



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
DEPARTAMENTO DE CONSULTORIA

PARECER n. 00032/2015/DEPCONSU/PGF/AGU

NUP: 01420.004466/2013-29

INTERESSADOS: PROCURADORIA FEDERAL JUNTO AO DNPM

ASSUNTOS: Controvérsia jurídica entre DNPM e Fundação Cultural Palmares envolvendo a aplicação da Convenção OIT 169 (Decreto Federal nº 5.051/2004).

EMENTA:

CONTROVÉRSIA JURÍDICA NÃO CONCILIADA ENTRE DEPARTAMENTO NACIONAL DE PRODUÇÃO MINERAL E FUNDAÇÃO CULTURAL PALMARES ACERCA DA APLICAÇÃO DO PROCEDIMENTO DE CONSULTA DE QUE TRATA A CONVENÇÃO OIT 169 NOS PROCESSOS DE CONCESSÃO DE TÍTULOS MINERÁRIOS EM ÁREAS QUILOMBOLAS.

I - Compreensão das comunidades quilombolas ou remanescentes das comunidades de quilombos enquanto sujeitos de direitos fundamentais, cuja aplicação é imediata. Direitos não absolutos que, em tese, possibilitam afetações de outros direitos ou interesses, sobretudo, de natureza pública. Aplicação do Princípio da Proporcionalidade. Parecer AGU/MC - 1/2006, aprovado em 28/12/2006 pelo AGU.

II – Aplicação das disposições da Convenção OIT 169 sobre povos indígenas e tribais, promulgada pelo Decreto 5.051/2004. Necessidade de consulta a comunidades quilombolas quando da ocorrência de atividades minerárias que diretamente lhes afetem, nos termos dos arts.6º, 1 e 2, e art.15, 2.

III - Consideração (não vinculação) pelo DNPM sobre o que colhido na consulta a comunidades quilombolas em procedimentos internos que visem a atos autorizativos de atividades minerárias que afetarão *diretamente* essas comunidades, sob pena de nulidade.

Senhor Diretor do Departamento de Consultoria,

RELATÓRIO

1. Trata-se de encaminhamento pela Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal, da Consultoria-Geral da União - CCAF/CGU/AGU de controvérsia jurídica não conciliada, iniciada a partir da demanda da Ação Civil Pública objeto do processo nº 0002855-94.2013.4.03.6104, proposta pela Defensoria Pública da União em face do Departamento Nacional de Produção Mineral – DNPM, em trâmite na

4ª Vara Federal de Santos/SP.

2. A fim de apresentar o histórico do caso e as razões do encaminhamento dos autos pela CCAF/CGU/AGU, destaca-se o que disposto na NOTA N° 077/2014/CCAF/CGU/AGU-HLC, encaminhada a este Departamento de Consultoria-DEPCONSU/PGF:

"1.Os autos reportam-se à Ação Civil Pública n° 0002855-94.2013.4.03.6104, proposta pela Defensoria Pública da União em face do Departamento Nacional de Produção Mineral – DNPM, em trâmite na 4ª Vara Federal de Santos/SP, na qual é questionada a concessão de alvará de pesquisa em área ocupada pela Comunidade Quilombola de Porto Velho, na cidade de Iporanga/SP, no Vale do Ribeira, com pedido de suspensão das autorizações já concedidas dentro da área quilombola e a não emissão de novas autorizações, salvo se observado o procedimento de consulta previsto na Convenção n° 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT.

2. Na manifestação de fl. 13, a Procuradoria Federal junto à Fundação Cultural Palmares manifestou seu interesse na referida ACP e requereu autorização do Procurador-Geral Federal para ingressar no feito na qualidade de assistente no polo ativo. Também sugeriu o encaminhamento da questão à CCAF.

3. Por outro lado, a Procuradoria Federal junto ao DNPM ratificou os termos do PARECER n.º 457/2010/HP/PROGE/DNPM, que concluiu pela ausência de impedimento legal para o desenvolvimento de atividades de mineração em terras quilombolas e indicou representante caso seja instaurado procedimento conciliatório.

4. Pelo Departamento de Contencioso da PGF foi exarado PARECER n.º 98/2013/NOEJ/DEPCONT/PGF/AGU relatando a controvérsia e sugerindo o envio do processo à CCAF.

5. Em suma, a controvérsia jurídica sobre a qual recai a divergência entre órgãos da Administração Federal diz respeito à aplicação do procedimento de consulta previsto na Convenção n.º 169 da OIT aos processos de concessão de títulos minerários em área quilombola.

6. Consta ainda nos autos a Nota s/n/DEPCONT/PGF/AGU, que se reporta ao Grupo de Trabalho Interministerial instituído pela Portaria n.º 35 de 27 de janeiro de 2012, criado para discutir e regulamentar os mecanismos de consulta previstos na referida Convenção.

7. Na CCAF, por meio da Cota n.º 007/2014, o processo foi distribuído por prevenção à conciliadora que ora subscreve para que fosse realizado o juízo de admissibilidade, conforme art. 18, inciso I, do Decreto 7.392/2010.

8. Após análise dos autos, foi emitida Cota n.º 016/2014 sugerindo que, antes da instauração do procedimento conciliatório, fosse realizada reunião de instrução para colheita de informações a respeito das discussões travadas no Grupo de Trabalho Interministerial.

9. Marcada para o dia 06 de fevereiro de 2014, a reunião

preliminar de instrução (Termo de Reunião n.º 12/2014/CCAF/CGU/AGU) teve os seguintes encaminhamentos:

1. Os representantes do DNPM comprometeram-se a discutir com a Direção da autarquia e com o representante do MME no GTI a aplicação do procedimento de consulta previsto na Convenção 169 da OIT aos processos de concessão de títulos minerários em área quilombola e manifestar-se formalmente no prazo de 60 dias.
2. Os representantes da FCP comprometeram-se a peticionar nos autos da Ação Civil Pública nº 0002855-94.2013.4.03.6104 requerendo a suspensão do feito pelo prazo de 120 dias. Prazo de 15 dias.
3. Caso o DNPM mantenha o posicionamento atual, o processo seguirá para o Departamento de Consultoria da Procuradoria-Geral Federal, responsável pela coordenação e orientação das atividades de consultoria e assessoramento jurídicos dos órgãos de execução da PGF.

10. Em cumprimento ao TR 12/2014, a Procuradora-Chefe Substituta da PF/DNPM, por meio do Ofício n.º 15/2014/SC/PF-DNPM-DF/PGF/AGU, encaminhou à CCAF manifestação da autarquia minerária amparada no Parecer n.º 204/2014/HP/PF-DNPM-DF-PGF e respectivas aprovações.

11. Este é o relato dos fatos.

12. Como já dito, o **cerne principal da controvérsia em discussão diz respeito à aplicação do procedimento de consulta previsto na Convenção n.º 169 da OIT aos processos de concessão de títulos minerários em área quilombola.**

13. **A FCP defende a aplicabilidade da Convenção e a necessidade de consulta às comunidades afetadas sempre que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-las diretamente. Defende ainda que cabe ao DNPM, no curso dos processos administrativos de concessão de alvará de lavra ou pesquisa minerárias em área quilombola, proceder à consulta às comunidades afetadas.**

14. Por sua vez, o DNPM amparado no Parecer PROGE/DNPM 457/2010-HP, cujo entendimento foi confirmado pelo Parecer n.º 204/2014/HP/PROGE/DNPM afirma que “as comunidades quilombolas não constituem *povos tribais* e, por essa razão, não podem ser consideradas sujeitos de direito da Convenção n.º 169 da OIT”, bem como que “o referido ato convencional não é auto aplicável, dependendo, para sua plena incidência, da incidência intermediação normativa, isto é, de regulamentação por meio dos instrumentos admitidos pelo ordenamento interno.” (fl.).

15. **Concluindo, para o DNPM não há impedimento legal ao desenvolvimento de atividades de mineração em área que foi objeto de titulação ou demarcadas com essa finalidade e a expedição de alvarás e títulos de lavra independe da adoção de um procedimento especial, ante a falta de previsão legal.**

16. Pois bem. Segundo o Decreto 7.392, de 13 de dezembro de 2010, compete a CCAF solucionar, **por meio de conciliação**, as controvérsias entre órgãos e entidades da Administração Pública Federal e destes com a Administração Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

17. O conciliador responsável deve fomentar o entendimento dos órgãos envolvidos e supervisionar as deliberações e o cumprimento dos prazos estabelecidos em comum acordo quando das reuniões.

18. No caso em análise, não obstante ter sido realizada reunião e sido os órgãos provocados para um entendimento, foi frustrada a tentativa de conciliação, prevalecendo a divergência nos posicionamentos defendidos entre a FCP e o DNPM." (Negritou-se)

3. Em seguida, na supracitada Nota, sugeriu-se a remessa dos autos a este DEPCONSU para o deslinde da controvérsia nos termos da Portaria PGF nº 423/2013, empós, sendo aprovada nesse sentido nos termos do Despacho nº 00207/2014/CCAF/CGU/AGU, pelo então Diretor da CCAF/CGU/AGU.

4. Consoante informado no Parecer nº98/2013/NOEJ/DEPCONT/PGF/AGU, às fls.34/45, neste caso concreto houve reconhecimento e certificação da Comunidade Quilombola Porto Velho, em Iporanga/SP, bem como os procedimentos de desapropriação encontram-se pendentes no INCRA e se relacionam com aspectos da formalização da respectiva regularização fundiária.

5. Ainda, para fins de concluir a instrução deste feito, considerando que o cerne da controvérsia em tela envolve o tema de procedimento previsto na Convenção OIT 169 -consulta a comunidades afetadas por medidas legislativas ou administrativas, suscetíveis de afetá-las diretamente-, solicitou-se à Divisão de Temas Sociais do Ministério das Relações Exteriores, cujo Subchefe é o Diplomata 1º Secretário Ney Canani, contribuição de material que trate do entendimento adotado pelo Brasil, quando da assinatura e/ou das ações de implementação dessa Convenção noticiadas em relatórios periódicos à OIT, especialmente, envolvendo comunidades quilombolas. Na ocasião, então, foram encaminhados os seguintes materiais juntados ao Sapiens: a)Manual da OIT sobre a Convenção OIT 169, em que se esclarece o entendimento corrente acerca da expressão "povos tribais"; b)texto do último relatório do Brasil à OIT sobre a referida Convenção (setembro de 2015), o qual descreve as principais ações brasileiras no tocante à implementação do instrumento.

6. É o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO

DO OBJETO DA PRESENTE ANÁLISE E DOS ENTENDIMENTOS JURÍDICOS JÁ CONSOLIDADOS PELA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO ACERCA DA "QUESTÃO QUILOMBOLA"

7. A presente análise enfrentará os pontos pertinentes ao deslinde da controvérsia do caso *no âmbito administrativo*, isto é, enfrentará o tema da (in)existência de direitos dos remanescentes das comunidades de quilombos, também chamados de *comunidades remanescentes de quilombos* ou de *comunidades quilombolas*, nomeadamente em relação à obrigatoriedade de consulta a essas comunidades quando da realização de medidas administrativas que lhe afetem diretamente, neste caso, quando da pretensão ou da existência de atos autorizativos do Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM) para a realização de atividades

minerárias.

8. Não haverá análises de teses de supostas inconstitucionalidades do Decreto nº 4.887/2003, inclusive, porque é imperioso aguardar-se o resultado final do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3239 para, então, concluir-se definitivamente sobre essas teses, de modo que também não há motivos para a não aplicação desse Decreto. Inclusive, sobre os principais aspectos do Decreto nº 4.887/2003, remete-se à leitura da manifestação da Advocacia-Geral da União(AGU), na ADI nº 3239, juntada aos autos no sistema Sapiens.

9. Ressalta-se ainda, por pertinente, o entendimento consolidado no âmbito da AGU consoante análise do **Parecer AGU/MC - 1/2006, do então Exmo. Consultor-Geral da União Dr. Manoel Lauro Volkmer Castilho, aprovado em 28/12/2006 pelo então Exmo. Advogado-Geral da União Dr. Álvaro Ribeiro Costa**, nos processos nº 00400.002228/2006-25 e apenso nº 00400.000419/2002-29, sobre o assunto da *interpretação da questão quilombola na Constituição de 1988*, juntada aos autos no sistema Sapiens.

10. Por oportuno, ressalta-se que, por não afetar diretamente a controvérsia jurídica sob análise, não haverá abordagem detalhada sobre critérios e procedimentos de reconhecimento e certificação de comunidades quilombolas, nem sobre o procedimento de desapropriação e de titulação das suas terras, nem eventuais soluções jurídicas adequadas a casos de supostas incompatibilidades, a exemplo do desenvolvimento de atividade econômica que demande remanejamento de comunidades ocupantes para outras áreas.

11. **E, diante do cerne da controvérsia envolver a avaliação sobre a necessidade ou não de consulta às comunidades quilombolas quando da realização de medidas administrativas que lhe afetem diretamente, o objeto da presente consulta tratará basicamente da compreensão dessas comunidades e de seus direitos, em seguida, cotejando-se essa compreensão com as normas da Convenção OIT 169, cuja recepção no ordenamento jurídico brasileiro restou consolidada no Decreto nº 5051/2004.**

DA COMPREENSÃO SOBRE AS COMUNIDADES QUILOMBOLAS ENQUANTO SUJEITOS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E A POSSIBILIDADE DE AFETAÇÕES EM SUAS TERRAS.

12. Em face da controvérsia jurídica em tela, primeiramente, cabe o enfrentamento do tema à luz das normas constitucionais vigentes e das normas infraconstitucionais pertinentes ao caso.

13. É sabido que, enquanto minoria étnica e detentora de cultura e modos de vida próprios, os remanescentes das comunidades de quilombos encontram-se protegidos por normas constitucionais, cuja interpretação e aplicação sistemáticas envolvem a norma do art.68, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) - o reconhecimento da propriedade definitiva em relação às terras ocupadas-; bem como os arts.215 e 216, da Constituição Federal (CF), que tratam do patrimônio imaterial, cuja especial proteção jurídica envolve as manifestações de culturas populares, indígenas e afrobrasileiras, além dos respectivos bens, a saber:

CAPÍTULO III

DA EDUCAÇÃO, DA CULTURA E DO ESPORTO

SEÇÃO II

DA CULTURA

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

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

§ 2º A lei disporá sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais.

§ 3º A lei estabelecerá o Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, visando ao desenvolvimento cultural do País e à integração das ações do poder público que conduzem à:

I defesa e valorização do patrimônio cultural brasileiro;

II produção, promoção e difusão de bens culturais;

III formação de pessoal qualificado para a gestão da cultura em suas múltiplas dimensões;

IV democratização do acesso aos bens de cultura;

V valorização da diversidade étnica e regional.

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

I - as formas de expressão;

II - os modos de criar, fazer e viver;

III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

§ 1º O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

§ 2º Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem.

§ 3º A lei estabelecerá incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais.

§ 4º Os danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos, na forma da lei.

§ 5º Ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos **antigos quilombos**.

§ 6º É facultado aos Estados e ao Distrito Federal vincular a fundo estadual de fomento à cultura até cinco décimos por cento de sua receita tributária líquida, para o financiamento de programas e projetos culturais, vedada a aplicação desses recursos no pagamento de:

I - despesas com pessoal e encargos sociais;

II - serviço da dívida;

III - qualquer outra despesa corrente não vinculada diretamente aos investimentos ou ações apoiados.

TÍTULO X

ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS

Art. 68. Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos." (grifou-se)

14. Ao mesmo tempo, na legislação infraconstitucional, define-se a expressão "*remanescentes das comunidades de quilombos*", como também se reconhece e se registra a propriedade de suas terras mediante a "*outorga de título coletivo e pró-indiviso às comunidades*", conforme redações do **art.2o, §§1o e 2o, e art.17 do Decreto Federal nº 4.887/03** (Regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que trata o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias):

"Art. 2º Consideram-se remanescentes das comunidades dos quilombos, para os fins deste Decreto, os grupos étnico-raciais, segundo critérios de auto-atribuição, com trajetória histórica própria, dotados de relações territoriais específicas, com presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida.

§ 1º Para os fins deste Decreto, a caracterização dos remanescentes das comunidades dos quilombos será atestada mediante autodefinição da própria comunidade.

§ 2º São terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos as utilizadas para a garantia de sua reprodução física, social, econômica e cultural.

§ 3º Para a medição e demarcação das terras, serão levados em consideração critérios de territorialidade indicados pelos remanescentes das comunidades dos quilombos, sendo facultado à comunidade interessada apresentar as peças técnicas para a instrução procedimental.

(...)

Art. 17. A titulação prevista neste Decreto será reconhecida e registrada mediante outorga de título coletivo e pró-indiviso às comunidades a que se refere o art. 2º, **caput**, com obrigatória inserção de cláusula de inalienabilidade, imprescritibilidade e de impenhorabilidade.

Parágrafo único. As comunidades serão representadas por suas associações legalmente constituídas." (grifou-se)

15. Sobre esse arcabouço jurídico-normativo que garante a proteção dos remanescentes das comunidades de quilombos e suas terras, imperioso destacar o entendimento já consolidado no supramencionado Parecer AGU/MC - 1/2006, de cunho normativo e aprovado em 28/12/2006 pelo AGU, que trata de importantes premissas aplicáveis à "questão quilombola", a saber:

"(...) O regime jurídico da chamada questão quilombola tem

disciplina direta no artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias ("Art. 68. *Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos.*") e **reflexa nos arts.215, §1o, e 216** do texto principal da Constituição ("Art.215. § 1º. *O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.*" e "Art. 216. *Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira*"... "§ 1º O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação."... "§ 5º Ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos"), **constituindo estas as regras fundamentais nesse domínio, sem prejuízo dos demais direitos e garantias constitucionais.**"(p.2).

(...) a noção de quilombo que o texto se refere tem de ser compreendida com certa largueza metodológica para ***abranger não só a ocupação efetiva senão também o universo das características culturais, ideológicas e axiológicas dessas comunidades em que os remanescentes dos quilombos (no sentido lato) se reproduziram e se apresentam modernamente como titulares de prerrogativas que a Constituição lhes garante.***"(p.7)

"(...)Aos remanescentes das comunidades de quilombos, identificados do modo como vimos de compreender e "*que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva*", estabelece a lei constitucional transitória. Quer-se com isso dizer que a esses remanescentes que ocupem suas terras serão tituladas em definitivo.(...) A ocupação que aí se cogita, por conseguinte, é a ocupação das terras em que de fato se alojam e vivem as respectivas comunidades, *mas também* os espaços para tanto necessários nos limites das características e valores por elas cultivados. (...) A expressão "*as terras que estejam ocupando*" significa logicamente mais do que a simples dimensão geográfica, atual ou histórica, das comunidades de remanescentes de quilombos, posto que - a exemplo de terras indígenas (art.231, §1º Constituição), cuja proteção constitucional obedece, *tal como aqui*, a idêntico princípio de proteção dos formadores da nacionalidade brasileira - **constituem tais terras territórios de habitação permanente, utilizadas para as suas atividades produtivas imprescindíveis para a preservação dos recursos ambientais necessários ao seu bem-estar e as necessárias à sua reprodução (presente e futura) física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.**"(p.8)

"A **circunstância temporal/espacial** indicada pela expressão "*que estejam ocupando*" refere-se à atualidade da posse (mesmo a posse em outubro de 1988 numa perspectiva dinâmica), mas parece fora de dúvida que se o preceito constitucional de fato levou em

conta a atualidade (então, ou depois de 1988) por certo não esqueceu a dimensão da ocupação como fato sociológico e histórico (*do mesmo modo que com relação à ocupação tradicional dos indígenas que a doutrina e até a jurisprudência nacional já admitem resultar de uma trajetória étnica e não apenas um corte cronológico em um certo momento e inteiramente desligado das culturas e histórias respectivas*), para por isto mesmo constituir-se um conceito complexo. Aliás, assim como para a sua identidade, a comunidade e seus integrantes são os únicos capazes de identificarem as terras que estejam ocupando porque tal definição obedece ao mesmo rigor metodológico e porque a identidade está relacionada com sua territorialidade. (...) **Em outros termos, a ocupação definitiva das terras é assim o resultado da definição dos remanescentes das comunidade e da identificação dos quilombos como acima referido, de modo que hoje tenham assegurados todos os direitos de manterem-se e projetados os de reproduzirem-se de acordo com as suas necessidades culturais e sociais.**"(p.9)

16. Ainda, impõe-se o reconhecimento da *natureza de direito fundamental coletivo* na norma veiculada no art.68 do ADCT, cuja proteção interliga-se à *salvaguarda* de suas *culturas e modos de vida*, bem como deve contar com aplicação imediata.

17. Nesse sentido, o próprio texto constitucional do §1º do art.5º da CF dispõe que “as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, ainda, a implicar que os direitos fundamentais são normas de caráter preceptivo, e não meramente programático, de tal forma que “a lei que deve mover-se no âmbito dos direitos fundamentais, não o contrário. Os direitos fundamentais não são meramente normas matrizes de outras normas, mas são também, e sobretudo, normas diretamente reguladoras de relações jurídicas”. (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 241)

18. Sobre essa matéria de cunho constitucional, no âmbito dos direitos fundamentais, destacam-se trechos elucidativos da dissertação de Mestrado em Direito Constitucional, do ex-Procurador Federal junto ao INCRA Dr. Alisson do Valle Simeão, com o seguinte título "O Direito dos Quilombolas aos seus Territórios como Direito Fundamental":

"Considerando as comunidades remanescentes de quilombos como destinatários do direito estabelecido pelo artigo 68 do ADCT, observa-se o perfeito encaixe com grupos carentes que precisam de tratamento desigual para o alcance de uma existência digna. A exploração e o longo histórico de opressão da raça negra no Brasil, em especial no meio rural onde sobrevivem os quilombolas, a necessidade da terra como elemento fundamental para a manutenção da vida em comunidade e a pobreza e carências materiais que cercam estes contingentes, tudo isto é um arcabouço suficiente para que se conclua que **o destinatário da norma é absolutamente condizente com os demais beneficiários de direitos fundamentais sociais**, como por exemplo, mulheres, idosos e portadores de necessidades especiais.

Segundo Daniel Sarmento:

‘O referido preceito constitucional atende, simultaneamente, a vários objetivos de máxima relevância. Por um lado, trata-se de norma que se liga à promoção da igualdade substantiva e da justiça social, na medida em que confere direitos territoriais aos integrantes de um grupo desfavorecido, composto

quase exclusivamente por pessoas muito pobres e que são vítimas de estigma e discriminação.

Por outro, cuida-se de uma medida reparatória, que visa a resgatar uma dívida histórica da Nação com comunidades comportas predominantemente por descendentes de escravos, que sofrem ainda hoje os efeitos perversos de muitos séculos de dominação e de violação de direitos.'

(...)O que se pretendeu assegurar na nova Constituição é que os diferentes grupos formadores da sociedade gozem da proteção quanto a seus modos de viver, isto é, direito à sua cultura própria, ao mesmo tempo em que se estabelece a garantia de ampla participação social e política desse segmento (minorias) através dos benefícios sociais que igualdade segundo a lei impõe, sem descurar-se das diferenças culturais, ínsitas a todas as minorias étnicas.

Dentro deste quadro, é que a maioria dos que já se debruçaram sobre o tema dos quilombolas no Brasil inclinou-se no sentido de reconhecer plenamente que o direito de propriedade dos remanescente de quilombos sobre suas terras é **um direito constitucional fundamental** (SUNDFELD, Carlos Ari), pois indispensável à pessoa humana. Necessário para assegurar uma existência digna, livre e igual.(...)

A vinculação entre direitos dos territórios das propriedades remanescentes de quilombos e o princípio da dignidade da pessoa humana passa pelo reconhecimento de que esta dignidade também se irradia no plano coletivo, o que já se encontra bastante sedimentado no atual estágio evolutivo dos direitos fundamentais. Ademais, este princípio é ainda mais importante para grupos historicamente fragilizados.(...)

Assim, à guisa de conclusão, reconhecemos a plausibilidade de uma construção científica sólida que proclame o direito dos quilombolas aos seus territórios como direito fundamental. Dentro do marco teórico adotado, observamos que a norma do artigo 68 do ADCT, resultado de lutas do movimento negro organizado na constituinte e reinterpretado pela antropologia dentro de novas e modernas teorias hermenêuticas possui um texto suficientemente claro que permite identificar: a) **o destinatário da norma - comunidades remanescentes de quilombos - um grupo social fragilizado e historicamente mantido à margem da sociedade homogênea, constituindo autêntica minoria, ou seja, os típicos titulares da proteção dos direitos fundamentais sociais;** b) **um objeto a ser protegido, que é a propriedade definitiva das terras em que vivem, elemento fundamental para a preservação das comunidades;** c) **a importância da proteção criada, consubstanciada na manutenção e promoção da diversidade e do caráter pluralista e multicultural da sociedade brasileira** e d) **a estrutura e o conteúdo da norma**, que reflete, na teoria de Alexy, verdadeira diretriz **política e regra de otimização a ser implementada pelo Estado Brasileiro.**" (grifou-se)

(SIMEÃO, Alisson do Vale. **O direito dos quilombolas aos seus territórios como direito fundamental**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional), Instituto

Brasiliense de Direito Público. Brasília, Distrito Federal, p.112-124)

19. Nesse mesmo sentido, quando à natureza do direito fundamental veiculado no art.68 do ADCT, destacam-se os seguintes julgados do Tribunal Regional Federal da 3a Região e do Tribunal Regional Federal da 4a Região:

"CONSTITUCIONAL - CIVIL E PROCESSO CIVIL - ADMINISTRATIVO - REMANESCENTES DE COMUNIDADE DE QUILOMBOS - PROPRIEDADE - FORMA ORIGINÁRIA DE AQUISIÇÃO - ARTIGO 68, ADCT - CONDIÇÕES DA AÇÃO: LEGITIMIDADE ATIVA - LEGITIMIDADE PASSIVA - INTERESSE DE AGIR - REEXAME OBRIGATÓRIO - TERRAS DEVOLUTAS E TERRAS DE PARTICULAR - ORIGEM DA COMUNIDADE COMPROVADA - POSSE COMPROVADA - AÇÃO PROCEDENTE - REMESSA OFICIAL IMPROVIDA.

(...)

13. O direito da comunidade quilombola obter o domínio da área que imemorialmente ocupa constitui um direito fundamental (art. 68 do ADCT e art. 5º, § 2º, CF), pois diz respeito diretamente à dignidade de cada integrante daquela comunidade.

14. Assegurar a terra para a comunidade quilombola afigura-se imprescindível não só para garantia de sua própria identidade étnica e cultural, mas também para salvaguardar o direito de todos os brasileiros à preservação do patrimônio histórico-cultural do país (art. 215, CF).

15. Tratando-se de direito fundamental (art. 68 do ADCT e art. 5º, § 2º da CF) possui aplicação imediata, conforme dicção do § 1º, do art. 5º, da Constituição Federal, haurindo-se do próprio texto constitucional o direito dos integrantes da comunidade quilombola de Ivaporunduva de granjearem a titulação da área por eles ocupada, contra tal direito não cabendo opor o domínio de entidade particular. (...)" (grifou-se)

(TRF da 3a Região, REO 983606/SP, Rel.Juiz Convocado Hélio Nogueira, 5a Turma, julg. em 15/12/2008, DJ de 03/02/2009).

"DECRETO Nº 4.887/2003. CONSTITUCIONALIDADE. CONCEITO DE QUILOMBO. REMANESCENTES DE COMUNIDADES QUILOMBOLAS. SUPERAÇÃO DA ANTIGA NOÇÃO DE QUILOMBO COMO MERO AJUNTAMENTO DE NEGROS FUGIDOS. PRESENÇA HODIERNA E NO FUTURO. EFICÁCIA IMEDIATA DOS DISPOSITIVOS PERTINENTES A DIREITOS FUNDAMENTAIS. DENSIDADE E FORÇA MANDAMENTAL DO ART. 68 DO ATO DE DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS (ADCT). FUNDAMENTALIDADE DO DIREITO À PRESERVAÇÃO DA PRÓPRIA CULTURA. DIREITO À DIFERENÇA ÍNSITO NA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. LICITUDE DA UTILIZAÇÃO DO INSTITUTO DA DESAPROPRIAÇÃO COMO MEIO DE PROPICIAR A TITULAÇÃO.

1. Contrariamente ao que registra a história oficial, o quilombo jamais foi um mero amontoado de negros fugidos, existindo nele também índios, brancos e mestiços.

2. A nociva política do 'branqueamento' retira do negro a opção por ser ele mesmo, recusando-lhe a preservação de sua história, de seus costumes, de suas manifestações religiosas, de sua cultura.

3. **Como direito fundamental que é, o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias guarda aplicabilidade imediata. 'Princípio é imperativo. Princípio está no mundo jurídico. Princípio é mais do que regra. Não teria sentido exigir complementação para um princípio que é mais do que uma regra e que contém a própria regra'**. (Desembargador Paulo Afonso Brum Vaz).

4. Assim não fosse, *ad argumentandum tantum*, '...ainda o Decreto 4.887/2003 estaria a regulamentar a Convenção 169 da OIT. Portanto, ele não seria um decreto autônomo, ele estaria a regulamentar a convenção 169 e portanto não sofreria dessa eiva de inconstitucionalidade. Da mesma forma, ele estaria a regulamentar o art. 21 do Pacto de São José da Costa Rica, que a Corte vem aplicando de uma forma já agora em inúmeros casos a situações semelhantes à dos autos, não só com relação à terra dos índios, mas também a terras ocupadas, por exemplo, no Suriname por negros que fugiam do regime de *plantation* e que portanto têm uma situação fática e jurídica em tudo semelhante à dos nossos quilombolas visibilizados pela Constituição de 88.' (Dr. DOMINGOS SÁVIO DRESH DA SILVEIRA, citando FLÁVIA PIOVESAN, em seu parecer, evento 46, NTAQ1).

5. O art. 68 do ADCT contém todo o necessário à concretização de seu teor mandamental, absolutamente desnecessária qualquer 'complementação', que consistiria apenas em repetir aquilo que a Lei Maior já diz.

6. A desapropriação, na hipótese, já está regulamentada em lei, que prevê o uso do instituto por interesse social, ausente qualquer vedação a seu uso no alcance do escopo constitucional inarredável de preservar e proteger o quilombo; ou o remanescente de quilombo.

7. Arguição de inconstitucionalidade que se rejeita." (grifou-se)
(TRF da 4a Região, ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 5005067-52.2013.404.0000, Relator(a): Marga Inge Barth Tessler, Relator(a) do Acórdão Des. Fed. Luiz Carlos de Castro Lugon; julg em 19/12/2013).

20. Por outro lado, pela relevância desse direito fundamental coletivo relacionado à salvaguarda de suas culturas e modos de vida, *é imprescindível a manutenção da posse pelas comunidades remanescentes de quilombos até a titulação definitiva de suas terras*, sob pena de inviabilizar-se a efetividade do referido direito a ser protegido pelo Estado.

21. Nesse sentido do dever de proteção estatal à posse das áreas ocupadas pelos quilombolas, à luz diversidade étnica trazida pela Constituição de 1988, destaca-se a posição do Superior Tribunal de Justiça:

"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL.AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. TERRENO DE MARINHA. ILHA DA MARAMBAIA. COMUNIDADE REMANESCENTE DE QUILOMBOS. DECRETO N.º 4.887, DE 20 DE NOVEMBRO DE 2003, E ART. 68 DO ADCT.

1. A Constituição de 1998, ao consagrar o Estado Democrático de Direito em seu art. 1º como cláusula imodificável, fê-lo no afã de tutelar as garantias individuais e sociais dos cidadãos, através de um governo justo e que propicie uma sociedade igualitária, sem nenhuma distinção de sexo, raça, cor, credo ou classe social.

2. Essa novel ordem constitucional, sob o primado dos direitos humanos, assegura aos remanescentes das comunidades dos quilombos a titulação definitiva de imóvel sobre o qual mantém posse de boa-fé há mais de 150 (cento e cinquenta) anos, consoante expressamente previsto no art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

(...)

6. Os quilombolas tem direito à posse das áreas ocupadas pelos seus ancestrais até a titulação definitiva, razão pela qual a ação de reintegração de posse movida pela União não há de prosperar, sob pena de por em risco a continuidade dessa etnia, com todas as suas tradições e culturas. O que, em último, conspira contra pacto constitucional de 1988 que assegura uma sociedade justa, solidária e com diversidade étnica." (grifou-se)

(STJ, Recurso Especial 931.060/RJ, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julg. em 17/12/2009)

22. Vê-se, pois, que o reconhecimento dos remanescentes das comunidades de quilombos, o respeito e a promoção de seus valores e cultura, inclusive sob a consideração do princípio da dignidade da pessoa humana, define-os como *sujeitos de direitos*, a demandarem proteção jurídica condizente com as *finalidades constitucionais que lhes foram dirigidas*, consoante se depreende do seguinte estudo doutrinário:

"O reconhecimento como base para a proteção jurídica

A CF/88, ao incorporar em seu texto a populações emergentes e constituiu-las com os novos sujeitos do Direito, introduz uma nova pauta na ordem política nacional. Delineiam-se desde então as questões relativas à identidade e culturas particulares que ultrapassam os debates anteriores fundamentados numa noção de igualdade. No texto constituinte evidencia-se que o "outro" não apenas existe, nas também que é possuidor de direitos, isto é, o povo brasileiro aparece igualmente representado em suas diferenças, constituindo o desafio de regulamentar juridicamente essa noção.

Jürgen Habermas afirma que constitui um desafio às constituições modernas fazer valer os direitos que os cidadãos precisam reconhecer mutuamente para regular legitimamente o convívio com o direito positivo. Todavia, as sociedades modernas precisam lidar com o enfrentamento do problema relativo às minorias inatas que se refere, sobretudo, à busca por reconhecimento - que articulam e afirmam identidades coletivas - , demanda emergentes em contextos pluralistas e agudizadas em sociedades multiculturais. Nesta direção, exige-se que o direito seja interpretado diversamente em face de novas necessidade e situações.

A disputa em torno de reivindicações historicamente irresolvidas representa uma luta por direitos legítimos, nos quais estão envolvidos agentes coletivos que se protegem contra a *desconsideração de sua dignidade*. Situamos aqui as minorias quilombolas que nas últimas décadas do século passado até os dias atuais têm se mobilizado em busca de reconhecimento, buscando mecanismos de inclusão. (SILVA, Marcilene. A emergência de novos sujeitos de direito em um país de modernidade inconclusa: o caso dos quilombolas. In: JUBILUT, Liliana Lyra; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; MAGALHÃES, José Luiz Quadros. **Direito à diferença: aspectos de proteção específica às minorias e aos grupos vulneráveis. Volume 2.** São Paulo: Saraiva, 2013, p.192.)

23. Ressalta-se que, a despeito de o supracitado art.17 do Decreto nº 4.887/2003 dispor sobre a *inalienabilidade* dos terrenos dos remanescentes das comunidades de quilombos, *não se pode afirmar que a proteção do art.68 do ADCT impõe um direito absoluto face a outros direitos ou interesses*.

24. Assim é que, sem prejuízo de que a proteção dos remanescentes de comunidades de quilombos deva sempre ser considerada por todos, inclusive, pelo Estado, pois possui caráter *erga omnes*, tudo isso *não impede, a priori, eventual sobreposição ou afetação de direitos ou interesses públicos, sobretudo de cunho constitucional, sobre as terras quilombolas*. Como também, após apurada área de ocupação de remanescentes de comunidades de quilombos, *eventuais títulos particulares estarão prejudicados em face do reconhecimento da propriedade coletiva quilombola*.

25. Nessa linha de entendimento, destaca-se o que mencionado no Parecer AGU/MC - 1/2006, de cunho normativo e aprovado em 28/12/2006 pelo AGU, *in verbis*:

(...)Se o estabelecimento do direito à propriedade das terras ocupadas pelos remanescentes de comunidades de quilombos precisa articular-se com outros valores de nível constitucional equivalente, em virtude disso haverá certamente limitações a esse reconhecimento jurídico ainda quando ao território não se possa deixar de reconhecer a ocupação de fato na extensão acima sugerida.

O reconhecimento garantido aos remanescentes das comunidades de quilombos **pode então em algum momento não ser absoluto**, já que eventualmente **poderá ter de ceder ante necessidades nacionais e inequivocadamente mais valiosas** enquanto ligadas à segurança do Estado, da sociedade, ou limitador de valores fundantes do Estado de Direito, da República e da Federação, desde que cumpridamente demonstradas pela autoridade competente.

Neste sentido, **a sobreposição ou coincidência de projetos ou programas de interesse ou necessidade públicos ou de acentuada importância nacional cuja aplicação territorial venha de algum modo a limitar ou excluir a ocupação dos remanescentes de comunidades de quilombos será objeto de composição em que se proteja sempre o núcleo essencial da ocupação quilombola na proporção da necessidades públicas. A técnica constitucional da proporcionalidade é neste caso a medida natural no reconhecimento dos valores coincidentes ou convergentes** (p.10)

(...)Desde que evidenciado serem os ocupantes ou pretendentes à ocupação remanescentes de comunidades de quilombos nas condições do texto constitucional, a propriedade das terras assim necessárias deverá ser obrigatoriamente reconhecidas, pouco importando a que título estejam ocupando, posto que basta para o reconhecimento constitucional a ocupação e a condição de remanescentes das comunidades com elas minimamente relacionadas. Aliás, o reconhecimento constitucional expressa declaração da propriedade *anterior* cujo título é constituído pela ocupação pela condição de remanescente de comunidade de quilombo.(p.12)

O que a regra constitucional traduz, uma vez verificados os seus pressupostos, é preceito *erga omnes*, garantindo a estes conjuntos de sujeitos de direito a propriedade incondicional com todos os seus atributos e ações (daí porque também parece lógica a atribuição de legitimidade para agir em juízo às comunidades de remanescentes de quilombos) o que obriga a todos, inclusive, ao Estado. Embora o texto constitucional mencione o reconhecimento da propriedade definitiva como um momento posterior, não se segue que estivesse esse direito antes submetido a alguma condição. Pelo contrário, a determinação em causa assenta que a propriedade que antes já se admitia plena e incondicionalmente agora, após a identificação formal, passa a se atribuir publicamente e sem qualquer outra formalidade, e de modo coletivo porque referente *aos remanescentes*, isto é, ao conjunto dos remanescentes de cada uma das comunidades em questão. **Ou seja, a propriedade só pode ser reconhecida coletivamente ao grupo de remanescentes**, pois só nessa condição é que constituem *remanescentes* uma vez que isoladamente deixam de sê-lo no sentido constitucional.(p.12-13)

(...) **Em princípio, pois, a dupla afetação não é causa de impedimento para a titulação dos remanescentes de comunidades de quilombos, bastando atender-lhes proporcionalmente as exigências constitucionais, cabendo ao Estado emitir a os títulos correspondentes nos limites da afetação constitucional.** *Estado*, nesse campo, é categoria indicativa do poder público, pois que pode ser da União, como dos estados federados a responsabilidade pela titulação, respeitadas, entretanto, as respectivas competências constitucionais a dizer que é à União que cabe emitir os títulos quando a tiver sobre as terras ocupadas e outro tanto cabendo aos estados quando no exercício da sua respectiva competência administrativa.(p.14)

(...)Embora não refira o texto constitucional nenhuma disposição quanto à invalidade dos títulos particulares incidentes sobre áreas de ocupação por remanescentes das comunidades de quilombos (como, ao contrário, explicitamente previsto no §6º do art.231 com relação à ocupação indígena), convém ter presente que a determinação constitucional do art.68 do ADCT é produto do *mesmo propósito* e tem o *mesmo objetivo* podendo, no que couber e por simetria, ser invocada a mesma equação até porque dela resulta sistematicamente a *mesma conclusão*. Quer dizer, **os títulos particulares, uma vez apurada área de ocupação de remanescentes de comunidades de quilombos, são logicamente prejudicados e devem ceder ao reconhecimento da**

propriedade destes como decorrência da supremacia constitucional que submete a propriedade privada aos interesses nacionais e constitucionais e bem por isso sujeitam-se à "desapropriação" cujo sentido aqui é, em razão dessas circunstâncias, diverso do sentido tradicional comum porque não busca declarar a aquisição da propriedade, mas a publicização daquela preexistente pela definição constitucional de 5 de outubro de 1988.(p.15)

26. Inclusive, diversas hipóteses exemplificativas de encaminhamentos a serem dados em casos de convergência de interesses ou mais de uma afetação estão em normas do Decreto nº 4.887/2003, a saber:

"Art. 10. Quando as terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos **incidirem em terrenos de marinha, marginais de rios, ilhas e lagos**, o INCRA e a Secretaria do Patrimônio da União tomarão as medidas cabíveis para a expedição do título.

Art. 11. Quando as terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos estiverem **sobrepostas às unidades de conservação constituídas, às áreas de segurança nacional, à faixa de fronteira e às terras indígenas**, o INCRA, o IBAMA, a Secretaria-Executiva do Conselho de Defesa Nacional, a FUNAI e a Fundação Cultural Palmares tomarão as medidas cabíveis visando garantir a sustentabilidade destas comunidades, conciliando o interesse do Estado.

Art. 12. Em sendo constatado que as terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos **incidem sobre terras de propriedade dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios**, o INCRA encaminhará os autos para os entes responsáveis pela titulação.(...)

Art. 14. Verificada a **presença de ocupantes nas terras dos remanescentes das comunidades dos quilombos**, o INCRA acionará os dispositivos administrativos e legais para o reassentamento das famílias de agricultores pertencentes à clientela da reforma agrária ou a indenização das benfeitorias de boa-fé, quando couber.

Art. 15. Durante o processo de titulação, o INCRA garantirá a defesa dos interesses dos remanescentes das comunidades dos quilombos nas questões surgidas em decorrência da titulação das suas terras.

Art. 16. Após a expedição do título de reconhecimento de domínio, a Fundação Cultural Palmares garantirá assistência jurídica, em todos os graus, aos remanescentes das comunidades dos quilombos para defesa da posse contra esbulhos e turbações, para a proteção da integridade territorial da área delimitada e sua utilização por terceiros, podendo firmar convênios com outras entidades ou órgãos que prestem esta assistência.

Parágrafo único. A Fundação Cultural Palmares prestará assessoramento aos órgãos da Defensoria Pública quando estes órgãos representarem em juízo os interesses dos remanescentes das comunidades dos quilombos, nos termos do art. 134 da Constituição."

27. Logo, pra os fins da presente análise, a despeito de o art.68 do ADCT envolver direito fundamental, como este não é absoluto, **não se pode afastar em tese nenhuma atividade estatal ou outros direitos ou interesses de cunho constitucional , a exemplo a atividade minerária de exploração ou**

aproveitamento, de interesse nacional, objeto do art. 176, da CF:

Art. 176. As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e **pertencem à União**, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra.

§ 1º A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o "caput" deste artigo somente poderão ser efetuados **mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional**, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas.

§ 2º **É assegurada participação ao proprietário do solo nos resultados da lavra**, na forma e no valor que dispuser a lei.

§ 3º A autorização de pesquisa será sempre por prazo determinado, e as autorizações e concessões previstas neste artigo não poderão ser cedidas ou transferidas, total ou parcialmente, sem prévia anuência do poder concedente.

§ 4º Não dependerá de autorização ou concessão o aproveitamento do potencial de energia renovável de capacidade reduzida.

28. Como já assentado em entendimento da AGU no Parecer AGU/MC - 1/2006 e com base na doutrina sobre o tema, **é a aplicação do Princípio da Proporcionalidade[1] que dará a medida do reconhecimento da solução concreta nos casos mais difíceis que envolverem vários interesses e/ou afetações convergentes nas terras quilombolas**, assim, respeitando diversos interesses individuais, coletivos e públicos.

DA EFETIVIDADE DAS DISPOSIÇÕES DA CONVENÇÃO 169 DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT) SOBRE POVOS INDÍGENAS E TRIBAIS, PROMULGADA PELO DECRETO nº 5.051/2004, EM ESPECIAL, A CONSULTA DE COMUNIDADES QUILOMBOLAS QUANDO DA OCORRÊNCIA DE MEDIDAS ADMINISTRATIVAS QUE DIRETAMENTE LHE AFETEM.

29. No que se refere especificamente à aplicação da Convenção OIT 169 aos remanescentes de comunidades de quilombos, cumpre destacar que a mesma tem vigência no ordenamento jurídico brasileiro desde a promulgação da citada Convenção com o advento do Decreto nº 5.051, de 19/04/2004, publicado no DOU de 20/04/2004, sabidamente, com *status* de lei ordinária.

30. Em cotejo com as normas do art.2º e parágrafos do Decreto nº 4.887/2003, deduz-se que a Convenção OIT 169 promulgada pelo Decreto nº 5.051/2004 adotou o mesmo critério de "consciência" - auto-atribuição ou autodefinição da própria comunidade - enquanto critério essencial para a identificação da comunidade indígena ou tribal (art.1º, 2); assim, tendo ocorrido recepção em nível de Lei do que já era adotado naquele Decreto anterior. Nesse sentido, o dispõe a Convenção OIT 169:

Artigo 1º

1. A presente convenção aplica-se:

a) aos povos tribais em países independentes, cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros setores da coletividade nacional, e que estejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial;

b) aos povos em países independentes, considerados indígenas pelo fato de descenderem de populações que habitavam o país ou uma região geográfica pertencente ao país na época da conquista ou da colonização ou do estabelecimento das atuais fronteiras estatais e que, seja qual for sua situação jurídica, conservam todas as suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas, ou parte delas.

2. A consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos que se aplicam as disposições da presente Convenção.

31. Com isso, no tratamento da "questão quilombola", considera-se importante premissa a de que *não há qualquer incompatibilidade* entre o supracitado art.2º do Decreto nº4887/2003 e a norma legal do art.1º, 2, da Convenção OIT 169, pois o que define a comunidade é a consciência de sua identidade própria, de um grupo distinto dos demais setores da coletividade nacional, exatamente considerando-se determinadas condições sociais, culturais e econômicas, conforme costumes ou tradições específicas. **Com esse mesmo entendimento, inclusive, manifestou-se o AGU junto ao STF na ADI nº 3239-9/DF, cujo objeto envolve o Decreto nº 4.887/2003.**

32. Especificamente, quanto à controvérsia em tela sobre a aplicação do procedimento de consulta previsto na Convenção n.º 169 da OIT aos processos de concessão de títulos minerários em área quilombola, diante da posição da PF junto ao DNPM - de que comunidades quilombolas não constituem *povos tribais* e, por essa razão, não podem ser consideradas sujeitos de direito da Convenção n.º 169 da OIT - ressalta-se desde já que *na ação institucional do Estado brasileiro enquanto pessoa de Direito Internacional, não há dúvidas sobre a aplicação da Convenção OIT 169 às comunidades quilombolas.*

33. Desde a assinatura e internalização dos termos da Convenção OIT 169 (Decreto nº 5.051/2004) até os tempos atuais, com envios de relatórios sobre a implementação dessa norma internacional, considera-se que essa Convenção tem aplicação aos remanescentes das comunidades de quilombos.

34. Nesse sentido, depreende-se do último relatório da República Federativa do Brasil, de 16 de setembro de 2015, encaminhado à OIT, juntado aos autos, *in verbis*:

"Relatório (Memória) em virtude da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, sobre Povos Indígenas e Tribais.

Solicitações: *La Comisión invita al Gobierno a transmitir, al ser adoptado, el texto del reglamento sobre la consulta y espera que también se informe sobre el recurso que se haya hecho a los mecanismos existentes de consulta y de participación hasta tanto se adopten nuevos procedimientos apropiados. La Comisión pide al Gobierno que presente informaciones que permitan examinar la manera en que la nueva legislación asegura la efectiva participación de los pueblos indígenas en las decisiones susceptibles de afectarles directamente y dan pleno efecto a las disposiciones correspondientes de los artículos 6, 7, 15 y 16 del Convenio.*

Resposta governamental:

1. Saliente-se, inicialmente, que não existe qualquer divergência, no âmbito do Governo Federal, no tocante à plena validade da Convenção nº 169-OIT, no âmbito interno, e de sua auto-aplicabilidade, sendo reconhecida como importante instrumento de defesa dos direitos dos povos indígenas e “tribais”.
2. Por força da Portaria Interministerial nº 35, de 27 de janeiro de 2012, a Secretaria-Geral da Presidência da República e o Ministério de Relações Exteriores instituíram Grupo de Trabalho Interministerial com a finalidade de estudar, avaliar e apresentar proposta de regulamentação da Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho no que tange aos procedimentos de consulta prévia dos povos indígenas e tribais, tendo sido estabelecido um prazo de 180 dias para conclusão dos trabalhos.
3. **A operacionalização desta pré-consulta implicou novos regramentos, em especial da Portaria Interministerial nº 305, de 6 de julho de 2012, ampliando o prazo de conclusão dos trabalhos para 31 de janeiro de 2013, bem como a existência de um comitê facilitador, com presença de 24 representantes dos povos indígenas e de comunidades quilombolas, com função de: a) planejamento de reuniões; b) sistematização de resultados dos diálogos regionais para fins de uma eventual regulamentação.**
4. Os desafios para a elaboração de eventual regulamentação para o processo de consulta são significativos. Deve-se registrar, além da extensão do país, de proporções continentais, a existência de distintos biomas (cerrado, caatinga, Amazônia, Mata Atlântica, manguezal, pampa, pantanal e marinho), que acarretam distintas formas de viver e fazer, e afetam de forma distinta a reprodução social e cultural dos povos abrangidos pelo regramento da Convenção nº 169 da OIT. Ademais, no tocante aos povos indígenas, o país conta, para uma população de cerca de 900 mil habitantes, uma variedade de 305 povos, que falam cerca de 274 línguas, sendo quase 350 mil habitantes de áreas urbanas. **No caso dos quilombolas, existem mais de mil comunidades certificadas. Registre-se, ainda, que o processo de consulta envolve a articulação entre diversos ministérios do Governo Federal, o que permite antever a complexidade do processo de consulta para adoção de eventual regulamentação.**
5. Nesse contexto, a Portaria Interministerial nº 9, de 19 de fevereiro de 2013, estendeu o prazo para conclusão dos

trabalhos, para 27 de janeiro de 2014. Com o objetivo de sistematizar os parâmetros para o diálogo, buscou-se: a) planejar das reuniões tanto informativas quanto consultivas; b) contribuir para a sistematização dos resultados destas; c) contribuir para elaboração da proposta de instrumento de regulamentação; d) monitorar e avaliar o processo de regulamentação.

6. Percebeu-se, durante todo o andamento do processo, que havia necessidade de aperfeiçoamento dos mecanismos inicialmente desenhados, com previsão de incluir novos integrantes de órgãos do Governo e de ampliar o Conselho, para fins de representatividade dos sujeitos de direitos incluídos no processo.

(...)

13. O julgamento do “leading case” Raposa Serra do Sol foi visto como sendo um fato positivo no sentido de estabelecer parâmetros de interpretação, pela mais alta Corte brasileira, do tema indígena, tal como previsto nos arts. 231 e 232 da Constituição.

14. Nesse contexto, **contempla-se já a possibilidade de retomada do processo de regulamentação por parte dos órgãos responsáveis, com protagonismo da Secretaria Geral da Presidência.** Estão sendo avaliados pontos de uma “agenda positiva” que permita retomar o diálogo, para, então, serem agendadas reuniões com as principais lideranças dos povos indígenas do país.

15. O Governo Federal reconhece, que, apesar dos avanços significativos nas negociações com as comunidades quilombolas, ainda há muito o que fazer, sobretudo no que diz respeito ao processo de negociação com os povos indígenas. **Não houve consenso, ainda, quanto à adoção de uma regulamentação apenas em relação às comunidades quilombolas. Uma parte das comunidades entendeu que a inexistência de uma regulamentação geral para o processo de consulta, ou seja, a previsão apenas de um regramento válido para as comunidades quilombolas, poderia deixar fragilizada a proteção dos direitos dos povos tradicionais e indígenas, enquanto coletivos.**

16. Desta forma, estão previstas para serem realizadas, no segundo semestre de 2015, novas reuniões de negociações com as organizações dos povos indígenas. Tão logo seja retomado o processo de negociação com esse público, o debate com as representações das comunidades quilombolas será retomado para os encaminhamentos finais relativos à regulamentação em questão.

17. **Quanto aos demais sujeitos de direito, destinatários da regulamentação da consulta prevista na Convenção 169, prevê-se a realização de consultas no âmbito da CNPCT (Comissão Nacional de Povos e Comunidades Tradicionais), tal como disciplinada pelo Decreto nº 6.040/87.**

Neste momento, representantes da sociedade civil têm proposto reformular a referida Comissão, de forma a, eventualmente, transformá-la em Conselho com caráter deliberativo e consultivo, indutor de políticas públicas. Estuda-se, ainda, a ampliação do rol de comunidades nela incluídas. A proposta, contudo, ainda não foi finalizada e apresentada ao Governo Federal, para fins de estudo e eventual aprovação. (...)"

35. Assim, como bem descrito no relatório supracitado, importa a compreensão da expressão "*povos tribais*" (supragrifada), definida no art.1º, 1, dessa Convenção, como expressão genérica que alberga diferentes comunidades, o que no caso brasileiro, está a incluir *tanto os remanescentes das comunidades de quilombos, quanto os chamados povos e comunidades tradicionais*, objeto do Decreto Federal nº 6.040/2007(Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais).[2]

36. Deduz-se, portanto, que para além da referida coincidência do critério disposto no art.2º, do Decreto nº 4.887/2003 e na norma legal do art.1º, 2, da Convenção OIT 169, a expressão "povos tribais" é *expressão juridicamente determinada* sob diversos aspectos que permitem a admissão em seu conteúdo do conceito de "remanescentes das comunidades de quilombos", como se verifica abaixo:

"DECRETO 4.887/2003:

Art. 2º Consideram-se remanescentes das comunidades dos quilombos, para os fins deste Decreto, os grupos étnico-raciais, segundo critérios de auto-atribuição, com trajetória histórica própria, dotados de relações territoriais específicas, com presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida.

CONVENÇÃO OIT 169:

Artigo 1º

1. A presente convenção aplica-se:

a) aos povos tribais em países independentes, cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros setores da coletividade nacional, e que estejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial;

37. Essa abordagem jurídica sobre a *compatibilidade entre os conceitos supracitados verifica-se no "Manual para los mandantes tripartitos de la OIT" denominado "Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989" (Oficina Internacional del Trabajo, Departamento de Normas Internacionales del Trabajo" - Ginebra: OIT, 2013), que esclarece os critérios para a definição de quem são os povos indígenas e tribais (p.2-3), a saber:[3]*

"¿QUIÉNES SON LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES?"

‘Pueblos indígenas y tribales’ es una denominación común para más de 370 millones de personas que se encuentran en más de 70 países del mundo. Estos pueblos constituyen aproximadamente el 5 por ciento de la población mundial pero el 15 por ciento de los pobres en el mundo. Los pueblos indígenas y tribales se encuentran en todas las regiones del mundo, desde el Ártico hasta los bosques tropicales. **No hay una definición universal de pueblos indígenas y tribales**, pero el Convenio núm. 169 ofrece una serie de **critérios subjetivos y objetivos, que se utilizan conjuntamente para**

identificar quiénes son estos pueblos en un país determinado. Teniendo en cuenta la diversidad de los pueblos que busca proteger, el Convenio utiliza la terminología incluyente de ‘pueblos indígenas y tribales’ y atribuye el mismo conjunto de derechos a los dos grupos. **1 En América Latina, por ejemplo, el término ‘tribal’ ha sido aplicado a ciertas comunidades afrodescendientes.**
(...)

	Subjetivos	Objetivos
Pueblos indígenas	Conciencia de su identidad indígena	<p>Descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales.</p> <p>Cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.</p>
Pueblos tribales	Conciencia de su identidad tribal	<p>Sus condiciones sociales, culturales y económicas les distinguen de otros sectores de la colectividad nacional.</p> <p>Están regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial.</p>

¿TIENEN LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES DERECHOS «ESPECIALES»?
La historia de los pueblos indígenas está marcada por discriminación, marginación, etnocidio o incluso genocidio y, desafortunadamente, sus derechos fundamentales siguen siendo violados. Por lo tanto, **el Convenio núm. 169 reafirma que los pueblos indígenas y tribales tienen los mismos derechos humanos y libertades fundamentales que todos los demás seres humanos. Simultáneamente, esto implica que las costumbres indígenas**

no se pueden justificar si violan los derechos humanos universales. (...) Esto significa que conviene contextualizar los derechos con la situación de los pueblos indígenas y tomar en cuenta sus aspectos colectivos. (...) En este sentido, el Convenio estipula medidas especiales para asegurar la igualdad efectiva entre los pueblos indígenas y todos los otros sectores de una determinada sociedad. Sin embargo, el requerimiento de medidas especiales no significa que el Convenio disponga que se otorguen privilegios especiales a los pueblos indígenas respecto del resto de la población. (...)

38. Logo, *é indubitável a aplicação da Convenção OIT 169 aos remanescentes das comunidades de quilombos*, razão pela qual também devem ser atendidos outros dispositivos dessa Convenção, a exemplo das normas que dispõem sobre direitos específicos dos povos indígenas e tribais, a saber:

Artigo 3º

1. Os povos indígenas e tribais deverão gozar plenamente dos direitos humanos e liberdades fundamentais, sem obstáculos nem discriminação. As disposições desta Convenção serão aplicadas sem discriminação aos homens e mulheres desses povos.

2. Não deverá ser empregada nenhuma forma de força ou de coerção que viole os direitos humanos e as liberdades fundamentais dos povos interessados, inclusive os direitos contidos na presente Convenção.

Artigo 4º

1. Deverão ser adotadas as medidas especiais que sejam necessárias para salvaguardar as pessoas, as instituições, os bens, as culturas e o meio ambiente dos povos interessados.

2. Tais medidas especiais não deverão ser contrárias aos desejos expressos livremente pelos povos interessados.

3. O gozo sem discriminação dos direitos gerais da cidadania não deverá sofrer nenhuma deterioração como consequência dessas medidas especiais.

Artigo 5º

Ao se aplicar as disposições da presente Convenção:

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

b) deverá ser respeitada a integridade dos valores, práticas e instituições desses povos;

c) deverão ser adotadas, com a participação e cooperação dos povos interessados, medidas voltadas a aliviar as dificuldades que esses povos experimentam ao enfrentarem novas condições de vida e de trabalho.

Artigo 6º

1. Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão:

a) consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente;

b) estabelecer os meios através dos quais os povos interessados possam participar livremente, pelo menos na mesma medida que outros setores da população e em todos os níveis, na adoção de decisões em instituições efetivas ou organismos administrativos e de outra natureza responsáveis pelas políticas e programas que lhes sejam concernentes;

c) estabelecer os meios para o pleno desenvolvimento das instituições e iniciativas dos povos e, nos casos apropriados, fornecer os recursos necessários para esse fim.

2. As consultas realizadas na aplicação desta Convenção deverão ser efetuadas com boa fé e de maneira apropriada às circunstâncias, com o objetivo de se chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas.(...)

Artigo 15

1. Os direitos dos povos interessados aos recursos naturais existentes nas suas terras deverão ser especialmente protegidos. Esses direitos abrangem o direito desses povos a participarem da utilização, administração e conservação dos recursos mencionados.

2. Em caso de pertencer ao Estado a propriedade dos minérios ou dos recursos do subsolo, ou de ter direitos sobre outros recursos, existentes nas terras, os governos deverão estabelecer ou manter procedimentos com vistas a consultar os povos interessados, a fim de se determinar se os interesses desses povos seriam prejudicados, e em que medida, antes de se empreender ou autorizar qualquer programa de prospecção ou exploração dos recursos existentes nas suas terras. Os povos interessados deverão participar sempre que for possível dos benefícios que essas atividades produzam, e receber indenização equitativa por qualquer dano que possam sofrer como resultado dessas atividades.

39. Assim, é desse contexto legal supracitado do *sistema jurídico-normativo da Convenção OIT 169 que se extrai a determinação de realização de consulta aos remanescentes das comunidades quilombolas, sempre que sejam as medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los*. Acrescente-se, ainda, que tais consultas necessariamente *devem ser efetuadas com boa-fé e de maneira apropriada às circunstâncias, com o objetivo de se chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas*.

40. Contudo, sobre esse consentimento, *não há falar-se vinculação de decisão*, sobretudo, no caso dos autos, em que nas terras quilombolas também se verifica afetação do interesse nacional na realização de atividades minerárias.

41. A despeito da realização de consulta a comunidades quilombolas quando afetadas por medidas administrativas, que ora se aponta como necessária diante da efetividade do ordenamento jurídico vigente, **não se está a afirmar que a atividade minerária per si constitui-se proibida quando decorrente de ato autorizativo de atividade minerária que promova afetação de comunidades quilombolas, exatamente porque, como visto, não há falar-se em direitos absolutos**. Ademais, como visto, *não se deduz de nenhuma norma constitucional a*

eleição do reconhecimento de direitos quilombolas a um patamar absoluto em face de outros direitos, até mesmo de natureza de direito fundamental.

42. Logo, diante dos limites de objeto deste parecer sabidamente voltado ao tratamento jurídico do caso à luz da Convenção OIT 169, embora não se possa *a priori* definir qual o interesse deverá prevalecer diante de eventuais incompatibilidade de interesses ou direitos, é forçoso reafirmar, como supra referido, que a cada problema a ser enfrentado, a interpretação jurídica pertinente e o reforço da aplicação do Princípio da Proporcionalidade são os instrumentos *jurídicos* capazes de apontar a solução definitiva dos casos difíceis, como bem aponta o citado entendimento constante do Parecer AGU/MC - 1/2006, aprovado em 28/12/2006 pelo AGU.

43. Dessa forma, a omissão normativa da regulamentação procedimental da consulta de que trata a Convenção OIT 169 não se constitui razão para que o DNPM adote decisão administrativa sem considerar consulta às comunidade quilombolas ou o que apreendido da realização da mesma, sob pena de descumprimento do que exigido nos termos das norma em comento da Convenção OIT 169 (arts.6º, 1 e 2, e art.15, 2).

44. Reforça-se, assim, inexistência de discricionariedade administrativa na realização de consulta pela Administração, uma vez que *a necessária consulta* a comunidades quilombolas afetadas por medidas administrativas, enquanto *instrumento administrativo* que auxilia o *procedimento administrativo voltado* a uma *decisão administrativa*, define-se como *elemento instrutório essencial exigido* por força de norma *legal*, daí a *realização* da consulta ser considerada elemento imprescindível.

45. Todavia, sendo *o resultado dessa consulta não vinculante* em relação à decisão a ser tomada, a Administração deve considerá-la na compatibilização das diversas políticas públicas em questão e na consideração de todos os sujeitos de direitos envolvidos, mas *não estará a decisão administrativa final vinculada totalmente ao que colhido em consulta*.

46. Tudo isso porque, como sabido, diversos aspectos devem ser observados pelo DNPM para auxiliarem o competente título autorizativo minerário, em que constam, desde a localização da atividade que afetará as comunidades quilombolas até limitações ambientais que o DNPM adota (*áreas de uso ambiental*, como unidades de conservação da natureza, cavernas, áreas militares, etc, ou as chamadas *áreas de bloqueio*, como gasodutos, linhas de transmissão, hidrelétricas, etc.); sem prejuízo do respeito às condicionantes determinadas em licenças ambientais pelo órgão ambiental competente e responsável pelo licenciamento ambiental ou aos demais atos administrativos que recaiam sobre essa mesma atividade e sua respectiva área afetada.

47. Logo, **a partir da vigência do Decreto nº 5.051, de 2004, conclui-se que, à luz das suas atribuições legais, o DNPM tem o dever de, em todos os procedimentos internos que visem à decisão administrativa que afetará comunidades quilombolas, considerar (não de vincular-se) o conteúdo da manifestação decorrente da necessária consulta a essas comunidades**, a exemplo da concessão do alvará de pesquisa e da autorização de lavra, sob pena de nulidade da decisão dessa autarquia.

48. É certo que ainda não há norma vigente para tratar da regulamentação federal do(s) procedimento(s) que vise(m) à efetivação do disposto na Convenção OIT 169, logo, não se pode afirmar se será suficiente *uma mesma consulta* para instruir procedimentos decisórios de vários órgãos ou entidades da Administração, ou se haverá a necessidade de consultas *distintas*.

49. Sendo assim, é juridicamente razoável aceitar a **possibilidade de aproveitamento pelo DNPM de consultas que já tenham sido promovidas pelo Poder Público junto às comunidades quilombolas, na hipótese de serem diretamente afetados** pelas medidas administrativas dessa autarquia, de modo a alcançar a regularidade em relação ao contido no Decreto nº 5.051, de 2004.

50. Contudo, para fins desse aproveitamento, as consultas já promovidas pelo Poder Público devem ser *suficientes e capazes de subsidiar os pormenores do respectivo ato autorizativo que compete ao DNPM no*

âmbito das suas competências legais e estarem em conformidade com disposto no Decreto nº 5.051, 2004. Tudo isso a fim de também se conjugar a aplicação conjunta dos princípios da Legalidade, do Interesse Público e da Segurança Jurídica aos procedimentos de regularização.

CONCLUSÃO

51. Por todo o exposto, conclui-se o seguinte:

a) Os remanescentes das comunidades dos quilombos, também denominados de *comunidades remanescentes dos quilombos* ou de *comunidades quilombolas*, são sujeitos de direitos fundamentais, cujas normas definidoras de tais direitos têm aplicação imediata, observando-se o disposto no art. 68 do ADCT c/c arts. 215 e 216, da CF/88;

b) Esses direitos fundamentais das comunidades quilombolas, embora assim reconhecidos, não são absolutos, de modo que, em tese, podem sofrer mitigações diante da necessidade de harmonizá-los com outros direitos ou interesses, sobretudo, de natureza pública;

c) Corroboram-se o entendimento firmado no Parecer AGU/MC - 1/2006, aprovado em 28/12/2006 pelo AGU, de cunho normativo no âmbito da AGU, inclusive, sobre a aplicação do Princípio da Proporcionalidade, nos casos mais difíceis;

d) Aplicam-se às comunidades quilombolas as disposições da Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, promulgada pelo Decreto nº 5.051, de 2004 (com força de lei), tornando-se necessário consultar essas comunidades cada vez que uma medida administrativa autorizativa de atividades minerárias seja suscetível de afetá-los diretamente, conforme disposto nos arts. 6º, 1 e 2, e art. 15, 2, da citada Convenção;

e) O DNPM deve *considerar* (não vincular-se) o conteúdo da manifestação decorrente da *necessária consulta* às comunidades quilombolas em todos os procedimentos internos que visem às suas decisões administrativas consubstanciadas em *atos autorizativos de atividades minerárias* capazes de afetar *diretamente* essas comunidades, sob pena de nulidade; devendo ser observada, ainda, a possibilidade de eventual aproveitamento de consultas já realizadas pelo Poder Público, de que tratam os itens 48 a 50, supra, com vistas ao cumprimento das normas principiológicas e legais em comento.

É o parecer. À consideração superior.

Brasília, 17 de novembro de 2015.

GERLENA MARIA SANTANA DE SIQUEIRA
PROCURADORA FEDERAL

De acordo. À consideração superior.

Brasília, de de 2015.

ANTONIO CARLOS SOARES MARTINS
DIRETOR DO DEPARTAMENTO DE CONSULTORIA/PGF

Aprovo.

Encaminhe-se às Procuradorias Federais junto ao DNPM e à Fundação Cultural Palmares para ciência e orientações pertinentes à Administração.

RENATO RODRIGUES VIEIRA
PROCURADOR-GERAL FEDERAL

[1] A proporcionalidade envolve a utilização de três subprincípios, que devem ser aplicados como etapas de conferência na solução proporcional do caso concreto, em síntese: (i)adequação (dentro do faticamente possível) deve ser escolhido o meio mais adequado para fomentar o resultado almejado, sob conformidade e utilidade a esse fim; (ii)exigibilidade (ou necessidade): o meio escolhido deve ser o exigível, ainda, o *mais suave* dentre os diversos disponíveis, no sentido de menos danoso a bens e valores constitucionais protegidos que colidem com a norma interpretada; (iii)proporcionalidade em sentido estrito ou *máxima do sopesamento*: significa que o meio a ser empregado é o mais vantajoso no sentido de promover certos valores com o mínimo de desrespeito ao núcleo de outros valores ("núcleo essencial" dos direitos fundamentais). (GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999, p.59-60.)

[2] Assim dispõe o Decreto nº 6.040/2007:

"Art. 3º Para os fins deste Decreto e do seu Anexo compreende-se por:

I - **Povos e Comunidades Tradicionais**: grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição;

II - **Territórios Tradicionais**: os espaços necessários a reprodução cultural, social e econômica dos povos e comunidades tradicionais, sejam eles utilizados de forma permanente ou temporária, observado, no que diz respeito aos povos indígenas e **quilombolas**, respectivamente, o que dispõem os arts. 231 da Constituição e **68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e demais regulamentações**;"

[3] Disponível em : < http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_205230.pdf>.

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 01420004466201329 e da chave de acesso 714a0311

Documento assinado eletronicamente por RENATO RODRIGUES VIEIRA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 5315010 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>, após cadastro e validação do acesso. Informações adicionais: Signatário (a): RENATO RODRIGUES VIEIRA. Data e Hora: 14-12-2015 12:08. Número de Série: 13252565. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv4.

Documento assinado eletronicamente por ANTONIO CARLOS SOARES MARTINS, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 5315010 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>, após cadastro e validação do acesso. Informações adicionais: Signatário (a): ANTONIO CARLOS SOARES MARTINS. Data e Hora: 14-12-2015 12:15. Número de Série: 3796960105636004972. Emissor: AC CAIXA PF v2.

Documento assinado eletronicamente por GERLENA MARIA SANTANA DE SIQUEIRA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 5315010 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>, após cadastro e validação do acesso. Informações adicionais: Signatário (a): GERLENA MARIA SANTANA DE SIQUEIRA. Data e Hora: 14-12-2015 15:49. Número de Série: 9165795704952456690. Emissor: AC CAIXA PF v2.
