

## **A inconstitucionalidade do Decreto 3912, de 10 de setembro de 2001.**

*Marcelo Beckhausen\**

Dispõe o artigo 1º do Decreto 3912:

Art. 1º Compete à Fundação Cultural Palmares - FCP iniciar, dar seguimento e concluir o processo administrativo de identificação dos remanescentes das comunidades dos quilombos, bem como de reconhecimento, delimitação, demarcação, titulação e registro imobiliário das terras por eles ocupadas.

Parágrafo único. Para efeito do disposto no **caput**, somente pode ser reconhecida a propriedade sobre terras que:

I - eram ocupadas por quilombos em 1888; e

II - estavam ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos em 5 de outubro de 1988.

Este breve trabalho se dedica a analisar o Decreto 3912, de 10 de setembro de 2001, cujo objeto era regulamentar as disposições relativas ao processo administrativo para identificação dos remanescentes das comunidades dos quilombos e para o reconhecimento, a delimitação, a demarcação, a titulação e o registro imobiliário das terras por eles ocupadas. Tal Decreto foi revogado posteriormente pelo Decreto 4887, de 20 de novembro de 2003<sup>1</sup>. O artigo 1º deve ser analisado em conjunto com o que está disciplinado na Constituição, especialmente no artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Neste existe uma referência direta com o reconhecimento da propriedade vinculado as comunidades de quilombos “que estejam ocupando suas terras”.

Antes de mais nada devemos enfrentar a questão da expressão “estejam ocupando” para depois adentrarmos no exame das propostas existentes no Decreto, se estão alinhadas ou não com o texto constitucional. Pois bem. A

· Procurador Regional da República, Professor de Direito Constitucional-UNISINOS/RS, Mestre em Direito-UNISINOS/RS e Doutorando em Ciência Política/UFRGS.

<sup>1</sup> Este texto foi escrito em setembro de 2001.

expressão “estejam ocupando” demonstram uma preocupação do legislador com uma apropriação contínua pela comunidade de determinada área. Em um primeiro momento somos tentados a estabelecer a seguinte relação: só tem o direito referido no artigo 68 dos ADCT quem estiver “ocupando” a área; quem não estiver “ocupando” não terá o aduzido direito. Só que o legislador constituinte não poderia ter expressado tal idéia. Em primeiro lugar porque a idéia do estar ocupando só pode ser mensurada se avaliada em conjunto com outros princípios constitucionais.

O princípio constitucional que mais se destaca para efetuar a análise é, sem dúvida, o princípio que fundamenta toda a Constituição e todos os direitos nela elencados: a dignidade da pessoa humana, fundamento da república federativa do Brasil. Note-se que as pressões sofridas por estas Comunidades, na construção de sua resistência e de sua identidade, interfaces diretas da territorialidade, acarretaram a perda de suas terras, a expulsão, a venda irregular, etc. Não se pode, na compreensão constitucional, desconsiderar tal fato. Ora, este fenômeno (expulsão, exclusão) afeta diretamente a dignidade das pessoas a quem se dirige a norma. Afeta a dignidade da pessoa humana, garantia constitucional, que não admite tergiversações. No momento em que estas pessoas foram atingidas em sua dignidade, através de um processo espoliativo, de exclusão, não poderia a norma expressa no artigo 68 dar guarida a isto. O princípio já referido, fulmina qualquer interpretação que queira afirmar o sentido contrário: pessoas expulsas de suas terras, em qualquer momento, e que sejam consideradas comunidades remanescentes de quilombos, não podem ser excluídas, novamente, da abrangência do dispositivo constitucional. Em outras palavras, a Constituição não pode excluir o direito destas pessoas. Nesta mesma linha encontra-se o Decreto que afirma: o reconhecimento somente sobre as terras “que estavam ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos em 05 de outubro de 1988”. Se à Constituição não é possibilitado excluir os grupos que foram obrigados a desocupar suas terras, muito menos um Decreto.

O princípio hermenêutico da efetividade dos direitos fundamentais vem a exigir que de modo algum é lícita qualquer discriminação contra estas pessoas.

Passamos agora a análise da outra exigência proposta pelo Decreto Executivo, que determina o reconhecimento das comunidades remanescentes somente sobre terras que “eram ocupadas por quilombos em 1888”. Vigem em nosso ordenamento jurídico o princípio constitucional da proporcionalidade, da proibição do excesso. Retira sua “força” de outro princípio constitucional que refere a razoabilidade como diretriz a ser obedecida pela Administração, ou seja expressa que toda conduta administrativa deve ser adequada, racional, de acordo com um senso normal da sociedade. O princípio da proporcionalidade que possui sua matriz, como já salientado, na razoabilidade, refere que a conduta da Administração Pública só tem validade na medida que suas atividades sejam exercidas, conforme leciona Celso Antônio Bandeira de Mello *“na extensão e na intensidade proporcionais ao que seja realmente demandado para cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas”*.<sup>2</sup> O mesmo jurista refere que a atividade que transbordar das medidas necessárias para o cumprimento de determinada medida atingem o princípio da proporcionalidade, “sobremodo quando a Administração restringe situação jurídica dos administrados além do que caberia, por imprimir às medidas tomadas uma intensidade ou extensão supérfluas, prescindendas, ressalta a ilegalidade de sua conduta. É que ninguém deve estar obrigado a suportar constrictões em sua liberdade ou propriedade que não sejam indispensáveis à satisfação do interesse público.”<sup>3</sup>.

Tal lição vem enquadrar-se como uma luva ao caso em tela. A atividade administrativa-normativa, modelada através de um Decreto, implica em uma sobrecarga de exigências para o reconhecimento determinado pelo texto constitucional. O prazo referido pelo Decreto acarretaria a necessidade de

---

<sup>2</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Ed. Malheiros, 1999. p. 67.

<sup>3</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Ed. Malheiros, 1999. p. 68.

comprovar a ocupação por cem anos de qualquer terreno reivindicado. Até mesmo as normas que exigem prazos mais dilatados para a prescrição aquisitiva, como o usucapião previsto na Lei Substantiva Civil (artigo 550 do Código Civil)<sup>4</sup>, referem vinte anos. Em outras palavras: se algum integrante de uma comunidade quiser ter o reconhecimento estampado na Constituição deverá provar cem anos de ocupação; se este mesmo integrante quiser adquirir o mesmo terreno, via usucapião, deverá provar vinte anos de ocupação. Oitenta anos menos!!! A exigência, contida no Decreto, é menos benéfica para as Comunidades do que as exigências contidas em uma norma criada no início do século passado. Em conclusão: tal requisito não é razoável, violando, totalmente, os princípios constitucionais vigentes. Além disso, a coleta de provas vai se tornar extremamente difícil, para não dizer impossível. Produzir um conjunto probatório utilizando material com mais de um século de existência é tarefa hercúlea. Os *experts* teriam imensas dificuldades para conseguir demonstrar uma ocupação ocorrida nesta época. Não é, portanto, razoável estabelecer este período.

De outra banda, o estabelecimento de um ano determinado, *in casu*, 1888 (ano da abolição), não é a técnica normativa mais correta. O reconhecimento das comunidades vai se tornar uma atividade raríssima posto que restrita a um tempo acentuadamente preciso. Se é necessário, talvez, evitar o alargamento dos conceitos, é necessário, também, evitar restringi-los. Fincar o ano de 1888 como requisito para o reconhecimento é espremer demais o conceito de comunidade proposto pela Constituição, até porque esta Carta Política não trabalha com essa data, e não pode a atividade infraconstitucional ir além do que estabeleceu o Constituinte. Os laudos antropológicos eventualmente construídos para demonstrar a existência de uma comunidade terão uma margem maior para operar e estabelecer suas conceituações e limites a partir, também, da leitura do texto constitucional. Se estes laudos não forem consentâneos com o texto, o próprio órgão federal poderá não lhes dar guarida, e mesmo que esta aprovação ocorra, tais trabalhos antropológicos poderão passar pelo crivo do

---

<sup>4</sup> “Aquele que, por 20 (vinte) anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquirir-lhe-á o domínio, independentemente de título e boa-fé que, em tal caso, se presume, podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual lhe servirá de título para transcrição no Registro de Imóveis.”

Poder Judiciário. Ou seja, se os laudos extrapolarem o conceito aberto de remanescentes de comunidades quilombolas cunhado pela Constituição existirão mecanismos para evitar que reconhecimentos despropositados aconteçam. Em vista disso, pode-se afirmar peremptoriamente que o inciso I viola, por completo, o princípio constitucional da razoabilidade.

Refere Paulo Bonavides que tal atitude atinge diretamente o próprio Estado democrático e o ordenamento jurídico: “A lesão ao princípio é indubitavelmente a mais grave das inconstitucionalidades porque sem princípio não há ordem constitucional e sem ordem constitucional não há garantia para as liberdades cujo exercício somente se faz possível fora do reino do arbítrio e dos poderes absolutos. Quem atropela um princípio constitucional, de grau hierárquico superior, atenta contra o fundamento de toda a ordem jurídica. A construção desta, partindo de vontade constituinte legítima, consagra a utilização consensual de uma competência soberana de primeiro grau.”<sup>5</sup> Além disso, o mesmo mestre reforça a idéia da posituação deste princípio: “O princípio da proporcionalidade é, por conseguinte, direito positivo em nosso ordenamento constitucional. Embora não haja sido ainda formulado como ‘norma jurídica global’, flui do espírito que anima em toda sua extensão e profundidade o §2º do art.5º., o qual abrange a parte não-escrita ou não expressa dos direitos e garantias da Constituição, a saber, aqueles direitos e garantias cujo fundamento decorre da natureza do regime, da essência impostergável do Estado de Direito e dos princípios que este consagra e que fazem inviolável a unidade da Constituição.”<sup>6</sup>

O alemão Robert Alexy refere que “Los principios son mandatos de optimización con respecto a las posibilidades jurídicas y fácticas. La máxima de la proporcionalidad em sentido estricto, es decir, el mandato de ponderación, se sigue de la relativización con respecto a las posibilidades jurídicas. Si una norma de derecho fundamental com carácter de principio entra em colisión com

---

<sup>5</sup> BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 396.

<sup>6</sup> Idem, ibidem. p. 396.

um principio opuesto, entonces la posibilidad jurídica de la realización de la norma de derecho fundamenatl depende del principio opuesto. Para llegar a uma decisión, es necesaria uma ponderación em el sentido de la ley de colisión. Como la aplicación de principios válidos, cuando son aplicables, está ordenada y como para la aplicación em el caso de colisión se requiere una ponderación, el carácter de principio de las normas iusfundamentales implica que, cuando entran em colisión se requiere uma ponderación, el carácter de principio de las normas iusfundamentales implica que, cuando entran em colisión com principios opuestos, está ordenada uma ponderación. Pero, esto significa que la máxima de la proporcionalidad em sentido estricto es deducible del carácter de principio de las normas de derecho fundamental.

De la máxima de proporcionalidad em sentido estricto se sigue que los principios son mandatos de optimización com relación a las posibilidades jurídicas. Em cambio, las máximas de la necesidad y de la adecuación se siguen del carácter de los principios como mandatos de optimización con relación a las posibilidades fácticas.”<sup>7</sup>

Nesta mesma linha, o jurista português Canotilho afirma que a proporcionalidade, ou proibição de excesso, possui desdobramentos principiológicos da seguinte forma: princípio da conformidade ou adequação de meios; princípio da exigibilidade ou da necessidade; e princípio da proporcionalidade em sentido restrito.

O princípio da adequação dos meios refere que a medida adotada pelo Poder Público tem que ser apropriada para o fim exigido. Ou seja, “a exigência de conformidade pressupõe a investigação e a prova de que o acto do poder público é apto para e conforme os fins justificativos da sua adoção. ... Trata-se, pois, de controlar a relação de adequação medida-fim.”<sup>8</sup> No presente caso, em relação ao inciso I, nota-se que a Administração torna mais difícil o reconhecimento referido pela Constituição. E a finalidade desta norma só pode

---

<sup>7</sup> ALEXY, Robert. Teoria de los Derechos Fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. pp. 112/113.

<sup>8</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional. Coimbra: Livraria Almedida, 1996. p.382.

ser, dando integral cumprimento a norma constitucional, proporcionar o correto e justo reconhecimento dos remanescentes das comunidades de quilombos. Se a finalidade é esta então o procedimento utilizado pelo Poder Público para levá-lo a cabo não é adequado. Por conseguinte, o meio utilizado, estabelecer uma data precisa para o reconhecimento, não se mostra adequado para o fim pretendido. Pelo contrário, desvirtua completamente os desideratos das políticas públicas voltadas para estes grupos, ao restringir direitos fundamentais dos beneficiários da atividade estatal.

Canotilho refere o princípio da exigibilidade ou da necessidade como sendo aquele em que o cidadão tem “direito à menor desvantagem possível”<sup>9</sup>. Ora, como comprovado acima, os requisitos contidos no Decreto são menos vantajosos que os contidos, por exemplo, no usucapião.

Sopesando os princípios acima referidos, em um formato *strictu sensu*, como propõe Canotilho, pode-se afirmar que meios utilizados e fins destinados, estão completamente distantes de uma adequada atuação, exigida nos casos em tela.

## **Bibliografia**

ALEXY, Robert. Teoria de los Derechos Fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Ed. Malheiros, 1999.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 1999.

CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional. Coimbra: Livraria Almedida, 1996

---

<sup>9</sup> Idem. Ibidem. p.383.