



**EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO, DO  
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, RELATOR DA ADI 3.239**

**SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**  
Coordenadoria de  
Processamento Inicial

**30/06/2009 12:22 82462**



**A Procuradora-Geral da República** vem perante Vossa Excelência requerer a juntada, nos autos da **ADI 3.239**, dos pareceres anexos, um da lavra do Procurador Regional da República **DANIEL SARMENTO** e o outro elaborado pela Professora **FLAVIA PIOVESAN**, no intuito de contribuir para o julgamento do tema veiculado na mencionada ação direta de inconstitucionalidade.

Pede deferimento.

Brasília, 29 de junho de 2009.

**DEBORAH MACEDO DUPRAT DE BRITTO PEREIRA**  
*PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA*



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA - 2ª REGIÃO

1008/004/2002  
FEDERAL  
1095  
SUPLENTE

## Terras Quilombolas e Constituição: A ADI 3.239 e o 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. 2º, § 2º do Decreto 4.887/03) – conceito considerado excessivamente amplo - bem como a impossibilidade do emprego de “critérios de territorialidade indicados pelos

Recebido na 6ª CCR  
Em 01/04/03  
As 15:58  
Por João



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA – 2ª REGIÃO



*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 Cezar Peluso, 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 pugnano 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 invalidada<sup>1</sup>. Portanto, se fosse invalidado o Decreto 4.887/03, restaurar-se-ia a eficácia do Decreto 3.912/01, que o primeiro revogara.

<sup>1</sup> 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



Contudo, o Supremo Tribunal Federal tem entendido que é inadmissível a Ação Direta de Inconstitucionalidade quando: (a) a norma que vigia anteriormente 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 EIVADAS DO VÍCIO DE ILEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO, NO CASO, DO DIPLOMA LEGISLATVO 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:



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA – 2ª REGIÃO



*NORMA ANTERIOR COM O MESMO VÍCIO DE INCONSTITUCIONALIDADE.*

*I- No caso de ser declarada inconstitucionalidade da norma objeto da causa, ter-se-ia a repristinação de preceito anterior com o mesmo vício de inconstitucionalidade. Neste caso, e não impugnada a norma anterior, não é de se reconhecer da 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 repristinação do Decreto 3.912/01. E este se reveste da mesma natureza do ato normativo que o revogou.

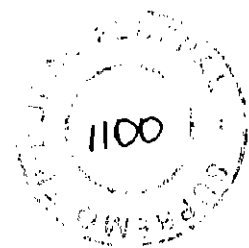
Sucedo que o Autor da ADI nº 3.239 não requereu a declaração da inconstitucionalidade do Decreto 3.912/01, como se pode comprovar através da leitura da sua petição inicial. Daí porque, não pode ser conhecida a ação, em consonância com a jurisprudência consolidada do STF.

**3 - Ainda o Descabimento: É inadmissível a ADI proposta contra ato normativo secundário**

Ao contrário do afirmado na ADI 3.239, o Decreto 4.887/03 não é regulamento autônomo, mas ato normativo secundário, expedido com fundamento na Lei 9.784/99, e na Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho e na Convenção Interamericana de Direitos Humanos, como será demonstrado no item 5 deste Parecer.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA – 2ª REGIÃO



Contudo, é reiterada a jurisprudência desta Colenda Corte no sentido da inadmissibilidade de ação direta de inconstitucionalidade voltada contra ato normativo secundário (cf.. e.g., ADI 392/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU 23.08.1991; ADI 589/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, DJU 18.10.1991; ADI Agr. 531/DF, Rel. Min. Celso Mello, DJU 03.04.1992).

**4- O Marco Constitucional: O art. 68 do ADCT como norma consagradora de direito fundamental, dotada de aplicabilidade imediata**

Uma das principais conquistas do movimento negro durante a Assembléia 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.”*

O referido preccito 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



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA – 2ª REGIÃO

1101

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 fundamental<sup>2</sup> 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 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 irradiações<sup>3</sup>.

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

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> Cf. Ingo Wolfgang Sarlet. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 97-107.





MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA – 2ª REGIÃO

1102

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 massas<sup>4</sup>. 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 étnica<sup>5</sup>.

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 compartilhados<sup>6</sup>. E nos grupos

<sup>4</sup> Cf. S. James Anaya. *Indigenous Peoples in International Law*. 2 nd. Ed. New York: Oxford University Press, 2004, p. 90.

<sup>5</sup> 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



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 maior<sup>7</sup>.

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

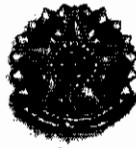
Não bastasse, não é apenas o direito dos membros de cada comunidade de remanescentes de quilombo que é violado quando se permite o desaparecimento de um grupo étnico. Perdem também todos os brasileiros, das presentes e futuras gerações, que ficam privados do acesso a um “modo de criar, fazer e viver”, 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

---

<sup>6</sup> 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 al. *Multiculturalismo*. Trad. Marta Machado. Lisboa: Instituto Piaget, 1998, p. 45-94.

<sup>7</sup> 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



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, 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



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA – 2ª REGIÃO

1105

o dever correlato (o reconhecimento da propriedade e expedição dos respectivos títulos)<sup>8</sup>.

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.

**5- O Decreto 4.887/03 não é Regulamento Autônomo: A Lei 9.784/99, a Convenção 169 da OIT e o Pacto de San Jose da Costa Rica**

**a) A Lei 9.784/99**

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 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

<sup>8</sup> Cf. Walter Claudius Rothenburg, "Direitos dos descendentes de Escravos (Remanescentes das Comunidades de Quilombos)". In: Daniel Sarmento, Daniela Ikawa e Flávia Piovesan. *Igualdade*.



1106

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA – 2ª REGIÃO

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

**b) A Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho**

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 ordem jurídica nacional, em conformidade com a mais recente orientação do STF nesta matéria<sup>9</sup>.

---

*Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 460-463.

<sup>9</sup> Até algum tempo atrás, a orientação do STF era no sentido da hierarquia legal dos tratados sobre direitos humanos. Contudo, a partir do julgamento do HC 87.585-8, a Corte passou a entender que os tratados sobre direitos humanos incorporados à ordem jurídica anteriormente à promulgação da EC 45 têm força supra-legal, mas infra-constitucional.

10



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA – 2ª REGIÃO



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

Como salienta Antonio Augusto Cançado Trindade, *“ao ratificar os tratados de direitos humanos, os Estados Partes contraem, a par das obrigações específicas relativas a cada um dos direitos protegidos, a obrigação geral de adequar*



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA – 2ª REGIÃO



*seu ordenamento jurídico interno às normas internacionais de proteção*<sup>10</sup>. Esta obrigação de adequar o seu direito interno às normas internacionais de proteção dos direitos humanos pode envolver a necessidade de edição de novas normas jurídicas, ou de modificação daquelas já existentes. Se o Estado brasileiro cumpre esta obrigação, expedindo ato normativo para viabilizar a aplicação de tratado internacional de direitos humanos a que já estava internacionalmente vinculado, seria um absoluto contra-senso invalidar este ato normativo.

Não se questiona aqui a orientação tradicional do STF, sobre a necessidade de edição do Decreto Presidencial para incorporação de tratado no ordenamento interno. Discute-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.

**c) O Pacto de San Jose da Costa Rica**

A Convenção Interamericana de Direitos Humanos, aprovada pelo Congresso Nacional através do Decreto Legislativo nº 27/92 e promulgada pelo Decreto nº 678/92, consagra o direito de propriedade, em seu artigo 21.1, estatuinto que *“Toda pessoa tem direito ao gozo e uso de seus bens. A lei pode subordinar esse uso e gozo ao interesse social”*.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, na sua qualidade de intérprete maior da Convenção Interamericana, vem afirmando, através de reiterada jurisprudência, que o direito de propriedade tutelado por aquele Pacto abrange o direito ao reconhecimento da propriedade comunal por populações indígenas e também por outras comunidades étnicas, como os grupos negros formados por descendentes de

<sup>10</sup> Antônio Augusto Cançado Trindade. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. v. II. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 134.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA – 2ª REGIÃO



escravos, dotados de cultura e tradições próprias. Tal orientação decorre do reconhecimento da importância que têm as terras tradicionalmente ocupadas para estes grupos, que, muito mais que mero patrimônio, são pressuposto para a sua continuidade e florescimento, de acordo com a sua cultura e o seu *modus vivendi*.

Com efeito, o primeiro julgamento em que a Corte Interamericana firmou esta orientação foi o *Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tigni v. Nicarágua*, decidido em 1º de fevereiro de 2000. Naquela decisão, a Corte, por unanimidade, assentou:

*“148. A través de una interpretación evolutiva dos instrumentos internacionales de derechos humanos, levando em consideração as normas aplicáveis de interpretação, e de acordo com o artigo 29 da Convenção – que veda a interpretação restritiva de direitos – é a opinião desta Corte que o artigo 21 da Convenção protege o direito à propriedade em um sentido que inclui, entre outros, o direito dos membros das comunidades indígenas dentro do modelo da propriedade comunal, que também é reconhecida pela Constituição da Nicarágua.*

*149. (...) Entre os povos indígenas, existe uma tradição comunitária em relação a uma forma comunal de propriedade coletiva da terra, no sentido de que a propriedade da terra não é centrada no indivíduo, mas no grupo e na sua comunidade. Grupos indígenas, pelo fato da sua própria existência, têm o direito de viverem livremente no seu próprio território; os laços estreitos dos povos indígenas com a terra devem ser reconhecidos e entendidos como a base fundamental da sua cultura, sua vida espiritual, sua integridade e sua sobrevivência econômica. Para comunidades indígenas, as relações com a terra não são apenas uma questão de posse e produção, mas um elemento material e espiritual que eles*





MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA – 2ª REGIÃO



*devem desfrutar livremente, até para preservar o seu legado cultural e transmiti-lo para as futuras gerações."*

Com base neste entendimento, a Corte, com fundamento no direito à propriedade previsto no art. 21 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, condenou o Estado da Nicarágua, por unanimidade, a *"realizar a delimitação, demarcação e titulação das terras dos membros da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tigni e, até que a delimitação, demarcação e titulação sejam feitas, a se abster da prática de quaisquer atos que possam levar aos agentes do próprio Estado, ou a terceiros, agindo com a sua aquiescência ou tolerância, a afetar a existência, o valor, o uso ou o gozo da propriedade localizada na área geográfica em que os membros da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tigni vivem e realizam as suas atividades"*.

A mesma orientação foi adotada no caso *Comunidade Indígena Sawhoyamaxa v. Paraguay*, julgado em 29 de março de 2006, no qual a Corte Interamericana afirmou que *"os laços estreitos dos povos indígenas com as suas terras tradicionais e os respectivos recursos naturais associados à sua cultura, assim como qualquer elemento incorporado deles derivado, devem ser garantidos pelo artigo 21 da Convenção Americana."*

É importante frisar que tal orientação não diz respeito exclusivamente aos povos indígenas, mas também a outras comunidades étnicas. Com efeito, em pelo menos dois casos, a Corte Interamericana valeu-se do mesmo entendimento para tutelar o direito à terra de comunidades negras formadas por descendentes de escravos no Suriname - comunidades em tudo similares aos remanescentes de quilombo brasileiros. O primeiro julgamento foi proferido no caso *Comunidades Moiwana v. Suriname*, decidido em 15 de junho de 2002. Naquela ocasião, a Corte Interamericana, após recordar o seu posicionamento sobre a proteção do direito ao reconhecimento da propriedade comunal para grupos indígenas, assentou, mais uma vez por unanimidade:

NC



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA – 2ª REGIÃO



*“86 (34). Durante a colonização européia (...) africanos foram levados à força para a região e usados como escravos nas “plantations”. Muitos destes africanos, contudo, conseguiram escapar para áreas da floresta tropical na parte oriental do território atual do Suriname, onde estabeleceram comunidades novas e autônomas; estes indivíduos ficaram conhecidos como Negros do Bosque ou Maroons. Conseqüentemente, seis grupos distintos de Maroons surgiram: os N’djuka, os Matawai, os Saramaka, os Kwinti, os Paamaka e os Boni ou Aluku*

*(...).*

*132. Os membros da comunidade Moiwana não são indígenas à região; de acordo com os fatos comprovados, a Aldeia Moiwana foi estabelecida pelos clãs N’djuka no final do século XIX (supra, parágrafo 86(11)). Não obstante, desde então até o ataque de 1986, os membros da comunidade viveram na área em conformidade estrita com os costumes N’djuka.*

*(...)*

*133. Dessa forma, os membros da comunidade Moiwana, um povo tribal N’djuka, possuem uma “relação totalizante” (all-encompassing relationship) com as suas terras tradicionais, e o seu conceito de propriedade não é baseado no indivíduo, mas, ao contrário, na comunidade como um todo. Assim, a orientação da Corte em relação às comunidades indígenas e os seus direitos comunais de propriedade decorrentes do artigo 21 da Convenção também deve ser aplicada aos membros da comunidade tribal Moiwana: sua ocupação tradicional da aldeia Moiwana e terras vizinhas (...) deve ser suficiente para obter do Estado o reconhecimento da sua propriedade”*

Posteriormente, ao julgar o *Caso do Povo Saramaka v. Suriname*, que também dizia respeito aos direitos de comunidade negra formada por descendentes de



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA – 2ª REGIÃO



escravos, a Corte Interamericana de Direitos Humanos reiterou a mesma orientação, em decisão prolatada em 28 de novembro de 2007, em que se ressaltou:

*“92. Em essência, conforme o artigo 21 da Convenção, os Estados devem respeitar a especial relação que os membros de povos indígenas e tribais têm com seu território de modo a garantir a sua sobrevivência social, cultural e econômica. Esta proteção da propriedade, nos termos do art. 21 da Convenção, lido em conjunto com os artigos 1.1 e 2 do referido instrumento, impõe aos Estados a obrigação positiva de adotar medidas especiais para garantir aos integrantes dos povos indígenas e tribais o exercício pleno e igualitário do direito aos territórios que usaram e ocuparam tradicionalmente”*

**Assim, conclui-se que o art. 21 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, que está em vigor no Brasil com hierarquia supra-legal, impõe aos Estados o dever de reconhecer e emitir título de propriedade para grupos tribais, como os remanescentes de quilombo, na linha de pacífica jurisprudência da Corte Interamericana.**

Por tal razão, pode-se conceber o Decreto 4.887/03 como uma regulamentação do art. 21 do Pacto de San Jose da Costa Rica.

Assim, pode-se concluir que a Lei 9.784/99, a Convenção nº 169 da OIT e o Pacto de San Jose da Costa Rica constituem fundamentos normativos para a edição do Decreto 4.887/03, que, dessa forma, não se qualifica como regulamento autônomo.

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



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA – 2ª REGIÃO



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.

No novo paradigma que vem sendo construído sobre os escombros do legicentrismo – e que corresponde ao que alguns têm chamado de *neoconstitucionalismo*<sup>11</sup> – 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

<sup>11</sup> 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*



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA – 2ª REGIÃO



subordinada não apenas à lei formal, mas a um bloco mais amplo de *juridicidade*, que é integrado também pela Constituição<sup>12</sup>. 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 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*

---

*Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 203-250.

<sup>12</sup> 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.

10



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA – 2ª REGIÃO



*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.*<sup>13</sup>

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.

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”<sup>14</sup> (grifos no original)*

<sup>13</sup>Gustavo Binimbojm. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 142/143.

<sup>14</sup> Eros Roberto Grau. *O Direito Positivo e o Direito Pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 188.

NC



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA – 2ª REGIÃO



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 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*

N



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA – 2ª REGIÃO



*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”<sup>15</sup>*

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:

*“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 voluntate....*

*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*

<sup>15</sup> Julgado em 16.02.2006, DJ 01.09.2006.





MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA – 2ª REGIÃO



*jurídica em nosso sistema normativo: o próprio texto da Constituição da República.*"<sup>16</sup>

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, mas, 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.

**7- A Previsão da Desapropriação no art. 13 do Decreto 4.887/03 e a Possibilidade de Interpretação Conforme à Constituição do dispositivo<sup>17</sup>**

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

<sup>16</sup> Julgado em 20 de novembro de 197, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ/07.02.97.

<sup>17</sup> 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



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, afirma 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:

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

MC



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA - 2ª REGIÃO



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 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



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA – 2ª REGIÃO



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 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



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA – 2ª REGIÃO



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.

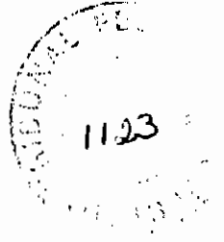
Ademais, sob o ângulo pragmático, o reconhecimento do direito à indenização dos antigos proprietários das áreas ocupadas por remanescentes de quilombos é um fator importante de paz social, que tende a desanuviar os conflitos fundiários em que muitas comunidades quilombolas estão envolvidas, possibilitando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



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA – 2ª REGIÃO



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. 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.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA – 2ª REGIÃO



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.”<sup>18</sup>*

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.

<sup>18</sup> 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: Brasília Jurídica, 1995, p. 148-153.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA - 2ª REGIÃO



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, 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.

110





MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA - 2ª REGIÃO



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.

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.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA – 2ª REGIÃO



Cumprе 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 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”<sup>19</sup>*

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:

<sup>19</sup> Jorge Miranda. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo II. 2ª ed.. Coimbra: Coimbra Editora, 1983, p. 233.

20



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA – 2ª REGIÃO



*“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), 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 con la indemnización expropiatoria”<sup>20</sup>*

Pois bem. Em relação às terras ocupadas pelos remanescentes de quilombos, a primeira das dimensões da desapropriação acima mencionada não se

---



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA – 2ª REGIÃO



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 debeatur* e ao exame de eventuais vícios processuais – exatamente como ocorre na desapropriação -, facultando-se ainda ao antigo proprietário a possibilidade de 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

<sup>70</sup> 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



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

#### **8- A Constitucionalidade do Critério de Autodefinição**

O Autor da ação questiona o emprego do critério da autodefinição 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.

10



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA – 2ª REGIÃO



Mais uma vez, o argumento é improcedente. É importante ressaltar que a autodefinição 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 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.”<sup>21</sup>*

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,

<sup>21</sup> 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

NC



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA - 2ª REGIÃO



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 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



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA – 2ª REGIÃO



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.”*<sup>22</sup>.

Nesta linha, vale ressaltar o precioso acórdão proferido pela 3ª Turma do TRF da 4ª Região no Agravo de Instrumento nº 2008.04.00.010160-5/PR, em que se assentou:

*“4. CONVENÇÃO Nº 169-OIT. Plena aplicabilidade do tratado internacional de proteção de ‘comunidades tradicionais’, não destoando o Decreto 4.887/2003 de seus parâmetros fundamentais: a) a auto-atribuição das comunidades envolvidas, b) a conceituação de territorialidade como garantidora de direitos culturais, c) o reconhecimento da pluriétnicidade nacional.*

*5. QUILOMBOLAS. Conceito que não pode ficar vinculado à legislação nacional escravocrata, tendo em vista que: a) a historiografia reconhece a diversidade cultural e de organização dos quilombos, que não se constituíam apenas de escravos fugidos; b) A Associação Brasileira de Antropologia estabeleceu, com base em estudos empíricos, um marco conceitual, a servir de base para o tratamento jurídico; c) o dispositivo constitucional, de caráter nitidamente inclusivo e de exercício de direitos, não pode ser interpretado à luz de uma realidade de exclusão de comunidades negras; d) os remanescentes não constituem ‘sobra’ ou ‘resíduo’ de situações passadas, quando o comando constitucional constitui proteção para o futuro; e) fica constatada a diversidade de posses existentes, por parte das comunidades negras, desde antes da Lei de*

<sup>22</sup> Terras de Quilombo: Caminhos e entraves do processo de titulação. Belém, 2006, p. 146.





MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA – 2ª REGIÃO



*Terras de 1850, de que são exemplos as denominadas 'terras de santo', 'terras de índio' e 'terras de preto'.*

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

### 9- 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:

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

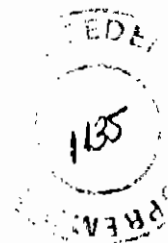
*§ 3º. Para a medição e demarcação das terras, serão levados em consideração critérios de territorialidade indicados pelos remanescentes das comunidades dos quilombos, sendo facultado à comunidade interessada apresentar peças técnicas para a instrução procedimental.”*

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”.

16



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA – 2ª REGIÃO



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.

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*”.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA – 2ª REGIÃO



Ora, uma das características essenciais da cultura quilombola é a territorialidade<sup>23</sup>. 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...*

*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.”<sup>24</sup>*

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

<sup>23</sup> 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



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 não 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 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.

---

<sup>24</sup> *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.

M



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA – 2ª REGIÃO



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.”*

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 .

## 10- 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 repristinação do Decreto 3.912/01, e este contém o

11



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA – 2ª REGIÃO



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) A inadmissibilidade da ADI 3239 deriva também do fato de que o Decreto 4.887/03 não é regulamento autônomo, mas norma secundária, como apontado no item “d”, abaixo, e é reiterada a jurisprudência do STF no sentido da impossibilidade de impugnação de atos normativos secundários em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade.

c) 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.

d) 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, a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho e o Pacto de San Jose da Costa Rica, em vigor no ordenamento interno brasileiro.

e) Quanto à Convenção Interamericana de Direitos Humanos, é reiterada a jurisprudência da Corte Interamericana no sentido de que a garantia da propriedade, estabelecida no art. 21 do Pacto, abrange o direito ao reconhecimento da propriedade comunal das terras tradicionalmente ocupadas por grupos indígenas ou tribais, como os remanescentes dos quilombos.

f) 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



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA - 2ª REGIÃO



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.

g) 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

h) 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.

i) É constitucional o critério da autodefinição 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



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



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.

j) É constitucional a definição de terras ocupadas por remanescentes de quilombo constante no Decreto 4.887/03. Tal definição 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 em sintonia 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 pelo STF. Caso superadas as questões preliminares atinentes à admissibilidade da ação, referidas nos itens “a” e “b”, 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 “h”.

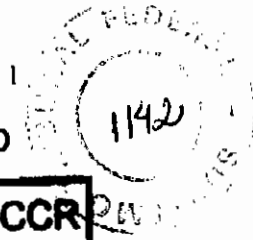
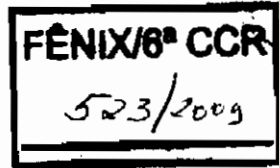
Rio de Janeiro, 03 de março de 2008.

  
**DANIEL SARMENTO**  
Procurador Regional da República





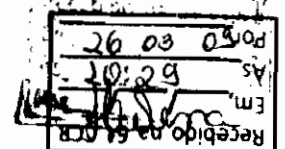
PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
FACULDADE DE DIREITO



A 6ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, especializada na defesa de povos indígenas e minorias étnicas, formulou-me consulta sobre tema que está em discussão na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.239, em trâmite no STF. Na referida ADI, proposta pelo Partido da Frente Liberal, impugnou-se a validade do Decreto nº 4.887/03, que disciplina “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”. O principal fundamento da ação foi o de que o decreto em questão seria um regulamento autônomo, editado com violação ao princípio constitucional da legalidade. Diante deste argumento, indaga-me a Consulente:

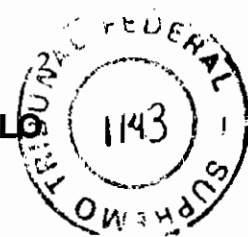
(a) se o Decreto 4.887/03 pode ser considerado como regulamentação da Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho, relativa “aos Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes”; e

(b) se o referido Decreto pode ser concebido como regulamentação do Pacto de San Jose da Costa Rica, especialmente do seu art. 21, que trata do direito de propriedade, tendo em vista que este vem sendo interpretado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos como garantia do





PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
FACULDADE DE DIREITO



direito à propriedade de terras tradicionais ocupadas por comunidades indígenas e tribais.

Considerando a urgência com que me foi solicitado o parecer, passo, diretamente, à resposta dos quesitos formulados.

**a) A Convenção nº 169 da OIT e o Decreto nº 4.887/03**

A Convenção nº 169 da OIT insere-se numa das tendências contemporâneas do Direito Internacional dos Direitos Humanos, de proteção a grupos especialmente vulneráveis. Tal tendência reflete a preocupação com a especificação dos sujeitos de direito<sup>1</sup>.

Com efeito, torna-se insuficiente tratar o indivíduo de forma genérica, geral e abstrata. Faz-se necessária a especificação do sujeito de direito, que passa a ser visto em sua peculiaridade e particularidade. Nesta ótica, determinados sujeitos de direitos, ou determinadas violações de direitos, exigem uma resposta específica e diferenciada. Os povos indígenas, as mulheres, as crianças, as populações afro-descendentes, os migrantes, as pessoas com deficiência, dentre outras categorias vulneráveis, devem ser vistas nas especificidades e peculiaridades de sua condição social. Ao lado do direito à igualdade, surge, também como direito fundamental, o direito à diferença. Importa o respeito à diferença e à diversidade, o que lhes assegura um tratamento especial.

<sup>1</sup> Cf. Flávia Piovesan. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 10ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 178-181; Gregório Peces-Barba Martines. *Curso de Derechos*



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
FACULDADE DE DIREITO



Destacam-se, assim, três vertentes no que tange à concepção da igualdade: a) a igualdade formal, reduzida à fórmula “todos são iguais perante a lei” (que, ao seu tempo, foi crucial para a abolição de privilégios); b) a igualdade material, correspondente ao ideal de justiça social e distributiva (igualdade orientada pelo critério sócio-econômico); e c) a igualdade material, correspondente ao ideal de justiça enquanto reconhecimento de identidades (igualdade orientada pelos critérios de gênero, orientação sexual, idade, raça, etnia e demais critérios).

Se, para a concepção formal de igualdade, esta é tomada como pressuposto, como um dado e um ponto de partida abstrato, para a concepção material de igualdade, esta é tomada como um resultado ao qual se pretende chegar, tendo como ponto de partida a visibilidade às diferenças. Isto é, essencial mostra-se distinguir a diferença e a desigualdade. A ótica material objetiva construir e afirmar a igualdade com respeito à diversidade. O reconhecimento de identidades e o direito à diferença é que conduzirão a uma plataforma emancipatória e igualitária.

Neste contexto, ressalta-se o caráter bidimensional da justiça: redistribuição somada ao reconhecimento. O direito à redistribuição requer medidas de enfrentamento da injustiça econômica, da marginalização e da desigualdade econômica, por meio da transformação nas estruturas sócio-econômicas e da adoção de uma política de redistribuição. De igual modo, o

---

*Fundamentales: Teoria General.* Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1999, p. 180-182; e Norberto Bobbio. *A Era dos Direitos.* Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992, p. 62-63.

Rua Ministro Godói, 969 – 2º andar – Sala 201 – Perdizes – São Paulo/SP

Tel.: 3670-8131/3670-8128

FAX: 3670-8548

[www.pucsp.br/direito](http://www.pucsp.br/direito)



4

1145

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**  
**FACULDADE DE DIREITO**

direito ao reconhecimento requer medidas de enfrentamento da injustiça cultural, dos preconceitos e dos padrões discriminatórios, por meio da transformação cultural e da adoção de uma política de reconhecimento. É à luz desta política de reconhecimento que se pretende avançar na reavaliação positiva de identidades discriminadas, negadas e desrespeitadas; na desconstrução de estereótipos e preconceitos; e na valorização da diversidade cultural<sup>2</sup>.

O direito à igualdade material, o direito à diferença e o direito ao reconhecimento de identidades integram a essência dos direitos humanos, em sua dupla vocação em prol da afirmação da dignidade humana e da prevenção do sofrimento humano. A garantia da igualdade, da diferença e do reconhecimento de identidades é condição e pressuposto para o direito à autodeterminação, bem como para o direito ao pleno desenvolvimento das potencialidades humanas, transitando-se da igualdade abstrata e geral para um conceito plural de dignidades concretas.

Daí se justifica a elaboração de instrumentos específicos de direitos humanos voltados à proteção e promoção da dignidade dos integrantes

---

<sup>2</sup> Ver Nancy Fraser, *From Redistribution to Recognition? Dilemmas of Justice in a Postsocialist age* em seu livro *Justice Interruptus. Critical reflections on the "Postsocialist" condition*, NY/London, Routledge, 1997; Axel Honneth, *The Struggle for Recognition: The moral grammar of social conflicts*, Cambridge/Massachusetts, MIT Press, 1996; Nancy Fraser e Axel Honneth, *Redistribution or Recognition? A political-philosophical exchange*, London/NY, verso, 2003; Charles Taylor, *The politics of recognition*, in: Charles Taylor et. al., *Multiculturalism – Examining the politics of recognition*, Princeton, Princeton University Press, 1994; Iris Young, *Justice and the politics of difference*, Princeton, Princeton University Press, 1990; e Amy Gutmann, *Multiculturalism: examining the politics of recognition*, Princeton, Princeton University Press, 1994.



5

1146

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**  
**FACULDADE DE DIREITO**

de determinados grupos como as crianças, mulheres, pessoas com deficiência e povos indígenas e tribais, que vigoram ao lado de normativa internacional revestida de caráter mais universal, complementando-a.

A Convenção 169 da OIT foi adotada em 1989. Ela substituiu a Convenção nº 107 da OIT, de 1957, abraçando uma nova filosofia no tratamento dos direitos dos povos indígenas e tribais. Na Convenção nº 107 da OIT partia-se de uma perspectiva paternalista a propósito dos grupos étnicos minoritários, inspirada na idéia de que eles deveriam ser assimilados às comunidades nacionais. Já a Convenção nº 169 endossou uma visão multiculturalista, baseada no respeito à identidade e à autonomia das minorias étnicas<sup>3</sup>.

A Convenção nº 169 da OIT foi aprovada pelo Congresso Nacional através do Decreto Legislativo 143/2002, e promulgada pelo Presidente da República pelo Decreto nº 5.051/2004. De acordo com o atual posicionamento do STF, desde o julgamento do Recurso Extraordinário 466.343, em 03 de dezembro de 2008, ela foi incorporada no ordenamento jurídico brasileiro com hierarquia supra-legal, mas infra-constitucional.<sup>4</sup>

---

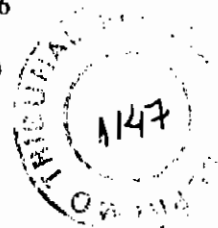
<sup>3</sup>Cf. S. James Anaya. *Indigenous Peoples in International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 58-61; e Rüdiger Wolfrum. "A Proteção dos Povos Indígenas no Direito Internacional". In: Daniel Sarmento, Daniela Ikawa e Flávia Piovesan (Orgs.). *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 602.

<sup>4</sup> Tenho defendido a hierarquia constitucional dos tratados internacionais sobre direitos humanos, com base na cláusula constitucional aberta do art. 5º, § 2º, da Constituição, reforçada com o art. 5º, § 3º (EC 45/2004). A posição originária da Corte era no sentido da hierarquia legal daqueles tratados (HC 72.131-RJ, j. 22.11.1995). Posteriormente, ela evoluiu para o reconhecimento da hierarquia supra-legal mas infra-constitucional dos tratados de



6

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**  
**FACULDADE DE DIREITO**



Assentadas sucintamente estas premissas, passa-se à resposta do primeiro quesito formulado pela Consultante, que demanda o exame de duas questões: (i) A proteção do direito à propriedade dos remanescentes dos quilombos – matéria versada pelo Decreto 4.887/03 - é tutelada pela Convenção nº 169 da OIT?; (ii) O fato da Convenção nº 169 da OIT ter sido promulgada posteriormente à edição do referido Decreto - apesar de aprovada pelo Congresso Nacional antes disso - impede que ela seja considerada como fundamento de validade daquele diploma infra-legal?

A primeira questão não apresenta complexidade. A Convenção nº 169 não trata apenas dos direitos das populações indígenas, mas também dos chamados “povos tribais”, que foram conceituados como aqueles “*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*” (art. 1, “a”). Portanto, é incontroversa a sua incidência sobre os remanescentes de quilombos, já que estes constituem grupos étnicos que vivem sob condições

---

direitos humanos, salvo aqueles cujo procedimento de incorporação siga os regramentos impostos pelo art. 5º, § 3º, da CF, introduzido pela EC 45/2004 (HC 87.585-8, j. 12.03.2008). Veja-se, a propósito, Flávia Piovesan. “Tratados Internacionais de Proteção de Direitos Humanos: Jurisprudência do STF”. In: Cláudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmento e Gustavo Binenbojm. *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008, p.459-477.

---

Rua Ministro Godói, 969 – 2º andar – Sala 201 – Perdizes – São Paulo/SP

Tel.: 3670-8131/3670-8128

FAX: 3670-8548

[www.pucsp.br/direito](http://www.pucsp.br/direito)



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
FACULDADE DE DIREITO



culturais específicas que os distinguem da sociedade envolvente, e têm a sua vida parcialmente regida por costumes e tradições próprias<sup>5</sup>.

Vale ressaltar que o artigo 14 da Convenção nº 169 da OIT prevê expressamente o direito à propriedade das terras tradicionalmente ocupadas pelos povos tribais, como os quilombolas. E o item 3 deste artigo 14 estabelece o dever dos Estados de instituírem "*procedimentos adequados no âmbito do sistema jurídico nacional para solucionar as reivindicações de terras formuladas pelos povos interessados*". Assim, pode-se afirmar que o Decreto nº 4.887/03 concretiza e regulamenta, no ordenamento interno brasileiro, a Convenção nº 169 da OIT, no que concerne ao direito à terra dos grupos de remanescentes de quilombos.

Cumpra, assim, examinar se o fato de a Convenção nº 169 da OIT ter sido promulgada por decreto presidencial editado posteriormente ao Decreto 4.887/03 impede ou não que este último seja concebido como uma regulamentação do referido instrumento internacional. E a resposta é negativa.

Tenho sustentado que, diante do princípio da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (art. 5º, § 1º, da CF), é dispensável a promulgação dos tratados internacionais sobre direitos humanos, que se incorporam ao ordenamento interno automaticamente com a sua aprovação pelo Congresso Nacional, através da expedição do competente decreto legislativo, seguida do



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
FACULDADE DE DIREITO

8



ato de ratificação. Para a Corte, contudo, a promulgação, através de decreto do Presidente da República, integra o *iter* de incorporação dos tratados no direito interno, ainda quando estes versem sobre direitos fundamentais<sup>5</sup>, tendo em vista os três efeitos produzidos pelo Decreto: a) promulgação do tratado; b) executoriedade; e c) publicidade.

Importa enfatizar que a expedição do Decreto presidencial tem sido um costume no âmbito interno, inexistindo qualquer comando legal que o demande. Ademais, sustentar que somente com o Decreto o tratado estaria incorporado no plano doméstico seria aviltar o princípio da boa nas relações internacionais. Torna-se, ainda, anacrônico com a previsão do parágrafo 3º do artigo 5º, introduzido pela EC45/2004. Isto porque não teria qualquer sentido em equiparar os tratados de direitos humanos às emendas à Constituição, e, todavia, condicionar sua incorporação doméstica à expedição de Decreto do Poder Executivo, fruto de sua ampla discricionariedade.

Na hipótese, seria de um extremado formalismo, incompatível com o compromisso visceral da Constituição brasileira com a dignidade humana, invalidar um Decreto do Presidente da República, cuja edição traduz o cumprimento de compromisso internacional assumido pelo país em matéria de direitos humanos, apenas porque o próprio Presidente da República demorou-

<sup>5</sup> No sentido da aplicabilidade da Convenção nº 169 da OIT sobre comunidades de remanescentes de quilombos, decidiu a 3ª Turma do TRF da 4ª Região no julgamento do Agravo de Instrumento nº 2008.04.00.010160-5/PR, Rel. Des. Federal Maria Lúcia Luz Leiria.

<sup>6</sup> Após a promulgação da EC 45, a questão parece ter assumido novos contornos, uma vez que o processo para incorporação dos tratados sobre direitos humanos foi tornado equivalente àquele necessário para a aprovação de emendas constitucionais (art. 5º, § 3º, CF), e estas,





PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
FACULDADE DE DIREITO



se na edição de outro decreto, que promulgava a Convenção nº 169 da OIT. Note-se que, por ocasião da edição do Decreto nº 4.887/03, os dois órgãos de soberania envolvidos no processo de celebração e incorporação de tratado ao direito interno – Presidente da República e Congresso Nacional - já haviam se manifestado favoravelmente à Convenção nº 169 da OIT. Invalidar o Decreto nº 4.887/03, neste contexto, seria incorrer num injustificado formalismo, atribuindo à burocracia na incorporação dos tratados um peso superior ao próprio respeito a um direito humano garantido tanto na Constituição Federal (art. 68 do ADCT), como em tratado internacional ratificado pelo país.

Sabe-se, com efeito, que *“a pronta adequação ou harmonização das legislações nacionais à normativa dos tratados de direitos humanos constitui uma obrigação geral que se impõe de modo uniforme a todos os Estados Partes nos tratados de direitos humanos”*<sup>7</sup>. Portanto, seria altamente paradoxal se uma norma cuja edição representa o cumprimento de uma obrigação assumida pelo Estado brasileiro em matéria de direitos humanos fosse invalidada, apenas porque houve atraso burocrático na edição de outro decreto. Tal atitude, reitero, aviltaria o *princípio da boa-fé*, segundo o qual cumpre ao Estado observar estritamente o tratado de que é parte, não podendo

---

como se sabe, não são promulgadas pelo Presidente da República, mas pelo próprio Congresso Nacional (art. 60, § 3º, CF).

<sup>7</sup>Antonio Augusto Cançado Trindade. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, volume II. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 142.

---

Rua Ministro Godói, 969 – 2º andar – Sala 201 – Perdizes – São Paulo/SP

Tel.: 3670-8131/3670-8128

FAX: 3670-8548

[www.pucsp.br/direito](http://www.pucsp.br/direito)



10

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
FACULDADE DE DIREITO



invocar dispositivos ou de argumentos relacionados ao seu direito interno para violar os deveres assumidos perante a comunidade internacional<sup>8</sup>.

Por tais razões, entendo que o Poder Executivo brasileiro podia editar o Decreto 4.887/03, regulamentando a Convenção nº 169 da OIT no plano interno, antes da promulgação daquele instrumento, mas após a sua aprovação pelo Congresso Nacional, como ocorreu no caso. Considero, ainda, que se houver eventual invalidação do referido Decreto por decisão do STF, o Estado brasileiro sujeitar-se-á à responsabilização no plano internacional, por frustrar a efetividade de norma internacional de direitos humanos a cujo respeito se obrigou.

**b) O Pacto de San Jose da Costa Rica e o Decreto 4.887/03**

Diversamente da Convenção nº 169 da OIT, a Convenção Interamericana de Direitos Humanos<sup>9</sup> não se volta para a proteção específica de grupos vulneráveis, como os remanescentes de quilombo. Porém, os preceitos do Pacto de San Jose da Costa Rica vêm sendo interpretados de forma dinâmica e evolutiva pela Corte Interamericana de Direitos Humanos,

---

<sup>8</sup>Cf. Flávia Piovesan. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 10ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 45-46; e Antonio Augusto Cançado Trindade. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, volume I, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 47.



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
FACULDADE DE DIREITO



com pleno respeito às especificidades de determinados sujeitos de direito. É o que ocorre em relação à proteção ao direito de propriedade de comunidades indígenas e outras minorias étnicas.

Com efeito, o direito de propriedade é reconhecido pelo art. 21 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, com a seguinte redação:

*“Artigo 21 – Direito à propriedade privada.*

- 1- Toda pessoa tem direito ao uso e gozo de seus bens. A lei pode subordinar esse uso e gozo ao interesse social.*
- 2- Nenhuma pessoa pode ser privada dos seus bens, salvo mediante o pagamento de indenização justa, por motivo de utilidade pública ou de interesse social e nos casos e na forma estabelecidos pela lei.*
- 3- Tanto a usura, como qualquer forma de exploração do homem pelo homem, devem ser reprimidas pela lei.”*

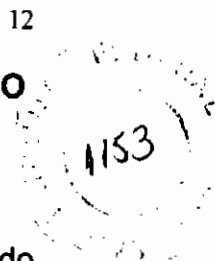
---

<sup>9</sup>A Convenção Interamericana de Direitos Humanos foi aprovada pelo Congresso Nacional através do Decreto Legislativo nº 27/92 e promulgada pelo Decreto nº 678/92.



12

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
FACULDADE DE DIREITO



O art. 21 da Convenção Interamericana vem sendo interpretado no sentido de garantir também para os povos indígenas e outras comunidades étnicas que mantêm relação especial com a terra habitada o direito ao reconhecimento da propriedade coletiva das áreas tradicionalmente ocupadas<sup>10</sup>. Tal construção parte da premissa da importância especial destas terras para os referidos grupos. Reconhece-se que elas, muito mais que bens patrimoniais, assumem para certas comunidades étnicas tradicionais um significado transcendental, possibilitando a manutenção dos seus laços comunitários, dos seus costumes e *modus vivendi* ao longo do tempo, ensejando a possibilidade de sobrevivência e florescimento destes grupos, não só sob o ângulo material, mas também cultural e espiritual.

O *leading case* nesta matéria foi o *Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tigni v. Nicarágua*, decidido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em 1º de fevereiro de 2000. Naquele julgado, a Corte, por unanimidade, afirmou:

*"148. Através de uma interpretação evolutiva dos instrumentos internacionais de direitos humanos, levando em consideração as normas aplicáveis de interpretação, e de acordo com o artigo 29 da Convenção – que veda a*

<sup>10</sup> Cf. Daniela Ikawa. "Direito dos Povos Indígenas". In: Daniel Sarmento, Daniela Ikawa e Flávia Piovesan. *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Op. cit., p. 510-511.



**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**  
**FACULDADE DE DIREITO**



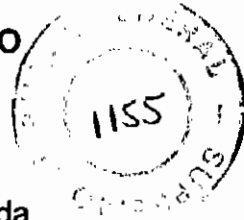
*interpretação restritiva de direitos – é a opinião desta Corte que o artigo 21 da Convenção protege o direito à propriedade em um sentido que inclui, entre outros, o direito dos membros das comunidades indígenas dentro do modelo da propriedade comunal, que também é reconhecida pela Constituição da Nicarágua.*

149. (...) *Entre os povos indígenas, existe uma tradição comunitária em relação a uma forma comunal de propriedade coletiva da terra, no sentido de que a propriedade da terra não é centrada no indivíduo, mas no grupo e na sua comunidade. Grupos indígenas, pelo fato da sua própria existência, têm o direito de viverem livremente no seu próprio território; os laços estreitos dos povos indígenas com a terra devem ser reconhecidos e entendidos como a base fundamental da sua cultura, sua vida espiritual, sua integridade e sua sobrevivência econômica. Para comunidades indígenas, as relações com a terra não são apenas uma questão de posse e produção, mas um elemento material e espiritual que eles devem desfrutar livremente, até para preservar o seu legado cultural e transmiti-lo para as futuras gerações."*



14

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
FACULDADE DE DIREITO



Com base neste argumento, a Corte condenou o Estado da Nicarágua, por unanimidade, a *“realizar a delimitação, demarcação e titulação das terras dos membros da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tigni e, até que a delimitação, demarcação e titulação sejam feitas, a se abster da prática de quaisquer atos que possam levar aos agentes do próprio Estado, ou a terceiros, agindo com a sua aquiescência ou tolerância, a afetar a existência, o valor, o uso ou o gozo da propriedade localizada na área geográfica em que os membros da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tigni vivem e realizam as suas atividades”*.

A mesma orientação foi adotada em diversos outros casos, como *Comunidade Yakye Axa v. Paraguay*, decidido em 06 de fevereiro de 2006, e *Comunidade Indígena Sawhoyamaya v. Paraguay*, julgado em 29 de março do mesmo ano, no qual a Corte Interamericana afirmou que *“os laços estreitos dos povos indígenas com as suas terras tradicionais e os respectivos recursos naturais associados à sua cultura, assim como qualquer elemento incorpóreo deles derivado, devem ser garantidos pelo artigo 21 da Convenção Americana.”*

Saliente-se que este entendimento da Corte Interamericana não se confina exclusivamente aos povos indígenas, mas também diz respeito a outras comunidades étnicas. De fato, em pelo menos dois casos, a Corte Interamericana empregou a mesma orientação para tutelar o direito à terra dos *Maroons*, que são comunidades integradas por descendentes de escravos negros existentes no Suriname - em tudo similares aos remanescentes de



**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**  
**FACULDADE DE DIREITO**



quilombo brasileiros. O primeiro julgamento foi proferido em *Comunidades Moiwana v. Suriname*, decidido em 15 de junho de 2002, em que a Corte, decidiu por unanimidade:

*“86 (34). Durante a colonização europeia (...) africanos foram levados à força para a região e usados como escravos nas “plantations”. Muitos deste africanos, contudo, conseguiram escapar para áreas da floresta tropical na parte oriental do território atual do Suriname, onde estabeleceram comunidades novas e autônomas; estes indivíduos ficaram conhecidos como Negros do Bosque ou Maroons. Consequentemente, seis grupos distintos de Maroons surgiram: os N’djuka, os Matawai, os Saramaka, os Kwinti, os Paamaka e os Boni ou Aluku (...).*

*132. Os membros da comunidade Moiwana não são indígenas à região; de acordo com os fatos comprovados, a Aldeia Moiwana foi estabelecida pelos clãs N’djuka no final do século XIX (supra, parágrafo 86(11)). Não obstante, desde então até o ataque de 1986, os membros da comunidade viveram na área em conformidade estrita com os costumes N’djuka. (...)*



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
FACULDADE DE DIREITO

16



133. *Dessa forma, os membros da comunidade Moiwana, um povo tribal N'djuka, possuem uma “relação totalizante” (all-encompassing relationship) com as suas terras tradicionais, e o seu conceito de propriedade não é baseado no indivíduo, mas, ao contrário, na comunidade como um todo. Assim, a orientação da Corte em relação às comunidades indígenas e os seus direitos comunais de propriedade decorrentes do artigo 21 da Convenção também deve ser aplicada aos membros da comunidade tribal Moiwana: sua ocupação tradicional da aldeia Moiwana e terras vizinhas (...) deve ser suficiente para obter do Estado o reconhecimento da sua propriedade”*

Ao julgar, em 28 de setembro de 2007, o *Caso do Povo Saramaka v. Suriname*, que também dizia respeito aos direitos de comunidade negra formada por descendentes de escravos, a Corte Interamericana de Direitos Humanos reiterou a mesma orientação:

*“92. Em essência, conforme o artigo 21 da Convenção, os Estados devem respeitar a especial relação que os membros de povos indígenas e tribais têm com seu território de modo a garantir a sua sobrevivência social, cultural e econômica. Esta proteção da propriedade, nos termos do art. 21 da Convenção,*





17

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**  
**FACULDADE DE DIREITO**

1158

*lido em conjunto com os artigos 1.1 e 2 do referido instrumento, impõe aos Estados a obrigação positiva de adotar medidas especiais para garantir aos integrantes dos povos indígenas e tribais o exercício pleno e igualitário do direito aos territórios que usaram e ocuparam tradicionalmente”*

À luz de uma interpretação evolutiva e dinâmica, a Corte tem reconhecido aos povos indígenas e às comunidades integradas por descendentes de escravos negros (em tudo similares aos remanescentes de quilombo brasileiros) o direito à propriedade coletiva da terra, como uma tradição comunitária e como um direito fundamental à sua cultura, à sua vida espiritual, à sua integridade e à sua sobrevivência econômica. Tem ainda realçado que para estes povos a relação com a terra não é somente uma questão de posse e produção, mas um elemento material e espiritual de que devem gozar plenamente, inclusive para preservar seu legado cultural e transmiti-lo às gerações futuras.

Portanto, pode-se concluir que o art. 21 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos garante o direito ao reconhecimento da propriedade tradicionalmente ocupada por remanescentes de quilombos. Assim, o Pacto de San José da Costa Rica pode ser concebido como fundamento de validade para a edição do Decreto nº 4.887/03.



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
FACULDADE DE DIREITO



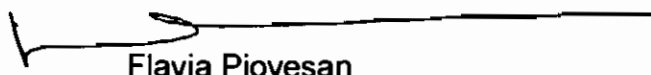
**Resposta aos Quesitos:**

(a) Sim. O Decreto nº 4.887/03 pode ser considerado como regulamentação da Convenção nº 169 da OIT, pois disciplina e viabiliza a aplicação de normas daquela Convenção sobre as comunidades de remanescentes de quilombos. Não é relevante, no ponto, o fato do referido instrumento ter sido promulgado posteriormente à edição do Decreto nº 4.887/03, como explicitado acima.

(b) Sim. O Decreto nº 4.887/03 também tem fundamento de validade da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, tendo em vista que esta protege no seu art. 21 o direito ao reconhecimento da propriedade coletiva de grupos étnicos tradicionais, como os remanescentes de quilombo, na esteira da sólida e reiterada jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

É o parecer.

São Paulo, 23 de março de 2009.

  
Flavia Piovesan