

A GARANTIA DO DIREITO À POSSE DOS REMANESCENTES DE QUILOMBOS ANTES DA DESAPROPRIAÇÃO

1. Introdução: O Problema

A Constituição de 88 acaba de completar 18 anos de idade. No entanto, apesar de todo o tempo transcorrido, ainda existe grande incerteza jurídica em relação à correta interpretação de um dos novos institutos que ela introduziu: o direito à terra das comunidades de remanescentes de quilombos, previsto no art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que dispõe:

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

Diante do laconismo do texto constitucional, surgiram inúmeras dúvidas a propósito da exegese deste dispositivo. Uma delas diz respeito ao instrumento apropriado para a viabilização do comando normativo em questão.

Com efeito, alguns sustentaram que o próprio constituinte já teria operado a transferência da propriedade aos quilombolas, afigurando-se, portanto, desnecessária a desapropriação das terras particulares a serem tituladas em nome dos remanescentes de quilombos, e indevido o pagamento de qualquer indenização aos antigos proprietários privados. Outros, por sua vez, defenderam a necessidade da prévia desapropriação para a transferência regular da propriedade às comunidades quilombolas^[1].

Inicialmente, o Governo Federal inclinou-se no sentido do descabimento da desapropriação, como se infere da leitura do Parecer SAJ nº 1.490/01, da Casa Civil da Presidência da República, e do Decreto nº 3.912, de 10 de setembro de 2001. Porém, diante de pressões legítimas advindas do próprio movimento quilombola, o Governo Federal, já na gestão do Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, alterou aquele entendimento, editando o Decreto nº 4.887, de 20 de novembro de 2003, que estabeleceu em seu art. 13:

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

adoção dos atos necessários à sua desapropriação, quando couber.”

No presente parecer, não será objeto de discussão a correção desta orientação. Trabalhar-se-á a partir da premissa normativa definida no Decreto nº 4.887/2003, de que a fórmula jurídica para a transferência aos quilombolas da propriedade das terras titularizadas por particulares é a desapropriação.

Não há dúvidas de que esta posição quanto à desapropriação encerra vantagens práticas importantes, seja por proporcionar maior segurança jurídica em relação à validade dos títulos emitidos para as comunidades quilombolas, seja por permitir a atenuação dos conflitos possessórios existentes, através do pagamento de indenização aos proprietários privados. Ocorre que ela gera, por outro lado, um sério problema para os remanescentes de quilombos e para a efetivação do art. 68 do ADCT.

É que na desapropriação, como se sabe, o proprietário privado só perde a titularidade do bem **após o pagamento da indenização**^[2] (CF, art. 5º, inciso XXIV, art.182, § 3º, e art.184, *caput*), podendo, até lá, valer-se dos instrumentos processuais reivindicatórios ou possessórios, conforme o caso, visando à proteção do seu direito à posse do imóvel de sua propriedade.

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

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

Infelizmente, os números, neste particular, são mais que eloqüentes: embora a Fundação Cultural Palmares estime serem mais de 1.000 as comunidades de remanescentes de quilombos existentes no Brasil[3], sendo grande parte delas localizada, no todo ou em parte, em propriedades particulares, contam-se nos dedos as desapropriações já promovidas visando à futura titulação de territórios quilombolas.

Neste contexto, evidencia-se a precariedade da situação dos quilombolas, pois até a desapropriação ou a imissão provisória do Estado na posse da área a que fazem jus, a sua permanência nos respectivos territórios étnicos permanece exposta ao risco grave e constante de investidas dos respectivos proprietários e de terceiros. E este risco é ainda maior, tendo em vista o fato de que grande parte das comunidades quilombolas está situada em áreas caracterizadas por intenso conflito fundiário.

No presente parecer buscar-se-á apontar e fundamentar uma solução para esta problemática.

De modo muito resumido, pode-se adiantar que a solução preconizada consiste no reconhecimento de que o próprio texto constitucional operou a **afetação das terras ocupadas pelos quilombolas** a uma finalidade pública de máxima relevância, eis que relacionada a direitos fundamentais de uma minoria étnica vulnerável: **o seu uso, pelas próprias comunidades, de acordo com os seus costumes e tradições**, de forma a garantir a reprodução física, social, econômica e cultural dos grupos em questão.

Assim, diante desta afetação constitucional, os proprietários particulares não podem reivindicar a posse da terra, ou buscar a sua proteção possessória contra os quilombolas antes da desapropriação ou da imissão provisória na posse pelo Poder Público. Diante da privação da posse da terra, gerada pela sua ocupação pela comunidade quilombola, o máximo que estes proprietários podem fazer é postular o recebimento de indenização do Poder Público, tal como ocorre na desapropriação indireta. Já os remanescentes de quilombos, ao inverso, podem se valer de todos os instrumentos processuais adequados à efetivação e à proteção do seu direito à posse do território étnico, mesmo antes da desapropriação, e até independentemente dela, contra o proprietário ou contra terceiros.

Esta, em suma, é a tese. A seguir, ela será explicitada e fundamentada em maior detalhe.

2. O Direito dos Quilombolas aos seus Territórios Étnicos como Direito Fundamental

O art. 68 do ADCT encerra um verdadeiro direito fundamental^[4] 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^[5].

Ora, o vínculo entre a dignidade da pessoa humana dos quilombolas e a garantia do art. 68 do ADCT é inequívoca.

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

Mas não é só. Para comunidades tradicionais, a terra possui um significado completamente diferente da que ele apresenta para a cultura ocidental hegemônica^[6]. 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[7].

Privado da terra, o grupo tende a se dispersar e a desaparecer, tragado 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 está cometendo um verdadeiro etnocídio.

Por isso, o direito à terra dos remanescentes de quilombo pode ser identificado como um direito fundamental cultural (art. 215, CF), que se liga à própria identidade de cada membro da comunidade.

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[8]. E nos grupos tradicionais, caracterizados por uma maior homogeneidade cultural e por uma ligação mais orgânica entre os seus membros, estes aspectos comunitários da identidade pessoal tendem a assumir uma importância ainda maior[9].

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. *Mutatis mutandis*, romper os laços de um índio ou de um quilombola com o seu grupo étnico é muito mais do que impor o exílio do seu país para um típico ocidental.

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 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. No próximo item, examinar-se-ão as conseqüências relevantíssimas desta conclusão no que tange à interpretação do referido preceito constitucional, e da legislação que se volta à sua concretização.

3- Direitos Fundamentais, Máxima Efetividade, Eficácia Irradiante e Vinculação dos Particulares

Os direitos fundamentais sujeitam-se a um regime diferenciado em relação às demais normas da Constituição, que visa a reforçar a sua força normativa e ampliar o seu potencial transformador[10]. Este reforço resulta do reconhecimento da importância central dos direitos fundamentais no sistema constitucional[11], e da constatação dos riscos a que eles se sujeitam, sobretudo no contexto de sociedades desiguais e opressivas como a brasileira.

Um dos traços característicos deste regime reforçado é a preocupação com a eficácia social dos direitos fundamentais[12]. É verdade que há uma saudável tendência à busca da efetividade de todas as normas constitucionais[13]. Contudo, em matéria de direitos fundamentais, esta tendência deve ser ainda mais pronunciada, e ela encontra respaldo em um princípio enunciado no próprio

texto constitucional, no seu art. 5º, § 1º, que dispõe:

“§ 1º. As normas definidoras dos direitos e garantias individuais têm aplicabilidade imediata.”

Este princípio significa, em primeiro lugar, que os direitos fundamentais não dependem de concretização legislativa para surtirem os seus efeitos. Portanto, o próprio texto constitucional pode ser invocado diretamente como fundamento para a proteção de direitos subjetivos pelos indivíduos ou coletividades que os titularizem.

Por outro lado, ele envolve também o dever do intérprete de buscar a máxima efetivação dos direitos fundamentais, de modo a retirá-los do campo das promessas constitucionais para torná-los reais na vida de pessoas de carne e osso. Nesta linha, entre várias exegeses e construções possíveis de um determinado instituto, o intérprete deve sempre buscar aquela que confira maior força normativa aos direitos fundamentais.

No caso em questão, negar aos quilombolas o direito à posse das terras que ocupam até a consumação da ação expropriatória, ou a imissão do Poder Público na posse do imóvel desapropriado, significa exatamente negar este princípio. Isto porque, esta tese condiciona a fruição de direitos auto-aplicáveis a iniciativas dos governantes de plantão, sobre as quais as comunidades de remanescentes de quilombo não exercem nenhum controle, e que, em geral, quando são adotadas, vêm com grande atraso.

Portanto, não assegurar aos remanescentes de quilombos, até o implemento da desapropriação, o direito à posse das terras que ocupam, é negar o próprio objetivo 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.

Mas não é só. Outro traço característico do regime jurídico dos direitos fundamentais é o reconhecimento da sua dimensão objetiva^[14]. A dimensão objetiva representa uma “mais valia” para os direitos fundamentais^[15]. Ela significa que, além de direitos subjetivos, os direitos fundamentais encarnam também os valores básicos de uma sociedade democrática^[16], que devem

penetrar por toda a ordem jurídica.

Um dos aspectos centrais da dimensão objetiva dos direitos fundamentais é a atribuição de uma eficácia irradiante a estes direitos[17]. A eficácia irradiante importa na ampliação da influência dos direitos fundamentais sobre a legislação infraconstitucional, ao obrigar o operador do direito a interpretar e aplicar as normas ordinárias da forma que mais potencialize tais direitos.

Em outras palavras, trata-se de possibilitar a maior penetração possível dos direitos fundamentais em todos os setores do ordenamento, que deve ser filtrado e relido à sua luz. Com isso, os direitos fundamentais se irradiam por todo o Direito, imprimindo feições mais humanas e emancipatórias aos institutos e conceitos tradicionais da ordem jurídica.

E isso vale inclusive em relação ao Direito Administrativo. De fato, em um contexto de constitucionalização do Direito, não pode o intérprete, em nenhuma área, quedar-se refém dos conceitos e categorias tradicionais, ignorando a penetração dos valores constitucionais no tecido normativo, especialmente os relacionados aos direitos fundamentais. Por isso, também no Direito Administrativo, consoante as palavras de Gustavo Binbenbom, *‘toda a atividade interpretativo-aplicativa (do legislador, do administrador e do juiz) deve ser realizada em conformidade e com vistas a maior realização possível dos direitos fundamentais’*[18].

Estas idéias reforçam a tese defendida neste estudo, de que o instituto do Direito Administrativo da afetação, que é utilizado para impedir a retomada por particulares de áreas que tenham sido empregadas pelo Estado em finalidades públicas, pode ser aplicado para proteger a posse dos quilombolas antes do advento da desapropriação, uma vez que não há finalidade mais importante, sob a perspectiva constitucional, do que a garantia de direitos fundamentais e da dignidade humana de um grupo vulnerável como os remanescentes de quilombos.

Finalmente, há uma outra característica dos direitos fundamentais que também tem importância na questão ora examinada. Trata-se da sua eficácia horizontal, que significa a vinculação dos particulares a estes direitos[19].

A concepção tradicional dos direitos fundamentais era a de que eles só obrigavam ao

Estado. Contudo, com o passar do tempo, foi se tornando evidente que, diante da ubiquidade da opressão e da injustiça, os direitos fundamentais não poderiam se limitar ao campo das relações entre cidadãos e Estado, sob pena de não desempenharem a contento o seu papel de proteção da dignidade humana. Assim, passou-se a reconhecer que os direitos fundamentais se projetam nas relações privadas – ainda que com certas nuances e especificidades -, criando deveres também para particulares.

No Brasil, a jurisprudência, inclusive do STF, tem reconhecido que os direitos fundamentais também vinculam os particulares e entidades privadas^[20], em perfeita consonância, neste particular, com a filosofia que transparece na Carta, que não se ilude com a miragem liberal-burguesa de que só o Estado representa ameaça aos direitos humanos.

Assentada esta premissa, fica fácil sustentar que é perfeitamente compatível com a Constituição restringir, em nome da tutela dos direitos fundamentais dos quilombolas, certas faculdades inerentes ao direito de propriedade dos particulares, retirando-lhes a possibilidade do uso de instrumentos possessórios e petitórios contra remanescentes de quilombos, mesmo antes da desapropriação das terras destinadas a estes pelo constituinte.

É certo que tampouco seria constitucionalmente correto ignorar na solução do problema estes direitos de propriedade – que também receberam proteção constitucional. Porém, o que se propõe no caso é solução bem diversa, que visa a conciliar, numa ponderação de interesses constitucionalmente adequada, tanto os direitos dos proprietários privados, como os direitos dos quilombolas, assegurando aos primeiros a faculdade de postularem uma indenização por perdas e danos contra o Estado, mas também protegendo a posse dos remanescentes de quilombos. Este tema será explorado mais detidamente no próximo item deste estudo.

4. Propriedade Privada v. Direito à Terra dos Quilombolas: Colisão de Direitos, Função Social da Propriedade e Princípio da Proporcionalidade

É corrente a afirmação de que os direitos fundamentais não são absolutos, já que

concorrem freqüentemente com outros direitos fundamentais, ou bens jurídicos também revestidos de estatura constitucional[21].

Nestes casos de colisão, os critérios tradicionais para resolução de antinomias – cronológico, hierárquico e de especialidade – são, no mais das vezes, de pouca valia. Por isso, a jurisprudência e a doutrina vêm reconhecendo a necessidade de recorrer, nestas hipóteses, a ponderações de interesses[22], que visem a preservar ao máximo possível os bens jurídicos envolvidos nos conflitos normativos.

Esta situação se manifesta no caso em questão, em que se tem, de um lado, o direito de propriedade dos particulares cujos imóveis são ocupados por quilombolas, e, do outro, o direito à terra das comunidades de remanescentes de quilombos. Não seria legítimo, diante deste conflito, ignorar qualquer dos termos da equação. Pelo contrário, exige-se a busca de solução proporcional, que imponha restrições recíprocas aos bens jurídicos em litígio, atenta à importância relativa que eles possuem no sistema de valores sobre o qual se assenta a ordem constitucional.

Assim, cabe, inicialmente, valorar os interesses constitucionais em jogo.

De um lado, tem-se o direito das comunidades quilombolas às terras que ocupam. No item 2 deste parecer, já se demonstrou que este não é um simples direito patrimonial, pois a sua garantia é condição necessária para a existência da comunidade étnica. Por isso, tal direito encontra-se associado diretamente à própria identidade e dignidade humana de cada membro do grupo, ligando-se também, por outro lado, ao direito de todos os brasileiros à preservação do patrimônio histórico-cultural do país.

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 neste novo contexto, alguns autores chegaram até a afirmar que a propriedade que não cumpre a sua função social deixa de ser tutelada pela ordem jurídica[23].

Neste quadro, pode-se avaliar o peso do direito à propriedade privada na nossa ponderação. Trata-se, no caso, não de uma propriedade qualquer, mas de uma propriedade cuja função social já foi pré-definida pela Constituição no art. 68 ADCT: a de servir para ocupação das comunidades de remanescentes de quilombos, possibilitando a existência de um grupo étnico e a reprodução da sua cultura..

Portanto, qualquer outra finalidade que o proprietário privado queira dar à terra - ainda que relacionada a atividades economicamente produtivas – não significa atendimento à função social da propriedade, mas sim numa necessária violação a ela.

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 privada dos particulares em cujos nomes as áreas estejam registradas. Contudo, isto não significa, como se adiantou antes, que se possa simplesmente ignorar este último direito na resolução da questão. Pelo contrário, no equacionamento da colisão, é necessário preservá-lo em alguma medida, de forma compatível com o princípio da proporcionalidade.

Este princípio, cuja vigência no ordenamento brasileiro é hoje reconhecida em uníssono pela doutrina e jurisprudência, consiste no principal instrumento para aferição da validade das medidas restritivas de direitos fundamentais. De acordo com a posição majoritária, cujas origens remontam à dogmática constitucional germânica, tal princípio 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.”[\[24\]](#)

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

Em relação ao subprincípio da adequação, trata-se de saber se a restrição à faculdade do proprietário de valer-se dos instrumentos possessórios e petitórios contra as comunidades de remanescentes de quilombos antes da desapropriação 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 a posse do território étnico para os quilombolas mesmo antes da desapropriação configura medida adequada visando lhes assegurar o gozo do seu direito à terra e à preservação da sua identidade coletiva, bem como o interesse social na tutela do patrimônio histórico-cultural.

Já o teste da necessidade ou exigibilidade envolve o exame da eventual existência de medida mais branda que pudesse atingir os mesmos objetivos. Neste caso, não se vislumbra qualquer medida mais suave, uma vez que a tutela do direito à posse dos quilombolas antes da desapropriação afigura-se realmente indispensável para o atingimento daqueles objetivos. Sem a garantia efetiva desta posse, 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 da posse do bem antes da perda definitiva da propriedade. Apenas não se condiciona a tutela da posse do quilombola ao prévio pagamento da referida indenização, uma vez

que esta outra alternativa, embora mais branda, seria francamente insatisfatória, já que importaria 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 m 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 da posse 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 no ajuizamento da competente ação expropriatória. É 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.

Em seguida, o ônus. Há uma restrição às faculdades do proprietário relacionadas à possibilidade de exclusão dos quilombolas do uso e gozo dos territórios étnicos. Note-se, porém, que esta restrição atua a 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, e não a realização de quaisquer outros objetivos visados pelo proprietário particular. Ademais, trata-se de restrição mitigada pelo reconhecimento do direito subjetivo do proprietário ao recebimento de uma indenização, a ser paga pelo Poder Público, tal como ocorre na desapropriação indireta.

Neste quadro, não há como negar que a medida se justifica plenamente, uma vez que os benefícios constitucionais obtidos sobrepujam visivelmente os ônus impostos.

Portanto, trata-se de solução equilibrada, que prestigia, na medida do possível, os interesses constitucionais em conflito, numa ponderação pautada pelo princípio da proporcionalidade.

Vejam, a seguir, como a solução sugerida está em perfeita consonância com a dogmática do Direito Administrativo. No próximo item, será demonstrado como as mesmas razões que justificam a inadmissibilidade da proteção à posse do particular no caso da desapropriação indireta estão presentes – e em intensidade muito maior – nas questões envolvendo o direito à terra dos remanescentes de quilombos.

5 – Afetação, Desapropriação Indireta e o Direito à Terra das Comunidades Quilombolas

A doutrina e a jurisprudência são pacíficas no sentido de que o proprietário particular não pode reivindicar ou reintegrar-se na posse de terras em seu nome que já tenham sido afetadas pelo Estado a alguma função de interesse público.

Nestas hipóteses, entende-se que a não-propositura pelo Estado da competente ação expropriatória não é suficiente para conferir ao proprietário o poder de vindicar o próprio bem. Cabe-lhe, tão-somente, o direito de postular o recebimento de uma reparação pecuniária do Poder Público, pela desapropriação indireta da sua propriedade. Confira-se, no particular, o magistério de Celso Antônio Bandeira de Mello:

“Desapropriação indireta é a designação dada ao abusivo e irregular apossamento do imóvel particular pelo Poder Público, com a sua conseqüente integração no patrimônio público, sem obediência às formalidades e cautelas do procedimento expropriatório. Ocorrida esta, cabe ao lesado recurso às vias judiciais para ser plenamente indenizado, do mesmo modo que o seria caso o Estado houvesse procedido regularmente.” [\[25\]](#)

Esta é também a orientação jurisprudencial incontroversa, inclusive do STF e do STJ:

“Recurso Extraordinário. Desapropriação Indireta. Prescrição. Enquanto o expropriado não perde o direito de propriedade por efeito do usucapião do expropriante, vale o princípio constitucional sobre o direito de propriedade e o direito a indenização, cabendo a ação de desapropriação indireta. O prazo, para esta ação, é o da reivindicatória. Confere-se a ação de desapropriação indireta o

caráter de ação reivindicatória, que se resolve em perdas e danos, diante da impossibilidade de o imóvel voltar a posse do autor, em face do caráter irreversível da afetação pública que lhe deu a Administração Públicas. Subsistindo o título de propriedade do autor, daí resulta sua pretensão a indenização, pela ocupação indevida do imóvel, por parte do Poder Público, com vistas à realização de obra pública.” (STF, Rec. Ext. 109853/SP, Rel. Min. Néri da Silveira, julgado em 19.12.1991)

“Processual. Reclamação. Processo de Desapropriação. Imissão Provisória. Insuficiência do Depósito. Afetação do bem ao serviço público. Reintegração do expropriado. Impossibilidade. Imitido, sem depósito de valor suficiente, o expropriante na posse do imóvel e afetado o bem ao serviço público, a reintegração do expropriado torna-se impossível. Opera-se anomalia, através do qual, o processo transforma-se em desapropriação indireta, em que a execução de sentença haverá de observar o art. 730 do CPC.” (STJ, Embargos de Declaração na Reclamação nº 471, 1ª Seção, Rel. Min. Humberto Gomes de Barro, julgado em 16.12.1997)

Cumprе observar que dita construção resultou de criação pretoriana^[26], que buscou conciliar o interesse público com o direito de propriedade do particular.

Ora, no caso presente, a mesma constelação de interesses se apresenta, e de forma ainda mais desfavorável à tutela específica do direito à posse do proprietário.

Com efeito, se, na desapropriação indireta, a afetação do imóvel a uma determinada finalidade pública resulta de uma mera escolha do administrador, realizada, ainda por cima, sem observância das formalidades legais pertinentes, no caso das terras quilombolas a situação é bem diferente.

Nesta outra hipótese, a afetação do bem foi promovida pelo próprio poder constituinte originário, no art. 68 do ADCT, pois foi ele quem destinou aos quilombolas as terras por eles ocupadas.

Ademais, nesta situação, a ocupação não constitui ato ilícito, sendo antes protegida pela Constituição. Ilícita é apenas a demora do Estado na propositura da ação de desapropriação, que não pode ser imputada direta ou indiretamente às comunidades de remanescentes de quilombos.

E o interesse público presente no caso é de elevadíssima importância: trata-se da tutela da dignidade humana de um grupo étnico vulnerável, associada à proteção do patrimônio histórico-cultural do país. Avaliado sob a perspectiva constitucional, o interesse público aqui presente é muito mais valioso do que, por exemplo, aquele que subjaz à construção de uma obra pública qualquer.

Ademais, do ponto de vista lógico, seria um enorme contra-senso permitir a retirada de remanescentes de quilombos dos seus territórios étnicos – pondo em risco a sobrevivência do grupo - para, em seguida à desapropriação, restituir a eles as mesmas terras. Mais que isso, seria um atentado indesculpável aos direitos fundamentais destas populações, com a completa frustração dos objetivos subjacentes ao referido art. 68 do ADCT.

Portanto, se é verdade, como sustentado ao longo deste parecer, que os institutos do Direito Administrativo devem ser interpretados ao lume da Constituição, visando a maximizar a eficácia dos direitos fundamentais, então parece inequívoco que a não-propositura pelo Estado da ação de desapropriação não pode despojar os quilombolas do direito de permanecerem nas terras que lhes devem pertencer, por vontade do próprio constituinte.

Neste quadro, pode-se concluir que a solução para a questão passa pelo mesmo caminho que levou a jurisprudência a reconhecer o instituto da administração indireta. Deve-se, por um lado, rechaçar a possibilidade de os proprietários vindicarem as terras ocupadas por remanescentes de quilombos, reconhecendo-se, contudo, o seu direito ao recebimento de indenização do Estado pela privação do uso destas terras.

E, por outro lado, deve-se reconhecer, a partir de uma interpretação teleológica do art. 68 do ADCT, o direito dos remanescentes de quilombo de ocuparem o seu território étnico mesmo antes da desapropriação, valendo-se de todos os meios processuais pertinentes para a defesa deste direito, em face de terceiros ou do próprio proprietário.

O mesmo raciocínio do parágrafo anterior vale para hipóteses em que os títulos em nome de particulares sejam inválidos. Também neste caso, o direito à posse das comunidades quilombolas deve ser protegido antes, e independentemente, do ajuizamento das eventuais ações desconstitutivas dos títulos registrados, ressalvando-se apenas que nesta situação não haverá que se falar em indenização por desapropriação indireta[27].

Finalmente, cumpre ressaltar que o INCRA, em algumas localidades, já vem expedindo Termo de Reconhecimento de Posse em favor das comunidades quilombolas situadas em áreas tituladas em nome de particulares, independentemente da propositura de ação expropriatória. Neste sentido, a orientação defendida no presente parecer apenas forneceria fundamentação constitucional à referida prática administrativa.

6. Sugestão de Encaminhamento

A tese acima sustentada pode ser inferida diretamente da própria Constituição, que deve ser aplicada às relações sociais independentemente da mediação de qualquer ato normativo. Portanto, não é necessária, a rigor, a edição de qualquer ato para viabilizar a sua invocação em sede jurisdicional ou administrativa.

Sem embargo, seria altamente positivo o reconhecimento da validade da tese pela Administração Pública, em especial pelos órgãos que lidam diuturnamente com a questão quilombola – como INCRA, Advocacia-Geral da União, Fundação Cultural Palmares, SEPPIR e Defensoria-Geral da União.

Isto porque, trata-se de uma orientação concernente à interpretação de normas constitucionais, num tema controvertido e revestido de uma certa complexidade teórica, com o qual a grande maioria dos juristas não está familiarizada. Neste quadro, a sedimentação normativa desta orientação, bem com a sua divulgação interna e externa, fortaleceriam a defesa dos direitos dos remanescentes de quilombos, municiando os órgão e entidades que atuam na questão quilombola com argumentos constitucionais importantes para que desempenhem de forma mais eficiente o seu

mister.

Ora, a Lei Complementar nº 73, no seu art. 4º, § 3º, inciso X, estabelece a competência do Advogado-Geral da União para “*fixar a interpretação da Constituição e das leis, dos tratados e demais atos normativos, a ser uniformemente seguida pelos órgãos e entidades da Administração Federal*”. E o art. 40, § 1º, da mesma lei, por sua vez, prevê a vinculação da Administração Federal aos pareceres do Advogado-Geral da União que sejam aprovados pelo Presidente da República e devidamente publicados.

Assim, sugere-se que a tese em questão seja encaminhada ao Exmo Sr. Advogado-Geral da União, com a sugestão de que S. Exa. elabore e submeta ao Presidente da República parecer no sentido de que, por força da interpretação do art. 68 do ADCT, é protegida a posse das áreas destinadas às comunidades de remanescentes de quilombos, independentemente da propositura de ação de desapropriação, restando aos proprietários privados, que tenham títulos válidos sobre a área, a possibilidade de ajuizamento de ações de reparação de danos contra o INCRA, à semelhança do que ocorre na desapropriação indireta.

Ademais, sugere-se, ainda, seja dada divulgação dos termos do presente estudo, pelo próprio Ministério Público Federal, às entidades da sociedade civil e aos órgãos estatais que atuam em defesa das comunidades de remanescentes de quilombos, em todas as esferas da federação.

É o parecer.

Rio de Janeiro, 09 de outubro de 2006.

Daniel Sarmento

Procurador Regional da República

[1] Veja-se, neste sentido, o parecer da Sociedade Brasileira de Direito Público, elaborado por equipe coordenada por Carlos Ari Sundfeld, e publicado sob o título *Comunidades Quilombolas: Direito à Terra*. Brasília: Fundação Cultural Palmares, 2001; bem como Aurélio Virgílio Rios. “Quilombos e Igualdade Étnico-Racial”. In: Flávia Piovesan e Douglas Martins de Souza (Orgs.). *Ordem Jurídica e Igualdade Étnico-Racial*. Brasília: SEPPIR, 2006, p. 187-216.

[2] Cf. Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de Direito Administrativo*. 19ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005, p. 822.;

[3] Informação oficial constante no sítio da Fundação Cultural Palmares, www.palmares.gov.br, acessado em 03 de outubro de 2006. E este número é ainda modesto, quando comparado com outros fornecidos pelo movimento negro.

[4] 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.

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

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

[7] 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”.

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

[9] 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.

[10] Cf. José Joaquim Gomes Canotilho. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Almedina, 2003, p.

[11] Cf. Gregório Peces-Barba Martínez. *Curso de Derechos Fundamentales: Teoría General*. Madrid: Universidad Carlos III, 1999, p. 577.

[12] A obra clássica sobre o tema no Direito brasileiro é de Ingo Wolfgang Sarlet. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 1997.

[13] Veja-se, a propósito, Luis Roberto Barroso. *O Direito Constitucional e a Efetividade das suas Normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

[14] Cf. Daniel Sarmento. “A Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais: Fragmentos de uma Teoria”. In: José Adércio Leite Sampaio (Coord.). *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 251-314; e Ingo Wolfgang Sarlet. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. *Op. cit.*, p. 139-149.

[15] A expressão é de José Carlos Vieira de Andrade, em *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 165.

[16]. Cf. Konrad Hesse. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 239, e Gilmar Ferreira Mendes. .

[17] Cf. Robert Alexy. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 507-510..

[18] Gustavo Binbenbib. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 76.

[19] Veja-se, a propósito, Daniel Sarmento. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006; Wilson Steinmetz. *A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004; e Ingo Wolfgang Sarlet (Org.) *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

[20] Veja-se, em especial, Recurso Extraordinário nº. 158.215-4/RS, 2ª Turma, Rel. Ministro Marco Aurélio, sobre a aplicação do princípio do devido processo legal no âmbito de cooperativas; Recurso Extraordinário nº 161.243-6/DF, 2ª Turma, Rel. Ministro Carlos Velloso, sobre a aplicação do princípio da igualdade em relações de emprego no âmbito de empresa aérea estrangeira; e Recurso Extraordinário nº 201.819/RJ, Rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes, sobre a incidência dos princípios da ampla defesa e contraditório em sociedade civil.

[21] Cf. Norberto Bobbio. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ed. Campus, p. 42.

[22] Cf. Robert Alexy. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. *Op. cit.*, p.81-172; Gilmar Ferreira Mendes. “Os Direitos Individuais e suas Limitações: Breves Reflexões”. In: Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 223-280; e Daniel Sarmento. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

[23] Veja-se, neste sentido, Gustavo Tepedino. “Contornos Constitucionais da Propriedade Privada”. In: *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 267-292; e Pietro Perlingeri. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil-Constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 220-232.

[24] 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.

[25] Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de Direito Administrativo*. *Op. cit.*, p. 823.

[26] Cf. José Carlos de Moraes Salles. *A Desapropriação à Luz da Doutrina e da Jurisprudência*. 3^a ed. São Paulo: RT, 1995, p. 744.

[27] Todavia, nesta hipótese pode caber a indenização por benfeitorias.