiado em Alexy (1985).

Vale destacar o ensinamento do ilustre Radbruch (1997, p. 417):

Há também princípios fundamentais de direito que são mais fortes do que todo e qualquer preceito jurídico positivo, de tal modo que toda a lei que os contrarie não poderá deixar de ser privada de validade. Há quem lhes chame *direito natural* e quem lhes chame *direito racional*. Sem dúvida, tais princípios acham-se, no seu pormenor, envoltos em graves dúvidas. Contudo o esforço de séculos conseguiu extrair deles um núcleo seguro e fixo, que reuniu nas chamadas declarações dos *direitos do homem e do cidadão*, e fê-lo com um consentimento de tal modo universal que, com relação a muitos deles, só um sistema cepticismo poderá ainda levantar quaisquer dúvidas.

4.2 Da Função Social da Propriedade

Para Di Pietro (2010), a função social da propriedade tem como inspiração mais próxima a doutrina social da Igreja Católica, basicamente nas Encíclicas *Mater Et Magistra*, do Papa João XXIII, de 1961, e *Centesimus Gennus*, de 1991, de João Paulo II, nas quais a propriedade está ligada à ideia de “servir de instrumento para a criação de bens necessários à subsistência de toda a humanidade”.

Para Silva (2006, p.283) o princípio da função social ultrapassa o ensinamento da Igreja, destacado por Di Pietro acima. No entender deste autor, esse princípio

[...] transforma a propriedade capitalista, sem socializá-la. Condiciona-a como um todo, não apenas seu exercício, possibilitando ao legislador entender com os modos de aquisição em geral ou com certos tipos de propriedade, com seu uso, gozo e disposição. Constitui, como já se disse, o fundamento do regime jurídico da propriedade, não de limitações, obrigações e ônus que podem apoiar-se – e sempre se apoiaram – em outros títulos de intervenção, como a ordem pública ou a atividade de polícia.

De acordo com Anjos Filho (2005, p.6),

[...] o fenômeno da constitucionalização da função social da propriedade se originou com as Constituições do México de 1917 e da Alemanha de 1919 (Constituição de Weimar). A primeira estatui, no artigo 27, que “A Nação terá, a todo tempo, o direito de impor à propriedade privada as determinações ditadas pelo interesse público (...)”, enquanto esta última chega a afirmar, no seu artigo 153 que “A propriedade obriga e o seu uso e exercício devem ao mesmo tempo representar uma função no interesse social”

Observa ainda Anjos Filho (2005), que a função social está intrinsecamente ligada às Constituições do *welfare state*, às quais consagraram o bem estar social, bem como numa decorrência do direito de solidariedade.

Esse princípio surgiu expressamente na Carta de 1967, como princípio da ordem econômica e social, previsto no artigo 157¹⁸, uma vez que na Constituição de 1946 foi fonte de inspiração para a desapropriação por interesse social, mas não constava de forma expressa a função social.

A Constituição de 1969 se fez presente também no capítulo relativo à ordem econômica e social, previsto no artigo 160¹⁹. Nessas duas últimas constituições, tal princípio esteve voltado para a desapropriação visando a reforma agrária.

No atual texto constitucional, o princípio da função social da propriedade se faz presente em dois momentos: como direito fundamental, no artigo 5º, inciso XXIII, e também como princípio regente da ordem econômica, artigo 170, inciso III, ou seja, por estar presente em dois capítulos distintos, Lima (2006) entende que por isso, não há espaço para “enganos e tropeços interpretativos” quanto ao seu conteúdo.

Para Silva (2006, p.281-282), “a função social da propriedade não se confunde com os sistemas de limitação da propriedade”, vez que estes tratam do exercício do direito ao proprietário; aquela, “à estrutura do direito mesmo, à propriedade”.

Esse princípio, para Silva (2006, p.283-284),

[...] constitui um princípio ordenador da propriedade privada e fundamento da atribuição desse direito, de seu reconhecimento e da sua garantia

18 Art. 157. A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios:

(...)

III – função social da propriedade.

19 Art. 160 – A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios:

(...)

III – função social da propriedade.

mesma, incidindo sobre seu próprio conteúdo. [...] Enfim, a função social se manifesta na própria configuração estrutural do direito de propriedade, pondo-se concretamente como elemento qualificante na predeterminação dos modos de aquisição, gozo e utilização dos bens.

Na opinião de Lima (2006, p.67), atualmente “a mais importante constatação a respeito do direito de propriedade seja a da importância fundamental da função social que não só deve ser por ela atingida, mas que integra a essência de seu conceito.” Trazendo uma passagem de Gondinho (2000, *apud* Lima, 2006, p. 68) que trata da incompreensão do conceito e do papel desse princípio no nosso ordenamento jurídico:

Esse quadro, em grande parte, se explica pelo alarmante desconhecimento do verdadeiro alcance do princípio da função social da propriedade. Não é raro, apesar da boa produção científica existente, encontrar-se, no meio jurídico, a idéia [sic] de que o princípio da função social da propriedade não passa de mera norma programática, de eficácia limitada, conteúdo impreciso, sem força cogente para regular condutas sociais.

Silva (2006, p. 282) comunga do pensamento, de que “a norma que contém o princípio da função social da propriedade incide imediatamente, é de aplicabilidade imediata, como o são todos os princípios constitucionais” e ainda ressalta o papel desse princípio, inclusive na ordem econômica:

Mas é certo que o princípio da função social não autoriza a suprimir, por via legislativa, a instituição da propriedade privada. Contudo, parece-nos que pode fundamentar até mesmo a socialização de algum tipo de propriedade, onde precisamente isso se torne necessário à realização do princípio, que se põe acima do interesse individual. Por isso é que se conclui que o direito de propriedade (dos meios de produção especialmente) não pode mais ser tido como um direito individual. A inserção do princípio da função social, sem impedir a existência da instituição, modifica sua natureza, pelo que, como já dissemos, deveria ser prevista apenas como instituição do direito econômico.

Gondinho (2000, *apud* Lima, 2006, p. 74) concorda com esse posicionamento:

A função social da propriedade, embora represente um freio ao exercício anti-social [sic] da propriedade, não lhe retira todo o seu gozo e exercício, pelo contrário, muitas vezes é ela a mola impulsadora do exercício da senhoria, pois representa uma reação contra os desperdícios da potencialidade da mesma. Isto significa que a propriedade, embora concedida e tutelada na forma de sua função social, continua sendo direito subjetivo de seu titular e em seu proveito estabelecida.

Questão não menos importante diz respeito à identificação de qual tipo de propriedade possui função social. Na opinião de Anjos Filho (2005, p. 7),

[...] em que pese a divergência doutrinária [...] preferimos afirmar que há função social em qualquer tipo de propriedade. Nesse ponto concordamos com DOMINGOS SÁVIO DRESCH DA SILVEIRA [sic], no sentido de que o que varia não é a existência (sempre há), mas sim o tipo de função social,

[...], para cada espécie de propriedade corresponde um tipo diverso de função social.

A função social da propriedade é princípio constitucional expresso em nosso ordenamento jurídico, e fundamenta diretamente o instituto da desapropriação. Quando esse princípio deixar de ser observado, tanto na propriedade rural para fins de reforma agrária, quanto na urbana para promoção da política urbana nos municípios, bem como, quando utilizada para cultura de plantas psicotrópicas de forma ilícita, ocorrerá a desapropriação, que possui também caráter sancionatório.

Para aplicação desse princípio, o Poder Público utiliza-se de suas prerrogativas visando dar uma destinação ao bem particular, seja por utilidade pública, necessidade pública ou interesse social, a depender de cada caso e de acordo com o tipo de propriedade.

4.3 Do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

A dignidade da pessoa humana é princípio basilar de qualquer ordem constitucional que se pretende ser considerada Estado democrático de Direito, tida como valor fundamental da ordem jurídica.

Muito se discute sobre o caráter absoluto do princípio da dignidade da pessoa humana, pelo fato de ser o alicerce de todo ordenamento jurídico, mas não há consenso na doutrina, de sorte que trazemos à baila a lição de Piovesan (2000, p. 54, *apud* Santana, 2010, p. 1) que concorda com essa dimensão:

A dignidade da pessoa humana, (...) está erigida como princípio matriz da Constituição, imprimindo-lhe unidade de sentido, condicionando a interpretação das suas normas e revelando-se, ao lado dos Direitos e Garantias Fundamentais, como cânone constitucional que incorpora “as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro.

Posicionamento contrário é apresentado por Alexy (1993, *apud* Santos, 2000), que rejeita de forma veemente essa ideia, para quem a existência de princípio de caráter absoluto, se há de ser modificado o conceito de princípio, com o qual o segundo autor discorda.

Nesse mesmo sentido, adverte Bobbio (2004, p. 16):

Da finalidade visada pela busca do fundamento, nasce a ilusão do fundamento absoluto, ou seja, a ilusão de que – de tanto acumular e elaborar razões e argumentos – terminaremos por encontrar a razão e o argumento irresistível, ao qual ninguém poderá recusar a própria adesão.

Para Bobbio (2004, p. 16) essa ilusão não se admite hoje, pois para esse autor, “toda busca do fundamento absoluto é, por sua vez, infundada”. Esse pensamento foi comum ao jusnaturalismo, em que alguns direitos decorriam da própria natureza humana, completando essa argumentação com um exemplo:

A disputa acerca de qual das três soluções possíveis quanto à sucessão de bens (o retorno à comunidade, a transmissão familiar de pai para filho ou a livre disposição pelo proprietário) era a mais natural e, portanto, devia ser preferida num sistema que aceitava como justo tudo o que se fundava na natureza (BOBBIO, 2004, p.16).

O direito constitucional contemporâneo para Sarlet (2006), está assentado nos postulados da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, de tal modo que mesmo no ordenamento onde esse princípio não esteja expresso ou naquele em que, apesar do reconhecimento, fica limitado ao texto magno, ainda assim estão interligados e indissociáveis, ainda que virtualmente.

Entretanto, o autor acima ressalta que apesar da existência desse liame entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, o entendimento do seu conteúdo e significado ainda tem gerado muita discussão nos níveis doutrinário e jurisprudencial, defendendo a ideia de que

[...] a dignidade é qualidade intrínseca e indissociável de todo e qualquer ser humano e certos de que a destruição de um implicaria a destruição do outro, de modo que a proteção da dignidade da pessoa (de cada uma e de todas as pessoas) constituem-se (ou, ao menos, assim o deveriam) em meta permanente da humanidade, do Estado e do Direito. (SARLET, 2006, p.27)

Ainda de acordo com Sarlet (2006), a dignidade da pessoa humana encontra referências no Antigo e no Novo Testamento quando fala da premissa maior do Cristianismo de que “o ser humano foi criado à imagem e semelhança de Deus”. Já no pensamento político e filosófico, na opinião desse autor, a dignidade estava relacionada à posição social que o indivíduo ocupava e o reconhecimento daqueles que habitavam a comunidade, podendo mesmo se falar em “quantificação e modulação da dignidade”, na medida em que haviam pessoas mais ou menos dignas que outras.

Ao contrário disso, no pensamento estóico, a dignidade fazia parte das qualidades do homem, a ele era inerente e assim o distinguia dos demais seres, de modo que todos os humanos teriam a mesma dignidade, interligada à ideia de liberdade individual de cada um.

São Tomás de Aquino, em período medieval, também revela que a dignidade encontra assento na mesma premissa de que “o ser humano foi feito à imagem e semelhança de Deus”, contudo, o ser humano possui uma capacidade de autodeterminação que lhe é peculiar, e que em razão da sua dignidade, é “livre por natureza” e “existe em função da sua própria vontade”. Esse pensamento se revela também nos princípios da Igreja Católica, quando trata do livre arbítrio. Mas, foi em Kant que a dignidade se seculariza e se afasta da concepção religiosa.

Para Sarlet (2006, p.32), a premissa de Kant é que o homem possui a autonomia da vontade, sendo esta compreendida como “a faculdade de determinar a si mesmo e agir em conformidade com a representação de certas leis, é um atributo apenas encontrado nos seres racionais, constituindo-se no fundamento da dignidade da natureza humana.”

Partindo dessa premissa, Kant (1980, *apud* Sarlet, 2006, p.33) sustenta que

[...] o homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como um fim em si mesmo, não simplesmente como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado simultaneamente como um fim... Portanto, o valor de todos os objetos que possamos adquirir pelas nossas ações é sempre condicional. Os seres cuja existência depende, não em verdade da nossa vontade, mas da natureza, têm contudo, se são seres irracionais, apenas um valor relativo como meios e por isso se chamam coisas, ao passo que os seres racionais se chamam pessoas, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, quer dizer, como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, por conseguinte, limita nessa medida todo o arbítrio (e é um objeto de respeito).

Verifica-se que a partir do pensamento de Kant, o homem se diferencia dos demais seres, e com estes não se deve confundir. Para Kant, as coisas têm um preço e por isso podem ser substituídas por outra equivalente, todavia, quando uma coisa não tem preço e não se encontra outra equivalente, conclui-se que ela tem dignidade. Em posição diametralmente oposta, Hegel defende que a dignidade não nasce com o ser humano, que só a alcança quando atinge a condição de cidadão. (SARLET, 2006).

Foi após o fim da II Guerra Mundial e a constatação de inúmeras atrocidades contra seres humanos, que levaram vários países a insculpir o princípio da dignidade da pessoa humana ao texto constitucional, a exemplo, no Direito comparado, da constituição Italiana (27/12/1947 - art. 3º); Alemã (23/05/1949 – art. 1º, nº 1);

Portuguesa (25/04/1976 e revisão de 1989 – art. 1º) e Espanhola (art. 10, nº 1), como destaca Rivabem (2007).

Toda essa movimentação estrangeira influenciou o constituinte brasileiro, levando à consagração do princípio da dignidade da pessoa humana pela primeira vez, na Constituição de 1988, como fundamento da nossa República em oposição ao militarismo, às constantes violações a garantias e direitos fundamentais e ao “positivismo cego” com que estavam sendo desenvolvidas as atividades da Constituinte de 1988 (RIVABEM, 2007).

Dada a sua relevância para o ordenamento jurídico pátrio e para a compreensão do presente estudo, reproduzimos abaixo o teor do artigo 1º da Constituição Federal em vigor.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

...

III – a dignidade da pessoa humana;

A nova orientação do direito civil brasileiro não vigora sem observar o que dispõe o texto constitucional, com reflexo no princípio ora comentado como assevera Fensterseifter (2007, p. 11):

A reorientação de princípios e valores a que está condicionado o Direito Civil pelo texto constitucional faz com que a sua leitura se faça no sentido constituição-código, em detrimento da sua leitura código-constituição. Tudo o que não encontrar suporte no texto constitucional, mesmo que expresso em legislação civil, estará fora do sistema e do ordenamento jurídico. A partir dessa racionalidade, é perceptível o valor fundamental atribuído à dignidade da pessoa humana e ao bem-estar social na nova leitura que se faz do agora Direito Civil-Constitucional. O patrimônio perdeu espaço em favor a valores de natureza humana existencial e social.

4.4 Do Princípio da Proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade tem seu fundamento pouco definido pela doutrina. Para alguns reside nos direitos fundamentais, para outros é a expressão do Estado de Direito, e ainda há aqueles que dizem tratar-se de um postulado jurídico com origens no direito suprapositivo destacam Mendes, Coelho e Branco (2008).

Mendes, Coelho e Branco (2008, p.332), apresentam três elementos que dividem tal princípio: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. O primeiro, “exige que as medidas interventivas adotadas se mostrem aptas

a atingir os objetivos pretendidos”. O segundo, “significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos”. O terceiro elemento desse princípio, teria “o papel de um *controle de sintonia fina*, apontando se foi encontrada a justa solução ou se há necessidade de revisão da medida”.

A primeira referência a esse princípio na jurisprudência do STF refere-se à proteção ao direito de propriedade, no RE n. 18.331, da relatoria do Ministro Orozimbo Nonato, julgado em 1953, conforme Mendes, Coelho e Branco (2008, p. 324):

O poder de taxar não pode chegar à desmedida do poder de destruir, uma vez que aquele somente pode ser exercido dentro dos limites que o tornem compatível com a liberdade de trabalho, de comércio e da indústria e com o **direito de propriedade**. É um poder, cujo exercício não deve ir até o abuso, o excesso, o desvio, sendo aplicável, ainda aqui, a doutrina fecunda do ‘*détournement de pouvoir*’. Não há que estranhar a invocação dessa doutrina ao propósito da inconstitucionalidade, quando os julgados têm proclamado que o conflito entre a norma comum e o preceito da Lei Maior pode se acender não somente considerado a letra do texto, como também, e principalmente, o espírito do dispositivo invocado. [grifo nosso]

Esse princípio é considerado por Brito (2006, p. 197) como um princípio “conciliador por excelência”, contudo, “não faz parte das categorias metajurídicas”. Ao contrário disso, o autor o tem “como princípio constitucional *inexpresso*, do tipo instrumental. Um princípio que é a decorrência lógica do tensionamento daqueles princípios materiais que se definem por contraposição”.

Tal princípio irá servir para que o juiz no caso concreto faça um sopesamento dos fatos e escolha o princípio material que se aproxime dos valores ou que cause menos lesão aos princípios que estejam “em concreto estado de fricção”.

[...] a doutrina constitucional mais moderna enfatiza que, em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada (reserva legal), mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o *princípio da proporcionalidade*. (MENDES; COELHO;BRANCO, 2008, p.331)

Para demonstrar a sua aplicabilidade merece destaque a decisão do STJ no pedido de intervenção federal no Estado do Mato Grosso, a seguir esposada

EMENTA DIREITO CONSTITUCIONAL. INTERVENÇÃO FEDERAL. ORDEM JUDICIAL. CUMPRIMENTO. APARATO POLICIAL. ESTADO MEMBRO. OMISSÃO (NEGATIVA). **PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE**. PONDERAÇÃO DE VALORES. APLICAÇÃO. 1 - O princípio da proporcionalidade tem aplicação em todas as espécies de

atos dos poderes constituídos, apto a vincular o legislador, o administrador e o juiz, notadamente em tema de intervenção federal, onde pretende-se a atuação da União na autonomia dos entes federativos. 2 - Aplicação do princípio ao caso concreto, em ordem a impedir a retirada forçada de mais 1000 famílias de um bairro inteiro, que já existe há mais de dez anos. Prevalência da dignidade da pessoa humana em face do direito de propriedade. Resolução do impasse por outros meios menos traumáticos. 3 - Pedido indeferido. (INTERVENÇÃO FEDERAL Nº 92 - MT (20050020476-3) - RELATOR: MINISTRO FERNANDO GONÇALVES) [grifo nosso]

Mendes (2007, p. 20) aponta a necessidade de aplicação do princípio da proporcionalidade quando da verificação do direito de propriedade através da ponderação:

[...] a garantia constitucional da propriedade está submetida a um processo de *relativização*, sendo interpretada, fundamentalmente, de acordo com parâmetros fixados pela legislação ordinária. As disposições legais relativas ao conteúdo têm portanto, inconfundível *caráter constitutivo*. Isso não significa, porém, que o legislador possa afastar os limites constitucionalmente estabelecidos. A definição desse conteúdo pelo legislador há de preservar o direito de propriedade enquanto garantia constitucional. Ademais, as *limitações* impostas ou as novas *conformações* conferidas ao direito de propriedade não de observar especialmente o **princípio da proporcionalidade**, que exige que as restrições legais sejam adequadas, necessárias e proporcionais. [grifo nosso]

Na lição de Cunha Júnior (2008, p. 219) colhe-se a seguinte lição:

Consubstancia, em essência, uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das idéias [sic] de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a positivação jurídica, inclusive a de nível constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral do direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico.

5 AS COMUNIDADES REMANESCENTES QUILOMBOLAS

Para compreensão da expressão “remanescentes quilombolas”, cada termo será conceituado de forma individualizada, com base em estudos antropológicos, para se chegar à exegese do art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) mais à frente.

5.1 Conceito de Remanescentes

Arruti (2006, p. 81) se reporta ao termo “remanescentes” no contexto do artigo 68 do ADCT com larga semelhança à situação dos indígenas ocorrida em tempos pretéritos:

No art. 68, o termo “remanescentes” também surge para resolver a difícil relação de continuidade e descontinuidade com o passado histórico, em que a descendência não parece ser um laço suficiente. De forma semelhante à dos grupos indígenas, o emprego do termo implica expectativa de encontrar, nas comunidades atuais, formas atualizadas dos antigos quilombos, mesmo em função do lugar espelhado que o negro ocupa com relação ao índio inverta o valor atribuído àquelas “sobras” e “restos” de formas antepassadas.

Mais à frente Arruti (2006, p. 82) amplia essa ideia para concordar com a valorização dos quilombolas enquanto comunidades, e não somente quilombos,

[...] o termo “remanescente” introduz um diferencial importante com relação ao outro uso do termo “quilombo”, presente na Constituição brasileira de 1988. Nele, o que está em jogo não são mais as “reminiscências” de antigos quilombos (documentos, restos de senzalas, locais emblemáticos como a Serra da Barriga etc.) do artigo 215, mas comunidades, isto é, organizações sociais, grupos de pessoas que “estejam ocupando suas terras”, como diz o “artigo 68”.

Para esse autor, “o uso do termo qualificativo *remanescentes* está menos relacionado a uma estratégia argumentativa do que a um *habitus* semântico que emerge da própria linguagem e prática dos aparelhos de Estado e que introduz o tema dos “quilombos contemporâneos” em um certo “senso prático”. (ARRUTI, 2006, p.79).

O decreto nº 4887/2003 define comunidades quilombolas nos seguintes termos, *verbis*:

Art. 2º Consideram-se remanescentes das comunidades dos quilombos, para os fins deste Decreto, os grupos étnico-raciais, segundo critérios de auto-atribuição, com trajetória histórica própria, dotados de relações

territoriais específicas, com presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida.

Essa definição foi reproduzida no art. 3º da Instrução Normativa nº 59, de 20 de outubro de 2009, do INCRA.

5.2 Conceito de Quilombola

Um conceito amplo e completo foi trazido na obra de Arruti (2006, p. 76):

Movimento social de resistência física e cultural da população negra que se estruturou não só na forma dos grupos fugidos para o interior das matas na época da escravidão, mas, também, em um sentido bastante ampliado, na forma de todo e qualquer grupo tolerado pela ordem dominante em função de suas declaradas finalidades religiosas, recreativas, beneficentes, esportivas etc.

Enquanto órgão criado com a finalidade de proteger a memória dos quilombolas, a Fundação Cultural Palmares, criada em 1988, através de um pesquisador, trouxe uma sugestão para a definição de quilombo no início da década de 1990, que seria base para trabalhos futuros, sobre seu quantitativo e situação atual, da seguinte forma: “quilombos são os sítios historicamente ocupados por negros que tenham resíduos arqueológicos de sua presença, inclusive as áreas ocupadas ainda hoje por seus descendentes, com conteúdos etnográficos e culturais.” (ARRUTI, 2006, p.83).

No modo de pensar de CHACPE (2011, p.01), “a noção de quilombo não se alcança por simples interpretação jurídica, pois depende de investigações, estudos e pesquisas na área de antropologia, sociologia e história, sem as quais não se pode afirmar o exato sentido do preceito estudado”. Comunga desse pensamento, Santos (2010, p.74), que faz uma crítica aos procedimentos metodológicos da ciência moderna, com “excessiva parcelização e disciplinarização”, e afirma que “o direito, que reduziu a complexidade da vida jurídica à secura da dogmática, redescobre o mundo filosófico e sociológico em busca da prudência perdida”.

Desta forma, requer uma ampliação de sentido para alcançar ainda a sua cultura e ideologia.

Com efeito, a noção de quilombo do art. 68 do ADCT tem de ser compreendida com certa largueza metodológica, de forma a não se limitar apenas à ocupação efetiva, mas também ao universo das características culturais, ideológicas e axiológicas em que os remanescentes de quilombos (no sentido lato) se reproduziram e se apresentam modernamente.

Reconhecer o direito à titulação das comunidades quilombolas é antes de tudo uma forma tardia de recuperar o respeito pela resistência negra e a sua luta pela liberdade, considerado que ainda hoje a comunidade negra constitui-se da maioria excluída pela sociedade. (CHACPE, 2011, p.01)

O conceito antropológico de quilombola foi adotado pelo STJ no julgamento do REsp 931.060/RJ, julgado em 17.12.2009, cuja ementa segue abaixo:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. TERRENO DE MARINHA. ILHA DA MARAMBAIA. COMUNIDADE REMANESCENTE DE QUILOMBOS. DECRETO N.º 4.887, DE 20 DE NOVEMBRO DE 2003, E ART. 68 DO ADCT.

5.3 Tipologias de Quilombolas

De acordo com a definição dada pelo governo da província, à época, “reputa-se lhe escravo aquilombado, logo que esteja ao interior das matas, vizinho, ou distante de qualquer estabelecimento, em reunião de dois ou mais com casa ou rancho” (REIS; GOMES, 1996, p.436).

Contudo, essa era apenas uma tipologia de quilombola, sendo que o segundo tipo de quilombo, segundo Reis e Gomes (1996), são os grupos distantes das redondezas das fazendas, que buscavam implementar uma economia de subsistência, porém, com a comercialização de parte do excedente dessa produção.

O último tipo trata-se daquele que “combinava a agricultura de subsistência com garimpo.” (REIS; GOMES, 1996, p.437). O garimpo ampliava a rede de comércio e a consequente arrecadação maior de recursos.

5.4 Marco Regulatório Internacional

No âmbito internacional, a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, anexo 3, adotada na 76ª Conferência Internacional do Trabalho, em 1989, foi o referencial que tratou diretamente sobre a regularização de terras fundiárias aos povos indígenas e tribais.

Já no artigo 1º da referida Convenção, prevê que a consciência da identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos quais se aplicam os seus dispositivos.

No artigo 8º traz de forma expressa quando da aplicação da legislação nacional, que devem ser considerados os costumes ou direito consuetudinários dos povos, desde que estes não interfiram no sistema jurídico pátrio, assim como com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos.

Ainda no artigo 13 da Convenção 169 da OIT, estabelece que os governos, ao aplicarem a parte das disposições sobre Terras, deverão respeitar a importância especial que para as culturas e valores espirituais dos povos possui a sua relação com as terras ou territórios, ou ambos, segundo os casos, que eles ocupam ou utilizam de alguma maneira e, particularmente, os aspectos coletivos dessa relação.

Essa Convenção tem sua ratificação em nosso ordenamento jurídico pelo Congresso Nacional, através do Decreto Legislativo nº 143, de 20 de junho de 2002, com vigência a partir de 2003, e sua promulgação pelo Presidente da República, se deu por meio do Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004. De acordo com o que dispõe o artigo 5º, §2º²⁰, da Constituição Federal de 1988, foi recepcionada com status de lei ordinária e como direito fundamental.

Depreende-se do exposto que o regramento infraconstitucional consubstanciado no Decreto nº 4.887/03, anexo 2, que regulamenta o reconhecimento e titulação de comunidades remanescentes quilombolas, encontra-se em consonância com os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil ao aderir à Convenção 169 da OIT.

5.5 A Regulamentação no Estado Brasileiro

A Lei de Terras foi promulgada sob nº 601, de 18 de setembro de 1850, e promoveu uma ordenação conservadora da estrutura fundiária do nosso país, onde praticamente inviabilizava o acesso à terra de negros e seus descendentes no período de transição entre a escravidão e o regime do trabalho assalariado no século XIX.

Soma-se a isso a política estatal de incentivo à imigração daquela época, condicionando a liberação da entrada de estrangeiros no Brasil à procedência

20 Art. 5º, §2º - os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

européia, proibindo de forma expressa o ingresso de pessoas provenientes da África e Ásia. Nesse mesmo período, teorias científicas em defesa da inferioridade de negros e negras consolidavam-se no país. Ainda assim, os quilombolas resistiram até os dias atuais.

Entretanto, os estudos raciais no Brasil tiveram início somente na década de 1970 com as populações camponesas, e na década de 1980 são iniciados estudos na USP sobre “etnicidade”, voltados para “comunidades negras que tinham a particularidade de serem negras”, sendo que até 1988 apenas três teses de mestrado e duas de doutorado haviam sido concluídas sobre essa temática. (ARRUTI, 2006, p.64).

Essa observação também foi assinalada por Gomes (2006, p. 82):

As comunidades descendentes de antigos quilombos emergiram e estão presentes nesse momento histórico, apresentando uma visibilidade no movimento do campesinato brasileiro e dentro das demandas das políticas afirmativas e de reparação social do país e, principalmente, nos revelam que não foram poucos os sítios quilombolas formados, durante a escravidão, no território brasileiro. Esse processo ocorre dentro de um contexto de luta política, sobretudo de conquistas e reivindicações do Movimento Negro Unificado (MNU), da Comissão Nacional de Articulação dos Quilombos (Conaq) e de uma rede de entidades negras organizadas e representativas, com ações, desde os anos de 1980, em todo o Brasil.

A partir de 1988 esse debate foi alterado pela inovação do “artigo 68” do ADCT que prevê a titularização de terras para comunidades remanescentes dos quilombolas, principalmente a partir de 1995, quando ONGs, órgãos estatais, poder judiciário, dentre outros, se mobilizaram para discutir e

[...] responder a novas demandas, diretamente formuladas pelo movimento social, o que gerou uma espécie de *aliança forçada* entre perspectivas até então apartadas, imposto aos estudos etnográficos sobre comunidades rurais negras a literatura histórica sobre quilombos e vice-versa, enquanto o que antes existia era uma oposição explícita entre eles. (ARRUTI, 2006, p. 65)

Para esse autor, essa modificação legislativa tanto na formulação que a origina quanto nos seus efeitos, são passíveis de modificações na sua forma e sentido, mas a princípio considera que é uma resultante das lutas sociais assim como às carências de organização social, asseverando que

[...] apesar da ausência de vínculos factuais, a novidade do “artigo 68” pode ser vista como a manifestação, no plano do ordenamento jurídico nacional brasileiro, do movimento de adoção do que tem sido denominado genericamente como “direitos étnicos” pelos ordenamentos jurídicos nacionais latino americanos. Entre meados dos anos de 1980 e dos anos de 1990, sob o impacto da redemocratização do Continente, foram realizadas várias reformas constitucionais que tiveram como uma de suas

características mais notáveis o reconhecimento da diversidade cultural e étnica nacional por parte desses Estados. Por meio dos “direitos étnicos”, abre-se espaço para o reconhecimento dos direitos territoriais e/ou autonomia política e jurídica dos grupos indígenas (em todos os casos) e negros rurais (nos casos do Brasil e da Colômbia), assim como do direito a um tratamento distinto em relação às políticas públicas. (ASSIES, 1999 *apud* ARRUTI, 2006, p.65).

Caldas e Garcia (2007, p. 2) justificam que a inserção no texto constitucional do artigo 68 foi levada a efeito a partir da “reflexão sobre o Centenário da Abolição da Escravidão no Brasil”, por meio da “reivindicação de organizações de movimentos negros e setores progressistas [...] concebidos como forma de compensação e/ou reparação à opressão histórica sofrida”. Segundo as autoras, essa “ressemantização do termo quilombo e sua inserção na Constituição Federal vieram a traduzir os princípios da igualdade e cidadania negados aos afrodescendentes”.

O artigo 68²¹ do ADCT prevê que o Estado fará o reconhecimento das terras ocupadas pelas comunidades quilombolas, com a emissão do respectivo título. Entretanto, esse dispositivo causou e vem causando grandes discussões jurídicas e doutrinárias, pelo fato de que havia dúvidas quanto à necessidade ou não de sua regulamentação.

Visando dar cumprimento ao dispositivo constitucional do artigo 68, a Fundação Cultural Palmares formou uma Subcomissão de Estudos e Pesquisas, composta por técnicos da fundação e do Instituto Brasileiro de Patrimônio Cultural (IBPC), contudo, o objetivo era somente quanto ao aspecto do tombamento.

O grande impasse encontrado pelos atores sociais que buscaram implementar o artigo 68 foi com relação à sua operacionalização, ou seja, quais os critérios e procedimentos, sob a alegação de que o artigo constitucional “diz o que deve ser feito, ninguém ainda havia dito como deveria ser feito”, requerendo assim uma legislação infraconstitucional, ainda que pela via administrativa.

Tudo isso levou à proposição de dois projetos de lei em torno dessa questão, “que fez de 1995 um ano de inflexão nessa recentíssima história dos remanescentes de quilombos”. Esse debate envolveu a imprensa nacional, órgãos públicos federais

21 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.

e estaduais, através de eventos, bem como no meio acadêmico vários cursos lato e *stricto sensu*. (ARRUTI, 2006, p.99)

O primeiro projeto de lei foi proposto pela Senadora Benedita da Silva (PT/RJ) com a justificativa de que seu projeto buscava utilizar uma conjuntura propícia ao debate em função do tricentenário de Zumbi dos Palmares a fim de sensibilizar os políticos para a causa negra.

O segundo projeto de lei foi proposto pelo deputado Alcides Modesto (PT/BA), sendo que nos dois projetos e na defesa dos mesmos, os autores concordam na busca de uma convergência para que os textos sejam unificados. Para o Ministério Público Federal o texto era autoaplicável, prescindindo de regulamentação.

Nesse íterim, a Fundação Cultural Palmares enviou o projeto de lei à Casa Civil, que, por determinação regimental tornou público através do Diário Oficial da União. Como “desde 1988 tanto a FCP quanto o INCRA respondiam paralelamente às demandas baseadas no ‘artigo 68’ do ADCT”, a partir disso, começa um debate e entra em oposição sobre qual órgão do Executivo seria o mais indicado para tratar da questão de regularização fundiária dessas comunidades.

Para Arruti (2006, p. 111),

[...] nesse debate, a oposição entre INCRA e FCP encontrava correspondência na oposição entre um enquadramento dos remanescentes dos quilombos como problemática fundiária ou como problemática cultural. [...] Foi em meio a esse debate que se esboçou a idéia de que existiria a possibilidade ou risco (de acordo com o interlocutor) de surgimento de uma ‘FUNAI de negros’, capaz de encaminhar todos os procedimentos relativos ao tema no plano administrativo, sem recurso ao legislativo ou ao judiciário. [sic]

A solução aparente dessa controvérsia veio com uma Medida Provisória, de novembro de 2000, elegendo a Fundação Cultural Palmares como responsável única pelo tema, onde estabeleceu como prazo máximo para o encaminhamento dos processos outubro de 2001, após a votação de lei especial da qual dependeriam, bem como estabeleceu limites quanto aos critérios de reconhecimento exigindo que para tanto, a comunidade remanescente deverá estar ocupando suas terras pelo menos desde 13 de maio de 1988.

Como resultante dessa regulamentação,

[...] foi a paralisação de todos os processos em curso que vinham sendo encaminhados pelo INCRA e pelos institutos de terras estaduais, em contrapartida não teve qualquer atuação da própria FCP. Entre novembro de

2000 e novembro de 2003, não houve qualquer avanço em qualquer dos processos de reconhecimento ou regularização fundiária daquelas comunidades. (ARRUTI, 2006, p. 113)

No momento da regulamentação da matéria no âmbito infraconstitucional, a princípio, o governo federal entendeu pelo não cabimento da desapropriação, conforme artigo 5º²², do Decreto nº 3.912, de 10 de setembro de 2001, que regulamentava a identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas pelos remanescentes dos povos quilombolas.

Esse decreto estabelecia ainda para o reconhecimento da propriedade dos territórios a exigência de que estivessem ocupados por quilombos desde 1888 e tivesse a presença de comunidades remanescentes quilombolas em outubro de 1988, tornando-se este o grande obstáculo, na opinião de Caldas e Garcia (2007), pois o Estado estabeleceu critérios artificiais e não reais para a propriedade da terra.

Outro ponto a destacar, com relação ao Decreto nº 3.912/2001, é que essa norma atribuía a competência da titularização das terras ocupadas pelos quilombolas à Fundação Cultural Palmares, com possibilidade de cabimento de recurso ao Ministério da Cultura, para dar andamento ao procedimento de regularização fundiária.

Já o Decreto nº 4887, de 20 de novembro de 2003, que revogou o Decreto nº 3.912/2001, trouxe o regramento da desapropriação caso as terras identificadas pertençam a particulares como se depreende do seu artigo 13²³.

Com o advento do novo Decreto, essa atribuição ficou sob a responsabilidade do Ministério do Desenvolvimento Agrário, tendo como órgão executor o INCRA, na esfera federal.

22 Art. 5º - Em até trinta dias após a publicação do decreto de homologação, a Fundação Cultural Palmares - FCP conferirá a titulação das terras demarcadas e promoverá o respectivo registro no cartório de registro de imóveis correspondente.

23 Art. 13 - Incidindo nos territórios ocupados por remanescentes das comunidades dos quilombos título de domínio particular não invalidado por nulidade, prescrição ou comisso, e nem tornado ineficaz por outros fundamentos, será realizada vistoria e avaliação do imóvel, objetivando a adoção dos atos necessários à sua desapropriação, quando couber.

§ 1º Para os fins deste Decreto, o INCRA estará autorizado a ingressar no imóvel de propriedade particular, operando as publicações editais do art. 7º efeitos de comunicação prévia.

§ 2º O INCRA regulamentará as hipóteses suscetíveis de desapropriação, com obrigatória disposição de prévio estudo sobre a autenticidade e legitimidade do título de propriedade, mediante levantamento da cadeia dominial do imóvel até a sua origem.

Na opinião de Arruti (2006), essas mudanças de atribuição ao INCRA e a possibilidade de desapropriação foram vistas de forma positiva, em termos:

Segundo as novas regras, as comunidades quilombolas deixaram de ser da responsabilidade exclusiva da FCP e tornaram-se responsabilidade quase exclusiva do INCRA. Além disso, inspirado pelos termos da convenção 169 da OIT e por mudanças semelhantes na rotina de reconhecimento dos grupos indígenas pela FUNAI, o novo decreto abolia a necessidade de realização de laudos antropológicos para o reconhecimento de uma comunidade como remanescentes de quilombos. Por fim, não só deixava de existir a proibição da desapropriação para viabilizar a regularização dessas terras, como ela passava a ser a regra (em contradição com a interpretação do Ministério Público Federal), assimilando o processo à rotina da Reforma Agrária. (ARRUTI, 2006, p. 113)

Para esse autor, essa mudança de qual órgão seria o responsável pelo encaminhamento dos requerimentos de regularização fundiária não trouxe resultados concretos com relação ao problema em si, mas apenas uma modificação na perspectiva da visão desse problema, se cultural ou agrário, como se infere de suas próprias palavras:

O fato da solução dada à disputa entre INCRA e FCP ter optado em retirar o monopólio de um órgão para depositá-lo em outro não significou, evidentemente, uma mudança nos termos do problema, mas apenas a revanche de uma perspectiva sobre outra, fazendo com que o tema deixasse de estar integrado à política cultural do governo (Ministério de Cultura) para ser lido, ao menos tendencialmente, como aspecto exclusivo da sua política agrária e fundiária (Ministério do Desenvolvimento Agrário) (ARRUTI, 2006, p. 113)

Essa disputa de poder entre os órgãos também é apontada como fator negativo para a resolução dessa problemática, apontada por Gomes (2006, p.82):

A situação das comunidades descendentes de quilombos no Brasil tem apresentado um tratamento caracterizado por ações episódicas e fragmentárias, fato que tem comprometido uma política definida para o equacionamento do seu problema estrutural, ou seja, o seu reconhecimento dentro do sistema brasileiro e a demarcação e titulação dos territórios ocupados. Essa problemática tem componentes mais políticos e sociais do que antropológicos. Poderíamos complementar um pouco mais essa constatação apontando a continuidade da falta de informação sistematizada e de visibilidade espacial, assim como **as disputas e os conflitos institucionais por espaço para a condução das questões de interesse dos remanescentes de quilombos, como fatores que dificultam a resolução do problema.** [grifo nosso]

De forma mais otimista, Caldas e Garcia (2007, p.5) afirmam

[...] que este Decreto representou certo avanço no processo de titulação dos territórios quilombolas, ao adotar dispositivos previstos nas normas internacionais de proteção aos direitos humanos relativos ao direito à terra e à moradia, e ao delimitar novas competências para realização do procedimento administrativo.

No âmbito dos Estados, Distrito Federal e Municípios, fica a cargo de cada ente promover e executar tais procedimentos de regularização fundiária, em razão da competência comum e concorrente para tratar da matéria, prevista no artigo 12²⁴ do Decreto nº 4887/2003.

Essa Autarquia federal, o INCRA, editou a Instrução Normativa nº 57, de 20 de outubro de 2009, para regulamentar internamente esses procedimentos administrativos, pois, até então, vinha se utilizando dos mesmos procedimentos adotados para a promoção da reforma agrária.

5.6 A Propositura de Ação Declaratória de Inconstitucionalidade em face do Decreto nº 4887/2003

Em junho de 2004, o Partido da Frente Liberal – PFL, hoje Partido Democrata – DEM, ingressou no STF com uma ação declaratória de inconstitucionalidade, ADI 3239, em face do Decreto nº 4.887, de 20 de novembro de 2003, que regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que trata o artigo 68 do ADCT.

De forma bastante sintetizada, o autor pleiteia a inconstitucionalidade do Decreto 4887/2003 pelas seguintes razões: (a) o ato normativo invade a esfera reservada à lei. (b) traz a previsão de desapropriação de terras, quando a Constituição Federal já assegura a propriedade delas aos remanescentes dos quilombos, criando, segundo o autor, nova modalidade de desapropriação, (c) estabelece como critério para identificação das comunidades remanescentes dos quilombos o da auto-atribuição, a partir da declaração dos interessados.

O Processo foi distribuído ao Ministro César Peluso, que passou a ser o relator por disposição regimental. Entre 2004 e 2010, ocorreram movimentações apenas de petições com pedidos de inclusão de *amicus curiae* de diversas organizações governamentais, a exemplo do INCRA, MPF e organizações não governamentais, sociais e religiosas, a exemplo da CNBB, envolvidas com essa

24 Art. 12 - Em sendo constatado que as terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos incidem sobre terras de propriedade dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, o INCRA encaminhará os autos para os entes responsáveis pela titulação.

temática, seguidos de vários pedidos de audiência pública, a partir de 2007, intensificados em 2009 e 2010 quando se aproximava a data do julgamento, marcada inicialmente para 22/06/2010, fato que não aconteceu até a presente data.

Os pedidos de audiência pública, inclusive pela AGU e PGR, foram justificados pela relevância e alcance social do assunto, com previsão legal no artigo 9º, parágrafo 1º²⁵, da Lei nº 9.868/99.

Em prosseguimento aos trâmites processuais, com pedido de informações à AGU e MPF, o relator emitiu relatório 16/04/2010, dividido em quatro tópicos, onde no primeiro, sintetiza o pedido do autor.

No segundo, traz os argumentos da AGU, representando a Presidência da República, em que “suscita preliminar de não conhecimento da ação” vez que o Decreto impugnado não é autônomo, pois não decorre diretamente da CF, mas tem seu fundamento de validade no artigo 14, IV, “c”, da Lei nº 9.649/98, e do artigo 2º, III e parágrafo único da Lei nº 7.668/98, impossibilitando o decreto ser submetido ao controle abstrato de constitucionalidade.

Argumenta ainda a AGU, no mérito, a necessidade de certa aproximação de caráter antropológico para compreensão do artigo 68 do ADCT; que os critérios adotados pelo Decreto nº 3.912/2001²⁶ remontam ao período colonial e imperial, já abandonados pelos antropólogos na atualidade; que o “critério de identificação por auto-atribuição” é contrabalanceado pelas competências dos órgãos envolvidos, além de ter recepcionado o disposto no Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004, que promulgou a Convenção 169 da OIT; que deve ser dado atendimento à instituição da propriedade coletiva a esses remanescentes de comunidades quilombolas, em razão da criação pelo artigo 68 do ADCT do instituto jurídico da

25 Art. 9º - (...)

§ 1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

26 Art. 1º (...)

Parágrafo único. Para efeito do disposto no **caput**, somente pode ser reconhecida a propriedade sobre terras que:

I - eram ocupadas por quilombos em 1888; e
II - estavam ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos em 5 de outubro de 1988.

propriedade especial quilombola, em nome coletivo; que possui pouca importância a diferenciação entre os termos remanescentes e descendentes; por fim, que é constitucional a desapropriação prevista no artigo 13 do Decreto 4887/2003, sendo plenamente possível a desapropriação para as comunidades quilombolas.

No terceiro tópico do relatório, o Ministro Cezar Peluso destaca a manifestação da Procuradoria-Geral da República que coaduna com o posicionamento da AGU, transcrevendo, *in verbis*, a ementa do parecer da PGR:

Ação Direta de Inconstitucionalidade em face do Decreto nº 4.887/2003, que regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que trata o art. 68 do ADCT.

Decreto que regulamenta o art. 14, IV, "c", da Lei nº 9.649/98 e o art. 2º, III, e § único da Lei nº 7.668/88. Inexistência de inconstitucionalidade formal. Necessidade de realização de desapropriação. Critério da auto-atribuição para identificação das comunidades quilombolas e das terras a eles pertencentes. Estudos antropológicos atestam a adequação desse critério. Parecer pela improcedência da ação.

No quarto item, traz o rol das entidades que requereram ingresso no feito na condição de *amicus curiae*.

Na decisão monocrática do Ministro Cezar Peluso, proferida em 29/03/2012, foi pelo indeferimento fundamentado do ingresso de entidades como *amicus curiae* na ADI 3239, cujo pedido foi realizado após o dia 22/06/2010, data em que o processo entrou em pauta para julgamento.

Em 18/04/2012 o Plenário do STF se reuniu para o julgamento da ADI 3239. O voto do relator foi pela procedência da ação, portanto, pela inconstitucionalidade do Decreto nº 4.887/2003.

De acordo com o Ministro, sua decisão, se confirmada pelo pleno, terá repercussão restrita, pois são pequenos os avanços no sentido de concretizar a previsão do artigo 68 do ADCT, quanto à concessão das áreas de quilombos aos ocupantes tradicionais, radicados na data da promulgação da CF, em 5 de outubro de 1988.

Segundo o ministro, "o caminho até o registro em cartório de tais áreas é uma verdadeira *via crucis*", haja vista envolver mais de vinte etapas, passando pelo crivo do INCRA, FCP, Instituto Chico Mendes, IPHAN e da Secretaria Executiva do Conselho de Segurança Nacional. Para ele, nem aqueles que defendem os direitos dos quilombolas estão satisfeitos com o estado atual das coisas.

Dentre as inconstitucionalidades destacadas pelo ministro, que fundamentaram seu voto pela procedência da ação, está a violação do princípio da reserva legal, visto que o decreto não poderia regulamentar um dispositivo constitucional, mas somente uma lei, considerando a vedação do artigo 183, parágrafo 2º²⁷ e artigo 191, parágrafo único²⁸ da CF, quanto à desapropriação de terras públicas. O julgamento foi suspenso após o pedido de vista pela ministra Rosa Weber.

Dados informados pelo relator, 78% dos mais de 1.000 (mil) processos de titulação que tramitam no INCRA apenas foram protocolados, mas ainda não foram distribuídos. Reconhece a complexidade da concretização do artigo 68 do ADCT, vez que a primeira titulação só aconteceu sete anos após a promulgação da CF e a situação não tem se alterado nos últimos anos.

Ilustrando essa afirmação, segundo o ministro César Peluso, somente 192 comunidades contavam naquela data do julgamento, 18/04/2012, com título de propriedade, representando 6% do total estimado, indicando que a atuação governamental está muito aquém da previsão.

27 Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

(...)

§ 2º - Esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

28 Art. 191. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.

Parágrafo único. Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.

6 CONCLUSÃO

Depreende-se do presente estudo que o direito de propriedade possui restrições sim, mas atreladas ao descumprimento da função social. Todavia, na hipótese de titularização de terras para as comunidades de remanescentes de povos quilombolas esse requisito não é essencial, em razão do que dispõe o artigo 68 do ADCT, onde o destaque é a ocupação das terras por parte dos quilombolas.

A Constituição Federal traz algumas modalidades de desapropriação com finalidades diversas, seja para atender a reforma agrária, seja para regularizar o ordenamento das cidades; além daquelas que possuem caráter sancionatório, visando coibir práticas negativas, a exemplo da desapropriação confiscatória para quem promove o cultivo de plantas psicotrópicas, já assinalado anteriormente.

Contudo, a modalidade prevista no artigo 5º, inciso XXIV, da Constituição Federal é considerada genérica, pois não delimita seu fim específico, e é essa modalidade que vem sendo adotada pelo ordenamento jurídico pátrio para justificar a desapropriação para regularização fundiária dos povos remanescentes das comunidades de quilombos, sem embargo do disposto nos artigos 215 e 216 da Constituição, com o fito de atender ao disposto no artigo 68 do ADCT.

Essas comunidades, que ao longo dos séculos ficaram à margem do processo de titularização de terras em nosso país, desde a promulgação da Lei de Terras em 1850, recebeu especial atenção pelo legislador no momento da elaboração da Constituição de 1988.

Entretanto, o artigo 68 do ADCT apesar de ter causado diversos embates políticos, doutrinários e legislativos pela incompreensão do seu real sentido, passadas mais de duas décadas da promulgação da Constituição, já foram concluídos vários processos de regularização fundiária pelo INCRA, em sua maioria, outros pela Fundação Cultural Palmares, que teve competência para fazê-lo até 2003.

É de grande relevância para a solução dessa controvérsia a compreensão do conceito de “remanescentes” e “quilombolas” num contexto histórico e social marcado por desigualdades raciais presentes em nosso país desde sua colonização. Esse entendimento deve ser buscado no sentido antropológico dos termos, pois

somente sob um prisma do direito não se chega a uma conceituação correta ou mesmo adequada, pois a questão refoge ao mundo jurídico.

Um outro aspecto refere-se à legislação, que atualmente vige o Decreto nº 4.887/2003, que revogou o Decreto nº 3.912/2001, onde finalmente delegou ao INCRA a responsabilidade não só pela desapropriação de terras, caso necessário, mas também pela regularização fundiária para as comunidades remanescentes de quilombos, a partir da emissão pela FCP da certificação como comunidade quilombola.

O INCRA já dispõe de aparelhamento técnico, bem como de profissionais que atuam nessa área, o que facilita o andamento dos processos de regularização fundiária. O extenso procedimento pelo qual passa um processo de titularização só aumenta a garantia de que essa regularização fundiária está sendo feita com os rigores da lei e a segurança jurídica necessária.

A Ação Declaratória de Inconstitucionalidade, ajuizada em 2004 pelo Partido da Frente Liberal, hoje Partido Democrata, deve ser julgada improcedente pelo Supremo Tribunal Federal, haja vista que o Decreto Legislativo nº 143, de 20/6/2002, entrou em vigor em 2003, promulgado pelo Presidente da República através do Decreto nº 5.051/2004, ratificam os termos da Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho.

Lado outro, o teor do Decreto nº 4.887/2003 está em consonância com os termos da Convenção 169 da OIT, podendo perfeitamente receber tratamento válido em nosso ordenamento jurídico por não regulamentar diretamente a Constituição.

Uma outra questão refere-se ao fato de que o Decreto nº 4.887/2003 cria apenas regulamento, ou seja, opera de forma instrumental, como mecanismo de organização do Estado na execução de suas atividades administrativas, por isso pode perfeitamente ser editado pelo Presidente da República conforme lhe autoriza a Constituição Federal, complementado pela Instrução Normativa nº 57/2009, do INCRA.

Desta forma, o artigo 13 do aludido Decreto não traz nova modalidade de desapropriação, mas sim prevê a hipótese, em que o Estado utiliza como fundamento legal o Decreto-lei nº 3.365/41 e a Lei nº 4.132/62 como normas regulamentadoras da desapropriação, tendo sido ambos recepcionados pela

constituente de 1988, para que não sejam titularizadas terras de maneira irregular, de modo que, para o particular, não há prejuízo em razão da indenização justa e prévia, em dinheiro.

Vale destacar que desde a edição do decreto nº 4887/2003, outros dispositivos legislativos já surgiram e que vêm ao encontro dessa norma, favorecendo o entendimento de que os remanescentes têm direito a suas terras, a exemplo da lei 12.288/2010, que trata da igualdade racial em todas as suas formas.

Verifica-se que existe um grande número de expedientes normativos em vigor, que, embora não estejam em conflito nas suas disposições, torna o trabalho dos operadores do direito, assim como dos órgãos responsáveis pelo andamento dos processos expropriatórios mais difícil, o que poderia ser sanado com a edição de uma legislação específica tratando da matéria.

Além disso, o princípio da dignidade da pessoa humana, como princípio regente de todo e qualquer ordem jurídica deve prevalecer no momento de se discutir o direito de propriedade por parte dos remanescentes dos povos quilombolas, haja vista que trata-se de povos que viveram ao longo dos séculos à margem do processo social e cultural desse país, cabendo ao Estado reparar tais perdas, se é que isso seja possível, mas ao menos amenizar o sofrimento com tal medida. Porém, carece de maior eficiência, dada a morosidade com que vêm sendo regularizadas e titularizadas essas terras.

Ante a colisão entre os princípios da função social da propriedade, que serve para avaliar o direito de propriedade em seu caráter relativo ou absoluto em relação ao particular, e o princípio da dignidade da pessoa humana, quando se tem diversas comunidades vivendo em localidades que refletem seu modo de vida, sua cultura sem a titularidade desse território, a solução mais adequada se dá com o sopesamento desses princípios sem olvidar do princípio da proporcionalidade nos seus diversos aspectos.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 20 ed. rev. atual. São Paulo: Método, 2012.

ANJOS FILHO, Robério Nunes. **A função social da propriedade na constituição federal de 1988**. 2005. Disponível em <<http://www.juspodivm.com.br/jp2/artigos.asp?notld=311>>. Acesso em: 06 abr. 2013.

ARRUTI, José Maurício. **Mocambo: antropologia e história do processo de formação quilombola**. São Paulo: EDUSC, 2006.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 8ª reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BRAGA, Roberta Chaves. **Direito de propriedade e a Constituição Federal de 1988**. Monografia. 2009. Disponível em <<http://bdjur.tjce.jus.br/jspui/bitstream/123456789/229/1/Monografia%20Roberta%20Chaves%20Braga.pdf>> Acesso em: 03 abr. 2013.

BRASIL. **Decreto nº 4.887**. de 20 de novembro de 2003. Regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que trata o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/d4887.htm> Acesso em 07 Fev. 2013.

_____. **Decreto nº 5.051**, de 19 de abril de 2004. Promulga a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm > Acesso em: 27 abr. 2013.

_____. **Decreto de 21 de Novembro de 2012**. Declara de Interesse social, para fins de desapropriação, os imóveis sob domínio privado válido abrangidos pelo território da comunidade remanescente do quilombo Serra da Guia, situado no Município de Poço Redondo, Estado de Sergipe. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Dsn/Dsn13475.htm > Acesso em: 27 abr. 2013.

_____. Inbra. **Quilombolas**. Ano 2013 . Disponível em <<http://www.inbra.gov.br/index.php/estrutura-fundiaria/quilombolas>>. Acesso em: 05 abr. 2013.

_____. _____. Territórios Quilombolas: Relatório 2012. **Relatório Regularização Quilombolas 2012 INCRA**. Disponível em <http://www.inbra.gov.br/index.php/estrutura-fundiaria/quilombolas/file/106-desapropriacao-de-imoveis> Acesso em 06 mai. 2013.

_____. Planalto. **Terra: Direitos Patrimoniais e Territoriais**. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/consea/documentos/san-dos-povos-indigenas-populacoes-negras-e-povos-e-comunicades-tradicionais/terra-e-direitos-patrimoniais>>. Acesso em: 02 fev. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 931.060/RJ, 1ª Turma, Relator Ministro Benedito Gonçalves. In **Jurisprudência**. (j.17.12.2009), Disponível em: <www.stj.jus.br> Acesso em: 06 abr. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 3239**. Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2227157> > Acesso em 01 mai. 2013.

_____. _____. **Quilombola**: Relator vota pela inconstitucionalidade do Decreto 4887/2003. Julgamento da ADI 3239 no plenário do STF em 18/04/2012. Disponível em < <http://stf.jusbrasil.com.br/noticias/3091883/quilombolas-relator-vota-pela-inconstitucionalidade-do-decreto-4887-03> > Acesso em 01 mai.2013.

BRITO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CALDAS, Andressa; GARCIA, Luciana. **Direito à terra das comunidades remanescentes de quilombos**: o longo e tortuoso caminho da titulação. Disponível em < <http://global.org.br/programas/direito-a-terra-das-comunidades-remanescentes-de-quilombos:o-longo-e-tortuoso-caminho.> > Acesso em 07 fev. 2013.

CHACPE, Juliana Fernandes. Aspectos relevantes do procedimento administrativo de regularização fundiária de territórios quilombolas. In. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n.94, nov 2011. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10890 Acesso em: 06 abr. 2013.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FENSTERSEIFTER, T.. A função social como elemento constitutivo do núcleo normativo-axiológico do direito de (à) propriedade – uma leitura comprometida com a realidade social brasileira. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, América do Norte, 43, jan. 2007. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/view/7059/5035>> Acesso em: 30 Mar. 2013.

FUNDAÇÃO CULTURAL PALMARES. **Relatório de Gestão 2011**. Disponível em <<http://www.palmars.gov.br/wp-content/uploads/2012/04/relatorio-de-gestao-2011.pdf>> Acesso em 06 mai. 2013.

GOMES, Nilma Lino. (org.) **Tempos de lutas**: As ações afirmativas no contexto brasileiro. Brasília: Secad, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Direito das Coisas. vol. v. 4.ed.rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

INTERVENÇÃO FEDERAL Nº 92 - MT (2005/0020476-3) - Relator: Min. Fernando Gonçalves. Disponível em < <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8599726/intervencao-federal-if-92-mt-2005-0020476-3-stj/inteiro-teor>> Acesso em: 03 abr. 2013.

LIMA, Getúlio Targino; DINIZ, Maria Helena. **Propriedade: crise e reconstrução de um perfil conceitual.** São Paulo: SRS, 2009.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Teoria e pratica da desapropriação.** São Paulo: Saraiva, 1995.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo.** 29 Ed. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo, José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** São Paulo: Malheiros, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional.** 3 Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martins; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito.** Trad. L. Cabral de Moncada. 6. ed. rev. acrescida. reimp. Coleção Stvdivm, n.47 e 48. Coimbra: Arménio Amado, 1997

REIS, João José; GOMES, Flávio dos Santos (Orgs.). **Liberdade por um fio: história dos quilombos no Brasil.** São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

RIVABEM, F.. A dignidade da pessoa humana como valor-fonte do sistema constitucional brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, América do Norte, 43, jan. 2007. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/view/7004/4982>.> Acesso em: 30 Mar. 2013.

SANTANA, Raquel Santos de. **A dignidade da pessoa humana como princípio absoluto.** 2010. Disponível em <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5787/A-dignidade-da-pessoa-humana-como-principio-absoluto>> Acesso em: 03 abr. 2013.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências.** 7.ed. São Paulo: Cortez, 2010.

SANTOS, Fernando Ferreira dos. Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. 2000. In **Revista JF-PI.** Disponível em <http://www.pi.trf1.gov.br/Revista/revistajf1_cap3.htm> Acesso em: 03 abr. 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 4. Ed.rev.atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel. **A garantia do direito à posse dos remanescentes de quilombos antes de desapropriação**. 2006. Parecer. Disponível em: <http://6ccr.pgr.mpf.gov.br/institucional/grupos-de-trabalho/quilombos-1/documentos/Dr_Daniel_Sarmento.pdf> Acesso em: 03 mar. 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SOUZA JÚNIOR, Edson José. A Centralidade do princípio da função social da propriedade no direito agrário brasileiro. **Revista Científica FacMais**, Vol. I. N.1 Ano 2012. 1º Semestre. Disponível em <http://revistacientifica.facmais.com.br/wp-content/uploads/2012/04/3>. Acesso em: 03 abr. 2013.

ANEXOS

ANEXO 1 - LEI Nº 4.132, DE 10 DE SETEMBRO DE 1962



Presidência da República
Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos

LEI Nº 4.132, DE 10 DE SETEMBRO DE 1962.

Define os casos de desapropriação por interesse social e dispõe sobre sua aplicação.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte lei:

Art. 1º A desapropriação por interesse social será decretada para promover a justa distribuição da propriedade ou condicionar o seu uso ao bem estar social, na forma do art. 147 da Constituição Federal.

Art. 2º Considera-se de interesse social:

I - o aproveitamento de todo bem improdutivo ou explorado sem correspondência com as necessidades de habitação, trabalho e consumo dos centros de população a que deve ou possa suprir por seu destino econômico;

II - a instalação ou a intensificação das culturas nas áreas em cuja exploração não se obedeça a plano de zoneamento agrícola, VETADO;

III - o estabelecimento e a manutenção de colônias ou cooperativas de povoamento e trabalho agrícola;

IV - a manutenção de posseiros em terrenos urbanos onde, com a tolerância expressa ou tácita do proprietário, tenham construído sua habitação, formando núcleos residenciais de mais de 10 (dez) famílias;

V - a construção de casa populares;

VI - as terras e águas suscetíveis de valorização extraordinária, pela conclusão de obras e serviços públicos, notadamente de saneamento, portos, transporte, eletrificação armazenamento de água e irrigação, no caso em que não sejam ditas áreas socialmente aproveitadas;

VII - a proteção do solo e a preservação de cursos e mananciais de água e de reservas florestais.

VIII - a utilização de áreas, locais ou bens que, por suas características, sejam apropriados ao desenvolvimento de atividades turísticas. (Incluído pela Lei nº 6.513, de 20.12.77)

§ 1º O disposto no item I deste artigo só se aplicará nos casos de bens retirados de produção ou tratando-se de imóveis rurais cuja produção, por ineficientemente explorados, seja inferior à média da região, atendidas as condições naturais do seu solo e sua situação em relação aos mercados.

§ 2º As necessidades de habitação, trabalho e consumo serão apuradas anualmente segundo a conjuntura e condições econômicas locais, cabendo o seu estudo e verificação às autoridades encarregadas de velar pelo bem estar e pelo abastecimento das respectivas populações.

Art. 3º O expropriante tem o prazo de 2 (dois) anos, a partir da decretação da desapropriação por interesse social, para efetivar a aludida desapropriação e iniciar as providências de aproveitamento do bem expropriado.

Parágrafo único. VETADO.

Art. 4º Os bens desapropriados serão objeto de venda ou locação, a quem estiver em condições de dar-lhes a destinação social prevista.

Art. 5º No que esta lei for omissa aplicam-se as normas legais que regulam a desapropriação por unidade pública, inclusive no tocante ao processo e à justa indenização devida ao proprietário.

Art. 6º Revogam-se as disposições em contrário.

Brasília, 10 de setembro de 1962; 141º da Independência e 74º da República.

JOÃO GOULART

Francisco Brochado da Rocha

Hermes Lima

Renato Costa Lima

Este texto não substitui o publicado no DOU de 7.11.1962

Documento publicado e disponível no endereço eletrônico:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4132.htm

ANEXO 2 – DECRETO Nº 4.887, DE 20 DE NOVEMBRO DE 2003



Presidência da República
Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos

DECRETO Nº 4.887, DE 20 DE NOVEMBRO DE 2003.

Regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que trata o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, incisos IV e VI, alínea "a", da Constituição e de acordo com o disposto no art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias,

DECRETA:

Art. 1º Os procedimentos administrativos para a identificação, o reconhecimento, a delimitação, a demarcação e a titulação da propriedade definitiva das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos, de que trata o [art. 68](#) do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, serão procedidos de acordo com o estabelecido neste Decreto.

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

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

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

§ 3º Para a medição e demarcação das terras, serão levados em consideração critérios de territorialidade indicados pelos remanescentes das comunidades dos quilombos, sendo facultado à comunidade interessada apresentar as peças técnicas para a instrução procedimental.

Art. 3º Compete ao Ministério do Desenvolvimento Agrário, por meio do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA, a identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas pelos remanescentes das comunidades dos quilombos, sem prejuízo da competência concorrente dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

§ 1º O INCRA deverá regulamentar os procedimentos administrativos para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas pelos remanescentes das comunidades dos quilombos, dentro de sessenta dias da publicação deste Decreto.

§ 2º Para os fins deste Decreto, o INCRA poderá estabelecer convênios, contratos, acordos e instrumentos similares com órgãos da administração pública federal, estadual, municipal, do Distrito Federal, organizações não-governamentais e entidades privadas, observada a legislação pertinente.

§ 3º O procedimento administrativo será iniciado de ofício pelo INCRA ou por requerimento de qualquer interessado.

§ 4º A autodefinição de que trata o § 1º do art. 2º deste Decreto será inscrita no Cadastro Geral junto à Fundação Cultural Palmares, que expedirá certidão respectiva na forma do regulamento.

Art. 4º Compete à Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial, da Presidência da República, assistir e acompanhar o Ministério do Desenvolvimento Agrário e o INCRA nas ações de regularização fundiária, para garantir os direitos étnicos e territoriais dos remanescentes das comunidades dos quilombos, nos termos de sua competência legalmente fixada.

Art. 5º Compete ao Ministério da Cultura, por meio da Fundação Cultural Palmares, assistir e acompanhar o Ministério do Desenvolvimento Agrário e o INCRA nas ações de regularização fundiária, para garantir a preservação da identidade cultural dos remanescentes das comunidades

dos quilombos, bem como para subsidiar os trabalhos técnicos quando houver contestação ao procedimento de identificação e reconhecimento previsto neste Decreto.

Art. 6º Fica assegurada aos remanescentes das comunidades dos quilombos a participação em todas as fases do procedimento administrativo, diretamente ou por meio de representantes por eles indicados.

Art. 7º O INCRA, após concluir os trabalhos de campo de identificação, delimitação e levantamento ocupacional e cartorial, publicará edital por duas vezes consecutivas no Diário Oficial da União e no Diário Oficial da unidade federada onde se localiza a área sob estudo, contendo as seguintes informações:

- I - denominação do imóvel ocupado pelos remanescentes das comunidades dos quilombos;
- II - circunscrição judiciária ou administrativa em que está situado o imóvel;
- III - limites, confrontações e dimensão constantes do memorial descritivo das terras a serem tituladas; e
- IV - títulos, registros e matrículas eventualmente incidentes sobre as terras consideradas suscetíveis de reconhecimento e demarcação.

§ 1º A publicação do edital será afixada na sede da prefeitura municipal onde está situado o imóvel.

§ 2º O INCRA notificará os ocupantes e os confinantes da área delimitada.

Art. 8º Após os trabalhos de identificação e delimitação, o INCRA remeterá o relatório técnico aos órgãos e entidades abaixo relacionados, para, no prazo comum de trinta dias, opinar sobre as matérias de suas respectivas competências:

- I - Instituto do Patrimônio Histórico e Nacional - IPHAN;
- II - Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA;
- III - Secretaria do Patrimônio da União, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão;
- IV - Fundação Nacional do Índio - FUNAI;
- V - Secretaria Executiva do Conselho de Defesa Nacional;
- VI - Fundação Cultural Palmares.

Parágrafo único. Expirado o prazo e não havendo manifestação dos órgãos e entidades, dar-se-á como tácita a concordância com o conteúdo do relatório técnico.

Art. 9º Todos os interessados terão o prazo de noventa dias, após a publicação e notificações a que se refere o art. 7º, para oferecer contestações ao relatório, juntando as provas pertinentes.

Parágrafo único. Não havendo impugnações ou sendo elas rejeitadas, o INCRA concluirá o trabalho de titulação da terra ocupada pelos remanescentes das comunidades dos quilombos.

Art. 10. Quando as terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos incidirem em terrenos de marinha, marginais de rios, ilhas e lagos, o INCRA e a Secretaria do Patrimônio da União tomarão as medidas cabíveis para a expedição do título.

Art. 11. Quando as terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos estiverem sobrepostas às unidades de conservação constituídas, às áreas de segurança nacional, à faixa de fronteira e às terras indígenas, o INCRA, o IBAMA, a Secretaria-Executiva do Conselho de Defesa Nacional, a FUNAI e a Fundação Cultural Palmares tomarão as medidas cabíveis visando garantir a sustentabilidade destas comunidades, conciliando o interesse do Estado.

Art. 12. Em sendo constatado que as terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos incidem sobre terras de propriedade dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, o INCRA encaminhará os autos para os entes responsáveis pela titulação.

Art. 13. Incidindo nos territórios ocupados por remanescentes das comunidades dos quilombos título de domínio particular não invalidado por nulidade, prescrição ou comisso, e nem tornado ineficaz por outros fundamentos, será realizada vistoria e avaliação do imóvel, objetivando a adoção dos atos necessários à sua desapropriação, quando couber.

§ 1º Para os fins deste Decreto, o INCRA estará autorizado a ingressar no imóvel de propriedade particular, operando as publicações editalícias do art. 7º efeitos de comunicação prévia.

§ 2º O INCRA regulamentará as hipóteses suscetíveis de desapropriação, com obrigatória disposição de prévio estudo sobre a autenticidade e legitimidade do título de propriedade, mediante levantamento da cadeia dominial do imóvel até a sua origem.

Art. 14. Verificada a presença de ocupantes nas terras dos remanescentes das comunidades dos quilombos, o INCRA acionará os dispositivos administrativos e legais para o reassentamento das famílias de agricultores pertencentes à clientela da reforma agrária ou a indenização das benfeitorias de boa-fé, quando couber.

Art. 15. Durante o processo de titulação, o INCRA garantirá a defesa dos interesses dos

remanescentes das comunidades dos quilombos nas questões surgidas em decorrência da titulação das suas terras.

Art. 16. Após a expedição do título de reconhecimento de domínio, a Fundação Cultural Palmares garantirá assistência jurídica, em todos os graus, aos remanescentes das comunidades dos quilombos para defesa da posse contra esbulhos e turbações, para a proteção da integridade territorial da área delimitada e sua utilização por terceiros, podendo firmar convênios com outras entidades ou órgãos que prestem esta assistência.

Parágrafo único. A Fundação Cultural Palmares prestará assessoramento aos órgãos da Defensoria Pública quando estes órgãos representarem em juízo os interesses dos remanescentes das comunidades dos quilombos, nos termos do [art. 134 da Constituição](#).

Art. 17. A titulação prevista neste Decreto será reconhecida e registrada mediante outorga de título coletivo e pró-indiviso às comunidades a que se refere o art. 2º, **caput**, com obrigatória inserção de cláusula de inalienabilidade, imprescritibilidade e de impenhorabilidade.

Parágrafo único. As comunidades serão representadas por suas associações legalmente constituídas.

Art. 18. Os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos, encontrados por ocasião do procedimento de identificação, devem ser comunicados ao IPHAN.

Parágrafo único. A Fundação Cultural Palmares deverá instruir o processo para fins de registro ou tombamento e zelar pelo acautelamento e preservação do patrimônio cultural brasileiro.

Art. 19. Fica instituído o Comitê Gestor para elaborar, no prazo de noventa dias, plano de etnodesenvolvimento, destinado aos remanescentes das comunidades dos quilombos, integrado por um representante de cada órgão a seguir indicado:

I - Casa Civil da Presidência da República;

II - Ministérios:

a) da Justiça;

b) da Educação;

c) do Trabalho e Emprego;

d) da Saúde;

e) do Planejamento, Orçamento e Gestão;

f) das Comunicações;

g) da Defesa;

h) da Integração Nacional;

i) da Cultura;

j) do Meio Ambiente;

k) do Desenvolvimento Agrário;

l) da Assistência Social;

m) do Esporte;

n) da Previdência Social;

o) do Turismo;

p) das Cidades;

III - do Gabinete do Ministro de Estado Extraordinário de Segurança Alimentar e Combate à Fome;

IV - Secretarias Especiais da Presidência da República:

a) de Políticas de Promoção da Igualdade Racial;

b) de Aqüicultura e Pesca; e

c) dos Direitos Humanos.

§ 1º O Comitê Gestor será coordenado pelo representante da Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial.

§ 2º Os representantes do Comitê Gestor serão indicados pelos titulares dos órgãos referidos nos incisos I a IV e designados pelo Secretário Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial.

§ 3º A participação no Comitê Gestor será considerada prestação de serviço público relevante, não remunerada.

Art. 20. Para os fins de política agrícola e agrária, os remanescentes das comunidades dos quilombos receberão dos órgãos competentes tratamento preferencial, assistência técnica e linhas especiais de financiamento, destinados à realização de suas atividades produtivas e de infraestrutura.

Art. 21. As disposições contidas neste Decreto incidem sobre os procedimentos administrativos de reconhecimento em andamento, em qualquer fase em que se encontrem.

Parágrafo único. A Fundação Cultural Palmares e o INCRA estabelecerão regras de transição para a transferência dos processos administrativos e judiciais anteriores à publicação deste Decreto.

Art. 22. A expedição do título e o registro cadastral a ser procedido pelo INCRA far-se-ão sem ônus de qualquer espécie, independentemente do tamanho da área.

Parágrafo único. O INCRA realizará o registro cadastral dos imóveis titulados em favor dos remanescentes das comunidades dos quilombos em formulários específicos que respeitem suas características econômicas e culturais.

Art. 23. As despesas decorrentes da aplicação das disposições contidas neste Decreto correrão à conta das dotações orçamentárias consignadas na lei orçamentária anual para tal finalidade, observados os limites de movimentação e empenho e de pagamento.

Art. 24. Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 25. Revoga-se o [Decreto no 3.912, de 10 de setembro de 2001](#).

Brasília, 20 de novembro de 2003; 182^o da Independência e 115^o da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA

Gilberto Gil

Miguel Soldatelli Rossetto

José Dirceu de Oliveira e Silva

Este texto não substitui o publicado no D.O.U. de 21.11.2003

Documento publicado e disponível no endereço eletrônico:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/d4887.htm

ANEXO 3 - DECRETO Nº 5.051, DE 19 DE ABRIL DE 2004



Presidência da República
Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos

DECRETO Nº 5.051, DE 19 DE ABRIL DE 2004.

Promulga a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso IV, da Constituição,

Considerando que o Congresso Nacional aprovou, por meio do Decreto Legislativo nº 143, de 20 de junho de 2002, o texto da Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, adotada em Genebra, em 27 de junho de 1989;

Considerando que o Governo brasileiro depositou o instrumento de ratificação junto ao Diretor Executivo da OIT em 25 de julho de 2002;

Considerando que a Convenção entrou em vigor internacional, em 5 de setembro de 1991, e, para o Brasil, em 25 de julho de 2003, nos termos de seu art. 38;

DECRETA:

Art. 1º A Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, adotada em Genebra, em 27 de junho de 1989, apensa por cópia ao presente Decreto, será executada e cumprida tão inteiramente como nela se contém.

Art. 2º São sujeitos à aprovação do Congresso Nacional quaisquer atos que possam resultar em revisão da referida Convenção ou que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional, nos termos do art. 49, inciso I, da Constituição Federal.

Art. 3º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação

Brasília, 19 de abril de 2004; 183º da Independência e 116º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA

Celso Luiz Nunes Amorim

Este texto não substitui o publicado no D.O.U. De 20.4.2004

CONVENÇÃO Nº 169 DA OIT SOBRE POVOS INDÍGENAS E TRIBAIS

A Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho,

Convocada em Genebra pelo Conselho Administrativo da Repartição Internacional do Trabalho e tendo ali se reunido a 7 de junho de 1989, em sua septuagésima sexta sessão;

Observando as normas internacionais enunciadas na Convenção e na Recomendação sobre populações indígenas e tribais, 1957;

Lembrando os termos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, do Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos e dos numerosos instrumentos internacionais sobre a prevenção da discriminação;

Considerando que a evolução do direito internacional desde 1957 e as mudanças sobrevindas na situação dos povos indígenas e tribais em todas as regiões do mundo fazem com que seja aconselhável adotar novas normas internacionais nesse assunto, a fim de se eliminar a orientação para a assimilação das normas anteriores;

Reconhecendo as aspirações desses povos a assumir o controle de suas próprias instituições e formas de vida e seu desenvolvimento econômico, e manter e fortalecer suas identidades, línguas e religiões, dentro do âmbito dos Estados onde moram;

Observando que em diversas partes do mundo esses povos não podem gozar dos direitos humanos fundamentais no mesmo grau que o restante da população dos Estados onde moram e que suas leis, valores, costumes e perspectivas têm sofrido erosão freqüentemente;

Lembrando a particular contribuição dos povos indígenas e tribais à diversidade cultural, à harmonia social e ecológica da humanidade e à cooperação e compreensão internacionais;

Observando que as disposições a seguir foram estabelecidas com a colaboração das Nações Unidas, da Organização das Nações Unidas para a Agricultura e a Alimentação, da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura e da Organização Mundial da Saúde, bem como do Instituto Indigenista Interamericano, nos níveis apropriados e nas suas respectivas esferas, e que existe o propósito de continuar essa colaboração a fim de promover e assegurar a aplicação destas disposições;

Após ter decidido adotar diversas propostas sobre a revisão parcial da Convenção sobre populações Indígenas e Tribais, 1957 (n.º 107) , o assunto que constitui o quarto item da agenda da sessão, e

Após ter decidido que essas propostas deveriam tomar a forma de uma Convenção Internacional que revise a Convenção Sobre Populações Indígenas e Tribais, 1957, adota, neste vigésimo sétimo dia de junho de mil novecentos e oitenta e nove, a seguinte Convenção, que será denominada Convenção Sobre os Povos Indígenas e Tribais, 1989:

PARTE 1 - POLÍTICA GERAL

Artigo 1º

1. A presente convenção aplica-se:

a) aos povos tribais em países independentes, cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros setores da coletividade nacional, e que estejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial;

b) aos povos em países independentes, considerados indígenas pelo fato de descenderem de populações que habitavam o país ou uma região geográfica pertencente ao país na época da conquista ou da colonização ou do estabelecimento das atuais fronteiras estatais e que, seja qual for sua situação jurídica, conservam todas as suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas, ou parte delas.

2. A consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos que se aplicam as disposições da presente Convenção.

3. A utilização do termo "povos" na presente Convenção não deverá ser interpretada no sentido de ter implicação alguma no que se refere aos direitos que possam ser conferidos a esse termo no direito internacional.

Artigo 2º

1. Os governos deverão assumir a responsabilidade de desenvolver, com a participação dos povos interessados, uma ação coordenada e sistemática com vistas a proteger os direitos desses povos e a garantir o respeito pela sua integridade.

2. Essa ação deverá incluir medidas:

a) que assegurem aos membros desses povos o gozo, em condições de igualdade, dos direitos e oportunidades que a legislação nacional outorga aos demais membros da população;

b) que promovam a plena efetividade dos direitos sociais, econômicos e culturais desses povos, respeitando a sua identidade social e cultural, os seus costumes e tradições, e as suas instituições;

c) que ajudem os membros dos povos interessados a eliminar as diferenças sócio - econômicas que possam existir entre os membros indígenas e os demais membros da comunidade nacional, de maneira compatível com suas aspirações e formas de vida.

Artigo 3º

1. Os povos indígenas e tribais deverão gozar plenamente dos direitos humanos e liberdades fundamentais, sem obstáculos nem discriminação. As disposições desta Convenção serão aplicadas sem discriminação aos homens e mulheres desses povos.

2. Não deverá ser empregada nenhuma forma de força ou de coerção que viole os direitos humanos e as liberdades fundamentais dos povos interessados, inclusive os direitos contidos na presente Convenção.

Artigo 4º

1. Deverão ser adotadas as medidas especiais que sejam necessárias para salvaguardar as

pessoas, as instituições, os bens, as culturas e o meio ambiente dos povos interessados.

2. Tais medidas especiais não deverão ser contrárias aos desejos expressos livremente pelos povos interessados.

3. O gozo sem discriminação dos direitos gerais da cidadania não deverá sofrer nenhuma deterioração como consequência dessas medidas especiais.

Artigo 5º

Ao se aplicar as disposições da presente Convenção:

a) deverão ser reconhecidos e protegidos os valores e práticas sociais, culturais religiosos e espirituais próprios dos povos mencionados e dever-se-á levar na devida consideração a natureza dos problemas que lhes sejam apresentados, tanto coletiva como individualmente;

b) deverá ser respeitada a integridade dos valores, práticas e instituições desses povos;

c) deverão ser adotadas, com a participação e cooperação dos povos interessados, medidas voltadas a aliviar as dificuldades que esses povos experimentam ao enfrentarem novas condições de vida e de trabalho.

Artigo 6º

1. Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão:

a) consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente;

b) estabelecer os meios através dos quais os povos interessados possam participar livremente, pelo menos na mesma medida que outros setores da população e em todos os níveis, na adoção de decisões em instituições efetivas ou organismos administrativos e de outra natureza responsáveis pelas políticas e programas que lhes sejam concernentes;

c) estabelecer os meios para o pleno desenvolvimento das instituições e iniciativas dos povos e, nos casos apropriados, fornecer os recursos necessários para esse fim.

2. As consultas realizadas na aplicação desta Convenção deverão ser efetuadas com boa fé e de maneira apropriada às circunstâncias, com o objetivo de se chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas.

Artigo 7º

1. Os povos interessados deverão ter o direito de escolher suas, próprias prioridades no que diz respeito ao processo de desenvolvimento, na medida em que ele afete as suas vidas, crenças, instituições e bem-estar espiritual, bem como as terras que ocupam ou utilizam de alguma forma, e de controlar, na medida do possível, o seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural. Além disso, esses povos deverão participar da formulação, aplicação e avaliação dos planos e programas de desenvolvimento nacional e regional suscetíveis de afetá-los diretamente.

2. A melhoria das condições de vida e de trabalho e do nível de saúde e educação dos povos interessados, com a sua participação e cooperação, deverá ser prioritária nos planos de desenvolvimento econômico global das regiões onde eles moram. Os projetos especiais de desenvolvimento para essas regiões também deverão ser elaborados de forma a promoverem essa melhoria.

3. Os governos deverão zelar para que, sempre que for possível, sejam efetuados estudos junto aos povos interessados com o objetivo de se avaliar a incidência social, espiritual e cultural e sobre o meio ambiente que as atividades de desenvolvimento, previstas, possam ter sobre esses povos. Os resultados desses estudos deverão ser considerados como critérios fundamentais para a execução das atividades mencionadas.

4. Os governos deverão adotar medidas em cooperação com os povos interessados para proteger e preservar o meio ambiente dos territórios que eles habitam.

Artigo 8º

1. Ao aplicar a legislação nacional aos povos interessados deverão ser levados na devida consideração seus costumes ou seu direito consuetudinário.

2. Esses povos deverão ter o direito de conservar seus costumes e instituições próprias, desde que eles não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais definidos pelo sistema jurídico nacional nem com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos. Sempre que for necessário, deverão ser estabelecidos procedimentos para se solucionar os conflitos que possam surgir na aplicação deste princípio.

3. A aplicação dos parágrafos 1 e 2 deste Artigo não deverá impedir que os membros desses povos exerçam os direitos reconhecidos para todos os cidadãos do país e assumam as obrigações

correspondentes.

Artigo 9º

1. Na medida em que isso for compatível com o sistema jurídico nacional e com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, deverão ser respeitados os métodos aos quais os povos interessados recorrem tradicionalmente para a repressão dos delitos cometidos pelos seus membros.

2. As autoridades e os tribunais solicitados para se pronunciarem sobre questões penais deverão levar em conta os costumes dos povos mencionados a respeito do assunto.

Artigo 10

1. Quando sanções penais sejam impostas pela legislação geral a membros dos povos mencionados, deverão ser levadas em conta as suas características econômicas, sociais e culturais.

2. Dever-se-á dar preferência a tipos de punição outros que o encarceramento.

Artigo 11

A lei deverá proibir a imposição, a membros dos povos interessados, de serviços pessoais obrigatórios de qualquer natureza, remunerados ou não, exceto nos casos previstos pela lei para todos os cidadãos.

Artigo 12

Os povos interessados deverão ter proteção contra a violação de seus direitos, e poder iniciar procedimentos legais, seja pessoalmente, seja mediante os seus organismos representativos, para assegurar o respeito efetivo desses direitos. Deverão ser adotadas medidas para garantir que os membros desses povos possam compreender e se fazer compreender em procedimentos legais, facilitando para eles, se for necessário, intérpretes ou outros meios eficazes.

PARTE II - TERRAS

Artigo 13

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

2. A utilização do termo "terras" nos Artigos 15 e 16 deverá incluir o conceito de territórios, o que abrange a totalidade do habitat das regiões que os povos interessados ocupam ou utilizam de alguma outra forma.

Artigo 14

1. Dever-se-á reconhecer aos povos interessados os direitos de propriedade e de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Além disso, nos casos apropriados, deverão ser adotadas medidas para salvaguardar o direito dos povos interessados de utilizar terras que não estejam exclusivamente ocupadas por eles, mas às quais, tradicionalmente, tenham tido acesso para suas atividades tradicionais e de subsistência. Nesse particular, deverá ser dada especial atenção à situação dos povos nômades e dos agricultores itinerantes.

2. Os governos deverão adotar as medidas que sejam necessárias para determinar as terras que os povos interessados ocupam tradicionalmente e garantir a proteção efetiva dos seus direitos de propriedade e posse.

3. Deverão ser instituídos procedimentos adequados no âmbito do sistema jurídico nacional para solucionar as reivindicações de terras formuladas pelos povos interessados.

Artigo 15

1. Os direitos dos povos interessados aos recursos naturais existentes nas suas terras deverão ser especialmente protegidos. Esses direitos abrangem o direito desses povos a participarem da utilização, administração e conservação dos recursos mencionados.

2. Em caso de pertencer ao Estado a propriedade dos minérios ou dos recursos do subsolo, ou de ter direitos sobre outros recursos, existentes na terras, os governos deverão estabelecer ou manter procedimentos com vistas a consultar os povos interessados, a fim de se determinar se os interesses desses povos seriam prejudicados, e em que medida, antes de se empreender ou autorizar qualquer programa de prospecção ou exploração dos recursos existentes nas suas terras. Os povos interessados deverão participar sempre que for possível dos benefícios que essas atividades produzam, e receber indenização equitativa por qualquer dano que possam sofrer como resultado dessas atividades.

Artigo 16

1. Com reserva do disposto nos parágrafos a seguir do presente Artigo, os povos interessados não deverão ser trasladados das terras que ocupam.

2. Quando, excepcionalmente, o traslado e o reassentamento desses povos sejam

considerados necessários, só poderão ser efetuados com o consentimento dos mesmos, concedido livremente e com pleno conhecimento de causa. Quando não for possível obter o seu consentimento, o traslado e o reassentamento só poderão ser realizados após a conclusão de procedimentos adequados estabelecidos pela legislação nacional, inclusive enquetes públicas, quando for apropriado, nas quais os povos interessados tenham a possibilidade de estar efetivamente representados.

3. Sempre que for possível, esses povos deverão ter o direito de voltar a suas terras tradicionais assim que deixarem de existir as causas que motivaram seu traslado e reassentamento.

4. Quando o retorno não for possível, conforme for determinado por acordo ou, na ausência de tais acordos, mediante procedimento adequado, esses povos deverão receber, em todos os casos em que for possível, terras cuja qualidade e cujo estatuto jurídico sejam pelo menos iguais aqueles das terras que ocupavam anteriormente, e que lhes permitam cobrir suas necessidades e garantir seu desenvolvimento futuro. Quando os povos interessados preferirem receber indenização em dinheiro ou em bens, essa indenização deverá ser concedida com as garantias apropriadas.

5. Deverão ser indenizadas plenamente as pessoas trasladadas e reassentadas por qualquer perda ou dano que tenham sofrido como consequência do seu deslocamento.

Artigo 17

1. Deverão ser respeitadas as modalidades de transmissão dos direitos sobre a terra entre os membros dos povos interessados estabelecidas por esses povos.

2. Os povos interessados deverão ser consultados sempre que for considerada sua capacidade para alienarem suas terras ou transmitirem de outra forma os seus direitos sobre essas terras para fora de sua comunidade.

3. Dever-se-á impedir que pessoas alheias a esses povos possam se aproveitar dos costumes dos mesmos ou do desconhecimento das leis por parte dos seus membros para se arrogarem a propriedade, a posse ou o uso das terras a eles pertencentes.

Artigo 18

A lei deverá prever sanções apropriadas contra toda intrusão não autorizada nas terras dos povos interessados ou contra todo uso não autorizado das mesmas por pessoas alheias a eles, e os governos deverão adotar medidas para impedirem tais infrações.

Artigo 19

Os programas agrários nacionais deverão garantir aos povos interessados condições equivalentes às desfrutadas por outros setores da população, para fins de:

a) a alocação de terras para esses povos quando as terras das que dispunham sejam insuficientes para lhes garantir os elementos de uma existência normal ou para enfrentarem o seu possível crescimento numérico;

b) a concessão dos meios necessários para o desenvolvimento das terras que esses povos já possuam.

PARTE III - CONTRATAÇÃO E CONDIÇÕES DE EMPREGO

Artigo 20

1. Os governos deverão adotar, no âmbito da legislação nacional e em cooperação com os povos interessados, medidas especiais para garantir aos trabalhadores pertencentes a esses povos uma proteção eficaz em matéria de contratação e condições de emprego, na medida em que não estejam protegidas eficazmente pela legislação aplicável aos trabalhadores em geral.

2. Os governos deverão fazer o que estiver ao seu alcance para evitar qualquer discriminação entre os trabalhadores pertencentes aos povos interessados e os demais trabalhadores, especialmente quanto a:

a) acesso ao emprego, inclusive aos empregos qualificados e às medidas de promoção e ascensão;

b) remuneração igual por trabalho de igual valor;

c) assistência médica e social, segurança e higiene no trabalho, todos os benefícios da seguridade social e demais benefícios derivados do emprego, bem como a habitação;

d) direito de associação, direito a se dedicar livremente a todas as atividades sindicais para fins lícitos, e direito a celebrar convênios coletivos com empregadores ou com organizações patronais.

3. As medidas adotadas deverão garantir, particularmente, que:

a) os trabalhadores pertencentes aos povos interessados, inclusive os trabalhadores sazonais, eventuais e migrantes empregados na agricultura ou em outras atividades, bem como os empregados por empreiteiros de mão-de-obra, gozem da proteção conferida pela legislação e a prática nacionais a outros trabalhadores dessas categorias nos mesmos setores, e sejam plenamente informados dos

seus direitos de acordo com a legislação trabalhista e dos recursos de que dispõem;

b) os trabalhadores pertencentes a esses povos não estejam submetidos a condições de trabalho perigosas para sua saúde, em particular como consequência de sua exposição a pesticidas ou a outras substâncias tóxicas;

c) os trabalhadores pertencentes a esses povos não sejam submetidos a sistemas de contratação coercitivos, incluindo-se todas as formas de servidão por dívidas;

d) os trabalhadores pertencentes a esses povos gozem da igualdade de oportunidade e de tratamento para homens e mulheres no emprego e de proteção contra o acossamento sexual.

4. Dever-se-á dar especial atenção à criação de serviços adequados de inspeção do trabalho nas regiões donde trabalhadores pertencentes aos povos interessados exerçam atividades assalariadas, a fim de garantir o cumprimento das disposições desta parte da presente Convenção.

INDÚSTRIAS RURAIS

Artigo 21

Os membros dos povos interessados deverão poder dispor de meios de formação profissional pelo menos iguais àqueles dos demais cidadãos.

Artigo 22

1. Deverão ser adotadas medidas para promover a participação voluntária de membros dos povos interessados em programas de formação profissional de aplicação geral.

2. Quando os programas de formação profissional de aplicação geral existentes não atendam as necessidades especiais dos povos interessados, os governos deverão assegurar, com a participação desses povos, que sejam colocados à disposição dos mesmos programas e meios especiais de formação.

3. Esses programas especiais de formação deverão estar baseado no entorno econômico, nas condições sociais e culturais e nas necessidades concretas dos povos interessados. Todo levantamento neste particular deverá ser realizado em cooperação com esses povos, os quais deverão ser consultados sobre a organização e o funcionamento de tais programas. Quando for possível, esses povos deverão assumir progressivamente a responsabilidade pela organização e o funcionamento de tais programas especiais de formação, se assim decidirem.

Artigo 23

1. O artesanato, as indústrias rurais e comunitárias e as atividades tradicionais e relacionadas com a economia de subsistência dos povos interessados, tais como a caça, a pesca com armadilhas e a colheita, deverão ser reconhecidas como fatores importantes da manutenção de sua cultura e da sua autosuficiência e desenvolvimento econômico. Com a participação desses povos, e sempre que for adequado, os governos deverão zelar para que sejam fortalecidas e fomentadas essas atividades.

2. A pedido dos povos interessados, deverá facilitar-se aos mesmos, quando for possível, assistência técnica e financeira apropriada que leve em conta as técnicas tradicionais e as características culturais desses povos e a importância do desenvolvimento sustentado e equitativo.

PARTE V - SEGURIDADE SOCIAL E SAÚDE

Artigo 24

Os regimes de seguridade social deverão ser estendidos progressivamente aos povos interessados e aplicados aos mesmos sem discriminação alguma.

Artigo 25

1. Os governos deverão zelar para que sejam colocados à disposição dos povos interessados serviços de saúde adequados ou proporcionar a esses povos os meios que lhes permitam organizar e prestar tais serviços sob a sua própria responsabilidade e controle, a fim de que possam gozar do nível máximo possível de saúde física e mental.

2. Os serviços de saúde deverão ser organizados, na medida do possível, em nível comunitário. Esses serviços deverão ser planejados e administrados em cooperação com os povos interessados e levar em conta as suas condições econômicas, geográficas, sociais e culturais, bem como os seus métodos de prevenção, práticas curativas e medicamentos tradicionais.

3. O sistema de assistência sanitária deverá dar preferência à formação e ao emprego de pessoal sanitário da comunidade local e se centrar no atendimento primário à saúde, mantendo ao mesmo tempo estreitos vínculos com os demais níveis de assistência sanitária.

4. A prestação desses serviços de saúde deverá ser coordenada com as demais medidas econômicas e culturais que sejam adotadas no país.

PARTE VI - EDUCAÇÃO E MEIOS DE COMUNICAÇÃO

Artigo 26

Deverão ser adotadas medidas para garantir aos membros dos povos interessados a possibilidade de adquirirem educação em todos os níveis, pelo menos em condições de igualdade com o restante da comunidade nacional.

Artigo 27

1. Os programas e os serviços de educação destinados aos povos interessados deverão ser desenvolvidos e aplicados em cooperação com eles a fim de responder às suas necessidades particulares, e deverão abranger a sua história, seus conhecimentos e técnicas, seus sistemas de valores e todas suas demais aspirações sociais, econômicas e culturais.

2. A autoridade competente deverá assegurar a formação de membros destes povos e a sua participação na formulação e execução de programas de educação, com vistas a transferir progressivamente para esses povos a responsabilidade de realização desses programas, quando for adequado.

3. Além disso, os governos deverão reconhecer o direito desses povos de criarem suas próprias instituições e meios de educação, desde que tais instituições satisfaçam as normas mínimas estabelecidas pela autoridade competente em consulta com esses povos. Deverão ser facilitados para eles recursos apropriados para essa finalidade.

Artigo 28

1. Sempre que for viável, dever-se-á ensinar às crianças dos povos interessados a ler e escrever na sua própria língua indígena ou na língua mais comumente falada no grupo a que pertençam. Quando isso não for viável, as autoridades competentes deverão efetuar consultas com esses povos com vistas a se adotar medidas que permitam atingir esse objetivo.

2. Deverão ser adotadas medidas adequadas para assegurar que esses povos tenham a oportunidade de chegarem a dominar a língua nacional ou uma das línguas oficiais do país.

3. Deverão ser adotadas disposições para se preservar as línguas indígenas dos povos interessados e promover o desenvolvimento e prática das mesmas.

Artigo 29

Um objetivo da educação das crianças dos povos interessados deverá ser o de lhes ministrar conhecimentos gerais e aptidões que lhes permitam participar plenamente e em condições de igualdade na vida de sua própria comunidade e na da comunidade nacional.

Artigo 30

1. Os governos deverão adotar medidas de acordo com as tradições e culturas dos povos interessados, a fim de lhes dar a conhecer seus direitos e obrigações especialmente no referente ao trabalho e às possibilidades econômicas, às questões de educação e saúde, aos serviços sociais e aos direitos derivados da presente Convenção.

2. Para esse fim, dever-se-á recorrer, se for necessário, a traduções escritas e à utilização dos meios de comunicação de massa nas línguas desses povos.

Artigo 31

Deverão ser adotadas medidas de caráter educativo em todos os setores da comunidade nacional, e especialmente naqueles que estejam em contato mais direto com os povos interessados, com o objetivo de se eliminar os preconceitos que poderiam ter com relação a esses povos. Para esse fim, deverão ser realizados esforços para assegurar que os livros de História e demais materiais didáticos ofereçam uma descrição equitativa, exata e instrutiva das sociedades e culturas dos povos interessados.

PARTE VII - CONTATOS E COOPERAÇÃO ATRAVÉS DAS FRONTEIRAS

Artigo 32

Os governos deverão adotar medidas apropriadas, inclusive mediante acordos internacionais, para facilitar os contatos e a cooperação entre povos indígenas e tribais através das fronteiras, inclusive as atividades nas áreas econômica, social, cultural, espiritual e do meio ambiente.

PARTE VIII – ADMINISTRAÇÃO

Artigo 33

1. A autoridade governamental responsável pelas questões que a presente Convenção abrange deverá se assegurar de que existem instituições ou outros mecanismos apropriados para administrar os programas que afetam os povos interessados, e de que tais instituições ou mecanismos dispõem dos meios necessários para o pleno desempenho de suas funções.

2. Tais programas deverão incluir:

- a) o planejamento, coordenação, execução e avaliação, em cooperação com os povos interessados, das medidas previstas na presente Convenção;
- b) a proposta de medidas legislativas e de outra natureza às autoridades competentes e o controle da aplicação das medidas adotadas em cooperação com os povos interessados.

PARTE IX - DISPOSIÇÕES GERAIS

Artigo 34

A natureza e o alcance das medidas que sejam adotadas para por em efeito a presente Convenção deverão ser determinadas com flexibilidade, levando em conta as condições próprias de cada país.

Artigo 35

A aplicação das disposições da presente Convenção não deverá prejudicar os direitos e as vantagens garantidos aos povos interessados em virtude de outras convenções e recomendações, instrumentos internacionais, tratados, ou leis, laudos, costumes ou acordos nacionais.

PARTE X - DISPOSIÇÕES FINAIS

Artigo 36

Esta Convenção revisa a Convenção Sobre Populações Indígenas e Tribais, 1957.

Artigo 37

As ratificações formais da presente Convenção serão transmitidas ao Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho e por ele registradas.

Artigo 38

1. A presente Convenção somente vinculará os Membros da Organização Internacional do Trabalho cujas ratificações tenham sido registradas pelo Diretor-Geral.

2. Esta Convenção entrará em vigor doze meses após o registro das ratificações de dois Membros por parte do Diretor-Geral.

3. Posteriormente, esta Convenção entrará em vigor, para cada Membro, doze meses após o registro da sua ratificação.

Artigo 39

1. Todo Membro que tenha ratificado a presente Convenção poderá denunciá-la após a expiração de um período de dez anos contados da entrada em vigor mediante ato comunicado ao Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho e por ele registrado. A denúncia só surtirá efeito um ano após o registro.

2. Todo Membro que tenha ratificado a presente Convenção e não fizer uso da faculdade de denúncia prevista pelo parágrafo precedente dentro do prazo de um ano após a expiração do período de dez anos previsto pelo presente Artigo, ficará obrigado por um novo período de dez anos e, posteriormente, poderá denunciar a presente Convenção ao expirar cada período de dez anos, nas condições previstas no presente Artigo.

Artigo 40

1. O Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho notificará a todos os Membros da Organização Internacional do Trabalho o registro de todas as ratificações, declarações e denúncias que lhe sejam comunicadas pelos Membros da Organização.

2. Ao notificar aos Membros da Organização o registro da segunda ratificação que lhe tenha sido comunicada, o Diretor-Geral chamará atenção dos Membros da Organização para a data de entrada em vigor da presente Convenção.

Artigo 41

O Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho comunicará ao Secretário - Geral das Nações Unidas, para fins de registro, conforme o Artigo 102 da Carta das Nações Unidas, as informações completas referentes a quaisquer ratificações, declarações e atos de denúncia que tenha registrado de acordo com os Artigos anteriores.

Artigo 42

Sempre que julgar necessário, o Conselho de Administração da Repartição Internacional do Trabalho deverá apresentar à Conferência Geral um relatório sobre a aplicação da presente Convenção e decidirá sobre a oportunidade de inscrever na agenda da Conferência a questão de sua revisão total ou parcial.

Artigo 43

1. Se a Conferência adotar uma nova Convenção que revise total ou parcialmente a presente

Convenção, e a menos que a nova Convenção disponha contrariamente:

a) a ratificação, por um Membro, da nova Convenção revista implicará de pleno direito, não obstante o disposto pelo Artigo 39, supra, a denúncia imediata da presente Convenção, desde que a nova Convenção revista tenha entrado em vigor;

b) a partir da entrada em vigor da Convenção revista, a presente Convenção deixará de estar aberta à ratificação dos Membros.

2. A presente Convenção continuará em vigor, em qualquer caso em sua forma e teor atuais, para os Membros que a tiverem ratificado e que não ratificarem a Convenção revista.

Artigo 44

As versões inglesa e francesa do texto da presente Convenção são igualmente autênticas.

Documento publicado e disponível no endereço eletrônico:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm