

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

*Grupo de Trabalho sobre Quilombos, Povos e Comunidades
Tradicionais*



PARECER CONTRÁRIO AO PROJETO DE DECRETO LEGISLATIVO Nº 44, DE 2007, DE AUTORIA DO DEPUTADO FEDERAL VALDIR COLATTO

Contra o Decreto nº 4.887, de 20/11/2003, que “[r]egulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades quilombolas de que trata o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias” da Constituição da República Federativa do Brasil, foi apresentado o Projeto de Decreto Legislativo Nº 44, de 2007, que propõe a suspensão da aplicação daquele Decreto.

Este parecer da 6ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal (Procuradoria-Geral da República), produzido pelo Grupo de Trabalho sobre Quilombos, Povos e Comunidades Tradicionais, revela o descabimento do Projeto de Decreto Legislativo – pois não houve exorbitância do poder regulamentar – e sua improcedência – pois o Decreto 4.887/2003 não contém os defeitos que lhe são apontados.

A AUTOAPLICABILIDADE DO ART. 68 ADCT

Desde a promulgação da Constituição de 1988 que se discute a propósito da aplicabilidade (eficácia jurídica) do art. 68 ADCT.

A aplicabilidade imediata (eficácia jurídica plena) é evidente e ressalta já da redação do dispositivo. Estão suficientemente indicados, no plano normativo, o objeto do direito (a propriedade definitiva das terras ocupadas), seu sujeito ou beneficiário (os remanescentes das comunidades dos quilombos), a condição (a ocupação tradicional das terras), o dever correlato (reconhecimento da propriedade e emissão dos títulos respectivos) e o sujeito passivo ou devedor (o Estado, Poder Público). Qualquer leitor bem-intencionado compreende tranqüilamente o que a norma quer dizer, e o jurista consegue aplicá-la sem necessidade de integração legal.

O art. 68 ADCT consagra diversos direitos fundamentais, como o direito à moradia e à cultura. Do regime específico e reforçado dos direitos fundamentais decorre a tendencial aplicabilidade imediata, visto que – aponta o Professor DANIEL SARMENTO – “os direitos fundamentais não dependem de concretização legislativa para surtirem os seus efeitos”.¹

Também indicam a eficácia jurídica plena desse artigo: o conteúdo da declaração normativa (simplesmente o reconhecimento de um direito e a atribuição de um dever específico de atuação do Poder Público) e sua localização nas disposições transitórias (que, justamente para poderem disciplinar imediatamente situações de transição entre sistemas constitucionais que se sucedem, devem estar dotadas de normatividade suficiente, segundo a lição do Professor JOSÉ AFONSO DA SILVA²).

¹ SARMENTO, Daniel. A garantia do direito à posse dos remanescentes de quilombos antes da desapropriação. <<http://ccr6.pgr.mpf.gov.br/institucional/grupos-de-trabalho/quilombos-1/documentos/Dr_Daniel_Sarmiento.pdf>>, Rio de Janeiro, 2006.

² SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 189-191.

Aspectos específicos relacionados ao âmbito concreto (identificação de pessoas, delimitação de áreas etc.) e ao âmbito administrativo (órgãos competentes, procedimento...) não criam direitos e deveres “externos”, apenas regulamentam a atuação estatal, e não carecem, portanto, de lei para serem disciplinados.

Ademais, para satisfazer o princípio da legalidade lá onde ele se impõe, já existe todo um arcabouço legislativo que sustenta a aplicação do Decreto 4.887/2003: a organização administrativa, a legislação sobre desapropriação etc. Ou seja: o art. 68 ADCT não necessita de lei para sua aplicabilidade, mas onde esta é exigida no geral, existem diversas leis pertinentes. Citem-se, a propósito, a Lei 9.649/1998, sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, que atribui ao Ministério da Cultura competência para “aprovar a delimitação das terras dos remanescentes das comunidades dos quilombos, bem como determinar as suas demarcações, que serão homologadas mediante decreto” (art. 14, IV, “c”); e a Lei 7.668/1988, que institui a Fundação Cultural Palmares e lhe dá competência para “realizar a identificação dos remanescentes das comunidades dos quilombos, proceder ao reconhecimento, à delimitação e à demarcação das terras por eles ocupadas e conferir-lhes a correspondente titulação” (art. 2º, III).

Nesse contexto, ressalte-se o compromisso internacional assumido pelo Brasil ao promulgar a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT, 1989), sobre povos indígenas e tribais. Pela Convenção, os governos comprometem-se a 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” (art. 14.2).³

Mais importante, contudo, é considerar o tempo transcorrido. Passados quase vinte anos da promulgação da Constituição, não tem mais cabimento essa discussão a respeito da autoaplicabilidade do art. 68 ADCT, senão com intenção de neutralizar o comando constitucional. Um comprometimento com a efetividade da Constituição implica “construir uma argumentação sobre o art. 68 que não inviabilizasse as ações positivas já existentes em prol da realização do direito lá estabelecido”, destaca o Centro de Pesquisas Aplicadas da Sociedade Brasileira de Direito Público, capitaneada pelo Professor CARLOS ARI SUNDFELD.⁴

Curioso que o anterior Decreto 3.912/2001, igualmente editado diretamente para regulamentar o art. 68 ADCT, mas cuja disciplina inadequada inviabilizava o efetivo reconhecimento da propriedade das terras de remanescentes de comunidades de quilombos, tenha passado incólume à declaração de inconstitucionalidade ou à sustação. Isso revela que o projeto de decreto legislativo em questão na verdade insurge-se contra a perspectiva de um reconhecimento efetivo do direito de propriedade aos remanescentes de comunidades de quilombos (mais próxima com o atual Decreto 4.887/2003 do que com o anterior) e não contra a validade jurídica do Decreto 4.887.

Quando a densidade da norma constitucional é suficiente e há apenas necessidade de regulamentação para uma atuação administrativa adequada, não faz falta a interposição legislativa e pode ser estabelecida uma relação imediata entre a Constituição e o decreto.⁵ Vejam-se os exemplos da “organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos”, e da “extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos” (art. 84, VI), bem como da intervenção federal (art. 36, § 1º).

Em outras hipóteses, pode já existir legislação e o regulamento é apenas aparentemente autônomo, conforme decidiu recentemente o STF em relação à antiga Portaria 796/2000, do

³ Aprovação pelo Decreto Legislativo 143, de 20/06/2002; promulgação pelo Decreto 5.051, de 19/04/2004.

⁴ SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). Comunidades quilombolas: direito à terra. Brasília: Fundação Cultural Palmares; Abaré, 2002, p. 112.

⁵ Doutrina e jurisprudência admitem a reserva de lei relativa: MARTINES, Temistocle. Diritto costituzionale. 11. ed. Milano: Giuffrè, 2005, p. 379.

Ministro da Justiça, sobre classificação indicativa dos programas de televisão: o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990) era a prévia lei necessária.⁶

Equivoca-se a justificação do projeto em questão, ao *acusar* o Decreto 4.887 de pretender “regulamentar direta e imediatamente preceito constitucional”. A uma, porque o art. 68 ADCT possui suficiente densidade normativa, sendo autoaplicável. A duas, porque a regulamentação de aspectos meramente administrativos relacionados a dispositivo constitucional autoaplicável não um vício, sendo perfeitamente cabível. A três, porque há diversas leis preexistentes que dão sustentação ao Decreto.

O ACERTO E NÃO A EXORBITÂNCIA DO DECRETO 4.887/2003

O projeto de decreto legislativo para sustar o Decreto 4.887 utiliza como pretexto, que este supostamente estaria exorbitando do poder regulamentar, mas o que o projeto realmente combate é o acerto (conteúdo, mérito) dessa regulamentação. Desse modo, está-se a utilizar indevidamente o poder conferido ao Congresso Nacional no art. 49, V, da Constituição.

O que essa competência congressional tem em mira é sobretudo um defeito formal: quando o Poder Executivo vai além da faculdade de regulamentar ou da delegação legislativa, independentemente do acerto com que a matéria é disciplinada. Trata-se de um instrumento de proteção da reserva de competência exclusiva do Congresso Nacional e não de uma alternativa para contestar o mérito da atuação do Executivo, quando esta se contém em seus devidos limites.

O Congresso Nacional – na precisa anotação de JOSÉ ADÉRCIO LEITE SAMPAIO – “não pode avaliar o mérito em si do ato normativo, não pode aquilatar o seu acerto utilitário, de conveniência ou de oportunidade, se, por exemplo, espaços para adoção de alternativas tiverem sido deixados, expressa ou implicitamente, pelo legislador”.⁷

É o princípio fundamental da separação de Poderes (art. 2º) que está em jogo. Se a competência para disciplinar um assunto é do Poder Legislativo (reserva de lei), uma indevida invasão (usurpação) de competência pode ser combatida na esfera política pelo próprio Congresso Nacional (por meio da sustação: art. 49, V) e na esfera judicial pelo Poder Judiciário (por exemplo, por meio de ação direta de inconstitucionalidade).

Entretanto, se a competência constitucional para disciplinar um assunto é do Poder Executivo, no exercício do poder regulamentar (art. 84, IV, final), o Poder Legislativo não pode alegar que houve usurpação de sua competência e utilizar o poder de veto legislativo conferido pelo art. 49, V, apenas porque não concorda com o mérito da regulamentação. Como esclarece o Professor CLÊMERTON M. CLÈVE, quando o Executivo deve apenas “disciplinar os procedimentos utilizados pela Administração (modo de agir) nas relações que travará com os particulares, efetivamente, não há delegação”, e “o Executivo pode, perfeitamente, regulamentar a lei em virtude de competência própria”.⁸ Em termos mais gerais, mas ressaltando essa atribuição regulamentar própria, enfatizam os Professores LUIZ ALBERTO DAVID ARAUJO e VIDAL SERRANO NUNES JÚNIOR que a lei “não pode impedir a sua regulamentação, pois estaria invadindo a competência do Poder Executivo”.⁹ Portanto, a situação inverte-se no presente projeto de decreto legislativo: é o Congresso Nacional que extrapola seu poder ao pretender suspender o exercício adequado do poder regulamentar pelo Presidente da República.

A desautorização da opção do Executivo pelo Legislativo pode dar-se apenas onde houver autorização expressa da Constituição. Fora daí, os Poderes deverão respeitar suas respectivas esferas de atribuição. O Poder Legislativo pode, sim, contestar o acerto das opções

⁶ ADI 2.398 AgR/DF, rel. Min. Cezar Peluso, 25/06/2007.

⁷ SAMPAIO, José Adércio Leite. A constituição reinventada pela jurisdição constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 475-476.

⁸ CLÈVE, Clèmerson M. Atividade legislativa do Poder Executivo no Estado contemporâneo e na Constituição de 1988. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 254.

⁹ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES Júnior, Vidal Serrano. Curso de direito constitucional. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 310.

do Executivo, por exemplo, em relação a escolhas de titulares de determinados cargos (art. 52, III), ao veto (art. 66, § 4º), a medidas provisórias (art. 62, § 5º), à intervenção (art. 36, § 1º). Essas e outras hipóteses revelam a interferência recíproca (freios e contrapesos) entre os Poderes, que define por exceção o princípio da autonomia.

Em suma, o projeto de decreto legislativo em análise tem em vista infirmar a opção do Poder Executivo, consubstanciada no conteúdo do Decreto 4.887/2003, e utiliza indevidamente como pretexto uma alegada – mas não explicada – ultrapassagem dos limites do poder regulamentar.

Respeito ao devido processo legal – Se pudesse apreciar o mérito da regulamentação dada pelo Decreto 4.887, o Congresso Nacional, no uso do poder de sustação de atos normativos do art. 49, V, da Constituição, haveria de concluir pelo atendimento ao princípio do devido processo legal, em sentido contrário ao que insinua o projeto de decreto legislativo ora em exame.

Cuidadoso, o Decreto 4.887/2003 adota o critério antropológico de auto-atribuição dos grupos étnico-raciais (art. 2º), pois não haveria como reconhecer autoridade a alguém externo ao grupo para proceder, heteronomamente, à atribuição de identidade. “Devemos encontrar alguma outra maneira de assegurar a legitimidade, uma maneira que não continue a definir grupos excluídos em função de uma identidade que outros criaram para eles.” – adverte WILL KYMLICKA.¹⁰

É seguido o critério internacionalmente adotado, do que dá testemunho a Convenção nº 169 da OIT, cujo art. 1.2 dispõe que a consciência da própria identidade “deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos” aos quais se aplica a Convenção.¹¹ Tanto é assim que JULIE RINGELHEIM, ao analisar a Convenção Européia dos Direitos Humanos, refere que, no contexto das diferentes culturas, conforme apontam sociólogos e antropólogos, “as normas e as práticas são interpretadas, negociadas, modificadas pelos próprios atores sociais”.¹²

Todavia, como o próprio Decreto determina, devem ser avaliados também outros fatores (trajetória histórica própria, relações territoriais específicas, ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica), que revestem de objetividade a auto-atribuição inicial. JULIANA SANTILLI aponta justamente que os principais critérios adotados para a identificação das comunidades de quilombos são “a auto-atribuição (critério também consagrado pela Convenção 169 da OIT, já mencionado) e a relação histórica com um território específico”.¹³

Essa, contudo, é apenas uma etapa preliminar, que deverá ser seguida da “identificação, delimitação e levantamento ocupacional e cartorial” da área (art. 7º do Decreto), retratadas num relatório técnico. Este será encaminhado a diversos órgãos para manifestação (art. 8º) e permitirá contestação por qualquer interessado (art. 9º).

Como se percebe, os requisitos para o reconhecimento do direito de propriedade deverão ser demonstrados, desde a condição de remanescente de quilombo até a posse tradicional (mesmo quando não atual, por causa, por exemplo, de expulsão violenta). E são asseguradas amplas possibilidades de contestação por quem se sentir prejudicado.

Ausência de privilégio odioso – É a própria Constituição de 1988 que, originalmente, institui um tratamento jurídico diferenciado para os remanescentes das comunidades de quilombos que ocupam ou ocupavam suas terras tradicionalmente, mas não têm título e/ou registro imobiliário. Há o reconhecimento constitucional de uma situação histórica. Regimes jurídicos diferenciados

¹⁰ KYMLICKA, Will. *Filosofia política contemporânea*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 293.

¹¹ SANTILLI, Juliana. *Socioambientalismo e novos direitos. Proteção jurídica à diversidade biológica e cultural*. São Paulo: Peirópolis, 2005, p. 136-137.

¹² RINGELHEIM, Julie. *Diversité culturelle et droits de l’homme. L’émergence de la problématique des minorités dans le droit de la Convention européenne des droits de l’homme*. Bruxelles: Bruylant, 2006.

¹³ Op. e loc. cit.

concretizam a igualdade, “devendo as situações desiguais ser tratadas de maneira dessemelhante, evitando-se assim o aprofundamento e a perpetuação de desigualdades engendradas pela própria sociedade”, assevera o Ministro JOAQUIM. B. BARBOSA GOMES.¹⁴

Quando o projeto de decreto legislativo em foco acusa o Decreto 4.887/2003 de “estabelecer privilégio”, na verdade está a insurgir-se contra a opção feita na própria Constituição, que também estabeleceu tratamento jurídico distinto para os índios (art. 231), para as pessoas portadoras de deficiência (art. 37, VIII), para os cultos e seus templos (art. 150, VI, “b”), para os Deputados e Senadores (art. 53)...

Modalidade já existente de desapropriação – O projeto também afirma, erroneamente, que o Decreto 4.887 “cria nova forma de desapropriação, alargando os limites constitucionais ao direito de propriedade, sem previsão constitucional ou legal”.

As modalidades expropriatórias que podem ser utilizadas, justamente para regularizar a situação fundiária e garantir indenização a posseiros que residam e/ou cultivem as terras dos remanescentes de quilombos, são as clássicas desapropriações por utilidade pública (prevista no Decreto-lei 3.365/1941) e por interesse social (prevista na Lei 4.132/1962). A propósito, recentemente, o Presidente da República desapropriou por “interesse social, para fins de titulação de área remanescente de quilombo”, a área onde se situa a comunidade remanescente de quilombo da Caçandoca, no Município de Ubatuba, Estado de São Paulo (Decreto de 27/09/2006).

As desapropriações por utilidade pública ou por interesse social também podem ser realizadas pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, na medida de suas possibilidades. Afinal, o art. 68 ADCT determina genericamente que ao Estado – no sentido de Poder Público, ou seja, a todos os níveis federados de governo – incumbe a emissão dos respectivos títulos de propriedade.

É discutível se seria cabível ainda, em casos específicos, a desapropriação para fins de reforma agrária, pela União, ou mesmo se haveria necessidade de desapropriação ou se bastaria a indenização de eventuais posseiros (com ou sem título de propriedade) por outras vias. A desapropriação “por interesse social, para fins de reforma agrária” (art. 184 da Constituição) é a forma determinada na Instrução Normativa nº 20, de 19/11/2005, do Presidente do INCRA, que regulamenta o procedimento estabelecido no Decreto 4.887/2003; essa IN prevê também a desapropriação prevista no art. 216, § 1º, da Constituição (desapropriação com o objetivo de promover e proteger o patrimônio cultural brasileiro, hipótese contida no Decreto-lei 3.365/1941, art. 5º, “I”) e a compra e venda “na forma prevista no Decreto 433/92” (sobre a aquisição de imóveis rurais, para fins de reforma agrária). Toda essa discussão apenas indica a possibilidade de outras modalidades expropriatórias ou indenizatórias já previstas no ordenamento jurídico.

Como se pode ver, o Decreto 4.887 não “cria nova forma de desapropriação” e nem precisaria, pois as diversas modalidades expropriatórias já existentes prestam-se à regularização fundiária dos territórios tradicionalmente ocupados por comunidades quilombolas.

AS FORMAS DE CONTROLE DO DECRETO LEGISLATIVO

O decreto legislativo de sustação dos atos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar – decreto legislativo que representa uma modalidade de controle parlamentar sobre o Executivo – também é suscetível de controle, judicial.

¹⁴ GOMES, Joaquim B. Barbosa. Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade. O Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 4.

Quando o pretense controle parlamentar é quem usurpa a competência regulamentar do Executivo, há afronta ao princípio da separação de poderes, que caracteriza inconstitucionalidade.¹⁵ Isso é afirmado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

O exame de constitucionalidade do decreto legislativo que suspende a eficácia de ato do Poder Executivo impõe a análise, pelo Supremo Tribunal Federal, dos pressupostos legitimadores do exercício dessa excepcional competência deferida à instituição parlamentar. Cabe à Corte Suprema, em consequência, verificar se os atos normativos emanados do Executivo ajustam-se, ou não, aos limites do poder regulamentar ou aos da delegação legislativa.

A fiscalização estrita desses pressupostos justifica-se como imposição decorrente da necessidade de preservar, *hic et nunc*, a integridade do princípio da separação de poderes. (ADI 748-3 MC/RS, rel. Min. Celso de Mello, 01/07/1992)¹⁶

Em caráter preventivo, todavia, já é possível proceder a uma avaliação da (in)compatibilidade do próprio projeto de decreto legislativo em comento, que não deverá receber parecer favorável das comissões incumbidas de analisá-lo. Evitar-se-á, assim, que o Congresso Nacional despenda tempo e esforços inutilmente, na discussão e eventual aprovação de um decreto legislativo fadado, então, a ter sua inconstitucionalidade declarada pelo Supremo Tribunal Federal.¹⁷

Ainda que não se considere a inconstitucionalidade do projeto de decreto legislativo, ele não merece aprovação no mérito. Cabe ao Congresso Nacional, isto sim, afirmar a qualidade do Decreto 4.887/2003, que:

- a) **oferece um procedimento adequado de identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos;**
- b) **permite a concretização do art. 68 ADCT e assegura, assim, um direito reconhecido pela Constituição de 1988, mas que mal tem sido implementado;**
- c) **responde ao compromisso internacional assumido pelo Brasil ao ratificar a Convenção 169 da OIT.**

Conclui-se que o Projeto de Decreto Legislativo nº 44/2007 é descabido, improcedente e contrário à Constituição.

Piracicaba (SP), 17 de setembro de 2007.

WALTER CLAUDIUS ROTHENBURG
Procurador Regional da República

¹⁵ MARTINES, Temistocle. Diritto costituzionale. 11. ed. Milano: Giuffrè, 2005, p. 503.

¹⁶ Veja-se também a ADI 1.553-2/DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 06/01/1997.

¹⁷ **Encontra-se pendente de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal a Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.239/DF, justamente contra o Decreto 4.887/2003.**