

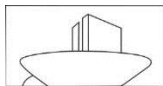


INSTITUIÇÃO DE INSTÂNCIAS RECURSAIS NOS CONFLITOS FUNDIÁRIOS

Luiz Almeida Miranda
Consultor Legislativo da Área VI
Direito Agrário e Política Fundiária

ESTUDO TÉCNICO

JULHO DE 2017



© 2017 Câmara dos Deputados.

Todos os direitos reservados. Este trabalho poderá ser reproduzido ou transmitido na íntegra, desde que citados(as) os(as) autores(as). São vedadas a venda, a reprodução parcial e a tradução, sem autorização prévia por escrito da Câmara dos Deputados.

Este trabalho é de inteira responsabilidade de seu(sua) autor(a), não representando necessariamente a opinião da Consultoria Legislativa, caracterizando-se, nos termos do art. 13, parágrafo único da Resolução nº 48, de 1993, como produção de cunho pessoal de consultor(a).

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	4
BREVES CONSIDERAÇÕES	5
DIREITO DE CONTESTAR.....	8
ENTIDADES VINCULADAS À POLÍTICA FUNDIÁRIA	9
1 - O IBAMA.....	9
2 - O ICMBio.....	9
3 - A FUNAI	10
4 - O INCRA.....	12
ESTUDOS E PARECERES TÉCNICOS	16
1) Unidades de Conservação	16
2) Áreas de remanescentes das comunidades de quilombos	17
3) Terras indígenas	18
VINCULAÇÃO E DISCRICIONARIEDADE	19
1) Unidades de conservação.....	20
2) Áreas dos remanescentes das comunidades dos quilombos.....	20
3) Terras indígenas	20
SEGURANÇA JURÍDICA E AMPLA DEFESA	21
Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999	22
INSTITUIÇÃO DE INSTÂNCIAS RECURSAIS	23
COMPETÊNCIAS LEGISLATIVAS	25
CONCLUSÃO.....	25
BIBLIOGRAFIA	27

INTRODUÇÃO

Há uma proliferação de conflitos fundiários no País, cujas origens vêm merecendo o interesse dos setores vinculados às questões agrárias.

Trata-se de um fenômeno social que se agrava à medida que as pressões sociais pela posse da terra aumentam. Pode-se dizer que tais conflitos têm sua origem ainda no período colonial, quando a Coroa Portuguesa era detentora de todas as terras brasileiras com fulcro no princípio e no direito de conquista.

Para distribuir as terras a seus súditos, a Coroa Portuguesa introduziu no País o sistema jurídico das sesmarias. Os beneficiários deveriam tornar produtivas as terras que lhes eram concedidas. Mas o sistema não foi eficiente, visto que não atendeu com eficácia à demanda sempre crescente por mais áreas rurais. A ineficiência do sistema deu origem à proliferação das posses.

A Lei nº 601, de 1850, que ficou conhecida como a Lei de Terras, introduziu significativas inovações no ordenamento jurídico-agrário com o claro objetivo de ordenar a ocupação territorial. Revalidou as sesmarias, introduziu o conceito de terras devolutas, instituiu a distinção entre terras de domínio do Estado e as do particular, ratificou o regime de posses e autorizou a legitimação das posses mansas e pacíficas com efetiva cultura da área rural.

No decorrer dos anos, novas instituições jurídico-agrárias foram criadas, visando sempre à ordenação da ocupação do espaço territorial.

Assim é que se criaram as autarquias, entidades da administração indireta, mas com poderes atribuídos ao Estado, cujas finalidades, definidas em lei, dizem respeito às questões que envolvem, exemplificadamente, entre outras, as atividades agropecuárias, a reforma agrária, a proteção de florestas e do meio ambiente, a demarcação e proteção de terras indígenas e a concessão de títulos de propriedade das terras ocupadas por remanescentes quilombolas.

Apesar de todos os esforços despendidos, seja no aperfeiçoamento da legislação, na introdução de novos institutos jurídicos ou na criação de órgãos da administração direta e indireta, com o intuito de harmonizar a ocupação territorial, os conflitos fundiários ainda constituem um desafio para o poder público.

Um dos gargalos da legislação vigente, no que tange à redução dos conflitos fundiários, encontra-se na autonomia administrativa das autarquias e fundações. Os recursos das partes interessadas que se sintam ameaçadas em seus direitos pelas decisões autárquicas são encaminhados aos mesmos órgãos contra os quais se insurgem. Insatisfeitas, resta às partes interessadas recorrer ao Poder Judiciário, em ação judicial. Assim, prolonga-se a demanda que poderia ser resolvida por uma instância administrativa superior, evitando-se a delonga do processo judicial. Ademais, a inexistência de instâncias recursais superiores limita o direito constitucional do contraditório e da ampla defesa, razão pela qual, para aperfeiçoar o sistema vigente, mostra-se oportuna e conveniente a instituição por lei de instâncias recursais superiores, de preferência constituídas por colégios paritários.

BREVES CONSIDERAÇÕES

A atividade administrativa é exercida pelo próprio Estado, pela chamada administração direta ou centralizada, ou por pessoas ou entidades jurídicas distintas do Estado, tidas como entidades da administração indireta ou descentralizada, tais como as autarquias, competindo aos seus agentes, ou aos servidores públicos, as ações que lhes são imputadas pelo Direito.

De acordo com o Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, a administração direta compreende as atividades administrativas da Presidência da República e dos ministérios, enquanto a administração indireta, que tem a função de auxiliar o Estado em suas atividades, é constituída pelas seguintes entidades: as autarquias, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as fundações públicas.

As autarquias são pessoas jurídicas de direito público e gozam de autonomia administrativa e financeira, sendo distintas do Estado. Elas são

criadas por lei e por lei são extintas, pois assim dispõe a Constituição em seu art. 37, inciso XIX, nos seguintes termos:

Art. 37

.....
XIX – somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação.

Quanto às fundações, elas são entidades de direito privado, embora haja autores que admitem, também, que podem ser de direito público. Elas guardam semelhança em suas atuações com as autarquias. A Fundação Nacional do Índio – FUNAI, por exemplo, é uma fundação de direito privado.

Celso Antônio Bandeira de Mello, em sua obra “Curso de Direito Administrativo”¹, alerta sobre a natureza jurídica dos atos praticados pelas autarquias para afirmar que:

...seus atos são atos administrativos e, como tais, revestidos de presunção de legitimidade, exigibilidade e executoriedade, nos mesmos termos e condições que assistiriam a quaisquer atos administrativos dotados destes atributos.

Por conseguinte, no âmbito da sua competência, as autarquias têm poderes de cunho idêntico aos das repartições públicas da administração direta, visto que são, também, pessoas jurídicas de direito público.

O Estado, como poder central, exerce o controle das autarquias, impondo a elas a supervisão do ministério a que estejam vinculadas. Esse controle estatal tem como escopo assegurar o cumprimento dos objetivos para os quais elas foram criadas, em consonância com a política do Governo. O Tribunal de Contas da União é competente para efetuar auditorias nas autarquias por iniciativa própria ou por solicitação da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal.

¹ Mello, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 31ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., pág. 169, 2014.

A competência dos órgãos da Administração Pública é constituída de poderes atribuídos ao Estado, aos seus órgãos e aos agentes investidos em cargos públicos.

O fenômeno da distribuição de competências de uma unidade da Administração recebe o nome de desconcentração, isto é, a responsabilidade decisória é distribuída em níveis hierárquicos, por exemplo, departamento, divisão e seção, ou se distribui em regiões do País, como delegacias regionais dos ministérios.

Na desconcentração, os poderes hierárquicos são, também, distribuídos entre poderes de comando, de fiscalização, de revisão, de punição, de resolução de controvérsias e poder de delegação de competências. Distingue-se, entre esses, o poder de revisão, segundo o qual se permite a revisão de decisões adotadas por instâncias inferiores.

Observe-se que desconcentração não se confunde com descentralização, que dá origem à administração indireta, visto que esta significa a desvinculação da unidade centralizadora e não se sujeita ao vínculo hierárquico a que se refere a desconcentração.

Segundo os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello (*op.cit.*), os poderes concedidos aos órgãos públicos são muito mais deveres do que poderes, ou seja, são deveres-poderes, tendo em vista que o poder é concedido para que o órgão ou o agente público tenha condições para cumprir o seu dever, qual seja, aquele previsto no ordenamento legal.

A competência é outorgada a órgãos e agentes públicos para possibilitar que, investidos de poder, disponham dos meios necessários para o cumprimento de um dever que lhes é imposto pela lei, visando à satisfação do interesse público. Pode-se, então, asseverar que as competências não são instituídas para a satisfação dos órgãos ou agentes públicos, senão para servirem de instrumento ao cumprimento dos ditames da lei.

Os órgãos públicos não têm autonomia para agir além do que estabelece a lei, pois a competência não significa agir segundo a própria vontade. O excesso ou o uso da competência além do que esteja estabelecido

em lei significa uma ultrapassagem dos limites da própria lei, cabendo à autoridade administrativa hierarquicamente superior, por provocação da parte interessada, ou por ofício, desfazer o excesso. E, ainda assim, a parte interessada poderá recorrer ao Poder Judiciário, caso queira se insurgir contra o que considere excesso da Administração.

DIREITO DE CONTESTAR

A parte interessada pode questionar a decisão administrativa junto ao próprio órgão que a proferiu, por meio de um pedido de reconsideração, ou postular a reforma da decisão em órgão hierarquicamente superior.

A Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, prevê, no art. 56, § 1º, que *“o recurso será dirigido à autoridade que proferiu a decisão, a qual, se não a reconsiderar no prazo de cinco dias, o encaminhará à autoridade superior.”*

No entanto, dispõe, no art. 57, que o recurso administrativo *“tramitará no máximo por três instâncias administrativas”*, salvo disposição legal diversa. Ou seja, não há obrigatoriedade da revisão por outra instância, mas, também, não há vedação.

Os recursos administrativos são encaminhados a órgãos superiores hierárquicos, mas a lei pode prever que sejam endereçados a autoridade lotada em outro órgão.

Segundo o art. 61, parágrafo único, da Lei nº 9.784/1999, *“havendo justo receio de prejuízo de difícil ou incerta reparação decorrente da execução, a autoridade recorrida ou a imediatamente superior poderá, de ofício ou a pedido, dar efeito suspensivo ao recurso.”*

O ministério não tem competência para julgar, como instância superior, os recursos de partes interessadas contra os atos praticados pelas autarquias, visto que elas são entidades autônomas e, embora vinculadas, não são hierarquicamente subordinadas ao ministério.

Celso Antônio Bandeira de Mello, em obra já citada, pág. 167, esclarece que lei própria da autarquia poderá dispor sobre o *“chamado recurso hierárquico impróprio”*. Vejamos:

Dado que as autarquias são pessoas jurídicas distintas do Estado, o Ministro supervisor não é autoridade de alçada para conhecer de recurso contra seus atos, pois inexiste relação hierárquica entre este e aquelas, mas apenas os vínculos de controle legalmente previstos. Assim, só poderia caber o chamado recurso hierárquico impróprio, isto é, quando previsto na lei própria da autarquia (ou em alguma outra lei). Sem embargo, é certo que, nos termos do art. 5º, XXXIV, “a”, da Constituição, a todos é assegurado, independentemente do pagamento de taxas, “o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder”. Assim, configurando-se o caso, a autoridade supervisora poderá encontrar-se obrigada a exercer os cabíveis poderes de supervisão sempre que o ato atacado incorra em alguma das hipóteses que os suscitam.

ENTIDADES VINCULADAS À POLÍTICA FUNDIÁRIA

No que tange à política fundiária, quatro entidades da administração indireta têm relação direta com o ordenamento jurídico-agrário. São: IBAMA, ICMBio, FUNAI e INCRA, respectivamente, Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis, Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade, Fundação Nacional do Índio e Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária.

1 – O IBAMA

É uma autarquia federal criada pela Lei nº 7.735, de 22 de fevereiro de 1989. Com as alterações introduzidas pela Lei nº 11.516, de 28 de agosto de 2007, passou a ter a seguinte finalidade:

I - exercer o poder de polícia ambiental;

II - executar ações das políticas nacionais de meio ambiente, referentes às atribuições federais, relativas ao licenciamento ambiental, ao controle da qualidade ambiental, à autorização de uso dos recursos naturais e à fiscalização, monitoramento e controle ambiental, observadas as diretrizes emanadas do Ministério do Meio Ambiente; e

III - executar as ações supletivas de competência da União, de conformidade com a legislação ambiental vigente.

2 – O ICMBio

É uma autarquia federal criada pela Lei nº 11.516, de 28 de agosto de 2007, cuja finalidade está prevista no art. 1º, nos seguintes termos:

Art. 1º Fica criado o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade – Instituto Chico Mendes, autarquia federal

dotada de personalidade jurídica de direito público, autonomia administrativa e financeira, vinculada ao Ministério do Meio Ambiente, com a finalidade de:

I - executar ações da política nacional de unidades de conservação da natureza, referentes às atribuições federais relativas à proposição, implantação, gestão, proteção, fiscalização e monitoramento das unidades de conservação instituídas pela União;

II - executar as políticas relativas ao uso sustentável dos recursos naturais renováveis e ao apoio ao extrativismo e às populações tradicionais nas unidades de conservação de uso sustentável instituídas pela União;

III - fomentar e executar programas de pesquisa, proteção, preservação e conservação da biodiversidade e de educação ambiental;

IV - exercer o poder de polícia ambiental para a proteção das unidades de conservação instituídas pela União; e

V - promover e executar, em articulação com os demais órgãos e entidades envolvidos, programas recreacionais, de uso público e de ecoturismo nas unidades de conservação, onde estas atividades sejam permitidas.

Parágrafo único. O disposto no inciso IV do caput deste artigo não exclui o exercício supletivo do poder de polícia ambiental pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA.

3 – A FUNAI

É uma fundação com patrimônio próprio e personalidade jurídica de direito privado, nos termos da lei civil. Foi criada pela Lei nº 5.371, de 5 de dezembro de 1967, nos seguintes termos:

Art. 1º Fica o Governo Federal autorizado a instituir uma fundação, com patrimônio próprio e personalidade jurídica de direito privado, nos termos da lei civil, denominada "Fundação Nacional do Índio", com as seguintes finalidades:

I - estabelecer as diretrizes e garantir o cumprimento da política indigenista, baseada nos princípios a seguir enumerados:

a) respeito à pessoa do índio e às instituições e comunidades tribais;

b) garantia à posse permanente das terras que habitam e ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nela existentes;

c) preservação do equilíbrio biológico e cultural do índio, no seu contato com a sociedade nacional;

d) resguardo à aculturação espontânea do índio, de forma a que sua evolução socioeconômica se processe a salvo de mudanças bruscas;

II - gerir o patrimônio indígena, no sentido de sua conservação, ampliação e valorização;

III - promover levantamentos, análises, estudos e pesquisas científicas sobre o índio e os grupos sociais indígenas;

IV - promover a prestação da assistência médico-sanitária aos índios;

V - promover a educação de base apropriada do índio visando à sua progressiva integração na sociedade nacional;

VI - despertar, pelos instrumentos de divulgação, o interesse coletivo para a causa indigenista;

VII - exercitar o poder de polícia nas áreas reservadas e nas matérias atinentes à proteção do índio.

Parágrafo único. A Fundação exercerá os poderes de representação ou assistência jurídica inerentes ao regime tutelar do índio, na forma estabelecida na legislação civil comum ou em leis especiais.

A competência da FUNAI para demarcar as terras indígenas por processo administrativo não está prevista na Lei nº 5.371, de 5 de dezembro de 1967, mas sim na Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973, que dispõe sobre o Estatuto do Índio, no seguinte artigo:

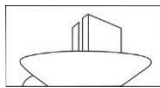
Art. 19. As terras indígenas, por iniciativa e sob orientação do órgão federal de assistência ao índio, serão administrativamente demarcadas, de acordo com o processo estabelecido em decreto do Poder Executivo.

§ 1º A demarcação promovida nos termos deste artigo, homologada pelo Presidente da República, será registrada em livro próprio do Serviço do Patrimônio da União (SPU) e do registro imobiliário da comarca da situação das terras.

§ 2º Contra a demarcação processada nos termos deste artigo não caberá a concessão de interdito possessório, facultado aos interessados contra ela recorrer à ação petitória ou à demarcatória.

Observamos que a outorga de nova competência ao órgão federal responsável pela política indigenista deveria ser prevista na mesma lei que o criou, mediante proposição de sua alteração, acrescentando-lhe mais uma atribuição. Dessa forma, todas as competências poderiam ser mais bem visualizadas pelo intérprete da lei.

Hoje, a Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998, dispõe, com muito acerto, sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis. No art. 7º, determina:



Art. 7º

.....
IV - o mesmo assunto não poderá ser disciplinado por mais de uma lei, exceto quando a subsequente se destine a complementar lei considerada básica, vinculando-se a esta por remissão expressa.

No entanto, a nova competência, qual seja, demarcar terras indígenas por meio de processo administrativo, como se poderá constatar, impõe ao órgão federal atribuição destoante das demais que lhe foram atribuídas inicialmente.

O parágrafo único do art. 1º prevê que o órgão indigenista *“exercerá os poderes de representação ou assistência jurídica inerentes ao regime tutelar do índio na forma estabelecida na legislação civil comum ou em leis especiais”*. A Lei nº 6.001/1973 estabelece, no art. 19, que *“as terras indígenas, por iniciativa e sob orientação do órgão federal de assistência ao índio, serão administrativamente demarcadas”*, para prever, em seguida, no § 2º, que *“contra a demarcação processada nos termos deste artigo não caberá a concessão de interdito possessório, facultado aos interessados contra ela recorrer à ação petítória ou à demarcatória”*.

Há uma concentração de poderes e de competência que destoam entre si. Ao mesmo tempo que o órgão indigenista tem competência para demarcar as terras indígenas, tem, também, a competência de representação ou assistência jurídica aos índios, numa flagrante superposição de competências, no mínimo, destoantes entre si. Além do mais, caso a parte interessada apresente ao órgão indigenista algum recurso administrativo, contestando a demarcação, caberá ao INCRA examiná-lo, acolhendo-o ou rejeitando-o. Ou seja, no mesmo processo, a FUNAI tem competência para demarcar as terras indígenas, exercer os poderes de representação e assistência ao indígena e julgar os recursos das partes interessadas.

4 – O INCRA

É uma entidade autárquica criada pelo Decreto-lei nº 1.110, de 9 de julho de 1970, para assumir as atribuições e responsabilidades do Instituto Brasileiro de Reforma Agrária (IBRA), do Instituto Nacional de Desenvolvimento

Agrário (INDA) e do Grupo Executivo da Reforma Agrária (GERA), que foram extintos pela mesma lei.

A Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964, que dispõe sobre o Estatuto da Terra, estabelece, no art. 37, em sua redação original, que o IBRA é um ente autárquico, nos seguintes termos:

Art. 37. São órgãos específicos para a execução da Reforma Agrária:

I - o Instituto Brasileiro de Reforma Agrária (I.B.R.A.);

II - as Delegacias Regionais do Instituto Brasileiro de Reforma Agrária (I.B.R.A.R.);

III - as Comissões Agrárias.

§ 1º O Instituto Brasileiro de Reforma Agrária (I.B.R.A.) é órgão autárquico, dotado de personalidade jurídica e autonomia financeira, com sede na Capital da República e jurisdição em todo o território nacional, diretamente subordinado à Presidência da República.

§ 2º O Instituto Brasileiro de Reforma Agrária tem as seguintes atribuições:

a) promover a elaboração e coordenar a execução do Plano Nacional de Reforma Agrária, a ser submetido à aprovação do Presidente da República;

b) sugerir ao Presidente da República as medidas necessárias à articulação e cooperação das três ordens administrativas da República para a execução do Plano Nacional de Reforma Agrária, inclusive as alterações da presente Lei, bem como os atos complementares que se tornarem necessários;

c) promover, direta ou indiretamente, a execução da Reforma Agrária, no âmbito nacional, orientando fiscalizando e assistindo tecnicamente os órgãos executivos regionais, zonais e locais, bem como coordenando os órgãos federais interessados na execução da presente Lei e do seu Regulamento;

d) administrar o Fundo Nacional de Reforma Agrária, promover ou firmar convênios e colocar os títulos da Dívida Agrária Nacional, emitidos nos termos desta Lei e de seu Regulamento;

e) promover a criação das Delegacias Regionais da Reforma Agrária e das Comissões Agrárias, bem como outros órgãos e serviços descentralizados que se tornarem necessários para execução da presente Lei;

f) exercer quaisquer outras atividades compatíveis com as finalidades desta Lei, inclusive baixando os atos normativos tendentes a facilitar o seu funcionamento, nos termos do regulamento que for expedido.

Situação similar à FUNAI é aplicável ao INCRA, como se demonstrará a seguir, no que tange ao processo de concessão de títulos de propriedade aos remanescentes das comunidades de quilombos.

A Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010, que institui o Estatuto da Igualdade Racial, prevê, em seu art. 31, o seguinte:

Art. 31. Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos.

No entanto, a competência do INCRA para promover o processo administrativo de concessão de títulos de propriedade para os remanescentes das comunidades de quilombos não está prevista no Decreto-lei nº 1.110, de 9 de julho de 1970, que o criou. Tal competência não está, também, prevista na referida Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010. A competência do INCRA para conduzir o processo de concessão de títulos de propriedade aos remanescentes das comunidades de quilombos está prevista no Decreto nº 4.887, de 20 de novembro de 2003, que “*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*”.

Tramita no Supremo Tribunal Federal Ação Direta de Inconstitucionalidade, ADI 3239/DF, em que são imputados ao Decreto nº 4887/2003 os vícios da inconstitucionalidade formal e material. Esse decreto presidencial, como se pode verificar, distribui competências para outros órgãos, além do INCRA, quais sejam:

- 1) Ministério do Desenvolvimento Agrário;
- 2) Fundação Cultural Palmares;
- 3) Ministério da Cultura;
- 4) Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial.

O decreto envolve todos esses órgãos, direta ou indiretamente, no processo de concessão de títulos de propriedade aos remanescentes das

comunidades de quilombos. É o que consta no art. 3º e seguintes, nos termos abaixo:

Art. 3º Compete ao Ministério do Desenvolvimento Agrário, por meio do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA, a identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas pelos remanescentes das comunidades dos quilombos, sem prejuízo da competência concorrente dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

§ 1º O INCRA deverá regulamentar os procedimentos administrativos para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas pelos remanescentes das comunidades dos quilombos, dentro de sessenta dias da publicação deste Decreto.

§ 2º Para os fins deste Decreto, o INCRA poderá estabelecer convênios, contratos, acordos e instrumentos similares com órgãos da administração pública federal, estadual, municipal, do Distrito Federal, organizações não-governamentais e entidades privadas, observada a legislação pertinente.

§ 3º O procedimento administrativo será iniciado de ofício pelo INCRA ou por requerimento de qualquer interessado.

§ 4º A auto-definição de que trata o § 1º do art. 2º deste Decreto será inscrita no Cadastro Geral junto à Fundação Cultural Palmares, que expedirá certidão respectiva na forma do regulamento.

Art. 4º Compete à Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial, da Presidência da República, assistir e acompanhar o Ministério do Desenvolvimento Agrário e o INCRA nas ações de regularização fundiária, para garantir os direitos étnicos e territoriais dos remanescentes das comunidades dos quilombos, nos termos de sua competência legalmente fixada.

Art. 5º Compete ao Ministério da Cultura, por meio da Fundação Cultural Palmares, assistir e acompanhar o Ministério do Desenvolvimento Agrário e o INCRA nas ações de regularização fundiária, para garantir a preservação da identidade cultural dos remanescentes das comunidades dos quilombos, bem como para subsidiar os trabalhos técnicos quando houver contestação ao procedimento de identificação e reconhecimento previsto neste Decreto.

Art. 6º Fica assegurada aos remanescentes das comunidades dos quilombos a participação em todas as fases do procedimento administrativo, diretamente ou por meio de representantes por eles indicados.

Observe-se, no entanto, que a Constituição estabelece que as entidades autárquicas sejam criadas por lei. Daí se deduz que somente outra lei pode alterar as disposições estabelecidas na lei que tenha como objeto a criação

de autarquia. Assim, conclui-se que a outorga de novas competências ao INCRA deve ser prevista pela lei que o criou, e não por decreto presidencial, como se constata.

ESTUDOS E PARECERES TÉCNICOS

Outra questão relevante diz respeito à atuação dessas entidades da administração indireta, que têm, em comum, a função de demarcar, em processos administrativos, espaços territoriais, discriminando-os de acordo com as afetações e destinações.

Entre as atribuições dessas entidades, destacam-se o exercício do poder de polícia e a intervenção no domínio econômico e social. Cumpre a essas entidades delimitar as áreas, por meio de estudos e relatórios técnicos que têm como parâmetros os conceitos e os princípios específicos estabelecidos para cada área de atuação. Previstos nos decretos que regulamentam as atividades desses órgãos, os estudos são essencialmente técnicos, como veremos a seguir:

1) Unidades de Conservação

Decreto nº 4.340, de 22 de agosto de 2002:

Regulamenta artigos da Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000, que dispõe sobre o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza - SNUC, e dá outras providências.

Art. 4º Compete ao órgão executor proponente de nova unidade de conservação elaborar os estudos técnicos preliminares e realizar, quando for o caso, a consulta pública e os demais procedimentos administrativos necessários à criação da unidade.

Art. 5º A consulta pública para a criação de unidade de conservação tem a finalidade de subsidiar a definição da localização, da dimensão e dos limites mais adequados para a unidade.

§ 1º A consulta consiste em reuniões públicas ou, a critério do órgão ambiental competente, outras formas de oitiva da população local e de outras partes interessadas.

§ 2º No processo de consulta pública, o órgão executor competente deve indicar, de modo claro e em linguagem acessível, as implicações para a população residente no interior e no entorno da unidade proposta.

2) Áreas de remanescentes das comunidades de quilombos

Decreto nº 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 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 auto definição 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. 7º O INCRA, após concluir os trabalhos de campo de identificação, delimitação e levantamento ocupacional e cartorial, publicará edital por duas vezes consecutivas no Diário Oficial da União e no Diário Oficial da unidade federada onde se localiza a área sob estudo, contendo as seguintes informações:

I - denominação do imóvel ocupado pelos remanescentes das comunidades dos quilombos;

II - circunscrição judiciária ou administrativa em que está situado o imóvel;

III - limites, confrontações e dimensão constantes do memorial descritivo das terras a serem tituladas; e

IV - títulos, registros e matrículas eventualmente incidentes sobre as terras consideradas suscetíveis de reconhecimento e demarcação.

§ 1º A publicação do edital será afixada na sede da prefeitura municipal onde está situado o imóvel.

§ 2º O INCRA notificará os ocupantes e os confinantes da área delimitada.

Art. 8º Após os trabalhos de identificação e delimitação, o INCRA remeterá o relatório técnico aos órgãos e entidades abaixo relacionados, para, no prazo comum de trinta dias, opinar sobre as matérias de suas respectivas competências:

- I - Instituto do Patrimônio Histórico e Nacional - IPHAN;*
- II - Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA;*
- III - Secretaria do Patrimônio da União, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão;*
- IV - Fundação Nacional do Índio - FUNAI;*
- V - Secretaria Executiva do Conselho de Defesa Nacional;*
- VI - Fundação Cultural Palmares.*

Parágrafo único. Expirado o prazo e não havendo manifestação dos órgãos e entidades, dar-se-á como tácita a concordância com o conteúdo do relatório técnico.

3) Terras indígenas

Decreto nº 1.775, de 8 de janeiro de 1996:

Dispõe sobre o procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas e dá outras providências.

Art. 2º A demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios será fundamentada em trabalhos desenvolvidos por antropólogo de qualificação reconhecida, que elaborará, em prazo fixado na portaria de nomeação baixada pelo titular do órgão federal de assistência ao índio, estudo antropológico de identificação.

§ 1º O órgão federal de assistência ao índio designará grupo técnico especializado, composto preferencialmente por servidores do próprio quadro funcional, coordenado por antropólogo, com a finalidade de realizar estudos complementares de natureza etno-histórica, sociológica, jurídica, cartográfica, ambiental e o levantamento fundiário necessários à delimitação.

A autoridade administrativa conta com o apoio de especialistas que emitem pareceres técnicos e administrativos. Os pareceres técnicos são elaborados por especialistas, ao passo que os pareceres administrativos guardam vínculos com os critérios e a política administrativa.

Os estudos e pareceres técnicos têm a finalidade de oferecer informações e esclarecimentos que exercem interferência sobre todas as áreas de conhecimento. Considerando a prevalência do princípio da legalidade, os pareceres técnico-jurídicos elucidarão aspectos que a autoridade administrativa deverá considerar, visando à viabilidade jurídica dos seus atos. Os pareceres são classificados em facultativos, obrigatórios e vinculantes.

O ato praticado em desconformidade com o parecer técnico poderá ser considerado inválido, cabendo, nesse caso, a responsabilização do agente público que desconsiderar as conclusões do parecer sobre questões em relação às quais ele não tenha conhecimento técnico.

Antônio Celso Bandeira de Mello (*op.cit.*, pág. 447) alerta, também, sobre a necessária independência do parecerista, hipótese que não ocorre quando ele ocupa cargo de provimento em comissão ou função de confiança, e o faz nos seguintes termos:

Entretanto, é fundamental assinalar que o pressuposto do que se vem de dizer é o de que a autoridade administrativa não tenha qualquer possibilidade de interferência na manifestação do parecerista. Donde: se este ocupa cargo de provimento em comissão ou função de confiança, sendo, pois, suscetível de ser dele desligado ad nutum, é claro que não desfrutará da independência necessária para o opinamento técnico-jurídico. Em tal caso, seu parecer não respaldará a conduta do agente. Logo, este último, como observa a precitada Carolina Zancaner Zockun, será responsável pelo ato, ainda que praticado na conformidade do parecer, porque buscou um apoio cujo conforto poderia ser por ele manipulado e não raro, deveras, o é.

Alerta, ainda, o ilustre jurista que, de acordo o art. 132 da Constituição, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico competem à Advocacia-Geral da União, no âmbito federal, e, no âmbito estadual, aos procuradores dos Estados e do Distrito Federal.

VINCULAÇÃO E DISCRICIONARIEDADE

Nos processos administrativos que decidem sobre delimitações e confrontações de áreas rurais, em que pese o mérito dos estudos técnicos, emergem questões jurídicas que envolvem os direitos de terceiros interessados, como a incidência de superposição de áreas rurais. Tais fatos ocorrem quando as delimitações das áreas rurais fixadas em processo administrativo alcançam os perímetros de propriedades públicas ou particulares. Dessas divergências surgem os conflitos fundiários, que se constituem basicamente em disputas jurídicas que envolvem os pretensos beneficiários, que se sentem frustrados em seus pleitos, as partes diretamente envolvidas, que veem os seus direitos ameaçados, e a Administração Pública, cujas decisões e atos são contestados em ações judiciais.

Vejamos os dispositivos constitucionais que regulam a criação de unidades de conservação, concessão de títulos de propriedade aos remanescentes das comunidades de quilombos, demarcação de terras indígenas e o direito de propriedade:

1) Unidades de conservação

Art. 225.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao poder público:

.....

III – definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

2) Áreas dos remanescentes das comunidades dos quilombos

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. (ADCT)

3) Terras indígenas

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

Como se pode verificar, a Constituição define, com muita objetividade e clareza, as áreas que são protegidas. A Constituição não dá espaço para abstração. Não há, pois, margem de liberdade para a análise de conveniência e oportunidade, como não há espaço para a discricionariedade da Administração.

Em tais processos, o ato administrativo vincula-se a normas constitucionais e legais que definem com clareza e objetividade os espaços que serão discriminados pelo processo administrativo.

Ao dissertar sobre a vinculação e a discricionariedade, Celso Antônio Bandeira de Mello (*op. cit.*, pág. 979-980) assevera:

A lei, todavia, em certos casos, regula dada situação em termos tais que não resta para o administrador margem alguma

de liberdade, posto que a norma a ser implementada prefigura antecipadamente com rigor e objetividade absolutos os pressupostos requeridos para a prática do ato e o conteúdo que este obrigatoriamente deverá ter uma vez ocorrida a hipótese legalmente prevista. Nestes lanços diz-se que há vinculação e, de conseguinte, que o ato a ser expedido é vinculado. Reversamente, fala-se em discricionariedade quando a disciplina legal faz remanescer em proveito e a cargo do administrador uma certa esfera de liberdade, perante o quê caber-lhe-á preencher com seu juízo subjetivo, pessoal, o campo de indeterminação normativa, a fim de satisfazer no caso concreto a finalidade da lei.

Esclareça-se, no entanto, que a discricionariedade deve ser pautada por limites que lhe deem sustentação jurídica, segundo os ensinamentos do mencionado insigne administrativista, que, na página 991 de sua obra, assim se manifesta:

Exposta a significação da discricionariedade administrativa, sem em nada lhe sonegar a verdadeira densidade e consistência lógica, percebe-se que se trata necessária e inexoravelmente de um poder demarcado, limitado, contido em fronteiras requeridas até por imposição racional, posto que, à falta delas, perderia o cunho de poder jurídico. Com efeito, se lhe faltassem diques não se lhe poderia inculcar o caráter de comportamento “intralegal”. Visto que não há como conceber nem como apreender racionalmente a noção de discricionariedade sem remissão lógica à existência de limites a ela, que defluem da lei e do sistema legal como um todo – salvante a hipótese de reduzi-la a mero arbítrio, negador de todos os postulados do Estado de Direito e do sistema positivo brasileiro – cumpre buscar os pontos que lhe demarcam a extensão.

Não se pode olvidar, ademais, que os direitos protegidos pela Constituição têm igual valor, uma vez que todas as normas constitucionais preenchem espaços normativos que têm finalidades específicas. Cumpre, então, à Administração Pública harmonizá-las, de tal forma que se respeitem os direitos e as garantias constitucionais.

SEGURANÇA JURÍDICA E AMPLA DEFESA

É certo que as entidades públicas aqui mencionadas, ao exercerem as suas competências administrativas, tais como promover a reforma agrária, criar unidades de conservação da natureza, demarcar as terras indígenas e reconhecer a propriedade das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos, não estão desobrigadas de respeitar os

direitos individuais dos administrados, sabendo-se que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, assim como ninguém será privado de seus bens sem o devido processo legal.

Por outro lado, não se pode esquecer que a Constituição Federal submete a Administração Pública ao cumprimento dos princípios que a regem, dos quais destacamos o princípio da segurança jurídica e o da ampla defesa.

Segundo Hely Lopes Meirelles² (in: *“Direito Administrativo Brasileiro”*, pág. 104), *“o princípio da segurança jurídica é considerado como uma das vigas mestras da ordem jurídica...”*.

O ilustre professor constitucionalista J.J. Gomes Canotilho, ao dissertar sobre o princípio geral da segurança jurídica, assevera, em sua obra *“Direito Constitucional e Teoria da Constituição”* (pág. 257)³, que:

O homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente sua vida. Por isso, desde cedo se consideram os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança como elementos constitutivos do Estado de Direito.

Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999:

A Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, regula o processo administrativo no âmbito da administração federal direta e indireta e estabelece as normas básicas, visando, em especial, à proteção dos direitos dos administrados.

No art. 2º, a lei prevê que a Administração Pública deve se submeter a princípios jurídicos que a regem, nos seguintes termos:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

.....

² Meirelles, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 41ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2015.

³ Canotilho, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra – Portugal: Edições Almedina, 2003.

*X – garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à **interposição de recursos**, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio; (nosso grifo)*

No art. 3º, a lei dispõe sobre as garantias e os direitos dos administrados. Destacamos o seguinte:

Art. 3º O administrado tem os seguintes direitos perante a Administração, sem prejuízo de outros que lhe sejam assegurados:

.....

II – ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas;

III – formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente;

E, ao dispor sobre a instrução do processo administrativo, a lei estabelece, entre outros conceitos, o seguinte:

Art. 38. O interessado poderá, na fase instrutória e antes da tomada da decisão, juntar documentos e pareceres, requerer diligências e perícias, bem como aduzir alegações referentes à matéria objeto do processo.

§ 1º Os elementos probatórios deverão ser considerados na motivação do relatório e da decisão.

No entanto, em que pese o valor normativo da lei, o cidadão interessado terá uma única oportunidade de defesa na fase administrativa, que se realizará junto à entidade da administração indireta, autora do ato que o cidadão venha a impugnar.

Como já exposto, as autarquias têm autonomia para decidir e, por essa razão, os ministérios a que são vinculadas não têm competência para receber, analisar, julgar recursos e, muito menos, poder para modificar, rejeitar ou aprovar os seus atos. Cumpre-lhes apenas exercer sobre essas entidades o controle administrativo, pelos meios estabelecidos em lei.

INSTITUIÇÃO DE INSTÂNCIAS RECURSAIS

No entanto, a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da administração federal, prevê, no art. 57,

que o recurso administrativo “*tramitará no máximo por três instâncias administrativas*”, ou seja, o ordenamento jurídico vigente não subtrai do cidadão o seu direito de defesa, no âmbito do processo administrativo, permitindo que o faça em, pelo menos, três instâncias. Nesse caso, a lei deverá prever e instituir as instâncias superiores.

Assim, para que a parte interessada exerça, no âmbito do processo administrativo, o direito constitucional ao contraditório e à ampla defesa, em sua plenitude, mister se faz que as decisões das entidades autárquicas sejam revistas, em primeira instância, pelo próprio órgão coator, e, em segunda e terceira instâncias, por autoridades superiores, de preferência por órgãos colegiados paritários.

Destarte, há de se suprir uma lacuna no ordenamento jurídico vigente, qual seja, a ausência de uma revisão, no processo administrativo, que contemple o direito do contraditório e da ampla defesa em sua plenitude. Mostra-se necessária a instituição de instâncias recursais superiores, o que se pode fazer mediante a promulgação de uma lei que conceda ao cidadão a oportunidade de se defender em três instâncias administrativas, mediante o que a doutrina jurídica chama de *recurso hierárquico impróprio*. Criam-se oportunidades para a correção de eventuais distorções administrativas.

A revisão realizada por entidades superiores dá, também, aos órgãos autárquicos maior segurança jurídica quanto aos seus atos. Na revisão, podem ser corrigidos possíveis equívocos encontrados no processo, que tenham dado origem a eventuais danos aos cidadãos, ou, até mesmo, a outros grupos sociais indiretamente atingidos.

Dessa forma, mostra-se razoável que, além da primeira instância, constituída pelo próprio órgão que dá origem à decisão administrativa, a lei estabeleça a criação de duas instâncias revisoras.

Considerando-se a atual estrutura da Administração Pública, mostra-se adequada a sugestão de outorga de competência para julgar os recursos administrativos aos seguintes órgãos da administração direta: a) segunda instância, a cargo do ministério a que a autoridade coatora esteja vinculada; b) terceira instância, a cargo da Casa Civil da Presidência da

República, que tem competência prevista na lei para “*avaliação e monitoramento da ação governamental e da gestão dos órgãos e entidades da administração pública federal*”.

A lei poderá prever que tais recursos sejam julgados, portanto, em duas instâncias superiores, compostas preferencialmente por colégios paritários, constituídos por representantes da sociedade civil e dos órgãos da Administração Pública que, de alguma forma, guardem vínculo com as questões envolvidas no processo, presididos por representantes dos ministérios a que estejam vinculadas as autarquias.

COMPETÊNCIAS LEGISLATIVAS

Registre-se, por fim, que a iniciativa de lei que disponha sobre a Administração Pública, de acordo com o art. 61, § 1º, da Constituição Federal, é exclusiva do Presidente da República.

Cumpra aos membros do Poder Legislativo, Deputados e Senadores, caso queiram, encaminhar, por meio de Indicação, sugestão ao Poder Executivo para que apresente ao Congresso Nacional um projeto de lei, instituindo as instâncias recursais superiores.

Há outra possibilidade, no âmbito do Poder Legislativo, que é a apresentação, com o “*apoio*” de, no mínimo, um terço dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, de uma proposta de emenda à Constituição, que terá como escopo a introdução, no art. 37 da Constituição Federal, de dispositivo que preveja a criação das mencionadas instâncias administrativas superiores.

CONCLUSÃO

Constata-se, assim, que as mencionadas entidades da administração indireta têm diante de si um grande desafio, qual seja: discriminar as áreas rurais em conformidade com as políticas públicas de proteção às comunidades indígenas e quilombolas e de preservação do meio ambiente.

É certo que o ato de distinguir as áreas que, de fato e de direito, sejam as destinadas aos fins específicos previstos na lei, mesmo com os subsídios oferecidos por estudos e pareceres técnicos, não é uma tarefa simples.

Regidos por leis e regulamentos, os processos administrativos são complexos, sabendo-se que a área rural destinada pela autoridade administrativa a determinado uso provavelmente é subtraída de outra destinação. Beneficia-se um destinatário, mas danifica-se a pretensão de outro.

Ademais, não se mostra razoável que apenas um agente – ou uma entidade – possa, unilateralmente, demarcar glebas sem que outros agentes ou interessados participem do processo, seja para corroborar as suas conclusões, seja para alertar, ou mesmo corrigir, possíveis equívocos.

Sabe-se que qualquer parte que tenha interesse atingido pode ingressar com recurso administrativo na autarquia responsável, e a própria entidade da administração indireta deverá se manifestar sobre o recurso. Como autora da decisão inicial, a autoridade administrativa terá grande dificuldade em se contrapor aos estudos e pareceres técnicos que deram fundamentação às suas decisões.

É inquestionável a necessidade de que as decisões administrativas de órgão autárquico passem pelo crivo de órgãos superiores que terão a oportunidade de revisá-las, podendo, portanto, certificar o acerto das decisões ou, se necessário, rejeitá-las, no todo ou em parte.

A instituição de instâncias recursais superiores, que poderão ser constituídas por colégios paritários, promoverá a garantia do direito ao contraditório e à ampla defesa. Tal medida já tem precedentes no ordenamento administrativo: no processo administrativo tributário, o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, colegiado paritário, revê, em segundo grau administrativo, os recursos dos contribuintes. Esse é, portanto, um bom exemplo da vigência do duplo grau recursal da Administração Pública.

BIBLIOGRAFIA

Mello, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2014.

Meirelles, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 41ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2015.

Canotilho, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra – Portugal: Edições Almedina, 2003.