



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA
6ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO - POPULAÇÕES INDÍGENAS E COMUNIDADES TRADICIONAIS

NOTA TÉCNICA nº 06/2018-6CCR

Referência: Constitucionalidade do Decreto nº 6.040/2007

1. Introdução

Por meio do Ofício nº 239/2018-CNA, dirigido à Presidência da República, o Presidente da Confederação Nacional da Agricultura e Pecuária do Brasil – CNA, João Martins da Silva Júnior, e a presidente da Frente Parlamentar da Agropecuária – FPA, a Deputada Federal Tereza Cristina (DEM-MS), solicitam a revogação do Decreto nº 6.040/2007, que institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais, à alegação de que referido instrumento normativo “contém vícios de inconstitucionalidade formal, que comprometem sua validade e desautorizam sua permanência no ordenamento jurídico brasileiro.”

Para a CNA e a FPA, o decreto deixa “margem a várias interpretações que estimulam e culminam em atos que afrontam a ordem e a segurança, além de violarem a garantia constitucional de proteção à propriedade privada e à dignidade humana, imputando aos proprietários rurais a perda de suas terras, de suas produções e de seu sustento familiar.”

Além da revogação do Decreto nº 6.040/2007, solicitam a suspensão de processos demarcatórios, e citam, como exemplo, os processos de demarcação de terras pela Secretaria de Patrimônio da União (SPU) nas margens do rio São Francisco, em Minas Gerais. Seguem trechos do Ofício nº 239/2018-CNA:

Em 2007, o então Presidente Luiz Inácio Lula da Silva editou o Decreto nº 6.040, o qual "institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais". Todavia, embora a pretensão fosse instituir uma política nacional para os povos tradicionais, o referido Decreto usurpou a competência do legislativo e interpretou equivocadamente o conceito de povos tradicionais e territórios tradicionais, visto que: (I) acolhe o critério da autoatribuição, sem, contudo, estabelecer um parâmetro objetivo para a conceituação; e (ii) define territórios tradicionais como "espaços necessários a reprodução cultural, social e econômica dos povos e comunidades tradicionais, sejam eles utilizados de forma permanente ou temporária, observado, no que diz respeito aos povos indígenas e quilombolas, res-

pectivamente, o que dispõem os arts. 231 da Constituição e 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e demais regulamentações", deixando margem à várias interpretações que estimulam e culminam em atos que afrontam a ordem e a segurança, além de violarem a garantia constitucional de proteção à propriedade privada e à dignidade humana, imputando aos proprietários rurais a perda de suas terras, de suas produções e de seu sustento familiar.

É o que vem ocorrendo, por exemplo, nas demarcações de terrenos às margens do rio São Francisco, em Minas Gerais, capitaneadas pela Secretaria de Patrimônio da União (SPU), vinculada ao Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão.

A teor de denúncias que temos reiteradamente recebido, as demarcações têm sido realizadas, inadvertidamente, ao livre arbítrio dos servidores da SPU, que recorrem à amplitude conceitual contida no bojo do Decreto nº 6.040/2007, ao alvedrio dos preceitos legais específicos que regulam a matéria (Decreto-lei nº 9.760/1946), procedimento esse que tem fomentado as invasões e os conflitos em diversas regiões do Brasil. Não bastasse isso, o Decreto nº 6.040/2007 contém vícios de inconstitucionalidade formal, que comprometem sua validade e desautorizam sua permanência no ordenamento jurídico brasileiro, conforme parecer anexo. Tais fatos e fundamentos corroboram a necessidade de imediata revogação do Decreto nº 6.040/2007, com a consequente determinação de suspensão dos processos demarcatórios embasados nesse normativo, como aqueles que vêm sendo deflagrados pela SPU às margens do rio São Francisco, em Minas Gerais.

A argumentação dos solicitantes, contudo, não merece prosperar, pelas razões que elencaremos a seguir.

2. Caracterização do Ato Normativo: O Decreto nº 6.040/2007

O Decreto nº 6.040, editado em 2007, institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais. O Decreto define, em seu art. 3º, povos e comunidades tradicionais como “grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição”.

Essas populações abrangem uma diversidade de grupos como quilombolas, povos e comunidades de terreiro/povos e comunidades de matriz africana, povos ciganos, pescadores artesanais, extrativistas, extrativistas costeiros e marinhos, caiçaras, faxinalenses, benzedeiros, ilhéus, raizeiros, geraizeiros, catingueiros, vazanteiros, veredeiros, apanhadores de flores sempre vivas, pantaneiros, morroquianos, povo pomerano, catadores de mangaba, quebradeiras de coco babaçu, retireiros do Araguaia, comunidades de fundos e fechos de pasto, ribeirinhos, cipozeiros, andirobeiros e caboclos, que, juntamente com os povos indígenas, encontram-se representados no Conselho Nacional de Povos e Comunidades Tradicionais – CNPCT –, instituído pelo Decreto

8750, de 09/05/2016.

O Anexo do Decreto nº 6040 define, em seu art. 1º, os princípios da Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais, que busca promover o desenvolvimento sustentável das comunidades tradicionais, acompanhando o tema nos diferentes órgãos do governo federal. De acordo com o art. 2º, a política tem como objetivo principal “promover o desenvolvimento sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais, com ênfase no reconhecimento, fortalecimento e garantia dos seus direitos territoriais, sociais, ambientais, econômicos e culturais, com respeito e valorização à sua identidade, suas formas de organização e suas instituições. Atua em quatro eixos principais: acesso aos territórios tradicionais e aos recursos naturais, infraestrutura, inclusão social e fomento à produção sustentável.

A execução da política é acompanhada pelo Conselho Nacional de Povos e Comunidades Tradicionais (CNPCT), cuja Secretaria-Executiva é ocupada pelo Departamento de Promoção da Igualdade Racial para Povos e Comunidades Tradicionais da Secretaria Nacional de Políticas de Promoção da Igualdade Racial (SEPPIR) do Ministério dos Direitos Humanos. Participam do Conselho representantes de comunidades quilombolas, indígenas, sertanejos, seringueiros, extrativistas, pescadores, indígenas, ciganos e pantaneiros, entre outros.

Ao contrário do que se afirma no Ofício nº 239/2018-CNA, o Decreto nº 6.040 é constitucional, por atender aos dispositivos da Constituição Federal de 1988 e ao direito internacional dos direitos humanos, como demonstraremos a seguir.

3. Da Constitucionalidade do Decreto nº 6.040/2007

3.1. O Caráter de Direito Fundamental

O Decreto tem por objetivo dar cumprimento ao disposto no art. 215 e 216 da Constituição Federal, que consagram diversos direitos fundamentais, como o direito à cultura. Esses artigos dirigem comandos expressos ao Estado visando à proteção dos grupos sociais que contribuíram para a formação da identidade étnica, cultural e histórica de nossa sociedade, ao dispor *verbis*:

Art. 215. **O Estado garantirá** a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

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

(...)

Art. 216. Constituem **patrimônio cultural brasileiro** os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à

identidade, à ação, à memória **dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira**, nos quais se incluem:

- I - as formas de expressão;
- II- os modos de criar, fazer e viver;
- (...) (grifos nossos).

O referido preceito constitucional atende, simultaneamente, a vários objetivos de máxima relevância. Por um lado, trata-se de norma que se liga à promoção de igualdade substantiva e da justiça social, na medida em que confere direitos a grupos socialmente desfavorecidos, que só muito recentemente passaram a contar com políticas públicas que visam à efetivação dos seus direitos.

O principal objetivo desses artigos é o de assegurar a possibilidade de sobrevivência e florescimento de grupos dotados de cultura e identidade étnica próprias, os quais, sem a necessária proteção, tenderiam a ser absorvidos pela sociedade envolvente, por meio da urbanização forçada, pela qual essa população é jogada e abandonada à margem da cidadania nas periferias das cidades, sujeitas a diferentes formas de marginalização.

Ora, o vínculo entre a dignidade da pessoa humana e a garantia conferida aos povos e comunidades tradicionais pelos arts. 215 e 216 da Constituição Federal é inequívoco, tendo em vista estarem ligados a valores essenciais para esses grupos, relacionados à sua própria existência física e cultural, resultante do elo que mantém a união do grupo, e que permite sua continuidade através das sucessivas gerações, possibilitando a preservação da cultura, dos valores e do modo peculiar de vida dessas comunidades associados às suas territorialidades.

Neste ponto, é preciso enfatizar que o ser humano não é um ente abstrato e desenraizado, mas uma pessoa concreta, cuja identidade é constituída pelo compartilhamento de uma visão de mundo associada aos vínculos culturais e históricos, às tradições e valores. E nos grupos tradicionais, caracterizados por uma maior especificidade cultural e por uma ligação mais orgânica entre os seus membros, os aspectos comunitários da identidade tendem a assumir uma importância ainda maior.

Por isso, a perda da identidade coletiva para os integrantes destes grupos representa a desestruturação social e econômica de populações inteiras, organizadas em torno de tradições ancestrais.

Não bastasse, não é apenas o direito dos membros de cada comunidade 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 compõe 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

1988 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 1988 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, no reconhecimento da importância para o país da cultura de cada um dos diversos grupos que compõem a nacionalidade brasileira e caracterizam a riqueza da cultura brasileira, reconhecida internacionalmente.

Portanto, pode-se afirmar que os arts. 215 e 216 da CF, além de proteger direitos fundamentais dos povos e comunidades tradicionais, visam também à salvaguarda de interesses transindividuais de toda a população brasileira.

Importante ainda considerar que o Decreto 6.040/2007 objetiva também dar concretude ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, conforme dispõe o art. 225 da CF-88.

De fato, a Constituição determina, para assegurar a efetividade desse direito, que incumbe ao poder público “preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas”. Assim, os povos e comunidades tradicionais são sujeitos essenciais para a proteção de diversos ecossistemas e da diversidade biológica de modo geral. Tanto assim que a Lei nº 9.985/2000 que regulamenta em parte o art. 225 da CF-88, estabelece como um dos objetivos do Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza – SNUC – “proteger os recursos naturais necessários à subsistência de populações tradicionais, **respeitando e valorizando seu conhecimento e sua cultura e promovendo-as social e economicamente**”.

O reconhecimento do relevante papel dos povos e comunidades tradicionais à proteção do meio ambiente é afirmado também na Convenção sobre Diversidade Biológica, promulgada pelo Decreto nº 2.519 de 16 de março de 1998, ao estabelecer como obrigação de cada Parte Contratante da referida convenção:

Em conformidade com sua legislação nacional, **respeitar, preservar e manter o conhecimento, inovações e práticas das comunidades locais e populações indígenas com estilo de vida tradicionais relevantes à conservação e à utilização sustentável da diversidade biológica e incentivar sua mais ampla aplicação com a aprovação e a participação dos detentores desse conhecimento, inovações e práticas;** e encorajar a repartição equitativa dos benefícios oriundos da utilização desse conhecimento, inovações e práticas;

Por essa razão, pode-se dizer que a proteção aos povos e comunidades tradicionais,

por meio dos artigos acima citados, encerra verdadeira norma asseguradora de direitos fundamentais, 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.

São, portanto, normas dotadas de eficácia plena e aplicabilidade imediata, porquanto contêm todos os elementos jurídicos necessários à sua incidência.

Para José Afonso da Silva, normas constitucionais de eficácia plena são aquelas que “criam situações subjetivas de vantagem ou de vínculo, desde logo exigíveis”, não reclamando ulterior providência legislativa para sua aplicação. Maria Helena Diniz, a seu turno, assinala a **concessão de direitos e prerrogativas, sem a indicação de órgãos ou processos especiais para a sua execução, como características identificadoras das normas constitucionais de eficácia plena.**

Também indicam a eficácia jurídica plena desses artigos o conteúdo da declaração normativa, qual seja, o reconhecimento de um direito e a atribuição de um dever específico de atuação do Poder Público, bem como a sua localização, no capítulo “Da Ordem Social”, seção “Da Cultura”.

A propósito, na já conhecida linha de pensamento de Gomes Canotilho, a respeito do princípio da máxima efetividade do texto constitucional, o intérprete, na sua atividade concretizadora, ao se deparar com mais de um sentido possível para uma norma, deve preferir a que confira maior eficácia aos direitos fundamentais, valendo-se, ainda, do denominado princípio do efeito integrador, para que, na busca de soluções para os problemas jurídico-constitucionais, possa dar primazia aos critérios ou pontos de vista que favoreçam a integração política e social.

Dessa forma, para bem avaliar o alcance do artigo constitucional, cumpre empregar a metodologia hermenêutica que lhe empreste a máxima efetividade, mormente por tratar-se de direito fundamental assegurado a uma minoria, diretamente ligada à preservação de sua identidade cultural.

Além disso, a preservação de sua identidade é um direito decorrente do que dispõe o art. art. 1º, 2, da Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (Convenção 169 da

OIT), que prevê a autoidentificação como um critério fundamental para a definição dos grupos aos quais se aplicam as disposições daquela Convenção.

Incide ao tema, complementarmente, o disposto no art. 5º, § 2º, que estabelece:

§ 2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, **ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.**
(destacamos)

Assim, tendo em vista a incorporação da Convenção 169 da OIT ao ordenamento jurídico brasileiro, nos termos do Decreto nº 5.051, de 19/04/2004, é preciso frisar que o Decreto nº 6040/2007 encontra-se em perfeita consonância com as disposições convencionais, que vem regulamentar.

É, portanto, vital que se dê instrumentos para a concretização dos direitos desses povos, permitindo, assim, que permaneçam íntegros, vivendo de acordo com os seus costumes e tradições.

A edição do Decreto 6.040/2007 nada mais é, portanto, do que um instrumento para a concretização desses direitos, dando eficácia aos comandos constitucionais e convencionais, garantindo, dessa forma, o alcance da finalidade da Constituição e da Convenção 169 da OIT.

3.2. Da possibilidade de regulamentação por meio de decreto

Não procede, também, a alegação, contida no Ofício nº 239/2018-CNA de que o Decreto 6.040 “usurpou a competência do legislativo”.

Ao instituir a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais), o Decreto 6040 coloca em movimento o comando constitucional impositivo de uma obrigação estatal (que não faz nenhuma referência à necessidade de lei em sentido formal para integrá-lo), cuja execução, não resta dúvida, compete ao Executivo, por intermédio de seus órgãos técnicos, inclusive dando cumprimento às obrigações internacionalmente pelo Estado brasileiro ao ratificar a Convenção nº 169 da OIT.

Dessa forma, o Decreto não incorreria em qualquer vício formal ao regulamentar diretamente, sem base em lei, o artigo constitucional. É que a moderna noção de legalidade

administrativa não mais se afeiçoa aos dogmas clássicos, que explicavam a atividade da Administração Pública como inexoravelmente dependente da lei formal. Tal compreensão teórica há de ser, agora, cientificamente abandonada haja vista a substituição da lei pela Constituição como cerne da vinculação administrativa à juridicidade.

Demais, vive-se hoje um novo paradigma no direito público brasileiro. No seio dessas mudanças está um fenômeno de inegável importância: o reconhecimento da força normativa da Constituição e de sua centralidade como núcleo axiológico conformador de toda a ordem jurídica.

Nesse quadro, a Constituição deixa de ser concebida como simples documento político, despido de autêntica força normativa, para consubstanciar o fundamento jurídico primeiro do agir administrativo. Tal como afirma Canotilho, “*a reserva vertical da lei foi substituída por uma reserva vertical da Constituição*” (CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 836).

No Brasil, esse fenômeno foi captado com precisão por Gustavo Binzenbojm, cujas lições merecem transcrição, *in verbis*:

Verifica-se, assim, o surgimento de uma verdadeira *Constituição administrativa*, que, por um processo de *autodeterminação constitucional*, se emancipou da lei na sua relação com a Administração Pública, passando a consagrar princípios e regras que, sem dependência da *interpositivo legislatoris*, vinculam direta e imediatamente as autoridades administrativas. A Constituição, assim, deixa de ser mero programa político genérico à espera de concretização pelo legislador e passa a ser vista como norma diretamente habilitadora da competência administrativa e como critério imediato de fundamentação e legitimação da decisão administrativa” (grifos no original). (BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Renovar: Rio de Janeiro, 2008, p. 37).

Diante desse marco teórico de *constitucionalização do direito administrativo*, a vinculação da Administração Pública ao direito não mais se circunscreve à lei formal. Dá-se, ao revés, em relação ao ordenamento jurídico como um todo, centralizado e unificado pela matriz constitucional. Alude-se aí ao que Adolf Merkl rotulou de *princípio da juridicidade administrativa*. Em termos práticos, isso significa que a atividade administrativa, embora continue a realizar-se, via de regra, *secundum legem*, possa, em certas circunstâncias, também operar *praeter legem*, *i.e.*, independentemente da existência de lei formal, encontrando fundamento direto na Constituição.

Em qualquer hipótese, é obrigação do Estado agir positivamente para alcançar o resultado pretendido pela Constituição, ora por medidas legislativas, ora por políticas e programas implementados pelo Executivo, desde que apropriados e bem direcionados.

Se a Administração deverá aplicar imediatamente a Constituição aos casos concretos com que se deparar, independentemente de intermediação legislativa, é evidente que poderá editar

atos normativos que orientem e disciplinem essa aplicação, conferindo segurança e previsibilidade à sua atuação, bem como assegurando uniformidade de tratamento aos terceiros com que se relacionar.

Tal constatação impõe o abandono de concepções limitadoras do papel dos regulamentos no direito administrativo brasileiro, que alegadamente se resumiriam a desempenhar função executiva, voltada apenas para o fiel cumprimento das leis. O art. 84, IV, da Constituição, embora evidencie uma espécie, não esgota todas as modalidades de regulamento existentes e válidas diante da ordem jurídica brasileira.

Em convergência com esse entendimento a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no julgamento do paradigmático caso *Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, em 2001, ao declarar violados os artigos 21 (direito de propriedade) e 25 (direito a proteção judicial eficaz), da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), pelo Estado da Nicarágua, porque, não obstante reconhecida, na Constituição daquele país, a propriedade comunal dos povos indígenas sobre as terras por eles ocupadas, jamais havia sido regulado procedimento específico para permitir o exercício desse direito.

Sentenciou a Corte Interamericana que o Estado demandado – a Nicarágua – equipasse o seu direito interno com mecanismos para efetivar a delimitação e a titulação da propriedade dos povos tradicionais, em conformidade com seus costumes, **fosse por medidas legislativas, fosse por medidas administrativas ou de qualquer outro caráter – justamente por se tratar de direito fundamental.**

Não identificamos, portanto, invasão de esfera reservada à lei ao editar o Decreto, por dupla ordem de fundamentos:

- i) a edição do Decreto nº 6040 traduz efetivo **exercício do poder regulamentar da Administração** inserido nos limites estabelecidos pelo **art. 84, VI, da Constituição da República**;
- ii) o Decreto nº 6040 representa o cumprimento de uma obrigação internacional assumida pelo Estado brasileiro, que é signatário da Convenção nº 169 da OIT.

A Suprema Corte reconhece a constitucionalidade de atos normativos que concretizam diretamente normas emanadas de preceitos constitucionais, a exemplo da Resolução nº 7/05 do CNJ, que proibiu a prática de nepotismo no âmbito do Poder Judiciário. **Vide** trecho da ementa do julgamento da ADC nº 12/DF-MC:

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 de 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.” (Relator o Ministro **Ayres Britto**, DJ de 1º/9/06).

Nesse sentido, admite-se também a edição de *regulamentos autônomos*, que dispensam lei formal como condição de sua existência, haurindo seu pressuposto de validade imediatamente da Constituição. Eis aí a razão da plena compatibilidade do decreto impugnado com o disposto no art. 84, IV, da Constituição da República.

O fundamento da atuação normativa *praeter legem* da Administração decorre da previsão constitucional que impõe ao administrador preservar ou promover determinado estado de coisas. Cumprindo-lhe alcançar o desiderato constitucional, está a Administração Pública implicitamente autorizada a editar os atos normativos necessários ao alcance do fim, como, aliás, há muito consagrado pela teoria dos poderes implícitos (*implied powers*), desenvolvida pela Suprema Corte norte-americana a partir do aresto *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 316 (1819).

É nesse exato sentido o magistério de Eros Roberto Grau, *verbis*:

Os *regulamentos autônomos ou independentes* são emanações a partir de *atribuição implícita* do exercício de função normativa ao Executivo, definida no texto constitucional ou decorrente de sua estrutura. A sua emanação é *indispensável à efetiva atuação do Executivo em relação a determinadas matérias, definidas como de sua competência*.

Verifica-se, portanto, no caso deles, *atribuição implícita* do exercício de função normativa na destinação de determinada competência ao Executivo. **O exercício da função administrativa impõe, em certos casos, o exercício ancilar de função normativa**” (grifos em itálico no original). (GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 252-253).

A jurisprudência do STF já chancelou a constitucionalidade de regulamentos autônomos em mais de uma oportunidade. No julgamento do Recurso Extraordinário nº 203.954-3/CE, rel. Min. Ilmar Galvão, afirmou-se a validade da portaria autônoma do Ministério da Fazenda que proibia a importação de veículos usados, editada com fulcro direto no art. 237 da Constituição, que atribui àquele órgão competência para exercer a fiscalização e o controle do comércio exterior, quando essenciais à defesa dos interesses fazendários nacionais. Vale transcrever o raciocínio pedagógico desenvolvido pelo i. Ministro Celso de Mello naquele julgado, *in verbis*:

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 n. 8/91 (art. 27) – extraiu a sua autoridade e a sua eficácia de norma indiscutivelmente revestida do mais elevado grau de positividade jurídica em nosso sistema normativo: **o próprio texto da Constituição da República**” (grifos no original). (RE nº 203.954, rel. Min. Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, julgado em 20/11/1996, DJ 07-02-1997).

No mesmo sentido, esta Suprema Corte, no julgamento da ADC nº 12, rel. Min. Carlos Ayres Britto, placitou a constitucionalidade da Resolução nº 7/05, editada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), com fundamento direto no art. 103-B, §4º, da Constituição. Em seus termos, proibiu-se, sem supedâneo legal, a prática do nepotismo no âmbito do Poder Judiciário. Segundo o Excelso Pretório, não haveria qualquer vício formal a macular a Resolução CNJ nº 7/05, porquanto apenas voltada para, nas precisas palavras do i. Min relator, “*debulhar os próprios conteúdos lógicos dos princípios constitucionais de centrada regência de toda a atividade administrativa do Estado*”.

Obviamente essa atuação normativa autônoma da Administração encontra limites no próprio texto constitucional. Não é possível admiti-la em campos constitucionalmente sujeitos a *reserva de lei*. Nestes casos, a lei (formal ou material, a depender da hipótese) é a única manifestação legítima da juridicidade administrativa. Para todos os demais domínios não sujeitos a reservas de lei, a Administração Pública poderá editar regulamentos autônomos, desde que identificado um interesse constitucional que lhe caiba promover.

É o que ocorre no presente caso. Por um lado, verifica-se que o artigo constitucional não veicula qualquer regra jurídica sujeita à reserva legal. Ao contrário, conforme já exposto, não se encontra, no dispositivo em questão, qualquer indício de que sua eficácia estivesse condicionada a eventual e futura disciplina legislativa. Aliás, sequer houve menção à lei, como ocorre com diversas outras previsões igualmente definidoras de direitos contidas na Carta Magna (v.g., art. 5º, incisos VI, VII, VIII, XIII, XV, XXIX, LXXVI, LXXVII; art. 7º, incisos I, IV, X, XII, XIX, XX, XIX). Assim é que atuação do Estado, para fins de concretização da norma constitucional, independe de prévia edição de lei formal. Por outro lado, a previsão constitucional consubstancia um fim público que se deve promover. Trata-se de direito das comunidades e dever do Estado, que não pode se furtar ao cumprimento das missões assinaladas pela Lei Maior.

A conjugação desses fatores, portanto (inexistência de reserva legal e existência de uma finalidade constitucional a se promover) permite a regulamentação *praeter legem* da matéria pela Administração Pública.

Contudo, as considerações desta nota não se esgotam neste argumento, como se verá a seguir.

3.3. Do Arcabouço Constitucional e Legal

A despeito de toda a argumentação acima colocada, verifica-se, ainda, que **há um arcabouço legislativo que sustenta a aplicação do Decreto.**

Nesse sentido, não há de se olvidar a importância da Convenção 169 da OIT, aprovada pelo Congresso Nacional a partir da edição do Decreto Legislativo nº 142/2002, e promulgada pelo Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004, a qual, lembrando da particular

contribuição dos povos indígenas e tribais à diversidade cultural, à harmonia social e ecológica da humanidade e à cooperação e compreensão internacionais, densifica o arcabouço normativo protetivo das comunidades indígenas e dos povos tribais.

Com efeito, já em seu art. 1.1, a Convenção 169 da OIT determina a sua aplicação “aos povos tribais em países independentes, cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros setores da coletividade nacional, e que estejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial”, dentre os quais, inegavelmente, inserem-se os povos e comunidades tradicionais, objeto deste Decreto.

Em suas disposições, assim determina a Convenção 169 da OIT:

Artigo 5º

Ao se aplicar as disposições da presente Convenção:

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

Partindo-se do pressuposto de que a inovação normativa adveio da própria Constituição Federal, o espaço a ser preenchido pela legislação infraconstitucional, desde logo, foi reduzido, cabendo, entre outros temas, instrumentalizar o modo de consecução de tal determinação constitucional.

Nesse sentido, as disposições da Convenção 169 da OIT servem de primeiro anteparo normativo de concretização dos arts. 215 e 216 da Constituição Federal. O Decreto nº 6040, por sua vez, ao instituir a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais, regulamentou o texto convencional.

Sob esse prisma, não há se falar em inconstitucionalidade formal do Decreto nº 6040.

3.4. Autoatribuição

O Ofício nº 239/2018-CNA aponta como um dos “equivocos” do Decreto nº 6.040 o fato de que este “*acolhe o critério da autoatribuição, sem, contudo, estabelecer um parâmetro objetivo para a conceituação*”.

A autoidentificação é contemplada como um dos objetivos específicos da Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais, no art. 3º, VI, do Decreto, que determina “reconhecer, com celeridade, a autoidentificação dos povos e comunidades tradicionais, de modo que possam ter acesso pleno aos seus direitos individuais e coletivos”;

Importante destacar, nesse sentido, que a opção regulamentar pelo critério da autoatribuição representa, em verdade, a tradução *jurídico-normativa* de conclusões *técnico-científicas* produzidas no campo da Antropologia. Com efeito, tem-se apontado que a autodeclaração é critério imprescindível para a precisa definição das múltiplas identidades coletivas que integram o mosaico cultural de sociedades plurais como a brasileira. Nesta linha se manifesta Alfredo Wagner Berno de Almeida, antropólogo especialista na questão:

O recurso de método mais essencial, que suponho deva ser o fundamento da ruptura com a antiga definição de quilombo, refere-se às representações e práticas dos próprios agentes sociais que viveram e construíram tais situações em meio a antagonismos e violências extremas. 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 em face dos grupos sociais e agências com que interagem.** Esse dado de como os grupos sociais chamados ‘remanescentes’ se autodefinem é elementar, porquanto foi por essa via que se construiu e afirmou a identidade coletiva. O importante aqui não é tanto como as agências definem, ou como uma ONG define, ou como um partido político define, e sim como os próprios sujeitos se autorrepresentam e quais os critérios político-organizativos que norteiam suas mobilizações e forjam a coesão em torno de uma certa identidade. **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.** Isso é básico na consecução da identidade coletiva e das categorias sobre as quais ela se apóia” (grifou-se). (ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de Almeida. “Os quilombos e as novas etnias” in *Quilombos: identidade étnica e territorialidade*. O’DWYER, Eliane Cantarino (Org.). Rio de Janeiro: FGV, 2002, pp. 67-68).

Com efeito, cabe aos próprios indivíduos e membros do grupo se reconhecerem e se identificarem como pertencentes a determinado grupo étnico. A autoidentificação “*é elemento definidor essencial da condição de grupo étnico*”, pois, para a Antropologia, “*importa compreender como o grupo opera tal identidade*” (Terras de Quilombo. In: LARANJEIRA, Raymundo (coord.). **Direito agrário brasileiro**. São Paulo: LTr, 1999. p. 597-598).

Destaca-se, ainda, indicativos endógenos como pontos de partida para delimitação dos territórios. Os indicativos fornecidos pelas comunidades quilombolas, tal como disciplinados pela legislação brasileira em vigor, não são, em si, absolutos para a demarcação das respectivas áreas. Trata-se apenas do *ponto de partida* para delimitação dos territórios, cuja precisa e definitiva configuração é estabelecida por ato privativo do Poder Público após o *devido processo demarcatório* que decorre da disciplina regulamentar aplicável.

Ressalte-se, ainda, que o critério de autodefinição encontra respaldo normativo na ordem jurídica brasileira, tendo sido consagrado na jurisprudência desta Suprema Corte e no plano

internacional para fins definição de comunidades tradicionais (art. 1º, item 2, da Convenção 169 da OIT).

Interpretação contrária terminaria por inviabilizar o exercício dos direitos consagrados no art. 215 e 216 da CF, de natureza fundamental e aplicabilidade imediata.

Ademais, a Convenção 169 da OIT, incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº 5.051/2004, cuja natureza é de ato normativo supralegal (STF RE 466.343/SP), prevê, no art. 1º, item 2, que a autoidentificação deverá ser considerada “**um critério fundamental para a definição dos grupos aos quais se aplicam as disposições da presente Convenção**”. Ou seja, o Decreto apenas reitera o mesmo modo de definição estabelecido na Convenção 169 da OIT, devidamente ratificado e incorporado ao sistema jurídico pátrio, de modo que, ainda que fosse declarado inconstitucional o decreto combatido, restaria o mesmo critério resguardado pelo tratado internacional.

O Decreto nº 6.040/2007, portanto, apenas seguiu o critério que, à época da sua edição, já era consagrado no plano internacional para fins definição de comunidades tradicionais, tendo sido, posteriormente, incorporado ao ordenamento pátrio com *status* hierárquico supralegal, à luz da jurisprudência desta Suprema Corte (cf., dentre outros, **RE 466343**, rel. Min. Cezar Peluso, **RE 349703**, rel. Min. Carlos Britto, **HC 92566**, rel. Min. Marco Aurélio, todos julgados pelo Tribunal Pleno, em 03/12/2008, DJe-104 divulgado em 04-06-2009).

Não se pode negar, no entanto, a sua importância, uma vez que se trata de elemento afeto à identidade, individual e coletiva, “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”.

3.5. Territórios tradicionais

Prossegue o Ofício nº 239/2018-CNA no sentido de que o Decreto nº 6.040 “*define territórios tradicionais como 'espaços necessários a reprodução cultural, social e econômica dos povos e comunidades tradicionais, sejam eles utilizados de forma permanente ou temporária, observado, no que diz respeito aos povos indígenas e quilombolas, respectivamente, o que dispõem os arts. 231 da Constituição e 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e demais regulamentações'.*”

Também estão incluídos entre os objetivos específicos da Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais garantir aos povos e comunidades tradicionais seus territórios, e o acesso aos recursos naturais que tradicionalmente utilizam para sua reprodução física, cultural e econômica (art. 3º, inciso I, do anexo I, do Decreto nº 6.040/2007).

Não há, contudo, com relação a esse aspecto, o alegado vício de inconstitucionalidade material.

Sobre o aspecto territorial, ensina Daniel Sarmiento, em passagem dedicada a direitos indígenas que em tudo é aplicável aos povos e comunidades tradicionais, que:

para os povos indígenas, a terra representa muito mais do que um bem patrimonial. A terra é o *habitat*, com o qual as comunidades, e cada um dos seus integrantes, mantêm profundo vínculo espiritual. É o espaço em que podem viver de acordo com os seus costumes e tradições reproduzindo a sua cultura e legando-a para os seus descendentes. A garantia do direito à terra é, portanto, condição *sine qua non* para a proteção de todos os demais direitos dos indígenas, inclusive o direito à identidade étnica; o direito de ser e viver como índio. Como destacou Darcy Ribeiro, “a posse de um território tribal é condição essencial à sobrevivência dos índios”.

(...)

E o direito dos índios à terra, apesar do seu caráter coletivo, tem relevo central para a vida digna de cada integrante de comunidade indígena, por constituir garantia essencial da sua identidade étnica e cultural. É que a privação do acesso à terras tradicionais, para os índios, além de violar o direito à moradia culturalmente adequada, representa quase sempre a extinção das tradições, dos laços comunitários, e dos modos peculiares de fazer e viver de sua etnia, que são essenciais para a identidade de cada indivíduo indígena, por constituírem o pano de fundo cultural sob o qual se dá o desenvolvimento da sua personalidade.

O ser humano, como se sabe, não é um ente abstrato e desenraizado, mas uma pessoa concreta, cuja identidade é também constituída por laços culturais, tradições e valores socialmente compartilhados. Entre grupos tradicionais, como os povos indígenas, 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. Por isso, a perda da identidade étnica para os indígenas gera 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 a ligação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito dos povos indígenas às suas terras tradicionalmente ocupadas, já que a garantia da terra para o índio é pressuposto indispensável para a proteção da sua identidade e personalidade.

Essa dimensão existencial do direito à terra para os indígenas também tem sido apontada pelo STF em vários julgados, que, por extensão, são inteiramente pertinentes aos povos e comunidades tradicionais. Em caso envolvendo comunidade indígena do Estado do Mato Grosso do Sul, o Ministro Celso de Mello, em bela passagem, assinalou:

Emerge claramente do texto constitucional que a questão da terra representa o aspecto fundamental dos direitos e das prerrogativas constitucionais asseguradas ao índio, pois este, sem a possibilidade de acesso às terras indígenas, expõe-se ao risco gravíssimo de desintegração cultural, de perda de sua identidade étnica, da dissolução de seus vínculos históricos, sociais e antropológicos e da erosão de sua própria percepção e consciência como integrante de um povo e de uma nação que reverencia os locais místicos de sua adoração espiritual e que celebra, neles, os mistérios do universo em que vive.

Mais recentemente, no julgamento do caso Raposa Serra do Sol (PET 3388), o Ministro Menezes Direito Seguiu a mesma trilha:

Não há índio sem terra. A relação com o solo é marca característica da essência indígena, pois tudo o que ele é, é na terra e com a terra (...) É nela e por meio dela que eles se organizam. É pisando chão e explorando seus limites que desenvolvem suas crenças e enriquecem sua linguagem, intimamente referenciada à terra. Nada é mais importante para eles. (...) Por isso, de nada adianta reconhecer-lhes os direitos sem assegurar-lhes as terras, identificando-as e demarcando-as.

Os parâmetros estabelecidos para as terras indígenas aplicam-se, também, aos territórios das demais comunidades tradicionais. Nesse sentido, também observou Daniel Sarmiento, em parecer apresentado pela Procuradoria-Geral da República nos autos da ADI 3.239/STF:

(...) Para as comunidades tradicionais, a terra possui um significado completamente diferente da que ele apresenta para a cultura ocidental de massas. Não se trata apenas de 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.

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 de 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)” (fl. 1.102).

Também a Convenção 169 da OIT reconhece a importância da relação dos povos tradicionais com o território:

Artigo 5º

Ao se aplicar as disposições da presente Convenção:

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

(...)

Artigo 13

1. Ao aplicarem as disposições desta parte da Convenção, os governos deverão **respeitar a importância especial que para as culturas e valores espirituais dos povos interessados possui a sua relação com as terras ou territórios**, ou com am-

bos, segundo os casos, que eles ocupam ou utilizam de alguma maneira e, particularmente, os aspectos coletivos dessa relação.

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

Artigo 14

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

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

Não se pode, portanto, desconsiderar este compromisso internacional voltado ao respeito dos direitos territoriais dos povos e comunidades tradicionais. Ao contrário, deve-se buscar instrumentos jurídicos que melhor protejam e promovam tal direito no âmbito interno. Não fazê-lo poderá inclusive expor o país à responsabilização no plano internacional, pela violação de direitos humanos que o Estado brasileiro comprometeu a garantir.

Eventual autorização futura para o uso sustentável, desses terrenos públicos, por povos e comunidades tradicionais, depende de condições outras, de que sequer trata o Decreto nº 6.040, mas estão previstas na Portaria nº 89/2010, da Secretaria do Patrimônio da União, e no art. 10-A da Lei nº 9636/1998. Demais, o respectivo termo de autorização de uso sustentável tem natureza de ato administrativo excepcional, transitório e precário, cabível, conforme dispõe o texto legal, “quando houver necessidade de reconhecimento de ocupação em área da União”.

Destaque-se, nesse sentido, que, no atual cenário jurídico, compreende-se que a destinação de terras a comunidades tradicionais – muitas vezes mediante um ato administrativo transitório e precário, como referido acima – é um processo de reconhecimento, sendo portanto, dotado de natureza declaratória e não constitutiva. Em outras palavras, presentes os elementos necessários para definir uma determinada sorte de terra como de ocupação tradicional de uma comunidade, o direito a ela por parte daquela sociedade já existe, criando, em contrapartida, para o Estado brasileiro o dever de identificá-la e destiná-la àquela comunidade. Assim, a ponderação de interesses já foi feita pela própria Constituição, cabendo ao legislador ordinário e ao Poder Executivo, portanto, apenas criar os instrumentos para sua efetivação.

O Decreto nº 6.040, portanto, ao definir os territórios tradicionais, apenas dá cumprimento a esses princípios existentes na Constituição e na Convenção 169 da OIT, em nada inovando a esse respeito, razão pela qual não existe, também com relação a esse tópico, a alegada

inconstitucionalidade.

4. As Comunidades Vazanteiras do São Francisco

Segundo o Ofício nº 239/2018-CNA, o Decreto nº 6.040/2007 deixa margem a “várias interpretações que estimulam e culminam em atos que afrontam a ordem e a segurança, além de violarem a garantia constitucional de proteção à propriedade privada”. Logo em seguida, o referido ofício cita “o que vem ocorrendo, por exemplo, nas demarcações de terrenos às margens do rio São Francisco, em Minas Gerais, capitaneadas pela Secretaria do Patrimônio da União (SPU)” (sic.)

Trata-se de um evidente sofisma, amparado na premissa – de resto inteiramente falsa – de que os supostos “proprietários” desses terrenos marginais ao rio São Francisco, lindeiros a áreas que vieram ser objeto de termo de autorização de uso sustentável (TAUS) expedido pela SPU¹ sejam de fato titulares da propriedade particular de áreas que, sendo marginais a rio federal, são de domínio da União, por força de expressa disposição constitucional (art. 20, inciso III, da Constituição da República).

No âmbito das comunidades tradicionais vazanteiras, que estão sendo expulsas de terrenos marginais de rio federal (Rio São Francisco) ocupados de modo tradicional, vale ressaltar que o litígio insere-se em área de domínio da União, conforme art. 20, III, da Constituição Federal.

Os conflitos fundiários envolvendo proprietários rurais e comunidades tradicionais de pescadores artesanais, vazanteiras e quilombolas na região norte do Estado de Minas Gerais foram também objeto de audiência pública realizada pela Comissão de Direitos Humanos e Minorias da Câmara dos Deputados, em conjunto com a Comissão de Fiscalização Financeira e Controle, no dia 12 de julho de 2018.

Buscou-se, então, no âmbito desses inquéritos, promover a regularização fundiária dos territórios tradicionais dessas comunidades, utilizando-se, para tanto, dos instrumentos que a legislação pátria disponibiliza para essa finalidade. Tratando-se de populações que ocupam terrenos marginais de rios federais, considerados imóveis da União, a Secretaria de Patrimônio da União foi instada a aplicar as disposições que tratam dos imóveis da União, afirmando incumbir-lhe a demarcação dos terrenos marginais de rios federais, bem como do Decreto-Lei n. 9.760/46, que trata da demarcação da linha média das enchentes ordinárias – LMEO. Outras normas de caráter

¹ O Ofício nº 239/2018-CNA não cita, mas certamente se refere ao TAUS nº 01, de 19/12/2013, que autorizou o uso sustentável de território tradicional da comunidade vazanteira e quilombola de Caraíbas, em terreno de domínio da União localizado no município de Pedras de Maria da Cruz/MG. Nenhum outro TAUS foi, até o momento de edição da presente Nota Técnica, expedido pela SPU no estado de Minas Gerais.

infralegal também foram utilizadas nesse mister mediante a outorga de TAUS.

Não se trata, portanto, como alegado no Ofício nº 239/2018-CNA, de ações que afrontam a ordem e a segurança jurídicas (nem tampouco a propriedade privada), mas sim da utilização de instrumentos normativos para atingir o escopo da Constituição, no intuito de proceder à demarcação dos terrenos marginais do Rio São Francisco.

5. O Princípio da Vedação do Retrocesso

O princípio da vedação ao retrocesso social tem como conteúdo a proibição, dirigida ao legislador, de reduzir, suprimir, diminuir, ainda que parcialmente, o direito social já materializado em âmbito normativo.

Esse princípio tem como base a dignidade da pessoa humana, o princípio da confiança e da segurança jurídica, o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, o Estado social, como responsável pela prestação de serviços sociais, entre outros fundamentos axiológicos a fundamentar o princípio.

Segundo Canotilho, “efeito *cliquet*” significa que os direitos não podem retroagir, só podendo avançar na proteção dos indivíduos. De acordo com esse princípio, é inconstitucional qualquer medida tendente a revogar os direitos sociais já regulamentados, sem a criação de outros meios alternativos capazes de compensar a anulação desses benefícios. Aponta, ainda que princípio da democracia econômica e social implica na proibição de retrocesso social, também designada como proibição de “contra-revolução social” ou da “evolução reacionária”

Como leciona Canotilho,

“O núcleo essencial dos direitos já realizado e efectivado através de medidas legislativas [...] deve considerar-se constitucionalmente garantido sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa ‘anulação’, ‘revogação’ ou ‘aniquilação’ pura e simples desse núcleo essencial.”

Segundo Alessandra Gotti,

“o retrocesso social acarreta a presunção de invalidez ou inconstitucionalidade da medida adotada, bem como transfere ao Estado o ônus da prova quanto à sua razoabilidade [...] e proporcionalidade”. Isso porque o Comitê de Direitos econômicos, Sociais e Culturais da ONU aponta para o dever de cada Estado-parte, em caso de retrocesso constatado, de “demonstrar que examinou todas as alternativas existentes e justificá-las em relação à totalidade dos direitos previstos no Pacto e no contexto da utilização do máximo dos recursos disponíveis, consagrando assim a inversão do ônus da prova, conforme pode ser verificado no Comentário Geral n. 3 (a índole das obrigações dos Estados-parte), parágrafo 9”.

Sérgio Luiz Junkes atribui a eficácia do princípio da vedação do retrocesso “a todo princípio jurídico, resultando em três modalidades: interpretativa, negativa e vedativa do retrocesso. A saber, a interpretativa está ligada às características dos princípios jurídicos e a superioridade hierárquica do texto constitucional que é a base do princípio da justiça social. A negativa é a que proíbe qualquer ato ou a edição de normas que se oponham ao seu conteúdo. E, com relação à vedativa do retrocesso, pressupõe que a concretização dos princípios jurídicos consagradores de direitos fundamentais também é produzida através das normas infraconstitucionais, as quais cabem, progressivamente, a tarefa de ampliá-los na medida do possível”. Assim, a eficácia vedativa do retrocesso impede que o legislador revogue essas normas infraconstitucionais concretizadoras de tais princípios sem a edição de legislação alternativa equivalente. Caso ocorra alguma violação resultará em flagrante inconstitucionalidade.

Nesse sentido, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 contém cláusula que expressamente impede que tratados posteriores sejam “interpretados no sentido de limitar o gozo e exercício de quaisquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de lei de qualquer dos Estados-partes ou em virtude de Convenções em que seja parte um dos referidos Estados”(art. 29, b).

O Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a aplicação do princípio da vedação ao retrocesso em nosso ordenamento jurídico:

A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS. – O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. – A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar – mediante supressão total ou parcial – os direitos sociais já concretizados.” (ARE-639337- Relator(a): Min. CELSO DE MELLO).

No julgamento da ADI 3.128-7/DF, o Relator, Ministro Carlos Britto, lembrou decisão do Tribunal Constitucional Português, nos seguintes termos:

Bem por isso, o Tribunal constitucional português (Acórdão n. 39/84), ao invocar a cláusula da proibição de retrocesso, reconheceu a inconstitucionalidade de ato estatal que revogara garantias já conquistadas em tema de saúde pública, vindo a proferir duto voto de que extraio o seguinte fragmento (“Acórdão s do Tribunal constitucional”, vol. 3/95-131, 117-118, 1984, Imprensa Nacional, Lisboa):

‘Que o Estado não lhe dê a devida realização às tarefas constitucionais concretas e determinadas, que lhe estão cometidas, isso só poderá ser objeto de censura constitucional em sede de inconstitucionalidade por omissão. Mas quando desfaz o que já havia sido realizado para cumprir essa tarefa, então a censura não pode tornar a colocar-se na situação de devedor. (...) se o fizesse, incorreria em violação positiva (...) da Constituição.

.....

Em grande medida, os direitos sociais traduzem-se para o estado em obrigação de fazer, sobretudo de criar certas instituições públicas (sistema escolar, sistema de segurança social, etc.). Enquanto elas não forem criadas, a Constituição só pode fundamentar exigências para que se criem; mas após terem sido criadas, a Constituição passa a proteger a sua existência, como se já existissem à data da Constituição. As tarefas constitucionais impostas ao Estado em sede de direitos fundamentais no sentido de criar certas instituições ou serviços não o obrigam apenas a criá-los, obrigam-no também a não aboli-los uma vez criados.

Quer isto dizer que a partir do momento em que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente impostas para realizar um direito social, o respeito constitucional deste deixa de consistir (ou deixa de consistir apenas) numa obrigação positiva, para se transformar (ou passa também a ser) numa obrigação negativa. O Estado, que estava obrigado a actuar para dar satisfação ao direito social, passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social.

Este enfoque dos direitos sociais faz hoje parte integrante da concepção deles a teoria constitucional, mesmo lá onde é escasso o elenco de direitos sociais e onde, portanto, eles têm de ser extraídos de cláusulas gerais, como a cláusula do ‘Estado social’.

É exatamente o caso que se analisa. A revogação do Decreto n. 6.040/2007, conforme postulada no Ofício nº 239/2018-CNA, acarretaria um retrocesso social e normativo inadmissível no âmbito de nosso ordenamento jurídico e, por essa razão, não deve ser admitida.

III - Conclusão

Diante do exposto, conclui-se que o Decreto nº 6.040/2007 é constitucional, não havendo, quanto a ele, quaisquer dos vícios apontados no Ofício nº 239/2018-CNA. Seus conceitos e instrumentos são meios de efetivação das normas constitucionais e convencionais aplicáveis, não havendo qualquer ofensa ao texto constitucional ou a direitos fundamentais.

A Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais, instituída pelo Decreto nº 6.040/2007, constitui importante instrumento para o cumprimento dos arts. 225 e 216 da Constituição Federal, bem como da Convenção nº 169 da OIT, por garantir a concretização dos direitos das comunidades e povos tradicionais. Sua revogação constituiria retrocesso vedado em nosso ordenamento jurídico e resultaria em graves danos sociais a

essa parcela vulnerável da sociedade brasileira.

Brasília, na data da assinatura digital.

Antonio Carlos Alpino Bigonha
Subprocurador-Geral da República
Coordenador da 6 CCR/MPF

Eliana Peres Torelly de Carvalho
Procuradora Regional da República
Membro da 6 CCR/MPF
Coordenadora do GT – Comunidades
Tradicionais

Mário Luiz Bonsaglia
Subprocurador-Geral da República
Membro da 6ª CCR/MPF

Roberto Luiz Oppermann Thomé
Subprocurador-Geral da República
Membro da 6ª CCR/MPF

Felício de Araújo Pontes Júnior
Procurador Regional da República
Membro da 6ª CCR/MPF

Marcelo Veiga Beckhausen
Procurador Regional da República
Membro da 6ª CCR/MPF

Edmundo Antônio Dias Netto Junior
Procurador da República
Membro do GT/Comunidades Tradicionais
Representante do MPF no CNPCT

Wilson Rocha Fernandes Assis
Procurador da República
Membro do GT/Comunidades Tradicionais
Representante do MPF no CNPCT



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Assinatura/Certificação do documento **PGR-00675479/2018 NOTA TÉCNICA**

.....
Signatário(a): **ELIANA PERES TORELLY DE CARVALHO**

Data e Hora: **04/12/2018 16:45:22**

Assinado com certificado digital

.....
Signatário(a): **WILSON ROCHA FERNANDES ASSIS**

Data e Hora: **04/12/2018 14:45:14**

Assinado com login e senha

.....
Signatário(a): **MARCELO VEIGA BECKHAUSEN**

Data e Hora: **04/12/2018 15:27:10**

Assinado com certificado digital

.....
Signatário(a): **ROBERTO LUIS OPPERMANN THOME**

Data e Hora: **04/12/2018 17:54:06**

Assinado com certificado digital

.....
Signatário(a): **EDMUNDO ANTONIO DIAS NETTO JUNIOR**

Data e Hora: **04/12/2018 14:49:09**

Assinado com login e senha

.....
Signatário(a): **FELICIO DE ARAUJO PONTES JUNIOR**

Data e Hora: **04/12/2018 18:07:21**

Assinado com certificado digital

.....
Signatário(a): **MARIO LUIZ BONSAGLIA**

Data e Hora: **04/12/2018 18:14:11**

Assinado com certificado digital

.....
Signatário(a): **ANTONIO CARLOS ALPINO BIGONHA**

Data e Hora: **04/12/2018 16:43:50**

Assinado com certificado digital

.....
Acesse <http://www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento>. Chave A281DEED.24CA1ED7.549B4DE4.DDBF6E6A