

**EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA ROSA WEBER DO EGRÉGIO  
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3239/04/DF

Autor: Partido Democratas

Ato normativo impugnado: Decreto Federal nº 4.887/2003

Relatora para o acórdão: Exma. Sra. ministra Rosa Weber

**A ASSOCIAÇÃO DOS QUILOMBOS UNIDOS DO BARRO PRETO E  
INDAIÁ, ASSOCIAÇÃO DE MORADORES QUILOMBOLAS DE SANTANA,  
COORDENAÇÃO DAS COMUNIDADES NEGRAS RURAIS QUILOMBOLAS  
DE MATO GROSSO DO SUL, MALUNGU, FETAGRI, JUSTIÇA GLOBAL,  
TERRA DE DIREITOS e INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL**, admitidos para  
atuarem na presente ação direta de inconstitucionalidade na qualidade de *amici curiae*,  
vêm, por seus procuradores ao final assinados, respeitosamente à presença de Vossa  
Exa., apresentar:

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO**

com fundamento no art. 26 da Lei 9.868/1999 c/c arts. 138, §1º e 1.022, I e II, do  
Código de Processo Civil (CPC) e, ainda, arts. 337 e 338 do Regimento Interno deste E.  
Supremo Tribunal Federal, pelos fatos e fundamentos que passa a expor:

**I) BREVE SÍNTESE PROCESSUAL**

A presente Ação Direta de Inconstitucionalidade foi ajuizada em 25 de junho de  
2004, pelo então Partido da Frente Liberal (PFL), com o objeto de impugnar a  
constitucionalidade formal e material do Decreto Federal nº 4887/03, 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 Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) da Constituição

Federal (CF) de 1988.

Após regular tramitação, o feito foi julgado na data de 02 de fevereiro de 2018, quando o plenário do E. Supremo Tribunal Federal, por 10<sup>1</sup> votos a 01<sup>2</sup>, declarou a constitucionalidade formal do decreto impugnado, e por 08<sup>3</sup> votos a 02<sup>4</sup> declarou a constitucionalidade material da norma impugnada, inclusive quanto à não incidência do *marco temporal* na aplicação do art. 68 do ADCT da Constituição Federal de 1988 e do Decreto Federal nº 4887/03.

Em 31 de janeiro de 2019 foi disponibilizado no Diário da Justiça Eletrônico (DJe) o acórdão, que restou assim ementado:

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DECRETO Nº 4.887/2003. PROCEDIMENTO PARA IDENTIFICAÇÃO, RECONHECIMENTO, DELIMITAÇÃO, DEMARCAÇÃO E TITULAÇÃO DAS TERRAS OCUPADAS POR REMANESCENTES DAS COMUNIDADES DOS QUILOMBOS. ATO NORMATIVO AUTÔNOMO. ART. 68 DO ADCT. DIREITO FUNDAMENTAL. EFICÁCIA PLENA E IMEDIATA. INVASÃO DA ESFERA RESERVADA A LEI. ART. 84, IV E VI, "A", DA CF. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. INOCORRÊNCIA. CRITÉRIO DE IDENTIFICAÇÃO. AUTOATRIBUIÇÃO. TERRAS OCUPADAS. DESAPROPRIAÇÃO. ART. 2º, CAPUT E §§ 1º, 2º E 3º, E ART. 13, CAPUT E § 2º, DO DECRETO Nº 4.887/2003. INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL. INOCORRÊNCIA. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO.**

1. Ato normativo autônomo, a retirar diretamente da Constituição da República o seu fundamento de validade, o Decreto nº 4.887/2003 apresenta densidade normativa suficiente a credenciá-lo ao controle abstrato de constitucionalidade.

2. Inocorrente a invocada ausência de cotejo analítico na petição inicial entre o ato normativo atacado e os preceitos da Constituição tidos como malferidos, uma vez expressamente indicados e esgrimidas as razões da insurgência.

3. Não obsta a cognição da ação direta a falta de impugnação de ato jurídico revogado pela norma tida como inconstitucional, supostamente padecente do mesmo vício, que se teria por ripristinada. Cabe à Corte, ao delimitar a eficácia da sua decisão, se o caso, excluir dos efeitos da decisão declaratória eventual efeito ripristinatório quando constatada incompatibilidade com a ordem constitucional.

4. O art. 68 do ADCT assegura o direito dos remanescentes das comunidades dos quilombos de ver reconhecida pelo Estado a propriedade sobre as terras que histórica e tradicionalmente ocupam – direito fundamental de grupo étnico-racial minoritário dotado de eficácia plena e aplicação imediata. Nele definidos o titular (remanescentes das comunidades dos quilombos), o objeto (terras por eles ocupadas), o conteúdo (direito de propriedade), a condição (ocupação tradicional), o sujeito passivo (Estado) e a obrigação específica (emissão de títulos), mostra-se apto o art. 68 do ADCT a produzir todos os seus efeitos, independentemente de integração legislativa.

---

<sup>1</sup> Exmas. Sras. Ministras Rosa Weber e Cármen Lúcia, assim como os Exmos. Srs. Ministros Dias Toffoli, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Gilmar Mendes, Luiz Fux, Celso de Mello, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio.

<sup>2</sup> Exmo. Sr. Ministro Cezar Peluso.

<sup>3</sup> Exmos. Srs. Ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Celso de Mello, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio e as Exmas Sras Ministras Rosa Weber e Cármen Lúcia.

<sup>4</sup> Exmo. Srs. Ministros Dias Toffoli e Gilmar Mendes.

**5.** Disponíveis à atuação integradora tão-somente os aspectos do art. 68 do ADCT que dizem com a regulamentação do comportamento do Estado na implementação do comando constitucional, não se identifica, na edição do Decreto 4.887/2003 pelo Poder Executivo, mácula aos postulados da legalidade e da reserva de lei. Improcedência do pedido de declaração de inconstitucionalidade formal por ofensa ao art. 84, IV e VI, da Constituição da República.

**6.** O compromisso do Constituinte com a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e com a redução das desigualdades sociais (art. 3º, I e III, da CF) conduz, no tocante ao reconhecimento da propriedade das terras ocupadas pelos remanescentes das comunidades dos quilombos, à convergência das dimensões da luta pelo reconhecimento – expressa no fator de determinação da identidade distintiva de grupo étnico-cultural – e da demanda por justiça socioeconômica, de caráter redistributivo – compreendida no fator de medição e demarcação das terras.

**7.** Incorporada ao direito interno brasileiro, a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, consagra a "consciência da própria identidade" como critério para determinar os grupos tradicionais aos quais aplicável, enunciando que Estado algum tem o direito de negar a identidade de um povo que se reconheça como tal.

**8.** Constitucionalmente legítima, a adoção da autoatribuição como critério de determinação da identidade quilombola, além de consistir em método autorizado pela antropologia contemporânea, cumpre adequadamente a tarefa de trazer à luz os destinatários do art. 68 do ADCT, em absoluto se prestando a inventar novos destinatários ou ampliar indevidamente o universo daqueles a quem a norma é dirigida. O conceito vertido no art. 68 do ADCT não se aparta do fenômeno objetivo nele referido, a alcançar todas as comunidades historicamente vinculadas ao uso linguístico do vocábulo quilombo. Adequação do emprego do termo “quilombo” realizado pela Administração Pública às balizas linguísticas e hermenêuticas impostas pelo texto-norma do art. 68 do ADCT. Improcedência do pedido de declaração de inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, do Decreto 4.887/2003.

**9.** Nos casos *Moiwana v. Suriname* (2005) e *Saramaka v. Suriname* (2007), a Corte Interamericana de Direitos Humanos reconheceu o direito de propriedade de comunidades formadas por descendentes de escravos fugitivos sobre as terras tradicionais com as quais mantêm relações territoriais, ressaltando o compromisso dos Estados partes (Pacto de San José da Costa Rica, art. 21) de adotar medidas para garantir o seu pleno exercício.

**10.** O comando para que sejam levados em consideração, na medição e demarcação das terras, os critérios de territorialidade indicados pelos remanescentes das comunidades quilombolas, longe de submeter o procedimento demarcatório ao arbítrio dos próprios interessados, positiva o devido processo legal na garantia de que as comunidades tenham voz e sejam ouvidas. Improcedência do pedido de declaração de inconstitucionalidade do art. 2º, §§ 2º e 3º, do Decreto 4.887/2003.

**11.** Diverso do que ocorre no tocante às terras tradicionalmente ocupadas pelos índios – art. 231, § 6º – a Constituição não reputa nulos ou extintos os títulos de terceiros eventualmente incidentes sobre as terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos, de modo que a regularização do registro exige o necessário o procedimento expropriatório. A exegese sistemática dos arts. 5º, XXIV, 215 e 216 da Carta Política e art. 68 do ADCT impõe, quando incidente título de propriedade particular legítimo sobre as terras ocupadas por quilombolas, seja o processo de transferência da propriedade mediado por regular procedimento de desapropriação. Improcedência do pedido de declaração de inconstitucionalidade material do art. 13 do Decreto 4.887/2003.

Da leitura do respeitável acórdão acima transcrito não se encontra menção à inaplicabilidade do *marco temporal* à titulação dos territórios quilombolas, como expressamente rechaçado pelo plenário E. Supremo Tribunal Federal.

Logo, com os presentes embargos buscam os peticionários suprir, com a devida *venia*, omissão no acórdão quanto à expressa refutação da aplicação do *marco temporal* aos casos de titulação de territórios de comunidades remanescente de quilombo.

Destaca-se que a inclusão, na ementa do acórdão, do decidido por este E. Supremo Tribunal Federal quanto ao *marco temporal* é fundamental para extirpar quaisquer dúvidas a respeito do tema, atendendo às exigências do art. 8º do Código de Processo Civil.

## **II) MARCO TEMPORAL – CAUSA DE PEDIR E PEDIDO CONSTANTE DA INICIAL – RECHAÇO EM JULGAMENTO NO PLENÁRIO – AUSÊNCIA DE CONSIGNAÇÃO NA EMENTA DO ACÓRDÃO - RETIFICAÇÃO**

Da leitura da peça inicial se observa que o *marco temporal* foi arguido em diversas oportunidades, sempre com o objetivo de limitar o alcance do disposto do art. 68 do ADCT da Constituição Federal. Abaixo transcrevem-se passagens da peça inicial que fazem referência expressa ao *marco temporal*:

“As terras são, desde logo, por força da Lei Maior, dos remanescentes das comunidades quilombolas que lá fixaram residência desde 5 de outubro de 1988.”  
(...)

“De outra parte, somente tem direito ao reconhecimento – critério que não encontra respaldo no Decreto, o remanescente que tinha e demonstrava, à época da promulgação do texto constitucional, real *intensão de dono*.” (fls. 10 dos autos)  
(...)

A área cuja a propriedade deve ser reconhecida constitui apenas e tão-somente o território em que comprovadamente, durante a fase imperial da história do Brasil, os quilombos se formara”. Nessa linha, é a lapidar lição de CLÁUDIO TEIXEIRA DA SILVA:

‘Vale dizer: se em 05.10.1988, existia a posse dos remanescentes sobre as terras que na época imperial formavam os quilombos, o constituinte considerou aquela posse centenária, pacífica e transmitida ininterruptamente de geração em geração até aquele momento (cf. “O usucapião singular disciplinado no art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – in Revista de Direito Privado. São Paulo. RT, n. 11, p. 80)” (fls. 12 dos autos).

Observa-se, portanto, que a causa de pedir, bem como o próprio pedido de declaração de inconstitucionalidade do Decreto Federal nº 4887/03, estão baseadas na interpretação constitucional sobre do termo “estejam ocupando”, presente no art. 68 do ADCT da Constituição Federal.

Em função dessa observação ocorreram debates acerca da aplicação ou não do *marco temporal* como requisito objetivo para aplicação do direito constitucional quilombola, tendo esta sido expressamente rechaçada pelo plenário deste E. Supremo Tribunal Federal por 08 votos a 02.

Abaixo transcrevem-se excertos de votos dos e das eminentes Exmo/as. Ministros/as deste E. Tribunal em que está presente o debate acerca da aplicação, ou não, do *marco temporal* quando da efetivação do direito fundamental previsto no art. 68 do ADCT da Constituição.

A extensão do debate realizado sobre a questão do marco temporal no julgamento em plenário, bem como a complexidade da materialização do julgado nos casos concretos, também são elemento que reforçam a necessidade de explicitar o resultado final da demanda na ementa do acórdão, situação que vinculará a ação do Estado.

Durante a sessão plenária, a Exa., Sra. Min. Rosa Weber, consignou em voto apresentado em 25 de março de 2015 o seguinte acerca do marco temporal:

**“4.4.4. A efetiva posse das terras em 05 de outubro de 1988 é requisito essencial à proteção do art. 68 do ADCT**, porquanto consta expressamente do texto constitucional quando identifica seus destinatários. Tal emerge tanto da topologia da norma – situada no ADCT, vale dizer, voltada a situação temporalmente definida e que se pretende logo superada – quanto da flexão verbal – “estejam ocupando”, a assinalar o **momento da promulgação da Constituição como o marco definidor de sua incidência.**”.

Posteriormente, na sessão plenária de 08 de fevereiro de 2018, após o voto do Exmo. Sr. Ministro Edson Fachin, a Exa. Sra. Min. Rosa Weber afirmou que a menção ao marco temporal se deu em *obiter dictum*, e que sua aplicação não estaria presente na parte dispositiva do voto. Na citada ocasião a Exa. Sra. Ministra afirmou que alteraria o citado parágrafo, o que, de fato, ocorreu, conforme abaixo transcrito:

“4.4.4) À falta de deliberação do Plenário quanto a eventual marco temporal, deixo de tecer considerações, ainda que em *obiter dictum* a respeito, anotando, contudo, que a data de 13 de maio de 1888 não tem serventia metodológica à definição do status dos quilombos. A uma porque o próprio conceito de remanescente de quilombo nos dias atuais exige a reprodução contínua de uma comunidade que, originada da resistência à escravidão, permaneceu coesa. A duas porque é impossível saber, hoje, em que momento do passado histórico a Lei Áurea, embora assinada naquela data, se tornou de conhecimento público em localidades remotas do território brasileiro, bem como a disposição que tiveram as autoridades locais de lhe conferir eficácia. Enfim, a data da abolição formal da escravidão não induz a que após 13 de maio de 1888 não tenha persistido o perverso regime em tal ou qual localidade. No universo hipotético-formal dos juristas é que a figura do quilombo perde o sentido existencial de forma simultânea à abolição, o mesmo não ocorrendo necessariamente na vida. Convergem nessa linha as análises de autorizados juristas e antropólogos.”

Por outro lado, da análise da redação final do magistral voto proferido pela Exa. Sra. Ministra, com a devida vênia, percebe-se uma contradição com trechos do seu próprio voto e dos/as demais Ministros/as, que não acolheram a incidência do marco temporal da promulgação da Constituição federal como balizador do reconhecimento de propriedade definitiva previsto do art. 68 do ADCT. Verifica-se que, ao final do voto, permanece o trecho abaixo, em que a data de 5 de outubro de 1988 parece figurar como referência necessária “*à ocupação continuada do espaço*” e que atrela “*a reprodução da unidade social que se afirma originada de um quilombo*”.

“Pontuo, por oportuno, que **a ostentação de uma identidade – que pode ser autoatribuída – não se confunde com a satisfação dos critérios objetivos exigidos pelo texto constitucional para o reconhecimento da titularidade do direito assegurado no art. 68 do ADCT** – que é, pelo menos em uma de suas dimensões, um direito real de propriedade. Assim, para os fins específicos da incidência desse dispositivo constitucional transitório, **além de uma dada comunidade ser qualificada como remanescente de quilombo** – elemento subjetivo que reside no âmbito da autoidentificação –, mostra-se **necessária a satisfação de um elemento objetivo, empírico: a reprodução da unidade social que se afirma originada de um quilombo há de estar atrelada a uma ocupação continuada do espaço ainda existente, em sua organicidade, em 05 de outubro de 1988**, de modo a se caracterizar como **efetiva atualização histórica das comunidades dos quilombos**.”

Ocorre, contudo, *data máxima vênia*, que a questão do *marco temporal* foi debatida e rechaçada pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, seja quanto ao ano de 1888 ou quanto ao ano de 1988. Ou seja, houve deliberação específica quanto ao tema e a maioria absoluta do Plenário afastou sua aplicação expressamente. Senão vejamos.

O Exmo. Sr. Ministro Edson Fachin consignou expressamente em seu voto-vista que o *marco temporal* não se aplica ao reconhecimento dos direitos territoriais das comunidades quilombolas:

“No primeiro pedido de vista e do voto vista da Ministra Rosa Weber, nós temos a conclusão pela improcedência da ação, com um conjunto de fundamentos, dentre eles, um deles é o tema atinente ao marco temporal, em relação ao qual, permito-me antecipar, tenho uma percepção distinta da eminente Ministra Rosa Weber, com a devida vênia, em relação a este ponto, mas não em relação ao julgamento de improcedência da ação. Já no voto do eminente Ministro Dias Toffoli, o eminente Ministro julga parcialmente procedente a ação, para dar a interpretação conforme ao § 2º do artigo 2º, apenas ressaltando também o aspecto atinente ao marco temporal. Creio que Sua Excelência entende pela fixação do marco temporal.

(...)

Como eu já mencionei e me permitir começar pelo fim, trago o posicionamento no sentido do julgamento da integral improcedência da ação. Portanto, não faço a interpretação conforme e, em relação à questão pontual do marco temporal, também não acolho com as devidas vênicas as objeções que foram suscitadas.

(...)

Nesse ponto, acompanho a divergência inaugurada pela Min. Rosa Weber no que concerne à conclusão pela constitucionalidade da previsão impugnada, mas apresento ponto de vista distinto em relação à utilização do conceito de marco temporal em relação à definição dos destinatários da norma constitucional. Portanto, manifesto-me, no ponto, de maneira oposta àquela sustentada, com a devida vênia, pelo I. Min. Dias Toffoli, que proferiu voto pela necessidade de interpretação conforme ao dispositivo impugnado.

Apresento, portanto, os argumentos que me levam a discordar, na fundamentação, porém não na conclusão, da proposta divergente apresentada pela Ministra Rosa Weber.

(...)

Nesse ínterim, apresento minha discordância pontual a um fundamento constante de ambos os votos divergentes já prolatados, acerca da aplicação do marco temporal de 05 de outubro de 1988 para a configuração do direito previsto pelo art. 68 do ADCT.

(...)

Com efeito, de acordo com o entendimento manifestado, a autoidentificação deve vir acompanhada de um elemento objetivo, que seria a presença da comunidade na área cuja titulação pretende na data de 05 de outubro de 1988. Sem essa prova, a incidência da norma expressa no art. 68 do ADCT não seria admissível.

Pedindo vênia aos entendimentos em sentido contrário, compreendo que, se já em relação à questão indígena a aplicação do marco temporal enseja questionamentos de complexa solução, até mesmo em virtude da positivação do direito em diversas Leis e Constituições anteriores à vigente, em relação ao reconhecimento do direito à propriedade das terras tradicionais ocupadas por remanescentes de comunidades quilombolas, a questão se revela com contornos ainda mais sensíveis.

Primeiramente, ressalte-se, uma vez mais, que, ao contrário do direito de posse conferido aos índios, a ausência de qualquer regulamentação da matéria antes da Constituição de 1988 transforma a prova dessa presença contínua e sem turbação na área na data da promulgação da Constituição bastante difícil, senão impossível a essas comunidades.

(...)

De fato, se as áreas de ocupação indígena estavam mais bem documentadas por diversos trabalhos de cunho acadêmico e científico, em relação às comunidades quilombolas, contudo, o conhecimento dessas regiões era muito mais reduzido, situação que dificulta a documentação da área e a preservação de vestígios de posse, e pode levar a injustiças, além do risco de ineficácia da previsão constitucional, reduzindo as possibilidades de efetivação de direito fundamental, o que, com todo o respeito, não se coaduna com a ordenação constitucional pós redemocratização.

Como restou demonstrado pelas intervenções dos diversos *amici curiae* no processo, as realidades quilombolas eram absolutamente desconhecidas até poucos anos atrás, e muitas podem, até os dias de hoje, ainda restar invisíveis ao Poder Público, numa situação perene de negação de direitos, tanto de cunho material como processuais.

Assim, dentro de uma hermenêutica constitucionalmente adequada à interpretação e aplicação de um direito fundamental que surge, pela vez primeira, na Constituição de 1988, não depreendo da redação do artigo 68 do ADCT a restrição do direito à titulação de propriedade apenas àqueles remanescentes de comunidades quilombolas que estivessem na posse mansa e pacífica da área na data da promulgação do texto constitucional.

Respeitosamente às opiniões contrárias, compreendo que referido dispositivo constitucional não afasta apenas pela redação textual no tempo presente a concessão do direito ao reconhecimento enquanto comunidade quilombola a essas realidades ainda desconhecidas, ainda invisíveis ao conhecimento do Estado. Nem a topologia da norma tem o condão, no meu sentir, de restringir o direito dessas comunidades, por meio do estabelecimento de um marco temporal objetivo que limita a aquisição e o exercício do direito ali proclamado.

(...)

Não se trata de assegurar fraudes ou de possibilitar a titulação de comunidades que não estejam vinculadas a esse passado de resistência e a um modo de vida característico e tradicional. Nada obstante, entender-se que a Constituição solidificou a questão ao eleger um marco temporal objetivo para a atribuição do direito fundamental a esse grupo étnico significa, com todo o respeito aos posicionamentos em sentido contrário, fechar-lhes uma vez mais a porta para o exercício completo e digno de todos os direitos inerentes à cidadania.

(...)

Da leitura da Constituição da República, entendo que a disposição do artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias consistiu em exceção ao modo como a regra de aquisição de domínio vem estabelecida ordinariamente. Contudo, enquanto exceção constitucionalmente protegida, seja pela opção expressa do constituinte, seja pela caracterização enquanto direito fundamental de uma minoria étnica, compreendo que dela não se deve extrair nem menos nem mais de sua potencialidade em conferir a integralidade dos direitos de cidadania aos remanescentes das comunidades quilombolas; por essa razão, entendo inexistir fundamento constitucional para a incidência da teoria do marco temporal na hipótese presente.”.

Por sua vez, o Exmo. Sr. Min. Luís Roberto Barroso também expressamente rejeitou a aplicação do *marco temporal*, nos seguintes termos:



“O eminente Relator, Ministro Cezar Peluso, acolheu o pedido, como todos nós sabemos, e julgou procedente a demanda. Eu vou enfrentar muito brevemente os diferentes pontos porque percebo que o Tribunal se encaminha por não se alinhar à posição do Relator, de modo que o dissídio que se delinea é muito pontual a propósito do marco temporal.

Portanto, eu vou tentar verbalizar a minha posição em relação ao marco temporal muito alinhada com a que foi aqui adotada pelo Ministro Edson Fachin, mas na crença de que não estamos tão distantes assim, porque penso que a posição mais explicitamente verbalizada pelo Ministro Dias Toffoli é o que de ordinário deve acontecer, porém, acho que é preciso que haja uma ressalva.

De modo que eu vou ler, para ser preciso, porque justamente esse é o ponto central. Quanto ao marco temporal, digo eu, fazem jus ao direito previsto no art. 68 do ADCT: 1 - As comunidades remanescentes de quilombos que estavam na área quando da promulgação da Constituição.

E, nesse ponto, também estamos todos de acordo, todos os que divergiram do Ministro Peluso. Mas penso que, aqui, é preciso acrescentar uma segunda possibilidade já expressa pelo Ministro Fachin - apenas verbalizei de forma diferente, mas, em termos de conteúdo, estamos na mesma página - que é, além dos que lá se encontravam, Presidente, também aquelas comunidades que haviam sido forçadamente desapossadas, isto é, que foram vítimas de um esbulho renitente, mas cujo comportamento, à luz da sua cultura, aponta para sua inequívoca intenção de retornar ao território que ocupavam e desde que sua vinculação cultural com ele tenha sido preservada, o que pode ser objetivamente demonstrado por laudos antropológicos. Portanto, se a comunidade tiver sido desapossada à força, mas tiver conservado vínculos econômicos, sociais ou culturais com aquela área, eu penso que o direito subsiste.

O conceito central aqui, portanto, é um conceito que foi ventilado, pela primeira vez, quando o Tribunal julgou - e eu ainda não estava aqui - a questão da Raposa Serra do Sol, mas, depois, eu já estava aqui quando nós julgamos os embargos de declaração - eu mesmo fui o Relator -, e nós até limitamos o sentido e alcance daquelas condicionantes estabelecidas no julgamento da Raposa Serra do Sol.

Mas um conceito importante é o de esbulho renitente. O nosso querido e saudoso Ministro Teori Zavascki, num caso superveniente, ao interpretar o que significava esbulho renitente, exemplificou a ideia de esbulho renitente, mas de preservação de vinculação com a área, a existência, por exemplo, de ações possessórias, ou pelo menos de conflitos possessórios. Acho que esse é um ótimo critério, porém não acho que deva ser um único critério, porque muitas vezes recorrer ao Poder Judiciário, ou mesmo a conflitos físicos - a violência pode não ser da índole dessa comunidade. Parece óbvio e natural para nós que vivemos neste universo, mas é muito distante para pessoas que vivem em um universo distinto. De modo que eu penso, conforme o Ministro Teori, que a existência de resistência física ou a existência de ações possessórias claramente demonstram a subsistência do vínculo, mas não só essas circunstâncias. Portanto, é perfeitamente possível que, tendo havido o desapossamento forçado, injusto e tendo permanecido o vínculo, ao menos cultural com a área, entendo que essas comunidades preservam o direito de serem reconhecidas, de terem as suas áreas reconhecidas como Comunidades Quilombolas.

(...)

E, por fim e o mais importante, fazem jus ao direito previsto no art. 68 do ADCT: 1. As comunidades que ocupavam suas áreas quando da promulgação da Constituição; e ainda 2. aquelas que foram delas desapossadas à força e cujo comportamento, à luz da sua cultura, indica intenção de retomar a permanência do vínculo cultural e tradicional com o território, dispensada a comprovação de conflito possessório atual de fato ou mediante ajuizamento de ação.

(...)

O relator, Min. Cezar Peluso, votou pelo conhecimento da ação e, no mérito, pela declaração da inconstitucionalidade da norma com efeitos *ex nunc*. Na sequência, a Ministra Rosa Weber pediu vista e, posteriormente, votou pela improcedência da ação, observado, contudo, o marco temporal da vigência da Constituição de 1988, de forma a que comunidades que não mais estivessem ocupando suas áreas em tal data não teriam direito de propriedade sobre seu território. Na sequência, pediu vista o Ministro Toffoli.

(...)

solução do caso impõe, portanto, que se respondam as seguintes questões: (i) Havia necessidade de lei para que o art. 68 do ADCT se tornasse aplicável, ou bastava um decreto regulando seu procedimento? (ii) O critério de autodefinição das comunidades quilombolas é o único critério utilizado para a atribuição dos títulos de propriedade? Trata-se de critério válido e compatível com a Constituição? (iii) A extensão da propriedade sobre o território conferida pelo decreto é compatível com a Constituição? (iv) É (in)cabível procedimento de desapropriação para promover a transferência da propriedade às comunidades quilombolas? (v) É possível aplicar o direito previsto no art. 68 do ADCT às comunidades que não estavam ocupando seu território quando da entrada em vigor da Constituição (marco temporal)?

#### **7. A QUESTÃO DO MARCO TEMPORAL**

47. Alega-se, ainda, que só fazem jus ao direito previsto no art. 68 do ADCT as comunidades remanescentes de quilombos que estivessem ocupando as suas terras no momento da promulgação da Constituição. A assertiva se baseia em dois fundamentos. Invoca-se, primeiramente, o teor literal do dispositivo, que assegurou o direito de propriedade "*aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras*". Portanto, de acordo com o texto expresso da norma, a efetiva ocupação da terra seria imprescindível para a configuração do direito. Alude-se, ainda, que o mesmo marco temporal foi aplicado para o reconhecimento das terras indígenas, conforme condicionantes definidas no caso Raposa Serra do Sol, uma vez que o propósito da Constituição seria encerrar conflitos fundiários, o que só seria possível com a definição de um marco preciso.

48. Sobre o que restou decidido no Caso Raposa Serra do Sol, já tive a oportunidade de manifestar, em embargos de declaração, que as condicionantes ali fixadas se referem especificamente a tal demarcação, não se estendendo a outros processos. A discussão do marco temporal indígena não é objeto desta ação e, portanto, me reservo o direito de debater o tema quando ele efetivamente se colocar.

49. Quanto à utilização do mencionado marco temporal para o reconhecimento de remanescentes de comunidades de quilombos, deve-se considerar, primeiramente, a possibilidade de que algumas de tais comunidades não se encontravam ocupando seu território porque foram dele retiradas à força, anteriormente ao momento de redemocratização do país. Não deixaram suas áreas, portanto, voluntariamente, e não retornaram a elas porque estavam impedidas de fazê-lo.

50. Diante dessa realidade, parece-me que o art. 68 do ADCT deve ser interpretado conjuntamente com os artigos 215 e 216 da Constituição, de modo a reconhecer que o propósito da Constituição foi preservar direitos fundamentais culturais dos povos tradicionais, bem como o direito da sociedade brasileira, como um todo, à sua pluralidade e diversidade cultural e à preservação do modo de vida dos povos que contribuíram para a sua constituição. Trata-se, portanto, de direito fundamental cultural ao qual se deve conferir a maior efetividade possível, em observância ao comando do art. 5º, §1º, da Constituição.

51. Por isso, entendo que a comunidade quilombola só não será contemplada com o reconhecimento de seu direito de propriedade, caso reste demonstrado que deixou voluntariamente o território que postula e/ou desde que se verifique que os laços culturais que a uniam a tal território se desfizeram. Se a comunidade não permaneceu na área, mas está postulando a sua propriedade, continua ligada a ela, tem a expectativa de retornar e perfaz os demais requisitos para a configuração como povo

tradicional, ela faz jus à sua titulação porque essa é a providência que permite a realização da vontade constitucional, qual seja a proteção dos direitos fundamentais culturais da comunidade e da sociedade brasileira.

52. Veja-se que noção semelhante – mas não exatamente igual – está contemplada no próprio Caso Raposa Serra do Sol, em que o Supremo observou que a saída que rompe a continuidade e a tradicionalidade de uma posse indígena é aquela espontânea, e não a decorrente de renitente esbulho, praticado por não índios. No caso, reconheceu-se que a população fora retirada da área contra a sua vontade, que não retornou ao território porque foi impedida, mas que permaneceu a ele vinculada, tanto assim que ainda faz uso de seus recursos ambientais e naturais, praticando a caça e a coleta na região[19].

53. Ocorre que, no julgamento do Ag. Reg. no RE com Agravo 803.462, rel. Min. Teori Zavascki, manifestou-se o entendimento de que para a configuração do esbulho renitente haveria a necessidade de comprovar a existência de *"situação de efetivo conflito possessório que, mesmo iniciado no passado, ainda persista até o marco demarcatório temporal atual, vale dizer, a data da promulgação da Constituição de 1988"*. Afirmou-se, ainda, que o conflito deveria se materializar *"por circunstâncias de fato ou, pelo menos, por uma controvérsia possessória judicializada"*.

54. Não estou de acordo com o significado que se atribuiu, nesse caso, à figura do "renitente esbulho". Não me parece razoável e nem prudente que se exija violência ou conflito para a sua configuração, quando o comportamento da população aponta para a sua inequívoca intenção de retornar ao território que ocupava e quando sua vinculação com ele é evidente. Mais absurdo, ainda, seria exigir o ajuizamento de uma ação possessória. Trata-se de grupos vulneráveis, pobres, de difícil acesso, que vivem sob as instituições de uma outra cultura, que pode ser pacífica, avessa a conflitos e sequer compreender o significado de uma ação judicial. Exigir a presença de conflito de fato ou ação possessória ajuizada para caracterizar a vinculação das populações tradicionais às suas terras, além de poder atentar contra o seu instinto de sobrevivência, significa interpretar o comportamento de tais comunidades à luz dos nossos costumes e instituições, o que de forma alguma será adequado para captar seu sentimento, muito menos para preservar a sua cultura, que é o propósito da Constituição.

Por isso, entendo como esbulho renitente apto a configurar a desocupação forçada o desapossamento não voluntário de uma comunidade quilombola de seu território e a existência de comportamento atual que, à luz da sua cultura, caracterize sua inequívoca intenção de retornar ao território que ocupava. Em tal caso, a comunidade fará jus ao direito previsto no art. 68 do ADCT porque somente não estava ocupando suas terras por ter sido impedida de fazê-lo, tendo tido, portanto, seus direitos fundamentais violados.”.

Na mesma medida, o Exmo. Sr. Ministro Luís Fux também apreciou expressamente a possibilidade de aplicação do marco temporal e a rechaçou, a saber:

“11) A inaplicabilidade do marco temporal e outras condicionantes.

12) A interpretação gramatical do artigo 68 do ADCT não encontra qualquer referência em datas ou outro parâmetro temporal; ao contrário, vê “reconhecida” a propriedade definitiva. O dispositivo *declara* – e não *constitui* – o direito de propriedade, sem delimitar marcos temporais. Da mesma forma, a referência àqueles que “estejam ocupando” demonstra a atualidade e a continuidade da ocupação, incluindo no campo semântico da garantia, por exemplo, aqueles que outrora foram removidos forçosamente de suas terras, mas já presentemente conseguiram reavê-la.

13) O aspecto teleológico afasta a exegese que reduz o alcance e o propósito de norma notoriamente protetiva. Caracteriza-se a “*efetiva atualização histórica das comunidades dos quilombos*” por uma atávica identidade étnico-cultural, que se une visceralmente à terra e à tradição comum, independentemente de lá estarem em uma data qualquer arbitrária. Qualquer condicionante que obste a emissão dos respectivos títulos diz mais do que o constituinte e, ao impor uma proteção menor do que a consignada na Constituição, deve ser rechaçada por inconstitucional.

14) A transferência às comunidades remanescentes dos quilombolas do ônus de comprovar os atos ilícitos que lhes comprometeram a continuidade da posse perpetua uma situação de opressão racial. É que a histórica discriminação a que foram submetidos, inclusive institucional, bem como a oralidade que caracteriza a transmissão de tradições, conhecimento e informações nas comunidades, onera sobremaneira a produção dessas provas pelos remanescentes dos quilombos.

15) Acompanho a divergência aberta pela Ministra Rosa Weber e voto pela improcedência da ação.

(...)

#### ***A inaplicabilidade do marco temporal e outras condicionantes***

Resta enfrentar a alegação do Autor de que as áreas aludidas pelo art. 68 do ADCT seriam apenas o “*território em que comprovadamente, durante a fase imperial da história do Brasil, os quilombos se formaram*”. O entendimento, adiante-se, não merece a mais tênue admissão, como precisamente apontado por Daniel Sarmento, então Procurador Regional da República, de cujo parecer extraio a arguta constatação, *verbis*:

(...)

Se o dispositivo fosse interpretado no sentido pretendido pelo Autor, o grupo beneficiado pela norma constitucional teria de estar na posse das terras de 1888 a 1988, o que equivaleria a pelo menos cem anos. À luz do prazo máximo de usucapião admitido no direito brasileiro (15 anos, na forma do art. 1.238 do Código Civil), a norma em questão, em vez de proteger, agravaria a histórica opressão às comunidades quilombolas.

Uma exegese que subverte a finalidade da norma não se presta a fixar-lhe o sentido. Ademais, o entendimento sustentado pelo Autor traria um enorme inconveniente prático na busca pela efetividade do art. 68 do ADCT. É que, ao fixar-se o período imperial como marco para definição dos territórios quilombolas, a demarcação atual de suas fronteiras pressuporia um tormentoso incursão pela história, nem sempre acompanhado de fontes de pesquisa precisas e fidedignas. Nesse cenário, a dificuldade probatória representaria obstáculo insuperável à plena satisfação do direito assegurado pela Constituição. Novamente a inteligência do art. 68 do ADCT proposta pelo Autor frustra o escopo emancipatório e inclusivo da norma, merecendo rejeição.

Diante disso, não merece endosso a interpretação retrospectiva alvitada pelo Autor. A garantia insculpida no art. 68 do ADCT deve voltar-se para o futuro, não podendo o intérprete reduzi-la apenas às terras comprovadamente ocupadas pelas comunidades quilombolas durante a fase imperial da história do Brasil, na medida em que tal compreensão (i) subverte a finalidade subjacente ao dispositivo constitucional, transformando-o de instrumento protetivo a veículo discriminatório dos grupos remanescentes dos quilombos; (ii) cria obstáculos intransponíveis à efetivação do direito constitucionalmente reconhecido e (iii) ignora a dimensão territorial indispensável à preservação e à afirmação da cultura quilombola. Em verdade, a teleologia constitucional que informa o comando do art. 68 do ADCT **desautoriza qualquer restrição cronológica de seu alcance**. O eventual estabelecimento de um *marco temporal*, uma data certa que se valha de insubstituível referencial para a ocupação de um determinado espaço geográfico por uma comunidade, não se coaduna com a literalidade, nem com a teleologia da proteção constitucional assegurada aos remanescentes das comunidades quilombolas.

É que a interpretação gramatical do texto constitucional não encontra qualquer referência em datas ou outro parâmetro temporal; ao contrário, vê “reconhecida” a propriedade definitiva. O dispositivo *declara* – e não *constitui* – o direito de propriedade, sem delimitar marcos temporais. Da mesma forma, a referência àqueles que “estejam ocupando” demonstra a atualidade e a continuidade da ocupação, incluindo no campo semântico da garantia, por exemplo, aqueles que outrora foram removidos forçosamente de suas terras, mas já presentemente conseguiram reavê-la.

Entendimento diverso, a pretexto de estimular a paz fundiária, perpetua o *status quo ante* e impede os destinatários da garantia constitucional de reivindicar presentemente a tutela estatal. A par do exemplo acima, o marco temporal também exclui uma comunidade remanescente que, quando da promulgação da Constituição, talvez ainda não contemplasse os requisitos socioculturais objetivos suficientes, mas, somados os quase trinta anos transcorridos desde então, atualmente já fortaleceu suas raízes.

Tal exegese tampouco se ilide com o argumento topográfico. Extrair da mera topologia um marco temporal equivale a limitar os efeitos e o alcance da vontade do constituinte a uma fotografia da situação, inexoravelmente pretérita e datada. É fato que a topologia indica que a disposição constitucional inserida no ADCT se pressupõe transitória. Assim teria sido, caso houvessem sido criados os procedimentos administrativos necessários quando da promulgação da Constituição. No entanto, a vontade do constituinte não preclui por inércia do poder público ou haveria um incentivo espúrio para que fosse indefinidamente adiada a regulamentação da matéria. Mais relevante, o aspecto teleológico afasta a exegese que reduz o alcance e o propósito de norma notoriamente protetiva. O direito à propriedade titularizado pelos remanescentes de comunidades quilombolas foi *reconhecido* pelo constituinte, sem limitações temporais ou outras reservas. Caracterizada a condição objetiva de “remanescentes das comunidades dos quilombos”, fazem jus à tutela estatal. Qualquer condicionante que obste a emissão dos respectivos títulos diz mais do que o constituinte e, ao impor uma proteção menor do que a consignada na Constituição, deve ser rechaçada por inconstitucional.

A necessidade de compatibilizar essa regra com outros valores de *status* constitucional é o que orienta a indenização decorrente da desapropriação, a sujeição a um procedimento administrativo de demarcação, as restrições à disposição da propriedade reconhecida, dentre outras previsões regulamentares. Não cabe ao intérprete refazer a ponderação de princípios com a segurança jurídica ou propriedade privada de terceiros, ao mais já promovida pelo constituinte e, sob tal pretexto, criar restrições - apriorísticas e em abstrato - que *obstem* a tutela constitucional assegurada aos remanescentes das comunidades dos quilombos.

Por tal razão, acompanho a divergência aberta pela Ministra Rosa Weber, em belíssimo voto, com a ressalva de que o elemento objetivo, empírico, a que se refere – “a reprodução da unidade social que se afirma originada de um quilombo há de estar atrelada a uma ocupação continuada do espaço ainda existente, em sua organicidade” - não encontra limitações temporais. Caracteriza-se, outrossim, a “efetiva atualização histórica das comunidades dos quilombos” por uma atávica identidade étnico-cultural, que se une visceralmente à terra e à tradição comum, independentemente de lá estarem em uma data qualquer arbitrária.

Sequer se cogite de uma aplicação analógica das condicionantes estabelecidas por esta Suprema Corte quando do julgamento da Pet. 3.388, quando foram fixadas balizas para a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol. Dentre tantas, fixou-se o marco temporal de ocupação, nos seguintes termos:

(...)

No julgamento dos respectivos embargos declaratórios, a Corte sublinhou que as salvaguardas institucionais, porquanto razões de decidir, não possuem efeitos vinculantes, valendo-se quando muito como diretrizes para casos em que se rediscuta o sentido das mesmas normas constitucionais. Confira-se o excerto do voto do relator, Ministro Luís Roberto Barroso:

(...)

Note-se que a ressalva se refere à utilização do marco regulatório para outros casos relativos a terras indígenas. Com mais razão ainda, há de ser afastada do processo de delimitação e demarcação das terras ocupadas por quilombolas, garantia que se consubstancia em norma constitucional diversa.

Assim como não se aplica o marco temporal da promulgação da Constituição Federal – ou qualquer outro – à presente hipótese, tampouco seria suficiente a ressalva de “*renitente esbulho*” instituída no julgamento da Pet 3.388. À ocasião, ressalvaram-se do marco temporal os casos em que, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, a reocupação não tivesse ocorrido por efeito de “*renitente esbulho*”, que não se confunde com ocupação passada ou desocupação forçada.

A exceção, no entanto, mostra-se excessivamente restritiva ao exigir a comprovação de configuração de situação de efetivo conflito possessório que “*ainda persista até o marco demarcatório temporal (...), conflito que se materializa por circunstâncias de fato ou, pelo menos, por uma controvérsia possessória judicializada*” (ARE 803462 AgR, Relator Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, julgado em 09/12/2014).

Dadas a belicosidade das questões fundiárias e a dificuldade de as comunidades remanescentes dos quilombolas reagirem jurídica e tempestivamente às lesões possessórias, a existência em si de um marco temporal tende a cancelar os efeitos de posses ilegais e muitas vezes violentas.

Vê-se, assim, que a delimitação das terras quilombolas não deve ser prisioneira do passado nem refém do anacronismo de datas. Como já ressaltado, a proteção conferida pela norma constitucional volta-se para o futuro, pretende criar condições para preservação da cultura e da identidade afro-brasileira ligada aos quilombos (CRFB, arts. 215 e 216), contribuindo para incluir e afirmar uma minoria *atual* historicamente marginalizada. Isso significa “*ampliar o campo de aplicação das normas jurídicas que se referem direta ou indiretamente a quilombos, para reconhecer e proteger realidades atuais e não apenas a memória do passado*” (ROTHENGURB, Walter Claudius. Direitos dos descendentes de escravos (remanescentes das comunidades de quilombos) *in Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 478).”

O Exmo. Sr. Ministro Ricardo Lewandowski se manifestou quanto à possibilidade de aplicação do art. 68 do ADCT da Constituição Federal mesmo em situações em que as comunidades remanescentes de quilombo não estejam fisicamente ocupando terras, a saber:

É que se está, na prática, diante daquilo que se convencionou chamar *desintrusão*, terminologia utilizada para designar ideia da necessidade de viabilizar-se a atribuição da propriedade definitiva das terras constitucionalmente reservadas aos remanescentes das comunidades quilombolas, em acordo com os particulares detentores de títulos válidos de propriedade sobre as mesmas áreas, inclusive para resolver as situações de comunidades que foram expulsas das terras que ocupavam e que se fixaram em outra localidade próxima.

Também o Exmo. Sr. Ministro Celso de Mello rechaçou expressamente a aplicação do marco temporal às titulações de territórios quilombolas, a saber:

**“O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Acompanho o notável voto proferido** pela eminente Ministra ROSA WEBER, **com a observação** de que o eminente Ministro EDSON FACHIN, **embora adotando fundamentos diversos, concluiu, na parte dispositiva de seu voto, pela improcedência** do pedido, **perfilhando, desse modo, a acertada conclusão** a que chegou, *em seu primoroso pronunciamento, a eminente* Ministra ROSA WEBER.”.

Note-se, por fim que apesar de não haver referência explícita ao marco temporal no voto da Exa. Sra. Ministra Cármen Lúcia, não há acolhimento de requisito objetivo temporal para aplicação do direito. O requisito objeto a ser observado é a existência de uma comunidade quilombola como tal, a saber

Também deve-se acentuar, no ponto, que o preenchimento do requisito de autodefinição não se converte automaticamente no reconhecimento como remanescente de comunidade de quilombo, devendo, além daquele caráter subjetivo, ser preenchido critério objetivo pertinente à existência orgânica da comunidade como subsistência essencial da comunidade existente na data da promulgação da Constituição de 1988.

Assim, observa-se que o Exmo. Sr. Ministro Dias Toffoli propôs a aplicação do *marco temporal*, pelo que foi seguido pelo Exmo. Sr. Ministro Gilmar Mendes. Ocorre que tal proposição foi rechaçada pelos demais Ministros, seja por terem explicitamente repellido sua aplicação, ou por terem consignado, como fez o Exmo. Sr. Ministro Marco Aurélio e a Exma. Min. Cármen Lúcia, que o dispositivo do julgado não contemplaria qualquer modulação de efeitos, como proposto pelo Exmo. Sr. Ministro Dias Toffoli.

Na sequência, após o voto da Exa. Sra. Ministra Cármen Lúcia, que também declarou o Decreto Federal nº 4887/03 constitucional, sem a aplicação do *marco temporal*, seguiu-se o seguinte debate acerca do tema:

**“A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE)** – Na verdade, o Ministro Edson Fachin apenas adotou fundamentos diversos, porque a parte dispositiva é pela improcedência.

**O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO:** É verdade...

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE)** - Então, mantém-se o decreto integralmente.

**O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO:** Sim!

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** - A Ministra Rosa, apenas em *obter dictum*, não é?

**A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER** - Verdade, eu só me manifestei sobre o marco temporal em *obter dictum*. Porque, quando abri a divergência, nós tínhamos um voto do Ministro Cezar Peluso julgando procedente a ação, e a minha compreensão é que era improcedente. **Realmente, há em *obter dictum* a referência, mas acredito que o Ministro Luís Roberto definiu com precisão: não existe divergência entre os nossos votos. E eu posso até suprimir – inclusive conversava com o Ministro Fachin antes – a referência, no meu voto, o *obter dictum*. Quem define o marco temporal é o Ministro Toffoli, na medida em que ele julga parcialmente procedente, para definir. Essa é a divergência.**

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE)** - A procedência do § 2º do art. 2º. Que nem chega a ser uma divergência, porque é uma improcedência, mantendo-se o decreto.

**A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER** - Senhora Presidente, quando confeccionei esse meu voto, eu estava há três meses na Corte e não havia o hábito de nós firmarmos uma tese, por isso não preparei tese alguma. O Ministro Luís Roberto generosamente acaba de me oferecer a tese, então eu gostaria de endossá-la e, naturalmente, se houver acolhimento pelos demais, eu a proporia.

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO** – Qual é a tese?

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE)** - É que foi julgada improcedente aqui, e nós acolhemos teses nos casos da repercussão.

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO** – Presidente, o acórdão vai ter ementa.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE)** - Vai ter ementa.

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO** – Tese em controle concentrado de constitucionalidade e concluindo o Colegiado pela improcedência do pedido?

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - Deixa eu explicar a razão, Ministro Marco Aurélio. A lei exige tese no caso de repercussão geral, isso é fato. É que, muitas vezes, como os votos são agregativos, você às vezes não sabe exatamente e em rigor qual foi o denominador comum jurídico do voto. Por isso que eu sempre tenho a preocupação de firmar a tese, até porque, neste caso, tem efeito vinculante, e, se tem efeito vinculante, quem for interpretar lá embaixo tem que saber vinculado a quê. Por esse motivo eu acho importante explicitar a tese.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE)** – Posso até colocar em votação se votaríamos uma tese, porque, neste caso, foi julgado improcedente, mantendo-se o Decreto.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - Mas eu acho que o Ministro Marco Aurélio tem razão de que...

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO** – Teremos de chamar à ordem o julgamento que foi implementado no dia de ontem, sob a minha relatoria, quanto aos planos de saúde!



**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - Mas, aí, certamente - deixe-me só ter esse diálogo com o Ministro Marco Aurélio, cuja opinião, eu sempre aprecio e levo em conta.

Diferentemente da repercussão geral, aqui é facultativo. Eu só acho que é bom ter a tese para quem for executar saber. No caso de ontem, era mais fácil, porque a tese era basicamente - eu não participei do julgamento - a de que os planos de saúde têm o dever jurídico de ressarcir o SUS nos casos tais. Então, a tese estava fácil.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE)** – Nós julgamos vários dispositivos, Ministro. E acho que aqui é um outro dado.

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO** – Julgamos muito mais, naquele caso, do que o ressarcimento.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - Mas, certamente, não precisa ser aprovada. Nisso, o Ministro Marco Aurélio... No caso da repercussão geral, tem de ser aprovada. Mas aqui acho que é facultativo, então, a Ministra Rosa fará como a ela lhe parecer bem.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE)** – Sim, porque aí a Constituição estabelece, mas aqui não é o caso. E acho que a ementa seria, neste caso, suficiente por uma razão: os fundamentos, inclusive, foram diferentes; a ementa é que vai vincular, é que dá o conteúdo vinculante. Esta é a razão pela qual acho que, neste caso, nós poderíamos suscitar mais indagações. E, sendo improcedente, mantém-se o Decreto.

**O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.**

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - Mas ela já teve a cortesia de dizer que suprimiria essa parte.

**O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.**

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI** – Senhora Presidente, eu queria, com todo o respeito, manifestar-me neste caso contrariamente à formulação de uma tese. É que o Supremo se pronunciou, com muita clareza, pela improcedência desse Decreto. É um decreto complexo, que pode ensejar, depois, em sua aplicação aos casos concretos, algumas dúvidas. E eu temo que uma tese que, necessariamente é sintética, possa trazer alguma dúvida para esse pronunciamento absolutamente inequívoco, retilíneo que nós fizemos hoje.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE)** – Por maioria significativa, não é, Ministro?

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI** - O que importa desse nosso pronunciamento? Dizemos que esse Decreto está inteiramente em vigor.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE)** - Válido. Qualquer dúvida, acho que pode ensejar até embargos de declaração, se for o caso.

**A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER** - Então, eu questiono Vossas Excelências se é para fazer referência, na ementa, ao marco temporal, porque, no meu voto, eu vou suprimir.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE)** - Não, porque a maioria não foi nesse sentido. Não há mais a referência.”.

Dos debates acima transcritos observa-se que o plenário do Supremo Tribunal Federal optou por não formular teses, como de costume se faz nos casos de repercussão geral.

Entretanto, julgou e afastou a aplicação do *marco temporal* como elemento objetivo de aplicação do direito previsto no art. 68 do ADCT da Constituição, causa de pedir e pedido explicitados na inicial. Observe-se que os Exmos. Srs. Ministros Edson Fachin, Luiz Roberto Barroso, Luís Fux, Ricardo Lewandowski, Celso de Mello e pela Exa. Ministra Rosa Weber o fizeram explicitamente. Já o Exmo. Sr. Ministro Marco Aurélio e a Exa. Ministra Cármen Lúcia, apesar de não fazerem referência expressa ao termo *marco temporal* em seus votos, não acolheram a interpretação conforme sugerida pelo Exmo. Sr. Ministro Dias Toffoli.

Assim, com todo respeito, não prospera a afirmação constante do brilhante voto de Vossa Exa. que, no parágrafo 4.4.4, consignou: “*À falta de deliberação do Plenário quanto a eventual marco temporal, deixo de tecer considerações, ainda que em obiter dictum a respeito, anotando, contudo, que a data de 13 de maio de 1888 não tem serventia metodológica à definição do status dos quilombos*”.

De fato, optou este E. Supremo Tribunal Federal por não formular teses, conforme havia proposto o Exmo. Sr. Ministro Luiz Roberto Barroso. Contudo, houve julgamento quanto à aplicação do *marco temporal*, rejeitando sua incidência.

Portanto, a ausência de formulação de teses não afasta a necessidade de que conste no acórdão, inclusive na ementa, que o marco temporal, seja de 1888 ou de 1988, como requisito objeto das titulações de territórios de remanescentes

de comunidades de quilombos não deve ser aplicado, de modo a vincular a ação da administração pública no tema e refletir a íntegra do julgado pelo colegiado.

### III) REQUERIMENTOS

Diante de todo o acima exposto e considerada, *data venia*, a omissão no voto condutor do acórdão quanto à não aplicação do marco temporal para fins de materialização do disposto no art. 68 do ADCT da Constituição Federal, requer-se que Vossa Exa. retifique o acórdão, completando-o, inclusive na ementa, para que seja explicitada a não aplicação do marco temporal;

Tendo em vista que não se trata de reabrir o debate relativo à não incidência do marco temporal para fins de materialização do disposto no art. 68 do ADCT da Constituição Federal e que o presente embargos de declaração não tem caráter infringente mas de simples retificação do acórdão e esclarecimento do voto na forma acima exposta, requer-se que o julgamento dos presentes embargos de declaração ocorra por meio eletrônico, na forma do art. 337, §3º do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

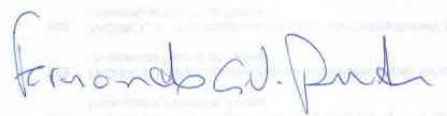
Nestes termos, requerem deferimento.

Brasília, 08 de fevereiro de 2019.

*Década Internacional de Povos Afrodescendentes ONU (2015 – 2024)*



Eduardo Fernandes de Araújo  
OAB/PB nº 11.125



Fernando Gallardo Vieira Prioste  
OAB/PR nº 53.530

*Girolamo D. Treccani*

Girolamo Domenico Treccani  
OAB/PA nº 6.172

*Paula Batista*

Juliana de Paula Batista  
OAB/MT nº 16.584

*Raphaela de Araújo Lima Lopes*

Raphaela de Araújo Lima Lopes  
OAB/RJ nº 178.237