

REMANESCENTES DE QUILOMBOS, ÍNDIOS, MEIO AMBIENTE E SEGURANÇA NACIONAL: PONDERAÇÃO DE INTERESSES CONSTITUCIONAIS

Leandro Mitidieri

Procurador Federal - INCRA/RJ

Vice-Diretor de Política de Carreira da ANPAF

1 - DIREITO CONSTITUCIONAL DOS REMANESCENTES DE QUILOMBOS À PROPRIEDADE DE SUAS TERRAS

Uma das idéias mais substanciais em prol da conclusão do processo inacabado da abolição e reparação da dívida histórica na questão do negro no Brasil foi o reconhecimento da propriedade dos remanescentes de quilombos sobre suas terras, proposta do Movimento Negro à Assembléia Nacional Constituinte, convertida no art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Carta de 1988.

O direito de propriedade das populações não integradas na comunhão nacional sobre as terras que tradicionalmente ocupam já era reconhecido pelo art. 11 da Convenção n. 107/57 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, promulgada pelo Decreto n. 58.824/66, sendo certo que, já à época, uma vez aprovados pelo Poder Legislativo, os tratados e convenções internacionais ingressavam no ordenamento jurídico pátrio com *status* de lei (art. 74, alínea “d”, da CR/37).

Mas este direito apenas foi contemplado com efetividade após sua regulamentação, esta que foi contida ao máximo pelas forças conservadoras da elite brasileira. Primeiramente, adveio o tímido Decreto n. 3.912/01. Posteriormente, foi expedido o Decreto n. 5.051/04, que promulga a Convenção n. 169/89 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, sobre povos indígenas e tribais. E, por fim, veio a lume o Decreto n. 4.887/2003.

O direito de propriedade dos remanescentes de quilombos sobre suas terras é um direito constitucional fundamental, pois indispensável à pessoa humana, necessário para assegurar existência digna, livre e igual, a despeito de não se encontrar topograficamente no Título II, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”. É que são direitos e garantias fundamentais todos aqueles expressos no texto da Constituição como um todo, além de outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República seja parte (art. 5º, § 2º, CR).

Os direitos fundamentais são de primeira geração quando têm fulcro na liberdade, oponíveis pelo indivíduo em face do Estado, outrora absolutista (direitos civis e políticos). Têm como escopo impedir a atuação opressora do Estado em relação às liberdades. Os de segunda geração têm fulcro na igualdade (direitos sociais, culturais, coletivos e econômicos). Prestacionais, estes direitos buscam a atuação do Estado em prol da justiça social. Os de terceira geração têm fulcro na fraternidade e solidariedade, pressupondo uma sociedade organizada (direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação). Os de quarta geração (BONAVIDES, 1999, p. 524-526), correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado social (direito à democracia – uma democracia direta, cada vez mais possível pelos avanços tecnológicos -, direito à informação e o direito ao pluralismo etc.).

O direito de propriedade dos remanescentes de quilombos é claramente um direito fundamental de segunda geração, dizendo respeito à igualdade e à justiça social, representando, como já dito, a conclusão do processo inacabado de abolição com a reparação da dívida histórica existente.

É direito coletivo, pois conferido em função da qualidade da comunidade de remanescente de quilombos. Neste diapasão, o título da propriedade somente pode ser coletivo e *pro indiviso*, ou seja, indivisível, em que “a comunhão perdura de fato e de direito; todos os comunheiros permanecem na indivisão, não se localizando no bem, que se mantém indiviso.” (BARROS MONTEIRO, 1979 apud DINIZ, 2006, p. 213). O direito também é inalienável, indisponível,

imprescritível e impenhorável (art. 17 do Decreto n. 4.887/03), à semelhança do que ocorre com as terras indígenas (art. 231, § 4º, CR).

A norma do art. 68 do ADCT emana do poder constituinte originário, que é ilimitado, incondicionado e primário, ou seja, que tudo pode. Esta norma tem o condão de reconhecer a propriedade das terras, sendo o processo administrativo, e eventualmente o judicial, declaratórios deste direito, com efeitos retroativos (*ex tunc*). Nesta linha, a posse da comunidade, mesmo antes de concluída a regularização, é de boa-fé e com base em justo título, fundada no direito de propriedade, o que a protege de demandas tanto possessórias como reivindicatórias. O reconhecimento da propriedade também equivale a uma aquisição originária para todos os efeitos civis, suplantando quaisquer direitos anteriormente adquiridos pelos remanescentes com base nos mesmos fundamentos, como o reconhecimento de “Terras de Preto”.

O reconhecimento da propriedade é o traço peculiar, *sui generis*, do direito constitucional dos remanescentes. As terras indígenas, as unidades de conservação ambiental e as áreas de segurança nacional, em regra, são bens públicos (art. 13, p. único, Lei n. 8.629/93). Até mesmo a Reforma Agrária não transfere, incontinênti, a propriedade da terra aos seus beneficiários e, sim, concede seu uso, exigindo para a titulação de domínio o pagamento (art. 25, Lei n. 4.504/64 – Estatuto da Terra) e, para a titulação definitiva, o decurso de dez anos (art. 18, Lei n. 8.629/93).

Como todos os direitos fundamentais, o direito dos remanescentes de quilombos tem como características a historicidade - porquanto decorrente de longo processo histórico -, a universalidade - pois não se admite discriminação na sua aplicação -, a irrenunciabilidade e a imprescindibilidade.

Outra característica que é atribuída aos direitos fundamentais é a relatividade, ou seja, a possibilidade de relativização de sua aplicação quando em colisão com outros direitos da mesma natureza. É que as inesgotáveis regras e princípios contidas no ordenamento jurídico eventualmente colidem. Com o aumento da complexidade de nossa sociedade e a correspondente intensificação da produção legislativa é cada vez mais natural que isso aconteça.

2 – PONDERAÇÃO. ETAPAS E PARÂMETROS

Pode ocorrer que a colisão se dê entre regras e princípios constitucionais, o que também não deixa de ser cada vez mais freqüente em função do fenômeno da ubiqüidade constitucional (SARMENTO, 2006). É que há uma tendência atual de se encontrar fundamento constitucional para quase todos os direitos. A Carta de 1988, do modo pelo qual foi elaborada, é a maior responsável por este fenômeno.

Ao conflito entre duas normas, entre dois princípios ou entre uma norma e um princípio é dado o nome de antinomia (DINIZ, 2006, p. 85). A antinomia real é a efetiva contradição cuja solução não é encontrada no Direito, sendo eliminada pela revogação de uma das normas ou edição de uma outra. A antinomia aparente é solucionada pelos seguintes critérios: 1) hierárquico, em que a norma superior derroga ou ab-roga a inferior; 2) cronológico, em que a norma posterior derroga ou ab-roga a anterior; 3) de especialidade, em que a norma especial derroga ou ab-roga a geral. Há casos, contudo, de antinomia aparente de segundo grau, em que um só destes critérios não é suficiente para a solução do conflito, havendo, em verdade, conflito entre os próprios critérios, como p. ex., quando norma posterior é geral ou norma especial é inferior. Nesses casos, em regra, normas superiores, mesmo não posteriores ou especiais, deverão prevalecer. P. ex., a lei ordinária, mesmo especial, não derrogará a Constituição.

No conflito aparente entre regras e princípios constitucionais, *id est*, entre duas regras, ou dois princípios ou, ainda, uma regra e um princípio, ambos com sede constitucional, mormente se se tratar de dois direitos fundamentais, a solução muitas vezes não será encontrada nos critérios sobreditos, pelos seguintes motivos: 1) estas normas têm igual hierarquia; 2) a emenda constitucional (posterior) não pode derrogar direito fundamental (anterior), protegido por cláusula pétrea; 3) nem todos os casos de relação de generalidade e especialidade entre normas resultará na sobreposição de uma sobre a outra, principalmente em se tratando de direitos fundamentais.

Nestes hipóteses, não haverá outra solução que não a chamada ponderação de interesses. A ponderação (*balancing*) consiste em balancear e sopesar os elementos em conflito, sendo, em um

caso concreto, mitigada ou preterida a proteção jurídica de um interesse em favor de outro, acabando por confundir-se com a atividade de interpretação jurídica.

As técnicas hermenêuticas tradicionais operam na lógica da subsunção do caso concreto à hipótese abstrata prevista na lei, buscando uma única lei aplicável à espécie. A ponderação “é exatamente a alternativa à subsunção” (Barcellos, 2005, p. 31), podendo haver nesta a aplicação concomitante de duas normas sopesadas, balanceadas ou equilibradas.

A decisão da ponderação deve ser norteada pela: a) pretensão da universalidade, em que a solução a que se chega deve poder ser generalizada para todas as outras situações semelhantes, pois não amparada em convicções pessoais; b) busca da concordância prática, harmonizando-se os elementos de modo que nenhum seja totalmente excluído da solução; c) construção do núcleo essencial dos direitos fundamentais, sendo os direitos fundamentais protegidos em alguma medida contra soluções arbitrárias e abusivas.

Quanto aos parâmetros temos os gerais e os específicos, estes têm ligação com situação de fato específica, aqueles não. Os parâmetros gerais são os seguintes.

Primeiro: regras têm preferência sobre princípios: regras descrevem comportamentos, sem se ocupar diretamente dos fins que as condutas descritas procuram realizar, enquanto princípios estabelecem estados ideais, objetivos a serem alcançados, sem explicitarem necessariamente as ações que devem ser praticadas para a obtenção desses fins (ÁVILA, 2003 apud BARCELLOS, 2005, p. 169-170).

Segundo: normas que realizem diretamente direitos fundamentais dos indivíduos têm preferência sobre normas relacionadas apenas indiretamente com direitos fundamentais. Neste parâmetro material, deve se levar em conta as normas propriamente individuais que asseguram o mínimo existencial: sobrevivência, bem-estar mínimo e cidadania (TORRES, 1995 apud BARCELLOS, 2005, p. 236). Daí se conclui que este mínimo existencial individual tem preferência sobre normas que realizam direitos fundamentais coletivos, e estas, por sua vez, sobre normas que realizam direitos fundamentais difusos.

Terceiro: os direitos fundamentais de primeira e segunda geração, em regra, prevalecem sobre os direitos fundamentais de terceira e quarta geração. É que, como já dito antes, ao contrário do que ocorreu no Brasil, os Estados desenvolvidos percorreram esta cronologia de gerações ao estabelecerem seus direitos fundamentais. Em um primeiro momento a preocupação do Direito Constitucional era com a imposição de limites aos Estados absolutistas (primeira geração). Alcançado o liberalismo tão almejado pela burguesia, vieram os efeitos nefastos. Em face das graves desigualdades surgiram as políticas dos Estados sociais (segunda geração). As sociedades organizadas, com graus razoáveis de liberdade e igualdade, puderam então vislumbrar direitos fundamentais ligados à fraternidade e à solidariedade. A sociedade livre e igual permitiu que seus membros elegeassem os meios de promoção desses valores.

Registre-se que todos os direitos fundamentais devem ser realizados concomitantemente. Somente na hipótese de colisões indeslindáveis e insolúveis, devem prevalecer os direitos de primeira e segunda geração sobre os outros. Entendimento em contrário chancelaria a idéia, p. ex., de que ditaduras que promovam o desenvolvimento seriam aceitáveis.

3 - TERRAS DE QUILOMBO VERSUS PROPRIEDADE PRIVADA, TERRAS PÚBLICAS E REFORMA AGRÁRIA

O direito à propriedade é direito fundamental individual (art. 5º, *caput* e inc. XXII, CR). A Propriedade Privada é princípio da ordem econômica (art. 170, II). Na colisão entre a garantia da propriedade privada e o direito de propriedade dos remanescentes de quilombos sobre suas terras, está-se diante de uma antinomia aparente, resolvida pelas regras de subsunção, por meio do critério normativo da especialidade: o art. 68 do ADCT é dispositivo especial de reconhecimento de propriedade (aquisição originária) em relação à garantia geral de propriedade contida no art. 5º, *caput* e inc. XXII, CR. Não é necessário a ponderação.

Incidindo as terras de quilombo sobre terras públicas o raciocínio é o mesmo. A Constituição, ao arrolar os bens públicos da União (art. 20), dos Estados (art. 26) e dos Municípios (residualmente), o fez de forma genérica. Logo, não haverá maiores problemas em se

constatar a especialidade da propriedade das terras de quilombo em relação à propriedade das terras públicas em geral, principalmente se se tratar de bens dominicais, sem nenhuma afetação. Ademais, a lei expressamente prevê a possibilidade de titulação de bens públicos às comunidades tradicionais (art. 79, § 5º, Decreto-Lei n. 9.760/46, acrescentado pela M. P. n. 292/06).

Na hipótese de terras de quilombo incidindo sobre áreas destinadas ao Programa de Reforma Agrária não se verifica rigorosamente uma colisão de direitos. É que as terras destinadas à reforma agrária permanecem no domínio do INCRA, exigindo-se para a titulação de domínio o pagamento (art. 25, Lei n. 4.504/64 – Estatuto da Terra) e, para a titulação definitiva, o decurso de dez anos (art. 18, Lei n. 8.629/93). Aplica-se aqui, por analogia, o Decreto n. 1.775/96, que disciplina o procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas, prevendo em seu art. 4º que os ocupantes não índios serão reassentados.

4 - TERRAS DE QUILOMBO VERSUS TERRAS INDÍGENAS

O direito dos índios às suas terras tem a mesma natureza do direito dos remanescentes de quilombos. É um direito constitucional fundamental, de segunda geração e coletivo.

Há porém importantes distinções. O fundamento jurídico e histórico do direito dos índios é a ocupação originária, tradicional e imemorial de suas terras. Já o direito dos remanescentes decorre do fenômeno da formação de quilombos desde o final do século XVII e principalmente no século XVIII. As terras indígenas são bens públicos federais, sendo reconhecida a posse permanente e o usufruto exclusivo dos índios sobre elas, ficando a União como nua-proprietária (arts. 20, inc. XI, e 231, § 2º, CR). Já quanto às terras de quilombo, ocorre o reconhecimento da propriedade das comunidades remanescentes.

Os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras indígenas são nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, não gerando indenização, salvo quanto às benfeitorias derivadas de ocupação de boa-fé. Já os direitos incidentes sobre terras de quilombo, se não forem nulos, não estiverem prescritos, não tiverem sofrido pronunciamento de comisso ou não tiverem perdido a eficácia, serão desapropriados mediante indenização, por interesse social

para fins de reforma agrária (art. 184, CR) ou para fins de proteção do patrimônio cultural brasileiro (216, § 1º, CR), tudo com fundamento no art. 13 do Decreto n. 4.887/03, que fez uma opção jurídico-política questionável.

A eventual sobreposição de terras de quilombo sobre terras indígenas representará grave colisão. Esta antinomia aparente só pode ser solucionada pela ponderação de interesses. Mas não servirá nenhum dos parâmetros gerais, devendo ser buscado parâmetro especial, tomando como base a situação de fato específica, nos termos seguintes.

A ocupação dos índios é originária, tradicional e imemorial. Há presunção, baseada na História do Brasil, de que esta ocupação é anterior a dos remanescentes de quilombos. A ocupação mais antiga é elemento relevante para o Direito (art. 507, p. único, CC/16, ainda utilizável, nos termos do Enunc. n. 239 do CEJ/CJF). Logo, apenas em função deste parâmetro de ponderação especial jurídico, com raízes em fundamentos metajurídicos, seria possível a solução da colisão, prevalecendo o direito dos índios sobre o das comunidades remanescentes.

Não se pode olvidar que a decisão da ponderação deve buscar a concordância prática, ou seja, a harmonia dos elementos de modo que nenhum seja totalmente excluído da solução. Destarte, diante de situações especialíssimas, pode admitir-se a hipótese de sopeso do usufruto exclusivo dos índios sobre suas terras para permitir o co-usufruto dos remanescentes de quilombos. Para que isso seja possível, de acordo com os princípios que norteiam a política indigenista brasileira, a convivência destas comunidades deve ter se mostrado pacífica e os índios devem aceitar a ocupação dos não índios. Esta solução toma como base fato não raro que é o do índio com cônjuge não índio, em que não pode ser alegado o usufruto exclusivo para se proceder à extrusão ou “desintrusão” deste último, sendo plenamente legítima a permanência do não índio na terra indígena.

5 - TERRAS DE QUILOMBO VERSUS MEIO AMBIENTE

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225), com seu caráter intergeracional, é direito fundamental, de terceira geração e difuso. Os espaços territoriais

especialmente protegidos compreendem as áreas de preservação permanente (arts. 2º e 3º, Código Florestal – Lei n. 4.771/65), a reserva legal (art. 1º, § 2º, inc. III, Código Florestal – Lei n. 4.771/65) e as unidades de conservação (Lei n. 9.985/00), e somente podem ser alterados ou suprimidos por meio de lei (art. 225, § 1º, inc. III, CR).

A eventual sobreposição de terras de quilombo sobre áreas de preservação permanente ou unidades de conservação exige ponderação. O primeiro parâmetro geral não serve já que ambas as normas encerram regras. Contudo, de acordo com os outros parâmetros tem-se que: 1) o art. 68 do ADCT realiza diretamente direitos fundamentais coletivos que asseguram a dignidade da pessoa humana ligada ao mínimo existencial, já o direito ao meio ambiente realiza direito difuso; 2) o direito dos remanescentes de quilombos são direitos de segunda geração, enquanto o direito ao meio ambiente é de terceira geração. Constatar-se-ia, então, uma prevalência das terras de quilombo sobre áreas de preservação permanente ou unidades de conservação.

A ponderação, mais do que nunca, deverá buscar a concordância prática. Aqui é impositivo que o direito dos remanescentes sofra todas as restrições necessárias para compatibilizar seu direito com os objetivos da unidade, nos termos do art. 42, § 2º, da Lei n. 9.985/00. Assim é que, p. ex., o índio pode derrubar uma árvore para a feitura de sua canoa, à luz da proteção que o art. 213 da Constituição dá às suas tradições. Todavia, não poderá comercializar madeira.

Ocorre que o art. 42 acima citado prevê que a compatibilização até que seja possível efetuar o reassentamento destas populações tradicionais, pois, quando residentes em unidades de conservação, nas quais sua permanência não seja permitida, serão estas “indenizadas ou compensadas pelas benfeitorias existentes e devidamente **realocadas** pelo Poder Público, em local e condições acordados entre as partes” (art. 42, *caput*, da Lei n. 9.985/00, grifou-se).

Em primeiro lugar, o dispositivo legal sobredito é contraditório em si mesmo, pois determina realocação das populações ao mesmo tempo em que admite a possibilidade da compatibilização da presença com os objetivos da unidade. Além de contrariar outros dispositivos da legislação ambiental no mesmo sentido, como p. ex., os que prevêem terras indígenas como florestas de preservação permanente e o regime de exploração de recursos

florestais em terras indígenas (arts. 3º, alínea “g” e § 2º, e 3º-A, do Código Florestal – Lei n. 4.771/65, este último art. acrescentado pela M.P. n. 2.611-67/01).

Em segundo lugar, este dispositivo somente pode estar se referindo a pescadores, quebradeiras de coco babaçu, seringueiros, castanheiros, coletores de frutos, sementes, erva medicinais, óleos e resinas etc. Pois se pretende referir-se a índios e remanescentes de quilombos será fatalmente inconstitucional, por todos os argumentos já apresentados anteriormente.

Como se não bastasse a flagrante inconstitucionalidade do referido dispositivo, o mesmo encontra-se absolutamente revogado pelo art. 16 da Convenção n. 169/89 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, sobre povos indígenas e tribais, promulgada pelo Decreto n. 5.051/04, que dispõe expressamente que “os povos interessados não deverão ser trasladados das terras que ocupam”, salvo “com o consentimento dos mesmos”.

Vale registrar que a colisão aqui aventada não ocorre no seu aspecto material. É que os povos indígenas e as comunidades remanescentes de quilombos, quando presentes em determinado ecossistema, funcionam como fator de preservação, em razão de sua relação com o meio ambiente totalmente distinta da do “homem branco”. Este, sim, verdadeiro agente nocivo.

6 - TERRAS DE QUILOMBO VERSUS SEGURANÇA NACIONAL

O direito à paz é um direito fundamental de terceira geração. Já a segurança nacional não é propriamente um direito fundamental, mas um princípio fundamental da República, expressado pela soberania (art. 1º, inc. I, CR).

Pela ponderação, a segurança nacional não prevaleceria sobre o art. 68 do ADCT, na medida em que este veicula regra, e princípio sucumbe à regra, como já bem assentado supra. Mas o cerne da questão não é este. A Segurança Nacional fundamentou, historicamente, no mundo inteiro, atentados aos direitos fundamentais. No Brasil, temos como expressão disto, p. ex., a Lei de Segurança Nacional de 1935, da ditadura do Estado Novo, e a Lei de Segurança Nacional de 1983, da ditadura militar.

Destarte, é da essência do Estado Democrático de Direito, no qual constitui-se a República (art. 1º, *caput*, CR), que os direitos fundamentais não sucumbam em nome da Segurança Nacional, o que somente ocorre em caso de guerra declarada, quando até mesmo o mais importante dos direitos fundamentais é flexibilizado, sendo permitida a pena de morte (art. 5º, inc. XLVII, CR).

Neste diapasão, em nenhuma hipótese poderá ser impedido o reconhecimento dos direitos dos remanescentes de quilombos por razões de segurança nacional. Isto não significa dizer que aqui a decisão da ponderação não deverá buscar a concordância prática, harmonizando os elementos de modo que a segurança nacional não seja totalmente excluída da solução. Esta harmonização é encontrada em diversos dispositivos legais aplicáveis aqui analogicamente. Assim é que florestas de preservação permanente poderão ser destinadas a auxiliar a defesa do território nacional (art. 3º. Alínea “d”, Código Florestal – Lei n. 4.771/65); que as Forças Armadas assegurarão a proteção das terras indígenas (art. 34, Estatuto do Índio - Lei n. 6.001/73); que as Forças Armadas poderão transitar pelas terras indígenas em casos especificados (art. 1º, Decreto n. 1.775/96) etc.

BIBLIOGRAFIA

ANTUNES, Paulo de Bessa.

Direito ambiental. 9ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006.

BARCELLOS, Ana Paula de.

Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luis Roberto.

O direito constitucional e a efetividade de suas normas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BONAVIDES, Paulo.

Curso de direito constitucional. São Paulo: Malheiros, 1999.

CANOTILHO, J. J. Gomes.

Direito constitucional e teoria da constituição. 2ª edição. Coimbra: Almedina, 1998.

DINIZ, Maria Helena.

Curso de direito civil brasileiro, v. 1: teoria geral do direito civil. 22ª edição. São Paulo: Saraiva, 2005.

Curso de direito civil brasileiro, v. 4: direito das coisas. 21ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006.

GRAU, Eros.

A ordem econômica na Constituição de 1988. 11ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006.

KELSEN, Hans.

Teoria pura do direito. Trad. de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LOEWENSTEIN, Karl.

Teoría de la constitución. Trad. de Alfredo Gallego anabitarte. Barcelona: Editorial Ariel.

SARMENTO, Daniel.

“Ubiquidade Constitucional: os dois lados da moeda”. **Revista de Direito do Estado v. 2.** 2006.