



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA – 2ª REGIÃO

Territórios Quilombolas e Constituição: A ADI 3.239 e a Constitucionalidade do Decreto 4.887/03

1. Introdução.

A 6ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal me solicitou que elaborasse um parecer sobre as questões suscitadas na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 3239, proposta pelo PFL – posteriormente rebatizado como Democratas – na qual houve impugnação à validade do Decreto nº 4.887/03, que regulamentou “o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes dos quilombos de que trata o art. 68 do ato das Disposições Constitucionais Transitórias”. A referida ação baseou-se em quatro fundamentos:

(a) a impossibilidade de edição de regulamento autônomo para tratar da questão, haja vista o princípio constitucional da legalidade;

(b) a inconstitucionalidade do uso da desapropriação, prevista no art. 13 do Decreto 4.887/03, bem como do pagamento de qualquer indenização aos detentores de títulos incidentes sobre as áreas quilombolas, tendo em vista o fato de que o próprio constituinte já teria operado a transferência da propriedade das terras dos seus antigos titulares para os remanescentes dos quilombos;

(c) a inconstitucionalidade do emprego do critério de auto-atribuição, estabelecido no art. 2º, *caput* e § 1º do citado Decreto, para identificação dos remanescentes de quilombos;

(d) a invalidade da caracterização das terras quilombolas como aquelas utilizadas para “*reprodução física, social, econômica e cultural do grupo étnico*” (art.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA – 2ª REGIÃO**

2º, § 2º do Decreto 4.887/03) – conceito considerado excessivamente amplo - bem como a impossibilidade do emprego de “*critérios de territorialidade indicados pelos remanescentes das comunidades de quilombos*” para medição e demarcação destas terras (art. 2º, § 3º), pois isto sujeitaria o procedimento administrativo aos indicativos fornecidos pelos próprios interessados.

Na ação, que tem como Relator o Ministro César Peluzzo, foi formulado pedido de concessão de Medida Cautelar, ainda não apreciado pelo STF. O Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República já se manifestaram no feito, ambos pugnando pela improcedência do pedido.

A dimensão social da questão de fundo debatida na ação é inequívoca. Com efeito, cadastradas na Fundação Cultural Palmares existem hoje mais de mil comunidades de remanescentes de quilombo, espalhadas por todo o país, e há estimativas de que este número possa passar de três mil, o que envolve, por mais cautelosos que sejam os cálculos, centenas de milhares de pessoas, portadoras de identidade étnica própria, e quase todas extremamente pobres. Caso sejam acolhidas as teses sustentadas na ADI 3.239, qualquer possibilidade de tutela atual dos direitos destas pessoas será sacrificada, com sério risco para a sobrevivência das comunidades quilombolas e das suas tradições culturais, que integram o patrimônio imaterial da Nação.

No presente parecer será analisada a problemática suscitada na referida Ação Direta de Inconstitucionalidade. Para fazê-lo, pretende-se, em primeiro lugar, demonstrar o descabimento da ação, nos termos em que foi proposta. Em seguida, passa-se a analisar cada uma das teses aduzidas na ADI 3.239.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA – 2ª REGIÃO

2- Do Descabimento de Ação Direta de Inconstitucionalidade quando a norma anterior padeça do mesmo suposto vício de inconstitucionalidade que aquela impugnada, e a sua invalidação não tenha sido expressamente requerida pelo Autor

O principal argumento da ADI 3.239 diz respeito à ocorrência de suposta violação ao princípio da legalidade, diante do caráter de regulamento autônomo do Decreto 4.887/03.

Ocorre que tal Decreto não foi a primeira norma infraconstitucional a disciplinar o processo administrativo relacionado ao reconhecimento e à titulação das terras de remanescentes de quilombos. Antes dele, vigia o Decreto 3.912, de 10 de setembro de 2001, que tratava da mesma matéria, e que foi expressamente revogado pelo art. 25 do Decreto 4.887/03.

Vale destacar que não há nenhuma diferença entre o Decreto 4.887/03 e o 3.912/01, no que tange ao seu fundamento de validade. Assim, ao se entender, como pretende o Autor da ADI 3.239, que o diploma impugnado consubstancia regulamento autônomo, o mesmo raciocínio valerá, necessariamente, para o decreto anterior, que versava sobre a mesma questão.

Ora, sabe-se que a declaração de inconstitucionalidade de um ato normativo possui efeitos repristinatórios, na medida em que implica na restauração da vigência da norma anterior, que fora revogada por aquela invalidada¹. Portanto, se fosse invalidado o Decreto 4.887/03, restaurar-se-ia a eficácia do Decreto 3.912/01, que o primeiro revogara.

Contudo, o Supremo Tribunal Federal tem entendido que é inadmissível a Ação Direta de Inconstitucionalidade quando: (a) a norma que vigia anteriormente

¹ Cf. Clèmerson Merlin Clève. *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: RT, 2000, p. 249/250.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA – 2ª REGIÃO

àquela impugnada apresente o mesmo vício de inconstitucionalidade; e (b) a invalidação da primeira norma não tenha sido contemplada no pedido do autor.

Neste sentido, veja-se, a título exemplificativo, as ementas dos seguintes arestos, proferidos por unanimidade pelo Plenário do STF, em situações idênticas à presente:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSIDERAÇÕES SOBRE O VALOR DO ATO INCONSTITUCIONAL. FORMULAÇÕES TEÓRICAS. *O STATUS QUAESTIONIS* NA JURISPRUDÊNCIA DO STF. CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO DE INCONSTITUCIONALIDADE E EFEITO REPRISTINATÓRIO. A QUESTÃO DO EFEITO REPRISTINATÓRIO INDESEJADO. NECESSIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DE FORMULAÇÃO DE PEDIDOS SUCESSIVOS DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE TANTO DO DIPLOMA AB-ROGATÓRIO QUANTO DAS NORMAS POR ELE REVOGADAS, DESDE QUE TAMBÉM EVADAS DO VÍCIO DE ILEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO, NO CASO, DO DIPLOMA LEGISLATIVO CUJA EFICÁCIA RESTAURAR-SE-IA EM FUNÇÃO DO EFEITO REPRISTINATÓRIO. HIPÓTESE DE INCOGNOSCIBILIDADE DA AÇÃO DIRETA. PRECEDENTES. AÇÃO DIRETA NÃO CONHECIDA.” (ADI 2.215-PE, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 26/04/2001)

“CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: EFEITO REPRISTINATÓRIO: NORMA ANTERIOR COM O MESMO VÍCIO DE INCONSTITUCIONALIDADE.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA – 2ª REGIÃO**

I- No caso de ser declarada inconstitucionalidade da norma objeto da causa, ter-se-ia a reconstituição de preceito anterior com o mesmo vício de inconstitucionalidade. Neste caso, e não impugnada a norma anterior, não é de se reconhecer a ação direta de inconstitucionalidade. Precedentes do STF.

II – ADIn que não se conhece” (ADI 2.574-1- AP, Rel. Min. Carlos Velloso, DJU 29.08.2003)

No caso presente, se o Decreto 4.887/03 fosse considerado inconstitucional, por extrapolação dos limites do poder regulamentar do Executivo – o que se admite apenas por amor ao debate – isto implicaria na reconstituição do Decreto 3.912/01. E este se reveste da mesma natureza do ato normativo que o revogou.

Sucedem que o Autor da ADI nº 3.239 não requereu a declaração da inconstitucionalidade do Decreto 3.912/01, como se pode comprovar através da leitura da sua petição inicial. Daí porque, não pode ser conhecida a ação, em consonância com a jurisprudência consolidada do STF.

3- O Marco Constitucional: O art. 68 do ADCT como norma consagrada de direito fundamental, dotada de aplicabilidade imediata

Uma das principais conquistas do movimento negro durante a Assembleia Constituinte foi a incorporação ao texto magno do art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que tem a seguinte dicção:

“Art. 68. Aos remanescentes das comunidades de quilombos que estejam ocupando as suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os respectivos títulos.”



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA – 2ª REGIÃO**

O referido preceito constitucional atende, simultaneamente, a vários objetivos de máxima relevância. Por um lado, trata-se de norma que se liga à promoção da igualdade substantiva e da justiça social, na medida em que confere direitos territoriais aos integrantes de um grupo desfavorecido, composto quase exclusivamente por pessoas muito pobres e que são vítimas de estigma e discriminação.

Por outro, cuida-se também de uma medida reparatória, que visa a resgatar uma dívida histórica da Nação com comunidades compostas predominantemente por descendentes de escravos, que sofrem ainda hoje os efeitos perversos de muitos séculos de dominação e de violações de direitos.

Porém, o principal objetivo do art. 68 do ADCT é o de assegurar a possibilidade de sobrevivência e florescimento de grupos dotados de cultura e identidade étnica próprias, ligadas a um passado de resistência à opressão, os quais, privados do território em que estão assentados, tenderiam a desaparecer, absorvidos pela sociedade envolvente. Para os quilombolas, a terra habitada, muito mais do que um bem patrimonial, constitui elemento integrante da sua própria identidade coletiva, pois ela é vital para manter os membros do grupo unidos, vivendo de acordo com os seus costumes e tradições.

Por tudo isso, pode-se afirmar que o art. 68 do ADCT encerra um verdadeiro direito fundamental² e desta sua natureza resultam conseqüências hermenêuticas extremamente relevantes, como será exposto mais adiante.

Neste ponto, cumpre recordar que o catálogo dos direitos fundamentais encartado no Título II do texto constitucional brasileiro é aberto, conforme se depreende do disposto no art. 5º, § 2º, da Carta, segundo o qual “*os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela*

² No mesmo sentido, Aurélio Virgílio Rios, *op. cit.*, p. 189-181, e Débora Macedo Duprat de Brito Pereira. “Breves Considerações sobre o Decreto 3.912/01”. In: Eliane Cantarino O’Dwyer. *Quilombos: Identidade Étnica e Territorialidade*. Rio de Janeiro: FGV, 2002, p. 281-289.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA – 2ª REGIÃO

adotados, e dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Daí porque, é possível reconhecer a fundamentalidade de outros direitos presentes dentro ou fora do texto constitucional. E o principal critério para o reconhecimento dos direitos fundamentais não inseridos no catálogo é a sua ligação ao princípio da dignidade da pessoa humana, da qual aqueles direitos são irradiações³.

Ora, o vínculo entre a dignidade da pessoa humana dos quilombolas e a garantia do art. 68 do ADCT é inequívoco. Primeiramente, porque se trata de um meio para a garantia do direito à moradia (art. 6º, CF) de pessoas carentes, que, na sua absoluta maioria, se desalojadas das terras que ocupam, não teriam onde morar. E o direito à moradia integra o mínimo existencial, sendo um componente importante do princípio da dignidade da pessoa humana.

Mas não é só. Para comunidades tradicionais, a terra possui um significado completamente diferente da que ele apresenta para a cultura ocidental de massas⁴. Não se trata apenas da moradia, que pode ser trocada pelo indivíduo sem maiores traumas, mas sim do elo que mantém a união do grupo, e que permite a sua continuidade no tempo através de sucessivas gerações, possibilitando a preservação da cultura, dos valores e do modo peculiar de vida da comunidade étnica⁵.

³

Cf. Ingo Wolfgang Sarlet. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 97-107.

⁴

Cf. S. James Anaya. *Indigenous Peoples in International Law*. 2 nd. Ed. New York: Oxford University Press, 2004, p. 90.

⁵

Sobre a importância do território para comunidades tradicionais, a Corte Interamericana de Direito Humanos proferiu decisões paradigmáticas. Por exemplo, no caso da *Comunidade Indígena Yakye v. Paraguai*, decidido em 17 de junho de 2005, a Corte observou que “*a garantia do direito de propriedade comunitária dos povos indígenas deve levar em conta que a terra está estreitamente relacionada com as suas tradições e expressões orais, seus costumes e línguas, suas artes e rituais, seus conhecimentos e usos relacionados com a natureza, suas artes culinárias, seu direito consuetudinário, sua vestimenta, filosofia e valores. Em função do seu entorno, sua integração com a natureza e sua história, os membros das comunidades indígenas transmitem de geração em geração este patrimônio cultural imaterial*”.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA – 2ª REGIÃO

Privado da terra, o grupo tende a se dispersar e a desaparecer, absorvido pela sociedade envolvente. Portanto, não é só a terra que se perde, pois a identidade coletiva também periga sucumbir. Dessa forma, não é exagero afirmar que quando se retira a terra de uma comunidade quilombola, não se está apenas violando o direito à moradia dos seus membros. Muito mais que isso, se atenta contra a própria identidade étnica destas pessoas. Daí porque, o direito à terra dos remanescentes de quilombo é também um direito fundamental cultural (art. 215, CF).

Neste ponto, não é preciso enfatizar que o ser humano não é um ente abstrato e desenraizado, mas uma pessoa concreta, cuja identidade é também constituída por laços culturais, tradições e valores socialmente compartilhados⁶. E nos grupos tradicionais, caracterizados por uma maior homogeneidade cultural e por uma ligação mais orgânica entre os seus membros, estes aspectos comunitários da identidade pessoal tendem a assumir uma importância ainda maior⁷.

Por isso, a perda da identidade coletiva para os integrantes destes grupos costuma gerar crises profundas, intenso sofrimento e uma sensação de desamparo e de desorientação, que dificilmente encontram paralelo entre os integrantes da cultura capitalista de massas.

Assim, é possível traçar com facilidade uma ligação entre o princípio da dignidade da pessoa humana – epicentro axiológico da Constituição de 88 – com o art. 68 do ADCT, que almeja preservar a identidade étnica e cultural dos remanescentes de

6

Cf. Michael Sandel. “The Procedural Republic and the Unencumbered Self”. In: Robert Goodin & Philip Pettit (Eds.). *Contemporary Political Philosophy*. Oxford: Blackwell Publishers, 1997, p. 246-256; e Charles Taylor. “A Política de Reconhecimento”. In: Charles Taylor et all. *Multiculturalismo*. Trad. Marta Machado. Lisboa: Instituto Piaget, 1998, p. 45-94.

7

Na sociologia, é conhecida a distinção, formulada por Ferdinand Tönnies, entre as sociedades - em que os laços sociais são mais tênues, predominando as forças centrífugas - e as comunidades, em que estes vínculos são mais estreitos e a relação entre os membros é mais orgânica. Neste sentido, não há dúvida de que os remanescentes de quilombos constituem autênticas comunidades.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA – 2ª REGIÃO**

quilombos. Isto porque, a garantia da terra para o quilombola é pressuposto necessário para a garantia da sua própria identidade.

Não bastasse, não é apenas o direito dos membros de cada comunidade de remanescentes de quilombo que é violado quando se permite o desaparecimento de um grupo étnico. Perdem também todos os brasileiros, das presentes e futuras gerações, que ficam privados do acesso a um “modo de criar, fazer e viver”, que compunha o patrimônio cultural do país (art. 215, *caput* e inciso II, CF).

Neste ponto, cabe destacar que a proteção à cultura dispensada pela Constituição de 88 parte da premissa de que o pluralismo étnico e cultural é um objetivo da máxima importância a ser preservado e promovido, no interesse de toda a Nação. Diferentemente das Constituições anteriores, a Carta de 88 não partiu de uma visão “monumentalista” sobre o patrimônio histórico e cultural, integrando-o antes em uma compreensão mais ampla, que se funda na valorização e no respeito às diferenças, e no reconhecimento da importância para o país da cultura de cada um dos diversos grupos que compõem a nacionalidade brasileira.

Portanto, pode-se afirmar que o art. 68 do ADCT, além de proteger direitos fundamentais dos quilombolas, visa também à salvaguarda de interesses transindividuais de toda a população brasileira.

Por tais razões, é legítimo concluir que o art. 68 do ADCT contém autêntica norma consagradora de direito fundamental, o que torna inequívoca a incidência do disposto no art. 5º, § 1º, do texto magno, segundo o qual “*as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata*”.

Tal comando implica, antes de tudo, que os direitos fundamentais não dependem de concretização legislativa para surtirem os seus efeitos. Tratando-se de direito fundamental, a própria Constituição pode ser invocada diretamente,



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA – 2ª REGIÃO**

independentemente da edição de lei regulamentadora. Em outras palavras, a inércia do legislador não tem o condão de frustrar a possibilidade de fruição imediata do direito fundamental pelo seu titular.

Ademais, cumpre destacar que o texto do art. 68 do ADCT é suficientemente denso, de molde a permitir a sua aplicação imediata, na medida em que já indica o titular do direito consagrado (os remanescentes das comunidades de quilombos), o seu devedor (o Estado), o objeto do direito (a propriedade definitiva das terras ocupadas), e o dever correlato (o reconhecimento da propriedade e expedição dos respectivos títulos)⁸.

Portanto, e passados já dezenove anos da data da promulgação da Constituição, não há qualquer argumento razoável para se negar a aplicabilidade imediata de norma constitucional tão importante, voltada à proteção dos direitos fundamentais de uma minoria étnica historicamente estigmatizada.

Firmada esta importante premissa, passa-se à análise da validade da edição do Decreto 4.887/03, com o objetivo de disciplinar a aplicação do art. 68 do ADCT pelo Poder Executivo Federal.

4- O Decreto 4.887/03 não é Regulamento Autônomo: A Lei 9.784/99 e a Convenção 169 da OIT

O Decreto 4.887/03 trata do processo administrativo referente à aplicação do art. 68 do ADCT pela Administração Pública Federal. Este processo outra coisa não é senão a concretização, no âmbito específico da questão dos quilombos, dos princípios

⁸ Cf. Walter Claudius Rothenburg. *Parecer Contrário ao Projeto de Decreto Legislativo nº 44/2007, de autoria do Deputado Federal Valdir Collato*. 6ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, 2007, p. 01.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA – 2ª REGIÃO**

e regras gerais estabelecidos pela Lei 9.784/99, que disciplinou o processo administrativo da União.

É verdade que existem singularidades na questão quilombola que exigem regramentos procedimentais próprios. Foi exatamente por isso que se tornou necessária a edição do Decreto 4.887/03, o qual, sem afastar-se um milímetro da principiologia e dos regramentos gerais do processo administrativo federal previstos na Lei 9.784/99, adaptou-o às especificidades do domínio empírico sobre o qual deveria incidir. Portanto, a Lei 9.784/99, em conjugação com a própria Constituição Federal, dá amparo à edição do Decreto nº 4.887/03

Mas não é só. Outro fundamento legal para edição do Decreto 4.887/03 é a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, em pleno vigor na ordem jurídica brasileira. A referida Convenção não versa apenas sobre povos indígenas, mas também sobre outros povos *“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”*. Assim, é incontroversa a sua incidência sobre os remanescentes de quilombos, já que estes são grupos étnicos que vivem sob condições culturais específicas que os distinguem do restante da sociedade, e têm a sua vida parcialmente regida por costumes e tradições próprias.

Destaque-se que o artigo 14 da Convenção 169 prevê expressamente o direito à propriedade das terras tradicionalmente ocupadas. E o item 3 deste artigo 14 contempla a obrigação dos Estados de instituírem *“procedimentos adequados no âmbito do sistema jurídico nacional para solucionar as reivindicações de terras formuladas pelos povos interessados”*. Daí porque, pode-se afirmar que a Convenção 169 também confere suporte normativo para a edição do Decreto 4.887/03. E a referida Convenção por versar sobre direitos humanos, desfruta de hierarquia supralegal na



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA – 2ª REGIÃO**

ordem jurídica nacional, em conformidade com a mais recente orientação do STF nesta matéria⁹.

Cumprе salientar que a Convenção 169, como todos os atos internacionais, foi celebrada pelo Presidente da República (art. 84, inciso IV, CF), e posteriormente submetida ao Congresso Nacional, que a aprovou através do Decreto Legislativo nº 143/2002. Portanto, quando foi editado o Decreto 4.887/03, os dois órgãos da soberania envolvidos no processo de incorporação dos tratados internacionais ao direito interno, e que representam a vontade do povo brasileiro, já haviam se manifestado em uníssono no sentido da adesão às normas de direitos humanos estampadas na Convenção 169 da OIT.

É verdade que a Convenção 169 só foi promulgada em 2004, através do Decreto nº 5.051, e que o entendimento do STF é no sentido de que apenas após a sua promulgação o tratado se incorpora definitivamente ao ordenamento interno. Esta circunstância foi apontada pelo eminente professor e ex- Ministro do STF Carlos Mário Velloso, em parecer juntado aos autos da ADI 3.239, como suficiente para afastar a possibilidade de invocação da Convenção 169 como fundamento de validade do Decreto 4.887/03.

Contudo, cabe aqui uma reflexão: quando o Brasil se compromete internacionalmente através dos órgãos constitucionalmente competentes a proteger e promover direitos humanos, será razoável inquirir de inconstitucional um ato normativo que dê cumprimento a este compromisso, apenas porque ele se antecipou a uma etapa puramente formal do processo de incorporação do tratado – a edição do

⁹ Até algum tempo atrás, a orientação do STF era no sentido da hierarquia legal dos tratados sobre direitos humanos. Contudo, no julgamento ainda não concluído do RE 466.343/SP, Rel. Min. Cezar Pelluzo, sobre a validade da prisão do depositário infiel, sete Ministros da Corte já se manifestaram no sentido de atribuir a tais tratados força hierárquica superior à lei, mas inferior à Constituição. Nesta linha, no HC 90.172, relatado pelo Min. Gilmar Mendes, foi concedida a ordem, tendo a Corte afirmado que “os tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil possuem status normativo supralegal, o que torna inaplicável a legislação infraconstitucional com eles conflitantes, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação.” (Informativo 470 do STF)



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA – 2ª REGIÃO**

Decreto presidencial de promulgação? Não será esta uma visão excessivamente formalista, absolutamente incompatível com a obrigação moral e constitucional dos Estados de tutelar adequadamente os direitos humanos?

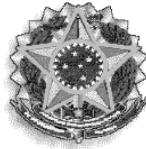
Observe-se que não se questiona aqui a orientação tradicional do STF, sobre a necessidade de edição do Decreto Presidencial para incorporação de tratado no ordenamento interno. Questiona-se, isto sim, a construção formalista edificada a partir daquela premissa, cuja aplicação resultaria na invalidação de algo que, a rigor, deveria ser louvado: a edição de norma traduzindo o cumprimento célere de compromissos internacionais em matéria de direitos humanos assumidos pelo Brasil.

Portanto, pode-se concluir que tanto a Lei 9.784/99, como a Convenção nº 169 da OIT constituem fundamentos legais para a edição do Decreto 4.887/03.

5- A Validade da Edição de Regulamentos que objetivem viabilizar a aplicação imediata pela Administração Pública de normas constitucionais plenamente eficazes

No item anterior, demonstrou-se que o Decreto 4.887/03 não é regulamento autônomo, ao contrário do que foi afirmado na petição inicial da ADI nº 3.239. Não obstante, ainda que se tratasse de regulamento autônomo, tal fato não seria suficiente para que se concluísse no sentido da sua inconstitucionalidade.

Com efeito, a lei formal figurava no passado no centro do ordenamento jurídico e as funções administrativas e judiciais eram concebidas como absolutamente subordinadas pelas normas editadas pelos parlamentos. Contudo, diversos fenômenos heterogêneos, como a crise da democracia representativa, a inflação legislativa, o rearranjo institucional do Estado na sociedade de massas, o reconhecimento da força normativa da Constituição e a expansão da jurisdição constitucional deflagraram uma crise neste paradigma *legicêntrico* do Direito.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA – 2ª REGIÃO

No novo paradigma que vem sendo construído sobre os escombros do legicentrismo – e que corresponde ao que alguns têm chamado de *neoconstitucionalismo*¹⁰ - a Constituição passa a desempenhar um papel muito mais relevante do que antes. Se, no passado, prevalecia na cultura jurídica a noção de que as constituições representavam meras proclamações políticas, desprovidas de eficácia jurídica imediata, cujos comandos necessitariam quase sempre de prévia regulamentação para surtirem os seus efeitos, hoje se afirma o dever do intérprete – seja ele um órgão judicial, um administrador público ou até um particular - de buscar extrair em cada caso a máxima força normativa da Constituição, permitindo que os seus preceitos e valores incidam sobre a realidade, para condicioná-la e transformá-la.

Neste novo contexto, a doutrina tem afirmado que a Administração Pública não está vinculada apenas à lei, mas também – e acima de tudo – à própria Constituição. Em outras palavras, entende-se hoje que a Administração está subordinada não apenas à lei formal, mas a um bloco mais amplo de *juridicidade*, que é integrado também pela Constituição¹¹. E a Constituição atua não apenas como limite à ação dos administradores, como também como norma habilitadora, que confere fundamento direto para a prática de atos e para a formulação de políticas públicas em seu nome, visando à proteção e promoção dos bens e valores que ela agasalha.

Portanto, mesmo na ausência de lei formal, a Administração está muitas vezes obrigada a agir, por imperativo constitucional. É verdade que, nestas hipóteses, o desenvolvimento que uma eventual lei formal superveniente venha a dar ao preceito constitucional deverá prevalecer sobre aquele que antes lhe dera a norma administrativa, tendo em vista o princípio do *primado da lei*. Sem embargo, a ausência de lei não

¹⁰ Cf. Miguel Carbonell (Ed.) *Neoconstitucionalismo (s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2005; Luís Roberto Barroso. “Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)”. In: Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (orgs.). *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 203-250.

¹¹ A obra de referência desta matéria em língua portuguesa é Paulo Otero. *Legalidade e Administração Pública: O sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA – 2ª REGIÃO

interfere no dever da Administração de dar o devido cumprimento à Constituição, sobretudo quando tratar-se da concretização de direitos fundamentais.

Conforme destacou Gustavo Binembojm,

“Assim, com a crise da lei formal, a Constituição – seu complexo sistema de princípios e regras – passa a ser o elo de unidade a costurar o arcabouço normativo que compõe o regime jurídico administrativo. A superação do paradigma da legalidade administrativa só pode ocorrer com a substituição da lei pela Constituição como cerne da vinculação administrativa à juridicidade.

Tal postura científica assenta na superação do dogma da imprescindibilidade da lei para mediar a relação entre a Constituição e a Administração Pública. Com efeito, em vez de a eficácia operativa das normas constitucionais – especialmente as instituidoras de princípios e definidoras de direitos fundamentais – depender sempre da lei para vincular o administrador, tem-se hoje a Constituição como fundamento primeiro do agir administrativo.”¹²

Ora, se a Constituição pode ser aplicada diretamente pela Administração Pública, independentemente de qualquer mediação concretizadora da lei, parece evidente a possibilidade de edição de atos normativos pela administração que pautem esta aplicação, seja para explicitar o sentido de norma constitucional, seja para definir os procedimentos tendentes à viabilização da sua incidência.

¹²

Gustavo Binembojm. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 142/143.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA – 2ª REGIÃO

Desta maneira, por um lado, não se compromete a força normativa da Constituição, evitando-se que ela se torne refém da inércia do legislador. E, por outro, prestigia-se a igualdade, ao garantir-se uniformidade na aplicação dos ditames constitucionais pelos administradores, bem como a segurança jurídica, ao assegurar-se uma maior previsibilidade das ações estatais voltadas à concretização da Lei Maior.

Sobre a admissibilidade da edição de regulamentos autônomos editados visando a viabilizar o exercício de competências constitucionais do Poder Executivo, confira-se o magistério de Eros Roberto Grau:

“Os regulamentos autônomos ou independentes são emanados a partir de atribuição implícita do exercício de função normativa ao Executivo, definida no texto constitucional ou decorrente de sua estrutura. A sua emanção é indispensável à efetiva atuação do Executivo em relação a determinadas matérias, definidas como de sua competência”¹³ (grifos no original)

Esta orientação tem encontrado amparo na jurisprudência mais recente do STF. Um ótimo exemplo foi a decisão proferida no julgamento da Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade ADC-MC 12/DF, em que, por dez votos contra um, a Suprema Corte reconheceu a validade de ato normativo expedido pelo Conselho Nacional de Justiça que, sem fundamentar-se em qualquer lei formal, proibira o nepotismo no âmbito do Poder Judiciário, concretizando os princípios constitucionais da impessoalidade, moralidade administrativa, eficiência e igualdade. Vale reproduzir o seguinte trecho do acórdão, relatado pelo Ministro Carlos Ayres de Brito:

“A Resolução nº 07/05 se dota, ainda, de caráter normativo primário, dado que arranca diretamente do § 4º do art. 103-B da Carta-cidadã e tem como finalidade debulhar os próprios conteúdos

¹³ Eros Roberto Grau. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 188.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA – 2ª REGIÃO**

lógicos dos princípios constitucionais de centrada regência de toda a atividade administrativa do Estado, especialmente o da impessoalidade, o da eficiência, o da igualdade e o da moralidade.

O ato normativo que se faz objeto desta ação declaratória densifica apropriadamente os quatro citados princípios do art. 37 da Constituição Federal, razão por que não há antinomia de conteúdos na comparação dos comandos que se veiculam pelos dois modelos normativos: o constitucional e o infraconstitucional. Logo, o Conselho Nacional de Justiça fez adequado uso da competência que lhe conferiu a Carta de Outubro, após a Emenda 45/04.

Noutro giro, os condicionamentos impostos pela Resolução em foco não atentam contra a liberdade de nomeação e exoneração dos cargos em comissão e funções de confiança (incisos II e IV o art. 37). Isto porque a interpretação dos mencionados incisos não pode se desapegar dos princípios que se veiculam pelo caput do mesmo art. 37. Donde o juízo de que as restrições constantes do ato normativo do CNJ são, no rigor dos termos, as mesmas restrições já impostas pela Constituição de 88, dedutíveis dos republicanos princípios da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade. É dizer: o que já era constitucionalmente proibido permanece com esta tipificação, porém, agora, mais expletivamente positivado”¹⁴

. Em decisão anterior na mesma linha, proferida no Recurso Extraordinário nº 203.954-3 Ceará, o Plenário do STF reconheceu, por unanimidade, a validade de Portaria editada pelo Ministério da Fazenda, que proibira, com fundamento na Constituição e não em qualquer lei formal, a importação de automóveis usados. No voto proferido pelo Ministro Celso Mello, a questão foi didaticamente ventilada:

¹⁴ Julgado em 16.02.2006, DJ 01.09.2006.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA – 2ª REGIÃO

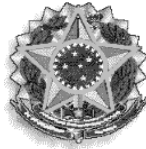
“Sustenta-se que a natureza meramente administrativa da Portaria DECEX n. 8/91 (art. 27) tornaria juridicamente insubsistente a norma vedatória da importação de bens de consumo usados, pois a atividade do Poder Público está rigidamente sujeita ao postulado constitucional da legalidade estrita.

*Não questiono, em seus aspectos essenciais, a procedência desta afirmação, pois, como sabemos, a atividade administrativa traduz ação necessariamente subordinada aos modelos legais instituídos pelo ordenamento positivo. Na realidade, os entes e órgãos da Pública Administração só podem agir **ex lege**, não **ex voluntae**....*

Se é certo, portanto, que o exercício válido da competência administrativa pressupõe a existência de lei, não se torna menos exato reconhecer que, no caso, o ato estatal impugnado – vedação à importação de bens de consumo usados prevista na Portaria DECEX 8/91 (art. 27) – extraiu a sua autoridade e a sua eficácia de norma indiscutivelmente revestida do mais elevado grau de positividade jurídica em nosso sistema normativo: o próprio texto da Constituição da República.”¹⁵

Por conseguinte, não procede o argumento sustentado na ADI 3.239, de invalidade do Decreto 4.887/03, por tratar-se de regulamento autônomo. O ato normativo em questão não é regulamento autônomo, mais, ainda que fosse, isto não o tornaria inconstitucional. Isto porque, é perfeitamente admissível a edição de normas infralegais cujo objetivo seja viabilizar procedimentalmente a aplicação de normas constitucionais revestidas de aplicabilidade imediata - como é o caso do art. 68 do ADCT.

¹⁵ Julgado em 20 de novembro de 197, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 07.02.97.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA – 2ª REGIÃO

6- A Previsão da Desapropriação no art. 13 do Decreto 4.887/03 e a Possibilidade de Interpretação Conforme à Constituição do dispositivo¹⁶

De acordo com o art. 13 do Decreto 4.887/03, quando os territórios ocupados por remanescentes de quilombo incidirem sobre domínio particular, deve-se promover a desapropriação da área. O Autor da ADI 3239 se insurge contra tal previsão, alegando, em primeiro lugar, que o próprio constituinte já teria realizado a transferência da propriedade para as comunidades quilombolas, não cabendo, portanto, a promoção da desapropriação, nem tampouco o dispêndio dos recursos públicos necessários ao pagamento das respectivas indenizações. Ademais, alega que a desapropriação em questão não se enquadraria em nenhuma das modalidades previstas no art. 5º, XXIV, do texto magno (necessidade ou utilidade pública e interesse social), nem tampouco nas leis que as regem.

O argumento é em parte procedente, no que diz respeito ao fato de que a transferência de propriedade já foi operada pelo próprio constituinte. Sem embargo, o vício de inconstitucionalidade pode ser sanado, através de uma interpretação conforme à Constituição do art. 13, que, por um lado, afirme que o direito das comunidades quilombolas à propriedade dos territórios que ocupam independe de prévia desapropriação, por ter sido operado pela própria Constituição, mas, por outro, reconheça a possibilidade de pagamento de indenizações aos antigos proprietários, cujos valores, em caso de controvérsia, devem ser arbitrados seguindo-se as regras e procedimentos empregados na ação expropriatória. Explica-se:

¹⁶

Por honestidade intelectual, advirto que em parecer elaborado no âmbito da 6ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, defendi um encaminhamento distinto do aqui sustentado para a questão da defesa dos direitos territoriais dos quilombolas antes da desapropriação. Por razões pragmáticas, tomei como premissa, naquele estudo, a aplicação do Decreto 4.887/03, nos termos em que fora editado, sem qualquer problematização a propósito de eventual inconstitucionalidade do emprego da desapropriação. Já no presente parecer, o contexto é outro, pois o que se discute aqui é exatamente a validade da expropriação das terras particulares como pressuposto para o reconhecimento da propriedade quilombola. Esta importante distinção de contextos e de propósitos explica as diferenças entre os dois textos, seja no enfoque, seja na solução jurídica sustentada.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA – 2ª REGIÃO**

Como se sabe, na desapropriação, tal como tradicionalmente concebida, a transferência da propriedade só ocorre após o pagamento ao expropriado do preço do bem, nos termos do art. 5º, inciso XXV, da Constituição. Até então, o proprietário particular mantém o seu direito de usar, fruir e dispor do bem, e de afastar quaisquer terceiros que porventura interfiram no exercício daquelas faculdades inerentes ao domínio.

Ora, tal sistemática se afigura absolutamente ineficaz para a proteção dos quilombolas, pois torna a fruição dos seus direitos territoriais dependente de iniciativas das autoridades públicas competentes para a promoção da desapropriação. Desnecessário frisar que as comunidades de remanescentes de quilombo não exercem nenhum controle sobre estas autoridades, e que, portanto, não é justo que sejam penalizadas com o impedimento do exercício do seu direito fundamental à propriedade da terra ocupada, em razão da inércia do Poder Público.

Exigir a prévia desapropriação significa, nestes termos, subordinar a garantia do direito à terra das comunidades quilombolas à disponibilidade dos recursos públicos pelo INCRA, e às escolhas políticas do Estado sobre que demandas priorizar, num quadro de escassez financeira. Implica, em outras palavras, postergar indefinidamente a possibilidade de fruição, pelos seus titulares, de direitos fundamentais dotados de aplicabilidade imediata, condicionando-os a variáveis políticas e financeiras altamente incertas.

Infelizmente, a realidade tem demonstrado como a aplicação desta sistemática se revela nefasta para os quilombolas. De fato, em que pese o reconhecimento oficial da existência de mais de mil quilombos no Brasil, boa parte deles situada em áreas registradas em nome de particulares, houve até agora, até onde se sabe, uma única desapropriação promovida pelo INCRA com base no Decreto 4.887/03. E, enquanto perdura esta inércia estatal, muitas comunidades enfrentam problemas fundiários gravíssimos, sujeitando-se a reintegrações de posse, a expulsões e até à



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA – 2ª REGIÃO**

violência física, com risco, em muitos casos, para a própria sobrevivência do grupo e da identidade étnica dos seus componentes.

Portanto, não assegurar aos remanescentes de quilombos, até o implemento da desapropriação, o direito de propriedade sobre as terras que ocupam, significa negar o próprio objetivo central do art. 68 do ADCT, que é preservar as comunidades quilombolas, protegendo a identidade étnica dos seus membros, bem como o patrimônio cultural do país.

Ademais, o texto do próprio art. 68 do ADCT corrobora esta exegese, ao afirmar que a “*é reconhecida a propriedade definitiva*” aos quilombolas, competindo ao Estado “*emitir-lhes os respectivos títulos*”. Ora, o ato de reconhecimento, por definição, tem caráter declaratório, pois sempre se reporta a algo que lhe é pré-existente. Por isso, as medidas estatais tendentes à efetivação do disposto no art. 68 do ADCT não devem ser concebidas como constitutivas do direito territorial da comunidade étnica, mas como dotadas de caráter meramente declaratório. Daí porque, o gozo do direito de propriedade coletiva consagrado no referido dispositivo constitucional é imediato, podendo ser reconhecido e tutelado em juízo, inclusive em face dos antigos proprietários, independentemente da realização de prévia desapropriação.

Por outro lado, não impressiona o argumento no sentido de que, como o texto constitucional não foi expresso ao invalidar os títulos de propriedade que antes recaiam sobre as áreas particulares ocupadas pelos remanescentes de quilombo, a prévia desapropriação seria indispensável para viabilizar a transferência da titularidade da terra aos quilombolas.

Com efeito, se a Constituição reconhece a propriedade das comunidades quilombolas, parece uma conseqüência lógica inarredável a insubsistência, em face do texto magno, dos títulos anteriores incidentes sobre a mesma área. Neste contexto, exigir-se referência textual expressa a este consectário lógico do direito consagrado no



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA – 2ª REGIÃO**

art. 68 do ADCT é uma demasia, sobretudo em se tratando de texto constitucional, que, pela boa técnica, deve ser conciso e evitar redundâncias.

Contudo, da desnecessidade da desapropriação para transferência da propriedade das terras ocupadas às comunidades quilombolas não se segue a impossibilidade do pagamento de indenizações aos antigos proprietários privados.

Na verdade, a solução mais justa, proporcional, e que melhor acomoda os interesses constitucionais em jogo, é aquela que, por um lado, reconhece a propriedade imediata das comunidades quilombolas sobre as terras ocupadas, mas, por outro, preserva para os antigos proprietários um direito de indenização em face do Poder Público, em razão da perda dos seus bens.

Sob o prisma da justiça material subjacente a Constituição, a solução se afigura a mais razoável, na medida em que, através da indenização a ser paga pelo Estado, reparte-se entre toda a sociedade o ônus de financiar os custos de implementação do art. 68 do ADCT. Afinal, é interesse de todos os brasileiros – das presentes e futuras gerações - preservar a cultura dos quilombolas, e, por outro lado, é também um dever de todos nós contribuir para o resgate da dívida histórica que a Nação tem com os remanescentes de quilombos. Não seria razoável que os ônus relacionados à efetivação deste direito recaíssem exclusivamente sobre os antigos proprietários das terras ocupadas pelas comunidades quilombolas, sobretudo levando-se em conta a definição ampla dos territórios quilombolas, estabelecida no Decreto 4.887/03 – essencial, como se verá adiante, para a efetiva proteção da cultura e da identidade étnica destes grupos.

Ademais, sob o ângulo pragmático, o reconhecimento do direito à indenização dos antigos proprietários das áreas ocupadas por remanescentes de quilombos é um fator importante de paz social, que tende a desanuviar os conflitos



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA – 2ª REGIÃO**

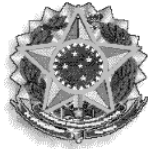
fundiários em que muitas comunidades quilombolas estão envolvidas, possibilitando um equacionamento menos tormentoso dos litígios pela terra.

Nem se diga que tal solução é inadmissível, por dar ensejo ao pagamento de indenização sem a ocorrência de ato ilícito. É certo que a transferência da propriedade fundiária dos antigos titulares para os remanescentes de quilombos não configura ato ilícito, pois decorre da aplicação do texto constitucional. Contudo, no direito brasileiro, que consagra a responsabilidade objetiva do Estado (art. 37, § 6º, CF), o dever de indenizar dos entes públicos não pressupõe o reconhecimento de qualquer ilicitude da sua conduta. Ademais, no caso, este dever de indenizar pode ser extraído de uma tentativa de harmonização dos interesses constitucionais em jogo, que, à luz do princípio da unidade da Constituição, deve pautar a exegese seja do art. 68 do ADCT, seja das normas infraconstitucionais que o concretizam, como o Decreto 4.887/03.

Em relação a estes interesses, tem-se, de um lado, o direito das comunidades quilombolas às terras que ocupam. Já se demonstrou anteriormente que este não é um simples direito patrimonial, pois a sua garantia é condição necessária para a existência da comunidade étnica. Por isso, tal direito encontra-se associado diretamente à própria identidade e dignidade humana de cada membro do grupo, ligando-se também, por outro lado, ao direito de todos os brasileiros à preservação do patrimônio histórico-cultural do país.

Já do outro lado da balança figura o direito de propriedade das pessoas ou entidades privadas em cujos nomes as terras ocupadas pelos quilombolas estiverem registradas. Não há dúvida de que a propriedade privada é também um direito fundamental (art. 5º, inciso XXII, CF), configurando, ademais, um princípio essencial na ordem econômica do capitalismo.

Contudo, é importante destacar que o direito de propriedade não tem mais a primazia absoluta que desfrutava no regime constitucional do liberalismo-burguês.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA – 2ª REGIÃO

Com o advento do Estado Social, o direito de propriedade foi relativizado, em proveito da proteção de outros bens jurídicos essenciais, como os direitos dos não-proprietários, a tutela do meio ambiente e do patrimônio histórico-cultural. Neste sentido, muitas constituições, e dentre elas a brasileira (art. 5º, inciso XXIII, e art. 170, inciso III, CF), passaram a impor o cumprimento da função social da propriedade. E, evidentemente, a função social de propriedade ocupada por comunidade quilombola é, por imperativo constitucional, a de servir de território para tal grupo étnico, permitindo a reprodução da sua cultura e *modus vivendi*.

A conclusão que se obtém, portanto, é a de que, na escala de valores da Constituição, o direito à terra dos quilombolas tem, *a priori*, um peso superior ao direito de propriedade dos particulares em cujos nomes as áreas estejam registradas. Contudo, isto não significa que se possa simplesmente ignorar este último direito na resolução da questão. Pelo contrário, no equacionamento da colisão, é necessário preservá-lo em alguma medida, de forma compatível com o princípio da proporcionalidade.

Este princípio, cuja vigência no ordenamento brasileiro é hoje reconhecida em uníssono pela doutrina e jurisprudência, pode ser desdobrado em três subprincípios, assim sintetizados por Luís Roberto Barroso:

“(a) da adequação, que exige que as medidas adotadas se mostrem aptas para atingir os objetivos pretendidos; (b) da necessidade ou exigibilidade, que impõe a verificação da inexistência de meio menos gravoso para o atingimento dos fins visados; e da (c) proporcionalidade em sentido estrito fins, que é a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se é justificável a interferência na esfera dos direitos do cidadão.”¹⁷

¹⁷ Luís Roberto Barroso. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 209. Sobre os subprincípios em questão, veja-se também Robert Alexy, *op. cit.*, p. 111-115; José Joaquim Gomes Canotilho. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. *Op. cit.*, p. 262-263; e Paulo Bonavides. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 360-361; e Suzana de Barros Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e as Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. Brasília:



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA – 2ª REGIÃO**

No caso, vale conferir se a solução preconizada está em conformidade com o princípio da proporcionalidade.

Em relação ao subprincípio da adequação, trata-se de saber se restrição ao direito de propriedade particular do antigo proprietário, que se converte num direito à indenização a ser recebido do Poder Público, é medida adequada para os fins a que se destina. O fim aqui perseguido é a garantia do direito à terra dos quilombolas, e, por consequência, a preservação da própria comunidade de remanescentes de quilombo.

A resposta só pode ser positiva. Não há dúvida de que preservar e garantir o território étnico para os quilombolas mesmo antes da desapropriação configura medida adequada visando a lhes assegurar o gozo do seu direito à terra e à preservação da sua identidade coletiva, bem como o interesse social na tutela do patrimônio histórico-cultural.

Já o teste da necessidade ou exigibilidade envolve o exame da eventual existência de medida mais branda que pudesse atingir os mesmos objetivos. Neste caso, não se vislumbra qualquer medida mais suave, uma vez que proteger o direito da comunidade quilombola ao território que ocupa, mesmo antes da desapropriação, afigura-se realmente indispensável para o atingimento daqueles objetivos. Sem tal garantia, os riscos de perecimento da própria comunidade, até o advento da desapropriação, são, como já salientado, bastante elevados.

Neste ponto, há que se ter em vista o fato de que a solução ora preconizada está longe de ser drástica, na medida em que reconhece o direito do proprietário de obter junto ao Poder Público uma indenização pela privação do bem. Apenas não se condiciona a tutela do direito territorial das comunidades quilombolas à prévia desapropriação da área, uma vez que esta outra alternativa, embora mais branda,



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA – 2ª REGIÃO**

seria francamente insatisfatória – e portanto inconstitucional - já que implicaria em não-atendimento do objetivo constitucional perseguido, que é a preservação da comunidade étnica.

Finalmente, passa-se à última fase do teste, que consiste no exame da proporcionalidade em sentido estrito. Em outras palavras, cuida-se agora de sopesar os ônus e benefícios advindos da medida para os interesses constitucionais em conflito, o que deve ser realizado dentro do marco axiológico da Carta de 88.

Primeiro o benefício: a proteção do direito à terra dos quilombolas independentemente da desapropriação possibilita que a comunidade continue vivendo no seu próprio território, com segurança jurídica e de acordo com os seus costumes e tradições, mesmo diante da eventual demora do Estado na promoção da desapropriação. Trata-se um benefício extremamente importante numa Constituição que se preocupa tanto com a garantia da dignidade da pessoa humana dos grupos vulneráveis, com a proteção do patrimônio histórico-cultural e com a defesa do pluralismo étnico.

Em seguida, o ônus: há uma restrição ao direito do proprietário, que se converte num direito subjetivo ao recebimento de justa indenização do Poder Público. Note-se, porém, que esta restrição atua em favor e não contra a função social da propriedade, uma vez que, como antes destacado, a função social dos territórios ocupados por remanescentes de quilombos é, por definição constitucional, a de servir de *locus* para a vida daquelas comunidades.

Basta um exame racional, realizado à luz da axiologia constitucional, para concluir que, *in casu*, as restrições impostas à propriedade privada são sobejamente compensadas pelos ganhos obtidos, que se traduzem em uma proteção muito mais efetiva ao direito territorial das comunidades quilombolas.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA – 2ª REGIÃO

Ora, firmada a premissa de que não são constitucionalmente adequadas nem a solução que condiciona a tutela do direito à propriedade dos quilombolas à prévia desapropriação, nem a negação ao antigo proprietário de uma indenização pela privação do seu bem, cumpre analisar como equacionar a questão no âmbito da jurisdição constitucional.

Sem dúvida, a melhor saída é a adoção de uma interpretação conforme à Constituição do 13 do Decreto 4.887, para deixar assentado que a previsão de desapropriação, constante no referido dispositivo, deve ser lida como a imposição ao Poder Público Federal do dever de promover o pagamento de indenização justa, em favor dos anteriores proprietários privados das áreas a serem tituladas em nome das comunidades quilombolas, a ser arbitrada seguindo os procedimentos da ação de expropriação. Com isso, afasta-se a exegese mais literal do referido enunciado normativo, segundo a qual apenas a desapropriação retiraria o imóvel do patrimônio destes particulares para permitir a sua ulterior transferência para os remanescentes de quilombos.

Cumpre destacar que a técnica de interpretação conforme à Constituição, expressamente consagrada no art. 28, Parágrafo único, da Lei 9.868/99, permite o afastamento de exegeses que tornem inválido o enunciado normativo impugnado, bem como a fixação de interpretação do texto legal que, ainda que menos evidente e ortodoxa, permita o “salvamento” da norma questionada, ao compatibilizá-la com os ditames constitucionais.

Conforme salientou Jorge Miranda,

*“A interpretação conforme à Constituição não consiste tanto em escolher entre vários sentidos possíveis e normais de qualquer preceito, o que seja mais conforme à Constituição, quanto em discernir **no limite** – na fronteira da inconstitucionalidade – um*



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA – 2ª REGIÃO

*sentido que, conquanto não aparente ou não decorrente de outros elementos de interpretação, é o sentido **necessário** e o que se torna **possível** por virtude da força conformadora da Constituição”¹⁸*

Note-se que a desapropriação, a rigor, se desdobra em duas dimensões: trata-se de um procedimento que envolve: (1) a imposição pelo Estado ou por seus delegados da perda de um bem ao seu proprietário, em razão de algum interesse público ou social relevante, e (2) a compensação patrimonial a este proprietário, através do pagamento de uma justa indenização, a qual, em caso de controvérsias insuperáveis sobre o seu valor, deve ser arbitrada em processo judicial próprio, caracterizado por um âmbito de cognição limitado. Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernandes discerniram, de forma didática, estas duas facetas da desapropriação:

“Ya hemos visto que desde sus orígenes mismas la expropiación forzosa se nos presenta bajo una doble faz: por una parte, supone un poder de la administración de abatir y hacer cesar la propiedad y las situaciones patrimoniales de los administrados; por otro lado, su regulación se articula en muy buena medida como un sistema de garantías ofrecido a estos administrados que sufren sobre su patrimonio la violenta inmisión administrativa.

Podemos así distinguir en el seno de la misma institución una potestad expropiatoria (término legal: arts. 3º y 4º REF) y una garantía patrimonial. La primera (compulsory power, o power of compulsory purchase, en inglés, Enteignungsgewalt, en alemán) es una potestad administrativa característica (supra, cap VII),

¹⁸ Jorge Miranda. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo II. 2ª ed.. Coimbra: Coimbra Editora, 1983, p. 233.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA – 2ª REGIÃO

de la clase de las potestades innovativas, dotada de una especial energía y gravedad, la de sacrificar situaciones patrimoniales privadas. La garantía del particular, que, como es lo común en todas las instituciones de Derecho Administrativo, balancea y contrapesa esa potestad de la Administración, hace valer, primero, los límites y condiciones de la tal potestad, que diseñan el negativo de un sistema activo de protección correlativo; y, en segundo término, y de manera especial, reduce esa potestad a su efecto mínimo de desapoderamiento específico del objeto expropiado, pero sin implicar el empeoramiento patrimonial de su valor, que há de restablecerse com la indemnización expropiatoria”¹⁹

Pois bem. Em relação às terras ocupadas pelos remanescentes de quilombos, a primeira das dimensões da desapropriação acima mencionada não se aplica, uma vez que neste caso, como já salientado, é a própria Constituição que opera a transferência da propriedade às comunidades quilombolas. Todavia, em relação à segunda dimensão da desapropriação – o pagamento da indenização pela perda do bem – ela é perfeitamente aplicável, consoante o acima demonstrado.

Portanto, diante da caracterização de uma área como território de remanescente de quilombo, a tutela ao direito de propriedade da comunidade quilombola deve ser imediata, ainda que sobre o local incidam títulos em nome de particulares. Sem embargo, nesta situação, o Poder Público deve oferecer a tais particulares uma indenização justa, e, em caso de impasse quanto ao seu valor, propor demanda judicial, a fim de que o arbitramento da importância a ser paga ocorra de forma dialética e imparcial. Neste caso, o âmbito de cognição da ação ficará restrito ao *quantum debeat* e ao exame de eventuais vícios processuais – exatamente como ocorre na desapropriação -, facultando-se ainda ao antigo proprietário a possibilidade de

¹⁹ Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo II*. 7ª ed., Madrid: Civitas Ediciones, 2000, p. 211.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA – 2ª REGIÃO**

impugnar em juízo, através de ação autônoma, a decisão administrativa que reconheceu e titulou a área como remanescente de quilombo.

É óbvio, por outro lado, que em face de eventual demora do Poder Público em promover o pagamento da indenização acima referida, poderá o particular ajuizar ação indenizatória, à semelhança do que acontece na desapropriação indireta. Contudo, em nenhuma hipótese o atraso no pagamento impedirá a imediata tutela do direito fundamental dos quilombolas à propriedade das terras que ocupam, já que o gozo de tal direito, como tantas vezes salientado, configura condição material necessária para a subsistência daquelas comunidades étnicas.

Em outras palavras: o caso, a rigor, não é de desapropriação, mas é perfeitamente possível o recurso aos procedimentos e mecanismos da desapropriação para cálculo e pagamento da indenização devida aos ex-proprietários das áreas a serem tituladas em favor dos remanescentes de quilombo.

Assentada esta premissa, torna-se irrelevante a alegação do Autor da ADI 3.239, no sentido de que a desapropriação aludida no Decreto 4.887/03 não se enquadra com exatidão em nenhuma das hipóteses de constitucionais ou legais de expropriação. Ora, se ela não se enquadra, é justamente porque o caso realmente não é de desapropriação, o que não obsta que se utilize, por analogia, o procedimento previsto na ação de desapropriação para arbitramento, em contraditório, do valor da compensação a ser paga ao antigo proprietário, em razão da perda do seu bem.

Portanto, a interpretação conforme à Constituição ora preconizada *salva* o que é possível salvar do art. 13 do Decreto 4.887/03, afastando, por outro lado, os seus aspectos incompatíveis com a Constituição da República. Ela, ademais, preserva, na medida do possível, a vontade do órgão legiferante, que, no caso, apontava claramente no sentido da necessidade de pagamento de indenização aos antigos proprietários, de modo a resolver de maneira mais razoável e menos traumática a tensão entre, de um



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA – 2ª REGIÃO**

lado, os direitos dos quilombolas e o interesse social na preservação do patrimônio histórico nacional, e, do outro, os direitos patrimoniais daqueles ex-proprietários.

7- A Constitucionalidade do Critério de Auto-Definição

O Autor da ação questiona o emprego do critério da auto-definição para identificação dos remanescentes de quilombos. Para ele, tal critério permitiria que pessoas que não ostentam esta qualidade se beneficiem ilicitamente. De acordo com a sua concepção, só fariam jus à proteção concedida pelo art. 68 do ADCT os descendentes de escravos fugidos que, à época da Constituição, ocupassem, com real intenção de donos, as terras em que viveram os seus antepassados.

Mais uma vez, o argumento é improcedente. É importante ressaltar que a auto-definição é um dos critérios adotados pelo Decreto 4.887/03, mas não o único. Trata-se de um critério extremamente importante, na medida em que parte da correta premissa de que, na definição da identidade étnica, é essencial levar em conta as percepções dos próprios sujeitos que estão sendo identificados, sob pena de se chancelarem leituras etnocêntricas ou essencialistas dos observadores externos provenientes de outra cultura, muitas vezes repletas de preconceito. A idéia básica, que pode ser reconduzida ao próprio princípio da dignidade da pessoa humana, é de que na definição da identidade, não há como ignorar a visão que o próprio sujeito de direito tem de si, sob pena de se perpetrarem sérias arbitrariedades e violências, concretas ou simbólicas.

Nesta linha apontam as lições de Alfredo Wagner Berno de Almeida, antropólogo especialista nesta questão:

“A meu ver, o ponto de partida da análise crítica é a indagação de como os próprios agentes sociais se definem e representam suas relações e práticas e face dos grupos sociais com



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA – 2ª REGIÃO

que interagem. Esse dado de como os grupos sociais chamados ‘remanescentes’ se autodefinem é elementar, porquanto foi por esta via que se construiu e afirmou a identidade coletiva... Os procedimentos de classificação que interessam são aqueles construídos pelos próprios sujeitos a partir dos próprios conflitos, e não necessariamente aqueles que são produto de classificações externas, muitas vezes estigmatizantes.”²⁰

Ademais, o emprego do critério da auto-definição está previsto no art. 1º, item 1, alínea “a” Convenção 169 da OIT, que trata dos direitos dos povos indígenas e tribais. Daí porque, o Decreto 4.887/03 não teria como afastar-se do critério da auto-definição, sob pena de afrontar norma de escalão hierárquico superior, além de ferir compromissos internacionais da República brasileira.

Sem embargo, a auto-definição não é o único critério adotado pelo Decreto 4.887/03, conforme salientado acima. Se isto ocorresse, existiria, de fato, o risco de abusos. Porém, da leitura do art. 2º do Decreto 4.887/03, verifica-se claramente que há outros critérios que também devem estar presentes para que um grupo possa qualificar-se legitimamente como de remanescentes de quilombos.

Com efeito, o referido dispositivo também alude à necessidade de que o grupo possua uma trajetória histórica própria, que mantenha uma relação específica com o território ocupado, e que tenha ancestrais negros com passado relacionado à resistência à opressão. Portanto, a norma impugnada formula exigências de caráter mais objetivo, que dizem respeito à identidade étnica do grupo, à sua *territorialidade* (caracterizada, em geral, pela apropriação coletiva das terras) e à sua trajetória histórica singular.

A presença destes requisitos, que podem ser aferidos através de análises antropológicas e históricas, minimiza o risco de manipulações que poderiam de fato

²⁰ Alfredo Wagner Berno de Almeida. “Quilombos e as Novas Etnias”. In: Eliane Cantarino O’Dwyer (Org.). *Quilombos: Identidade Étnica e Territorialidade*. Rio de Janeiro: FGV, 2002, p. 67-68



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA – 2ª REGIÃO

ocorrer caso o único elemento exigido para o reconhecimento das comunidades quilombolas fosse a auto-declaração.

Ademais, é importante destacar o contra-senso a que conduziria a exegese preconizada pelo Autor, ao pretender impor, em pleno século XXI, o conceito de quilombo empregado pela legislação escravocrata. Definitivamente, não faz sentido nenhum empregar uma norma constitucional imbuída de propósitos emancipatórios, como o art. 68 do ADCT, usando os critérios da legislação colonial escravocrata, que eram usados para finalidades penais e repressivas - como a definição do Conselho Ultramarino de 1740, que conceituava quilombo como *“toda habitação de negros fugidos, que passem de cinco, em parte despovoada, ainda que não tenham ranchos levantados e nem se achem pilões neles”*. Perfeita, neste ponto, a observação de Girolamo Domenico Treccani, de que há que se *“superar as definições jurídicas congeladas no tempo, que foram elaboradas pela burocracia colonial, e identificar os elementos comuns das diferentes formas de resistência quilombolas, pois manter o mesmo entendimento poderia se transformar numa forma de perpetuar e legitimar a discriminação dos negros.”*²¹.

Daí porque, não padece de qualquer inconstitucionalidade a definição de remanescentes de quilombo constante no Decreto 4.887/03.

8- A Definição de Território Quilombola

O Autor da ADI 3.239 se insurge contra a definição das terras reconhecidas aos remanescentes das comunidades de quilombos, estabelecida nos §§ 2º e 3º do art. 2º do Decreto 4.887/03, que rezam:

²¹ *Terras de Quilombo: Caminhos e entraves do processo de titulação*. Belém, 2006, p. 146.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA – 2ª REGIÃO**

“§ 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 peças técnicas para a instrução procedimental.”

Para ele, tal definição seria ampla demais, devendo reconhecer-se aos remanescentes dos quilombos apenas a propriedade das áreas efetivamente ocupadas *“durante a fase imperial da história do Brasil”*, quando, na sua ótica, os quilombos teriam se formado. Ademais, não caberia *“sujeitar a delimitação da área aos critérios indicados pelos remanescentes (interessados) das comunidades dos quilombos”*, já que isto importaria em *“atribuir ao pretense remanescente o direito de delimitar a área que lhe será reconhecida”*.

Segundo o Autor, as terras a que fariam jus os remanescentes de quilombos seriam tão-somente aquelas ocupadas de forma pacífica e ininterrupta entre 1.888 – ano da abolição da escravidão – até a promulgação da Constituição, em 1988. Tratar-se-ia, portanto, de uma modalidade especial de usucapião, sujeita a um prazo de cem anos.

Não parece necessário enfatizar o caráter absurdo e anti-isonômico desta exegese. Quando o maior prazo para usucapião da legislação civil é de 15 anos (art. 1.238 do Código Civil), defende-se, para os quilombolas, um prazo de cem anos (!!!). Por esta interpretação, o art. 68 do ADCT, editado para proteger um grupo étnico vulnerável, transforma-se num passe de mágica no veículo de uma odiosa discriminação perpetrada contra os integrantes deste grupo.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA – 2ª REGIÃO

Contudo, os argumentos do Autor não resistem a uma interpretação sistemática e teleológica da Constituição.

Com efeito, conforme já se destacou acima, a finalidade central do art. 68 do ADCT é a de possibilitar a preservação de comunidades quilombolas, que são portadoras de uma cultura própria, seja porque assim se respeita o direito à identidade dos seus integrantes, seja porque se protege o patrimônio cultural de toda a Nação. Esta ligação entre o art. 68 do ADCT e a proteção à cultura se evidencia diante do disposto no art. 215, § 1º, do texto magno, segundo o qual o Estado deve proteger “*as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional*”, bem como do estatuído no § 5º do mesmo preceito, que determinou o tombamento de “*todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos*”.

Ora, uma das características essenciais da cultura quilombola é a territorialidade²². Neste sentido, veja-se a manifestação do Grupo de Trabalho da Associação Brasileira de Antropologia sobre Terra de Quilombo, em 1994:

“Contemporaneamente, portanto, o termo quilombo não se refere a resíduos ou resquícios arqueológicos de ocupação temporal ou de comprovação biológica. Também não se trata de grupos isolados ou de uma população estritamente homogênea. Da mesma forma, nem sempre foram constituídos a partir de movimentos insurreicionais ou rebelados mas, sobretudo, consistem em grupos que desenvolveram práticas cotidianas de resistência na manutenção e reprodução de seus modos de vida característicos e na consolidação de um território próprio...”

²² No mesmo sentido, veja-se Carlos Ari Sundfeld. *Comunidades Quilombolas: Direito à Terra*. Brasília: Fundação Cultural Palmares, 2002, p. 78-79..



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA – 2ª REGIÃO

No que diz respeito à territorialidade desses grupos, a ocupação da terra não é feita em termos de lotes individuais, predominando seu uso comum. A utilização destas áreas obedece à sazonalização das atividades, sejam agrícolas, extrativistas ou outras, caracterizando diferentes formas de uso e ocupação dos elementos essenciais ao ecossistema, que toam por base laços de parentesco e vizinhança, assentados em relações de solidariedade e reciprocidade.”²³

Neste quadro, a preservação da cultura quilombola objetivada pelo constituinte só se torna efetiva na medida em que se assegura à comunidade étnica o território necessário à sua reprodução física, social, econômica e cultural, exatamente como consagrado no art. 3º, § 2º, do Decreto 4.887/03. Isto porque, é o território que congrega e mantém unido o grupo, e a forma especial da comunidade de se relacionar com a terra é um dos traços distintivos que caracteriza o quilombo. Daí porque, é essencial que o território protegido abranja a área necessária para a manutenção do *modus vivendi* tradicional da comunidade étnica.

Portanto, pode-se concluir que o conceito de terras ocupadas estabelecido no Decreto 4.887/03 tão-somente explicita o conteúdo do art. 68 do ADCT, interpretado à luz dos fins a que se destina e do sistema em que se insere.

Por outro lado, não é verdade que o Decreto 4.887/03, ao determinar que fossem levados em consideração os critérios de territorialidade indicados pela comunidade quilombola, tenha atribuído ao “*pretense remanescente o direito de delimitar a área que lhe será reconhecida*”.

Na verdade, a referida norma não impõe que se reconheça a cada comunidade quilombola o direito à propriedade de todas as terras a que ela aspirar. Quem decide o procedimento no qual ocorre a definição da extensão das terras é o

²³ *Apud* Eliane Cantarino O’Dwyer. “Introdução”. In: Eliane Cantarino O’Dwyer (Org.). *Quilombos: Identidade Étnica e Territorialidade*. Rio de Janeiro: FGV, 2002, p. 18-19.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA – 2ª REGIÃO**

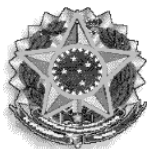
Poder Público, que deve considerar diversas outras variáveis, e não apenas os critérios de territorialidade da comunidade étnica envolvida.

A norma impugnada apenas obriga ao INCRA a levar em consideração – vale dizer, a atribuir o devido peso - os critérios de territorialidade do próprio grupo étnico, para que o reconhecimento não se realize a partir de uma perspectiva completamente etnocêntrica, pautado exclusivamente pela lógica da sociedade envolvente, ignorando a relação singular de cada comunidade com o seu território. Isto significa, em outras palavras, que o procedimento administrativo competente deve se abrir para a alteridade, franqueando o necessário espaço para as visões e vozes culturalmente diferentes das comunidades quilombolas.

Trata-se, portanto, de uma imposição absolutamente necessária, se o objetivo perseguido é promover e garantir o direito de grupos étnicos vulneráveis de viverem de acordo com a sua própria cultura.

Destaque-se, finalmente, que a definição de terras ocupadas por remanescentes de quilombo constante no Decreto 4.887/03 resulta, também, da aplicação da Convenção 169 da OIT.. Dita Convenção, ao tratar da questão das terras dos povos indígenas e tribais, determinou, em seu 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 segundo ambos, segundo os casos, que eles ocupam ou utilizam de alguma maneira e, particularmente, os aspectos coletivos desta relação.”



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA – 2ª REGIÃO**

Assim, a definição de terras ocupadas por remanescentes de quilombos, constante no Decreto 4.887/03 é não apenas constitucional, como resulta da necessária aplicação no direito brasileiro da Convenção 169 da OIT .

9- Conclusões

Diante do exposto, pode-se concluir que:

a) A ADI 3239 não deve ser conhecida, na esteira da jurisprudência do STF, uma vez que a eventual declaração de inconstitucionalidade da norma impugnada – o Decreto 4.887/03 – conduziria à reconstituição do Decreto 3.912/01, e este contém o mesmo suposto vício atribuído à norma que o revogou. Como não foi requerida pelo Autor a invalidação do Decreto 3.912/01, a hipótese é de não conhecimento da ação.

b) O art. 68 do ADCT veicula norma definidora de direito fundamental, que visa a garantir os direitos culturais dos remanescentes de quilombo de viverem de acordo com suas tradições e *modus vivendi*, a promover a justiça social de um grupo étnico estigmatizado, a reparar uma injustiça histórica contra descendentes de escravos e a tutelar o patrimônio cultural do país. Como norma de direito fundamental, tal dispositivo é dotado de aplicabilidade imediata, que não pode ser frustrada pela inércia do legislador na edição de lei regulamentadora.

c) O Decreto 4.887/03 não consubstancia regulamento autônomo, na medida em que encontra suporte de validade em normas de estatura legal e supra-legal – a Lei 9.784/99 e a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, em vigor no ordenamento interno brasileiro.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA – 2ª REGIÃO**

d) Tendo em vista a auto-aplicabilidade do art. 68 e a força normativa da Constituição, a Administração Pública Federal é obrigada a atuar concretamente para assegurar aos remanescentes de quilombos o direito que lhes foi garantido pelo Texto Magno, independentemente da edição de qualquer lei. Para fazê-lo, tem o poder de editar norma disciplinando o procedimento e explicitando os conceitos necessários à viabilização da incidência direta da Constituição. Portanto, ainda que se considere o Decreto 4.887/03 como regulamento autônomo, isto não basta para caracterização de qualquer afronta à Constituição.

e) O próprio constituinte já operou a transferência da propriedade dos antigos titulares das terras ocupadas pelos remanescentes de quilombo para estes, cabendo ao Estado tão-somente adotar as providências para efetivação no mundo real desta mudança de titularidade. Contudo, cabe o pagamento de indenização por ato lícito aos antigos proprietários, como medida equitativa, pautada pelo princípio da proporcionalidade, que confere alguma tutela ao direito de propriedade destas pessoas, e reparte entre toda a sociedade o ônus de se fazer a necessária justiça aos quilombolas

f) Daí porque, deve-se proceder a uma interpretação conforme à Constituição do art. 13 do Decreto 4.887/03, que consagra a necessidade de desapropriação das terras ocupadas pelos quilombolas. Através da interpretação conforme à Constituição, deve ser estabelecido que a transferência da propriedade às comunidades quilombolas precede à “desapropriação”, o que permitirá às comunidades que exercitem seus direitos inerentes ao domínio mesmo diante da demora do INCRA na propositura da ação expropriatória. Porém, deve também ser realçado que o Poder Público Federal pode valer-se dos procedimentos da desapropriação para viabilizar o arbitramento, de forma contraditória, do valor da indenização a ser paga aos antigos proprietários do imóvel pela perda do bem, facultando-se ainda a estes, diante de eventual inércia do Estado, o recurso à ação de indenização, em hipótese análoga à desapropriação indireta.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA – 2ª REGIÃO**

g) É constitucional o critério da auto-definição dos remanescentes de quilombo, previsto no Decreto 4.887/03, pois em questões atinentes à identidade étnica, é essencial levar em consideração a consciência da identidade do próprio grupo. Este critério é imposto pela Convenção 169 da OIT, em vigor no Brasil. Porém, ele não é o único critério adotado pelo Decreto, que também alude a outros requisitos objetivos necessários para o enquadramento de um grupo como remanescente de quilombo, o que minimiza o risco de abusos.

h) É constitucional a definição de terras ocupadas por remanescentes de quilombo constante no Decreto 4.887/03. A definição estabelecida pelo Decreto leva em consideração a finalidade essencial do art. 68 do ADCT – permitir que as comunidades quilombolas continuem existindo e vivendo de acordo com seus costumes e tradições – e o sistema constitucional brasileiro, que impõe uma leitura do referido dispositivo constitucional que se harmonize com o art. 215 da Lei Maior, que trata da tutela de direitos culturais. Tal conceito, ademais, está em perfeita consonância com a Convenção 169 da OIT.

Diante destas conclusões, entende-se que a ADI 3.239 não deve ser conhecida. Caso superada a questão preliminar atinente à admissibilidade da ação, referida no item “a”, sustenta-se que a ação deve ser julgada parcialmente procedente, tão-somente para emprestar-se ao art. 13 do Decreto 4.887/03 interpretação conforme à Constituição, na forma preconizada no item “f”.

Rio de Janeiro, 03 de março de 2008.

DANIEL SARMENTO
Procurador Regional da República