
A ATUAÇÃO DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (ADI 3239/DF) EM DEFESA DA JURIDICIDADE DAS TERRAS OCUPADAS POR REMANESCENTES DAS COMUNIDADES DOS QUILOMBOLAS

*THE ACTION OF THE FEDERAL ATTORNEY (AGU) BESIDE
OF THE SUPREME COURT (ADI 3239/DF) IN DEFENSE OF
THE JURIDICITY OF THE LANDS OCCUPIED BY REMAINING
OF THE QUILOMBOLAS COMMUNITIES*

Rodrigo Araújo Ribeiro

*Doutor em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Mestre em Direito Tributário pela UFMG. Procurador Federal em Belo Horizonte/
MG, Coordenador da EAGUMG (1ª Região).*

SUMÁRIO: Introdução. 1 A constitucionalização do direito administrativo e a (re) definição do papel da administração pública. 2 O papel da Advocacia-Geral da União na efetividade do princípio da juridicidade após a Constituição Federal de 1988. 3 A defesa judicial do princípio da juridicidade do decreto n. 4.887/2003 que regulamenta o procedimento para titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos perante o Supremo Tribunal Federal. 4 Conclusão. Referências.

RESUMO: O presente ensaio visa trazer uma análise reflexiva da efetividade do Princípio da Juridicidade e o papel da Advocacia-Geral da União na defesa da sua aplicação perante o Supremo Tribunal Federal (ADI 3239/DF).

PALAVRAS-CHAVE: Constituição Federal de 1988. Efetividade do Princípio da Juridicidade. Atuação Proativa da Advocacia-Geral da União no STF.

ABSTRACT: This essay aims to bring a reflexive analysis of the effectiveness of the Principle of Juridicity and the role of the Federal Attorney (AGU) beside of the Supreme Court (ADI 3239/DF).

KEYWORDS: Federal Constitution of 1988. Effectiveness of the Principle of Juridicity. Proactive Performance of the Federal Attorney Beside of the Supreme Court.

INTRODUÇÃO

A inserção do Capítulo IV, “Das Funções Essenciais à Justiça”, e da Seção II, “Da Advocacia Pública”, dentro do Título IV, “Da Organização dos Poderes”, na Constituição Federal de 05 de outubro de 1988, com as alterações determinadas pela EC n. 19, de 04 de junho de 1988, assentou a defesa do interesse público primário pela Advocacia-Geral da União.

No atual momento pós-positivista do Direito, aliado à reconhecida força normativa da Constituição - não meramente diretriz abstrata direcionada ao legislador - reconhece-se a centralidade da Constituição dentro de um discurso voltado para a proteção dos direitos fundamentais e elaborado dentro de uma sociedade democrática regida por valores fixados na Carta Constitucional e internalizados por meio dos princípios jurídicos - normas jurídicas dotadas de efetividade.

Dentro deste contexto, a promulgação da Constituição da República de 1988 trouxe novas perspectivas para a sociedade brasileira no tocante à legitimação das Ações Afirmativas por meio do Princípio da Juridicidade que permite a aplicação direta e imediata das normas constitucionais pela Administração Pública, permitindo a realização dos objetivos constitucionais elencados no seu Artigo 3º e incisos I, II, III, IV.

Buscar-se-á, neste artigo, trazer à baila o papel constitucional da Advocacia-Geral da União na defesa do Princípio da Juridicidade nas ações de controle de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal (ADI n. 3239), notadamente, na constitucionalidade do Decreto n. 4.887/2003 que regulamenta o procedimento para titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades quilombolas.

Antes, porém, far-se-á necessário tecer um breve panorama em torno da constitucionalização do direito administrativo e da (re) definição do papel da Administração Pública no Estado Democrático de Direito brasileiro.

1 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO E A (RE) DEFINIÇÃO DO PAPEL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A (re) construção do Direito constitucional com a nova hermenêutica ocorreu após a segunda metade do século XX, mais precisamente após a Segunda Guerra Mundial, causando uma mudança estrutural e significativa na teoria da Constituição e do Estado.

No segundo Estado de Direito constitucional, já do século XX, de conteúdo jurídico - objetivo dos direitos fundamentais traduzido em uma tábua de valores, da inexistência da separação clássica dos poderes e de inter-relação entre o cidadão, a sociedade e o Estado, a Constituição

passa a ser o ordenamento jurídico fundamental do estado e da sociedade (Konrad Hesse, 1919-2005).

A reafirmação do poder constituinte ocorrido em meados do século XX, a partir da Constituição de Weimar de 1919, possibilitou a afirmação da legalidade constitucional que limitou a supremacia do parlamento fundado sobre o princípio da maioria e da vontade do povo através das limitações decorrentes dos princípios jurídicos constitucionais.¹

Se a velha hermenêutica constitucional, regida pelo positivismo lógico-formal, havia a subsunção do texto constitucional ao fato concreto, e a Constituição, por seu turno, era concebida como formalista, fechada e com seu sentido formal coincidente com seu sentido material, a nova hermenêutica constitucional, inspirada por uma teoria material de valores e cujo ponto culminante se alcança mediante o conceito de concretização (Frederich Müller, 1938), a sua força normativa aparece, simultaneamente, no texto e na realidade em constante reconstrução. Segundo Müller:

‘Concretizar’ não significa aqui, portanto, à maneira do positivismo antigo, interpretar, aplicar, subsumir silogisticamente e inferir. E também não, como no positivismo sistematizado da última fase de Kelsen, ‘individualizar’ uma norma jurídica genérica codificada na direção do caso individual ‘mais restrito’. Muito pelo contrário, ‘concretizar’ significa: produzir, diante da provocação pelo caso de conflito social, que exige uma solução jurídica, a norma jurídica defensável para esse caso no quadro de uma democracia e de um Estado de Direito.²

Esse percurso dará azo ao surgimento do sistema constitucional como expressão elástica e flexível, permitindo perceber o sentido tomado pela Constituição em face da ambivalência social causada pelos movimentos de renovação e antagonismo à escola positivista.

Nesse trajeto, vários autores alemães tiveram papel de destaque na fixação de novos rumos impostos ao Direito constitucional, tendo por base a *Tópica* e a *Nova Hermenêutica*, dentre eles, Theodor Viehweg, com *Tópica e Jurisprudência*, estampado em 1953; Martin Kriele, com *Teoria da Produção Jurídica*, de 1967; Joseph Esser, com *Pré-compreensão*

1 FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución de la antigüedad a nuestros dias*. Tradução de Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2001. p. 160.

2 MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do direito constitucional*. 4. ed. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 129-130.

e *Escolha dos Métodos na Aplicação do Direito*, de 1970; Friedrich Müller, com *Metódica Jurídica*, de 1971.³

Assim, no atual momento pós-positivista do Direito, aliado à reconhecida força normativa da Constituição - não meramente diretriz abstrata direcionada ao legislador - reconhece-se a centralidade da Constituição dentro de um discurso voltado para a proteção dos direitos fundamentais e elaborado dentro de uma sociedade democrática regida por valores fixados na Constituição e internalizados por meio dos princípios jurídicos - normas jurídicas dotadas de efetividade.

Luis Roberto Barroso, discorrendo sobre a constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo, sustenta que esta ideia de constitucionalização do direito relaciona-se a um efeito expansivo das normas constitucionais e cujo conteúdo, material e axiológico, se irradia com força normativa por todo o sistema jurídico e, especificamente quanto à Administração Pública, esta constitucionalização:

- i) limitar-lhe a discricionariedade e;
- ii) impor a ela deveres de atuação, ainda;
- iii) fornece fundamento de validade para a prática de atos de aplicação direta e imediata da Constituição, independentemente do legislador ordinário.⁴

Ainda, segundo Barroso, a enunciação expressa dos princípios do Direito Administrativo pela Constituição Federal de 1988, notadamente, após a Emenda Constitucional n. 19, de 04.06.1998, acrescentando o princípio da eficiência ao lado da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, possibilitou a alteração da qualidade das relações entre Administração e administrado mediante a superação dos paradigmas tradicionais.⁵

Pode-se entender, em conclusão, que neste ambiente de constitucionalização do direito administrativo e de alteração das relações sociais, a relevância do papel do Executivo se torna evidente e essencial

3 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 584.

4 BARROSO, Luis Roberto Barroso. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 32-33.

5 Para Barroso, neste novo estágio, supera-se a ideia restrita de vinculação positiva do administrador à lei, podendo e devendo atuar por fundamento direito na Constituição, independentemente de qualquer manifestação do legislador ordinário. Assim, o princípio da legalidade transmuda-se em princípio da constitucionalidade ou, mais propriamente, em princípio da juridicidade. (BARROSO, 2008, op. cit., p. 49-50)

na aplicação direta da norma constitucional bem como na aplicação de norma infraconstitucional mediante atribuição de sentido compatível com a realização dos fins constitucionais, o que levará a uma interpretação conforme a Constituição.

2 O PAPEL DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO NA EFETIVIDADE DO PRINCÍPIO DA JURIDICIDADE APÓS A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Como já foi discorrido em outros trabalhos deste articulista, a integração da Advocacia-Geral da União no rol de instituições públicas elevadas à categoria de Funções Essenciais à Justiça no Capítulo IV – mas não no nos Capítulos que tratam dos Poderes da República (Capítulos I, II e III) da Constituição Federal de 1988 - demonstra, inequivocamente, a importância desta instituição da República na defesa dos interesses públicos primários.

Dessa maneira, visando sempre a concretização da Justiça, a Advocacia-Geral da União não está inserida dentro de um ou outro dos Poderes do Estado, mas englobada dentro de um bloco único juntamente com as instituições públicas do Ministério Público e a Defensoria Pública, como se constituíssem um quarto poder dentro do Título IV da Constituição.

Para Junqueira Ramos, quando o legislador constitucional de 1988 qualificou a Advocacia-Geral da União como uma instituição, pretendeu que sua atuação não fosse simplesmente como um órgão da Administração Pública, ressaltando que:

O constituinte de 1988 manteve, de um lado, os três Poderes tradicionais, segundo o clássico modelo pensado por Montesquieu, bem assim as funções respectivas de legislar, executar e julgar. Paralelamente, criou as Funções Essenciais à Justiça, entre essas a Advocacia-Geral da União que, sem características de Poder orgânico, tem por objetivo de atuar diretamente na representação da União Federal, prestando consultoria e assessoramento jurídico ao Poder Executivo com independência.⁶

Em que pese o entendimento proferido pelo Supremo Tribunal Federal na ADI n. 470/AM⁷, no sentido da limitação técnica do Advogado

6 RAMOS, William Junqueira. *A Advocacia-Geral da União e a defesa do interesse público primário*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2015. p. 35.

7 Sobre este assunto, verifique-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 470 AM, Rel. Min. Ilmar Galvão. *Diário da Justiça da União*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=470&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 11 out. 2018.

Público, havendo necessidade de autorização do seu superior hierárquico para reconhecimento de direito, Diogo de Figueiredo Moreira Neto considera duas conquistas do direito público contemporâneo: o sistema de participação política e o sistema de Funções Essenciais à Justiça, aperfeiçoado com as garantias para uma atuação independente.⁸

Sob essa ótica e dentro do Estado Democrático de Direito brasileiro, cabe à Advocacia-Geral da União exercer seu profícuo papel de zelar pela legalidade dos atos administrativos da União Federal, alertando ao Administrador Público sobre o descompasso da aplicação da lei (dentro da seara administrativa) ou provocando os órgãos do Poder Judiciário para colocar o Estado dentro do passo correto do direito e da juridicidade.

Ressalte-se aqui a manifestação do Advogado-Geral da União pela procedência da ADI 4.249/SP, em que foi impugnada a Lei n. 13.521/09 do Estado de São Paulo, que proíbe o consumo de cigarros em áreas de uso coletivo. Defendeu-se, em parecer favorável à inconstitucionalidade formal da lei paulista, o argumento de que se já existe lei federal sobre o tema, o ato normativo estadual invadiu a competência da União para dispor sobre normas gerais (Competência concorrente – Art. 24, XII, § 2º e § 4º da CF/88).⁹

Após vários debates nos votos proferidos na ADI 3916/DF¹⁰, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria, entendeu que o Advogado-Geral da União, enquanto chefe de uma instituição constitucional que exerce função essencial à Justiça, pode manifestar-se pela defesa ou não do ato normativo abstratamente impugnado perante a Corte, de acordo com sua convicção jurídica a respeito do tema e sem ferir o imperativo constitucional determinado pelo Artigo 103, § 3º da Constituição Federal.¹¹

Por vezes, como curador da presunção de constitucionalidade do ato normativo impugnado, o Advogado-Geral da União poderá manifestar-se, no mérito, pela procedência ou improcedência do pedido de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, trazendo os argumentos técnicos capazes de justificar a medida de política pública aplicada

8 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. As funções essenciais à justiça e as procuraturas constitucionais. *Revista de informação legislativa*, v. 29, n. 116, p. 72-102, out./dez., 1992. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/175998/000466608.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 26 jan. 2018.

9 MORAIS, Dalton Santos. *Controle de constitucionalidade*. Salvador: Juspodivm, 2010. p. 218.

10 Sobre este assunto, verifique-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3916 DF, Rel. Min. Eros Grau. *Diário da Justiça da União*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3916&classe=AD>>. Acesso em: 16 out. 2018.

11 Prescreve o Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) § 3º. Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26 jan. 2018.

e questionada no Poder Judiciário. Por vezes, esses argumentos são suficientes para auxiliar o julgador no conhecimento dos aspectos técnicos das demandas, o que se torna importante no âmbito da fiscalização abstrata de inconstitucionalidade.¹²

Segundo Berlandi, a atuação do Advogado de Estado deve zelar não simplesmente em prol da legalidade, mas prevalência do “bom direito”, sendo, ainda, *custos legis* – atribuição que não somente cabe aos membros do Ministério Público – na medida em que cumpre fiscalizar a lei ao controlar os atos da administração via emissão de pareceres vinculantes e súmulas administrativas.¹³

Verifica-se, portanto, que o papel da Advocacia-Geral da União deve ser pautado pelas balizas da advocacia do Estado em defesa da sociedade, da ordem jurídica e do interesse público, mas não simplesmente uma advocacia de Governo, restrita à defesa do interesse de um governo transitório. Nesse sentido, expressa-se Junqueira Ramos:

Por isso, dentro do enfoque da advocacia de Estado e não de governo, é importante rememorar que os Procuradores Públicos não estão submetidos à hierarquia administrativa de qualquer dos Poderes do Estado e, nas palavras de Derly Barreto e Silva Filho, não recebem ordens de quem quer que seja. Afinal, exercem função essencial à justiça, controlando os atos administrativos sob a ótica da legalidade, legitimidade e da licitude, preservando, promovendo e assegurando os interesses públicos primários entregues à cura do Estado, misteres que não podem ficar condicionados à relação de subordinação administrativa.¹⁴

Diante dessas premissas, a Advocacia-Geral da União vem atuando nas Ações Afirmativas propostas perante o Supremo Tribunal Federal e defendendo, com afinco, a aplicabilidade direta da Constituição pela Administração Pública, bem como a inconstitucionalidade das normas incompatíveis com a Carta Constitucional e a interpretação das normas infraconstitucionais conforme a Constituição, conformando-lhes o sentido e o alcance, como se verá neste artigo.

12 NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *Advocacia pública e política pública*. Disponível em: <<http://biblioteca.jfjb.jus.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/41/41>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

13 BELANDI, Victor César. Advocacia de estado ou de governo?: reflexões sobre a advocacia dos interesses públicos constitucionalmente cometidos à administração do estado. *Revista da AGU*, Brasília, ano 14, n.03, p. 231-260, jul./set., 2015.

14 RAMOS, op. cit., p. 75.

3 A DEFESA JUDICIAL DO PRINCÍPIO DA JURIDICIDADE DO DECRETO N. 4.887/2003 QUE REGULAMENTA O PROCEDIMENTO PARA TITULAÇÃO DAS TERRAS OCUPADAS POR REMANESCENTES DAS COMUNIDADES DOS QUILOMBOS PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Em que pese o Brasil ser signatário da *Comissão Internacional para a eliminação de todas as formas de discriminação racial* que foi aberta à assinatura em Nova York, sendo firmada pelo Brasil aos 07 de março de 1966, aprovado por Decreto Legislativo (n. 23, de 21 de junho de 1967), depositado junto ao Secretário-Geral das Nações Unidas, aos 27 de março de 1968, e com entrada em vigor em conformidade com seu artigo 19, aos 04 de janeiro de 1969, ainda se caminha a passos lentos para a implementação das ações afirmativas em favor do negro.¹⁵

Dando uma perspectiva realista do contexto discriminatório da sociedade brasileira, mesmo após a promulgação da citada Convenção Internacional (*Decreto Presidencial n. 65.810, de 08 de dezembro de 1969*), aponta Souza Cruz:

Neste sentido, no campo penal, as normas repressivas previstas nas Leis n. 7.716/89 e 9.458/97 permanecem quase em desuso. No aspecto laboral, permanecem, ainda, exigências de “boa aparência” pelo mercado de trabalho. Mantém-se também, violência policial, fato denunciado recentemente pela Ouvidoria de Polícia do Estado de São Paulo. O estudo revelou que as vítimas de homicídios praticados por policiais, especialmente com tiros pelas costas ou na cabeça, são desproporcionalmente maiores quando se trata de pretos e pardos.¹⁶

Apesar da lentidão na concretização da implementação das ações afirmativas, inegável o avanço e efetivação de algumas medidas eficazes dentro do estado democrático e social de direito brasileiro.

No âmbito legislativo, a Lei Federal n. 7.668, de 22 de agosto de 1988, com as alterações efetuadas pela Medida Provisória n. 2.216-37, de 31 de agosto de 2001, autorizou o Poder Executivo a criar a Fundação Cultural Palmares (FCP) para promover e apoiar eventos com o objetivo de interação cultural, social, econômica e política do negro no contexto social do país (art. 2º, I), bem como a identificação dos remanescentes das comunidades dos quilombolas, procedendo ao reconhecimento, à delimitação e à demarcação das terras por eles ocupadas (art. 2º, III).

15 Disponível em: <www2.camara.leg.br>.

16 CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *O direito à diferença*. 3. ed. Belo Horizonte: Arraes, 2009. p. 206.

O ordenamento jurídico brasileiro avançou ao promulgar o *Estatuto da Igualdade Racial (Lei n. 12.288, de 20 de julho de 2010)* dando sequência e efetividade às disposições integrantes da Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de Discriminação Racial.

A referida Lei 12.288/2010, destinada a garantir à população negra a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos éticos individuais, coletivos e difusos, o combate à discriminação e às demais formas de intolerância ética (art. 1o, caput), trouxe, ainda, alterações na *Lei 7.716, de 05 de janeiro de 1989*, que definiu os crimes resultantes de preconceito de raça e cor.

No âmbito do Executivo, o Decreto n. 4.887, de 20 de novembro de 2003, “regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombolas de que trata o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias”, bem como regulamentou a Lei federal n. 7.668, de 22.08.2001.

Ainda, foi implementada Ações Afirmativas em favor dos negros pela então Presidente da República, Dilma Rousseff, que decretou e sancionou a lei 12.519, de 10 de novembro de 2011. Assim, foi instituído no Estado brasileiro o Dia Nacional de Zumbi e da Consciência Negra, com data fixada para o dia 20 de novembro, referência do dia do falecimento do líder Zumbi dos Palmares.

Em sequência, o IPHAN, Instituto responsável pela preservação do Patrimônio Cultural brasileiro, fez incluir o CAIS DO VALONGO, localizado na cidade do Rio de Janeiro, como o 21º Patrimônio Histórico brasileiro da humanidade – UNESCO.

Na seara judicial, decisões importantes proferidas pelo Supremo Tribunal Federal demonstram que o Poder Judiciário vem assumindo um importante papel na sustentação das políticas públicas de caráter inclusivo e de índole compensatória em favor de grupos sociais faticamente excluídos traçadas pelo Poder Executivo e Legislativo dentro do Estado Democrático de Direito brasileiro.

Dentre algumas decisões, ressalte-se a *ADI n. 3239/DF*, em favor da constitucionalidade do Decreto 4.887/2003, que regulamenta o procedimento para titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades quilombolas em cumprimento ao comando constitucional previsto no art. 68 do ADCT.

Em defesa da proteção e da efetivação da Política Pública de reconhecimento, delimitação e demarcação das terras ocupadas pelos remanescentes das comunidades ocupadas previstas no Decreto n. 4.887/2003, o Advogado-Geral da União, nos termos do já mencionado

artigo 103, § 3º da Constituição Federal, manifestou-se pela improcedência da *ADI n. 3239/DF*, nos seguintes termos abaixo reproduzidos, *verbis*:

[...]

Caso não acolhidas as preliminares suscitadas, entende o Advogado-Geral da União que o pedido formulado na presente ação direta de inconstitucionalidade é improcedente, tendo em vista sua indiscutível compatibilidade com a legislação que lhe dá fundamento e, principalmente, com a Constituição Federal¹⁷ (grifo nosso).

Utilizando-se dos argumentos desenvolvidos e apresentados pela Advocacia-Geral da União, decidiram os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a presidência do Ministro Ricardo Lewandowski e nos termos do voto do Ministro Relator, César Peluso, julgar improcedente a ação. Reprise-se trechos da Ementa da decisão, aqui reproduzida:

EMENTA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DECRETO Nº 4.887/2003. PROCEDIMENTO PARA IDENTIFICAÇÃO, RECONHECIMENTO, DELIMITAÇÃO, DEMARCAÇÃO E TITULAÇÃO DAS TERRAS OCUPADAS POR REMANESCENTES DAS COMUNIDADES DOS QUILOMBOS. ATO NORMATIVO AUTÔNOMO. ART. 68 DO ADCT. DIREITO FUNDAMENTAL. EFICÁCIA PLENA E IMEDIATA. INVASÃO DA ESFERA RESERVADA A LEI. ART. 84, IV E VI, “A”, DA CF. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. INOCORRÊNCIA. CRITÉRIO DE IDENTIFICAÇÃO. AUTOATRIBUIÇÃO. TERRAS OCUPADAS. DESAPROPRIAÇÃO. ART. 2º, CAPUT E §§ 1º, 2º E 3º, E ART. 13, CAPUT E § 2º, DO DECRETO Nº 4.887/2003. INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL. INOCORRÊNCIA. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO.

1. Ato normativo autônomo, a retirar diretamente da Constituição da República o seu fundamento de validade, o Decreto nº 4.887/2003

17 Sobre este assunto, verifique-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3239 DF, Rel. Min. Cezar Peluso. *Diário da Justiça da União*. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2227157>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

apresenta densidade normativa suficiente a credenciá-lo ao controle abstrato de constitucionalidade.

[...]

4. O art. 68 do ADCT assegura o direito dos remanescentes das comunidades dos quilombos de ver reconhecida pelo Estado a propriedade sobre as terras que histórica e tradicionalmente ocupam direito fundamental de grupo étnico-racial minoritário dotado de eficácia plena e aplicação imediata. Nele definidos o titular (remanescentes das comunidades dos quilombos), o objeto (terras por eles ocupadas), o conteúdo (direito de propriedade), a condição (ocupação tradicional), o sujeito passivo (Estado) e a obrigação específica (emissão de títulos), mostra-se apto o art. 68 do ADCT a produzir todos os seus efeitos, independentemente de integração legislativa.

5. Disponíveis à atuação integradora tão-somente os aspectos do art. 68 do ADCT que dizem com a regulamentação do comportamento do Estado na implementação do comando constitucional, não se identifica, na edição do Decreto 4.887/2003 pelo Poder Executivo, mácula aos postulados da legalidade e da reserva de lei. Improcedência do pedido de declaração de inconstitucionalidade formal por ofensa ao art. 84, IV e VI, da Constituição da República.

[...]

7. Incorporada ao direito interno brasileiro, a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, consagra a “consciência da própria identidade” como critério para determinar os grupos tradicionais aos quais aplicável, enunciando que Estado algum tem o direito de negar a identidade de um povo que se reconheça como tal.

8. Constitucionalmente legítima, a adoção da autoatribuição como critério de determinação da identidade quilombola, além de consistir em método autorizado pela antropologia contemporânea, cumpre adequadamente a tarefa de trazer à luz os destinatários do art. 68 do ADCT, em absoluto se prestando a inventar novos destinatários ou ampliar indevidamente o universo daqueles a quem a norma é dirigida. O conceito vertido no art. 68 do ADCT não se aparta do fenômeno objetivo nele referido, a alcançar todas as comunidades historicamente vinculadas ao uso linguístico do vocábulo quilombo. Adequação do emprego do termo

“quilombo” realizado pela Administração Pública às balizas linguísticas e hermenêuticas impostas pelo texto-norma do art. 68 do ADCT. Improcedência do pedido de declaração de inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, do Decreto 4.887/2003.

[...]

10. O comando para que sejam levados em consideração, na medição e demarcação das terras, os critérios de territorialidade indicados pelos remanescentes das comunidades quilombolas, longe de submeter o procedimento demarcatório ao arbítrio dos próprios interessados, positiva o devido processo legal na garantia de que as comunidades tenham voz e sejam ouvidas. Improcedência do pedido de declaração de inconstitucionalidade do art. 2º, §§ 2º e 3º, do Decreto 4.887/2003.

11. Diverso do que ocorre no tocante às terras tradicionalmente ocupadas pelos índios – art. 231, § 6º – a Constituição não reputa nulos ou extintos os títulos de terceiros eventualmente incidentes sobre as terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos, de modo que a regularização do registro exige o necessário o procedimento expropriatório. A exegese sistemática dos arts. 5º, XXIV, 215 e 216 da Carta Política e art. 68 do ADCT impõe, quando incidente título de propriedade particular legítimo sobre as terras ocupadas por quilombolas, seja o processo de transferência da propriedade mediado por regular procedimento de desapropriação. Improcedência do pedido de declaração de inconstitucionalidade material do art. 13 do Decreto 4.887/2003¹⁸ (grifo nosso).

Constata-se que, no referido Parecer técnico encaminhado pela Advocacia-Geral da União, foi ressaltado que os atos do Poder Público, notadamente, o Decreto n. 4.887/2003, não invadiu esfera à lei, mas regulou o comportamento do Estado na implementação do comando constitucional previsto no Artigo 68 do ADCT. Houve, portanto, mero exercício do poder regulamentar da Administração, nos limites estabelecidos pelo art. 84, VI, da Constituição federal. Senão vejamos alguns trechos, *verbis*:

[...] “*Desta forma, o critério de identificação da ‘auto-atribuição’ fixado pela norma do art. 2º do Decreto n. 4.887, de 2003, não incorre em*

18 Sobre este assunto, verifique-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3239 DF, Rel. Min. Cezar Peluso. *Diário da Justiça da União*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749028916>>. Acesso em: 01 fev. 2019.

inconstitucionalidade. Antes, à luz da norma constitucional regente (art. 215 e art.216, da CF C/C Art. 68 do ADCT), que em sua ‘relativa’ indefinição quanto aos critérios a serem adotados nesse processo de reconhecimento, ele busca o conceito de quilombos nos métodos oferecidos pela Antropologia”.

[...]

Neste sentido, têm os juristas se valido dos conhecimentos antropológicos para precisar, ao máximo, o conceito de ‘remanescentes as comunidades dos quilombos’, definindo o sentido e o alcance da norma do art. 68 do ADCT.

[...]

O Decreto n. 4.887, de 2003, no art.2º c parágrafos, de forma irreparável, adotou esses critérios, não havendo portanto, cogitar-se de inconstitucionalidade. Ademais, o Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004, que promulgou a Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre Povos Indígenas e Tribais, adota o critério da ‘consciência’ como critério fundamental para determinação da identidade indígena e tribal (art. 1º; 2), o que implica a recepção, em nível legal, do mesmo critério adotado pelo Decreto n. .887, de 2003, c, por conseguinte, sua constitucionalidade e legalidade¹⁹ (grifo nosso).

Note-se que o Decreto n. 4.887/2003, expedido pelo Poder Executivo no seu exercício pleno do seu poder regulamentar e nos limites estabelecidos pelo art. 84, VI da Constituição Federal, fez, tão somente, regulamentar diretamente o comportamento administrativo estatal para implementação do comando constitucional previsto no art. 68 do ADCT que estabelece que “aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos”.

Não há, portanto, neste ambiente de constitucionalização do direito administrativo e de alteração das relações sociais entre Administração e Administrado, impedimento à aplicação direta do art. 68 do ADCT, por Decreto, para conferir efetividade direta à norma constitucional e realização máxima dos fins constitucionais mediante uma interpretação conforme a Constituição.

19 Sobre este assunto, verifique-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3239 DF, Rel. Min. Cezar Peluso. *Diário da Justiça da União*. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2227157>>. Acesso em: 01 fev. 2019.

Discorrendo sobre a legitimidade da regulação administrativa por meio da deslegalização das matérias, Sérgio Guerra desenvolve sua tese de reflexividade administrativa como nova fórmula para viabilizar a escolha regulatória de pensar a situação concreta para a construção da escolha administrativa concernente com o atual papel do direito administrativo e preservando-se a vontade da Constituição. Neste sentido salienta:

A escolha administrativa em sede de regulação de subsistemas permeados pelo sistema social revela-se uma necessidade do Estado pós-moderno, um expediente atenuador e de cooperação entre os Poderes Legislativo e Executivo. Desta forma, sustentou-se que a categoria ‘regulação administrativa’ se apresenta como uma nova etapa, uma real evolução do processo de mutação da escolha administrativa, que poderá ser legitimada e conformada ao contexto jurídico-constitucional brasileiro por meio da deslegalização de matérias, a conviver com as regras constitucionais e com a primeira fonte normativa ordinária: a lei.

Quando se cogitou a aplicação da deslegalização, não se quis sustentar a retirada da base legalitária para a atuação das entidades administrativas na regulação de atividades econômicas e setores sensíveis à sociedade – saúde, vigilância sanitária etc. O que se buscou perfilar foi a autorização, prevista na própria norma primária, para que entes descentralizados do poder público possam complementar o marco regulatório de determinado subsistema especializado sem estar atrelado às poucas situações previstas – caso eventualmente detalhadas – anteriormente pela lei.²⁰

Para Bertolini, citando Jorge Miranda, “a garantia da constitucionalidade [...] afere-se perante cada comportamento de órgãos do poder político ou, mediatamente, perante cada relação ou situação da vida subordinada à Constituição; e significa que nesta relação ou situação prevalece a norma constitucional que sobre ela incide”.²¹

Em realidade, a defesa judicial da Advocacia-Geral da União em favor do Decreto n. 4.887/2003 e da concretização da política

20 GUERRA, Sérgio. *Discrecionalidade e reflexividade*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 263.

21 BERTOLINI, Lia Beatriz Carvalho. *Jurisdição constitucional como garantia para a proteção dos direitos fundamentais: uma análise comparada para modelos de controle de constitucionalidade*. Publicações da Escola da AGU, Brasília, ano 09, n.01, p. 47-66, jan./mar. 2017.

pública de reconhecimento da propriedade das terras ocupadas pelos remanescentes das comunidades dos quilombolas vai de encontro com o compromisso da Constituição Federal de 1988 de construção de uma sociedade livre, justa e solidária e com a redução das desigualdades sociais (art. 3º, I e III, da CF). Há, com efeito, convergência com as dimensões da luta pelo reconhecimento expressa no fator de determinação da identidade distintiva de grupo étnico-cultural, bem como pela demanda por justiça socioeconômica, de caráter redistributivo aqui pontualmente compreendida no fator de medição e demarcação das terras.

A defesa judicial da aplicação das ações afirmativas pela Advocacia Pública da União, perante o Supremo Tribunal Federal, ajuda a concretizar a ideia de luta pelo reconhecimento, entendida como num quadro de interpretação intersubjetivo crítico de processos de evolução social, somente podendo ser caracterizada de social à medida em que seus objetivos se deixam generalizar para além do horizonte das intenções individuais, chegando a se tornar a base de um movimento coletivo. Neste contexto, delimitando este conceito social, Honneth sustenta:

Dessa delimitação categorial já resulta um primeiro conceito preliminar e rudimentar do que deve ser entendido por luta social no contexto de nossas considerações: trata-se de um processo prático no qual experiências individuais de desrespeito são interpretadas como experiências cruciais típicas de um grupo inteiro, de forma que elas podem influir, como motivos diretores da ação, na exigência coletiva por relações ampliadas de reconhecimento.²²

No presente caso específico em que se coloca em xeque o Princípio da Juridicidade, a participação da advocacia pública da União foi decisiva para dar sustentabilidade à concretização da política pública mediante a defesa da aplicação da ação afirmativa por ato jurídico do Poder Executivo (Decreto n. 4.887/2003).

4 CONCLUSÃO

De todo o exposto, constatou-se que a Advocacia-Geral da União vem cumprindo seu papel institucional e independente na realização do “bom Direito” e na defesa da aplicação das Políticas Públicas, notadamente, após a Constituição Federal de 1988.

²² HONNETH, Axel. *A luta por reconhecimento: a garantia moral dos conflitos sociais*. 2. ed. Tradução de Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2009. p. 257.

Ainda, verificou-se que a Advocacia-Geral da União vem exercendo com relevância sua função constitucional em defesa do Princípio da Juridicidade e, com efeito, das ações afirmativas em favor das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombolas perante o Supremo Tribunal Federal.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto Barroso. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BELANDI, Victor César. Advocacia de estado ou de governo?: reflexões sobre a advocacia dos interesses públicos constitucionalmente acometidos à administração do Estado. *Revista da AGU*, Brasília, ano 14, n.03, p. 231-260, jul./set., 2015.

BERTOLINI, Lia Beatriz Carvalho. Jurisdição constitucional como garantia para a proteção dos direitos fundamentais: uma análise comparada para modelos de controle de constitucionalidade. *Publicações da Escola da AGU*, Brasília, ano 09, n.01, p. 47-66, jan./mar., 2017.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *O direito à diferença*. 3. ed. Belo Horizonte: Arraes, 2009.

FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución de la antigüedad a nuestros días*. Tradução de Manuel Martinez Neira. Madrid: Trotta, 2001.

GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade e reflexividade*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

HONNETH, Axel. *A luta por reconhecimento: a garantia moral dos conflitos sociais*. 2. ed. Tradução de Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2009.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *Advocacia pública e política pública*. Disponível em: <<http://biblioteca.jfbp.jus.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/41/41>>. Acesso em: 10 fev. 2019.

MORAIS, Dalton Santos. *Controle de constitucionalidade*. Salvador: Juspodium, 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. As funções essenciais à justiça e as procuraturas constitucionais. *Revista de informação legislativa*, v.29, n. 116, p. 72-102, out./dez., 1992.

MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do direito constitucional*. 4. ed. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

RAMOS, William Junqueira. *A Advocacia-Geral da União e a defesa do interesse público primário*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2015.