

Nota Técnica ¹

Salvador, 09 de setembro de 2020.

Análise do Decreto 10.252/2020:

Mudança na competência de intervenção nos procedimentos de licenciamento ambiental que impactam territórios quilombolas da Fundação Cultural Palmares para o INCRA

1. Introdução

A presente nota técnica pretende analisar as implicações geradas após a publicação do Decreto Federal nº 10.252, publicado em 20 de fevereiro de 2020, que transferiu para o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA a competência para “*coordenar as atividades de licenciamento ambiental em terras ocupadas por remanescentes de quilombos*”, como dispõe o art. 13, VII.

Em 20 de fevereiro de 2020, foi publicado o Decreto Federal nº 10.252, o qual transferiu para o INCRA a competência para atuar como órgão interventor nos processos de licenciamento ambiental de obras e empreendimentos que impactem comunidades quilombolas.

Antes do referido Decreto, os Presidentes do INCRA e da Fundação Cultural Palmares publicaram, em 30 de abril de 2019, a Portaria Conjunta nº 876, com o intuito de criar Grupo de Trabalho - GT “*com o escopo de apresentar propostas de transferência das ações de licenciamento ambiental de empreendimentos, obras e atividades que afetam ou possam afetar comunidades quilombolas e seus territórios, da Fundação Cultural Palmares - FCP para o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA*”. Após pesquisa nos sítios eletrônicos dos referidos órgãos, não foi identificada publicidade demonstrando a relação entre a mudança promovida pelo Decreto Federal nº 10.252/2020 e os trabalhos desenvolvidos por este GT, bem como não foram encontrados registros da atividade do mesmo, como relatórios ou pareceres, que pudessem colaborar nesta análise.

Em 26/05/2020, o Presidente do INCRA, Geraldo José da Câmara, e o Presidente da Fundação Cultural Palmares, Sergio Nascimento de Camargo, enviaram à Presidência do IBAMA o Ofício conjunto/INCRA/FCP/Nº01/2020 informando a referida transferência da Agenda do Licenciamento Ambiental junto às Comunidades Quilombolas para o INCRA. Considerando os termos deste Ofício Conjunto, os Deputados Federais Nilto Tatto, Patrus Ananias, Bira do Pindaré, João Daniel e Valmir Assunção protocolaram, em 28/05/2020, Requerimento de

¹Texto e Pesquisa: Adriane Ribeiro, Beatriz Cardoso, Gildemar da Paixão, Joice Bonfim e Vitor Marque. Associação de Advogados de Trabalhadores Rurais no Estado da Bahia

Informação² direcionado à Ministra da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, Tereza Cristina, solicitando mais informações sobre a alteração, bem como os impactos que pode causar para as comunidades.

Destaca-se que, em 2018, segundo a FCP, encontrava-se sobre seus cuidados “*mais de 590 processos de acompanhamento de licenciamento ambiental, que atingem cerca de 580 comunidades quilombolas em todo o país*”³. Apesar desse dado expressivo, sabe-se que esses números não correspondem à realidade devido ao processo de subnotificação. Em meio à transferência das ações de licenciamento ambiental da FCP para o INCRA, no ano de 2020, o número de processos chegou a mais de 600, segundo Ofício conjunto/INCRA/FCP/Nº01/2020 apontado acima.

Por essa razão, apresentaremos abaixo uma breve síntese sobre a situação anterior à edição deste Decreto, como também uma breve análise da legalidade do mesmo e dos possíveis impactos causados pela alteração.

2. Breve análise de conjuntura e situação normativa anterior ao Decreto.

Desde a última campanha eleitoral, o atual presidente, Jair Bolsonaro, já apontava indícios discursivos acerca da política de gestão governamental em torno dos direitos quilombolas que implementaria caso fosse eleito.

Com sua posse, em janeiro de 2020, a fragilização crônica da política de regularização fundiária dos territórios quilombolas, empreendida pelos últimos governos que o antecederam, associou-se expressamente à ideologia racista de negação e vulnerabilização da identidade coletiva das comunidades quilombolas brasileiras através da militarização dos órgãos fundiários e ambientais responsáveis pela fiscalização dessas áreas, a paralisação dos procedimentos administrativos de reconhecimento de direitos territoriais ingressados pelas associações comunitárias, além do esvaziamento dos canais de participação popular direta na Administração Pública, tais como a extinção de conselhos de direitos federais.

Exemplo disso é o número de certificações de comunidades quilombolas emitidas pela própria Fundação Cultural Palmares desde o início da gestão presidencial de Jair Bolsonaro. Segundo dados da própria FCP, o ano de 2019 marcou o início de uma queda abrupta no número de certificações quilombolas, tendo sido emitidas apenas 70 certificações, sendo este o menor número desde 2004 (ano em que se inicia a aplicação do Decreto 4887/03) e representando menos da metade das certificações emitidas em 2018. Considerando que após a edição do Decreto 4887, a FCP certificou 3356 comunidades quilombolas, a média anual de certificação é em torno de 210 comunidades e, portanto, a certificação de apenas 70 comunidades no ano de

² Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1899154&filename=Tramitacao-RIC+550/2020>.

³ Disponível em: <<http://www.palmares.gov.br/?p=52500>>.

2019 significa um direcionamento contrário à política de reconhecimento de direitos quilombolas. Destaca-se que a tendência de decréscimo nas certificações ainda permanece no ano de 2020, pois foram certificadas até o mês de maio apenas 13 comunidades.

A destinação orçamentária nos últimos dois anos também é um importante indicativo de como o atual governo aprofunda a ideologia racista do Estado Brasileiro, a qual se expressa, entre outras formas, na vulnerabilização dos povos quilombolas e na implementação de medidas que fortalecem a inefetividade dos seus direitos. Segundo os dados disponibilizados pelo Portal da Transparência, desde o ano de 2014 o orçamento para titulação de territórios quilombolas segue em queda abrupta. O orçamento de 2014 para aquisição de imóveis destinados para titulação quilombola, que foi de aproximadamente 25 milhões de reais, já significou uma queda de 50% em relação ao ano de 2012 (que teve orçamento de 50 milhões de reais), mas foi o mais alto nos últimos 07 anos. Os orçamentos para titulações quilombolas dos anos de 2019 e 2020 são representações emblemáticas de como o atual governo tem lidado com a política quilombola. Em 2019 o orçamento foi de apenas 2 milhões e 100 mil reais e em 2020 o governo Bolsonaro destinou para titulação quilombola apenas 28 mil e cinquenta e oito reais, significando uma diminuição de 98,67%, sendo que até o presente momento nada deste recurso foi de fato utilizado. O gráfico seguinte apresenta os dados orçamentários sistematizados:



Elaboração: Joice Bonfim. Fonte dos dados: Portal da Transparência.

Além destes elementos que evidenciam a ação perversa do governo brasileiro frente aos povos quilombolas, uma questão inescusável de ser apontada, também, como parte do desvio do dever político-constitucional determinado pela Constituição Federal de 1988 à União gira em torno da

nomeação de pessoas ligadas à entidades do agronegócio, latifundiários e contra as políticas de ação afirmativa para populações afrodescendentes e indígenas para cargos de alto escalão nos órgãos e autarquias federais responsáveis pela proteção dos direitos culturais, sociais, territoriais e ambientais de Povos e Comunidades Tradicionais.

Entende-se que a decisão política de transferir a competência para intervenção em processos de licenciamento que afetam comunidades quilombolas da FCP para o INCRA faz parte deste contexto de aprofundamento das violações de direitos às comunidades negras rurais e se manifesta como um nítido exemplo da natureza racista do Estado Brasileiro.

Até a publicação do Decreto Federal nº 10.252/2020, a intervenção nos processos administrativos de licenciamento ambiental que impactavam comunidades quilombolas era realizada pela Fundação Cultural Palmares (FCP).

A criação da FCP foi autorizada pela Lei nº 7.668, de 22 de agosto de 1988, após décadas de reivindicações do movimento negro brasileiro, em meio ao contexto de redemocratização do país e após a edição de dispositivos que visavam a proteção do patrimônio cultural afrobrasileiro. Em 22 de agosto de 1988, foi promulgada a Constituição Federal, a qual destinou um capítulo para esta temática (arts. 251 e seguintes).

Neste sentido, o art. 1º da Lei Federal nº 7.668/1988:

Art. 1º Fica o Poder Executivo autorizado a constituir a Fundação Cultural Palmares - FCP, vinculada ao Ministério da Cultura, com sede e foro no Distrito Federal, com a **finalidade de promover a preservação dos valores culturais, sociais e econômicos decorrentes da influência negra na formação da sociedade brasileira.**

No mesmo sentido, o Decreto nº 6.853/2009, que “*aprova o Estatuto e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções Gratificadas da Fundação Cultural Palmares - FCP, e dá outras providências*”, estabelece que:

Art. 2º A FCP, nos termos dos arts. 1º e 2º da Lei no 7.668, de 1988, tem por finalidade promover a preservação dos valores culturais, sociais e econômicos decorrentes da influência negra na formação da sociedade brasileira e exercer, no que couber, as responsabilidades contidas no art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, regulamentado pelo Decreto nº 4.887, de 20 de novembro de 2003, com competência para:

I - promover e apoiar a integração cultural, social, econômica e política dos afro-descendentes no contexto social do País;

II - promover e apoiar o intercâmbio com outros países e com entidades internacionais, por intermédio do Ministério das Relações Exteriores, para a realização de pesquisas, estudos e eventos relativos à história e à cultura dos povos negros;

III - implementar políticas públicas que visem dinamizar a participação dos afro-descendentes no processo de desenvolvimento sócio-cultural brasileiro;

IV - promover a preservação do patrimônio cultural afro-brasileiro e da identidade cultural dos remanescentes das comunidades dos quilombos;

V - assistir e acompanhar o Ministério do Desenvolvimento Agrário e o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA nas ações de regularização fundiária dos remanescentes das comunidades dos quilombos;

VI - promover ações de inclusão e sustentabilidade dos remanescentes das comunidades dos quilombos;

VII - garantir assistência jurídica, em todos os graus, aos remanescentes das comunidades dos quilombos tituladas na defesa da posse e integridade de seus territórios contra esbulhos, turbações e utilização por terceiros;

VIII - assistir as comunidades religiosas de matriz africana na proteção de seus terreiros sacros; e

IX - apoiar e desenvolver políticas de inclusão dos afro-descendentes no processo de desenvolvimento político, social e econômico por intermédio da valorização da dimensão cultural.

Para além dessa norma jurídica, a atuação da Fundação Cultural Palmares de “*análise, manifestação e acompanhamento dos processos de Licenciamento Ambiental com ocorrência direta ou reflexa em terras quilombolas*”, tendo em vista a prestar “*assistência ao órgão licenciador com o intuito de resguardar e evitar danos irreversíveis às comunidades direta e indiretamente comprometidas nos referidos processos*”⁴ estava amparada ainda nas previsões do Estatuto da Igualdade Racial, Lei 12.288/2010:

Art. 17. O poder público garantirá o reconhecimento das sociedades negras, clubes e outras formas de manifestação coletiva da população negra, com trajetória histórica comprovada, como patrimônio histórico e cultural, nos termos dos arts. 215 e 216 da Constituição Federal.

Art. 18. É assegurado aos remanescentes das comunidades dos quilombos o direito à preservação de seus usos, costumes, tradições e manifestos religiosos, sob a proteção do Estado.

Parágrafo único. A preservação dos documentos e dos sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos, tombados nos termos do § 5o do art. 216 da Constituição Federal, receberá especial atenção do poder público.

Tendo em vista estas normas supracitadas, a FCP vinha exercendo a função de intervir, acompanhar e emitir pareceres nos processos de licenciamento ambiental de empreendimentos

⁴ Pg. 04, Sistemática do processo de licenciamento ambiental com envolvimento da FC/MINC - Fluxo e procedimento. Disponível em: <<http://www.palmares.gov.br/wp-content/uploads/2015/03/FLUXOGRAMA-LICENCIAMENTO-AMBIENTAL-VFINAL.pdf>>

que atingiam comunidades quilombolas, exigência estabelecida pelo art. 14 da Lei Federal nº 11.516, de 28 de agosto de 2007. Dentro de sua estrutura organizacional, esta atribuição era de competência do Departamento de Proteção ao Patrimônio Afro-Brasileiro (DPA), o qual tinha a responsabilidade de “resguardar e evitar danos irreversíveis às comunidades direta e indiretamente comprometidas nos referidos processos.”⁵”

Esta atividade da FCP era regulada por instrumentos normativos, como a Portaria Interministerial nº 60, de 24 de março de 2015, que “*estabelece procedimentos administrativos que disciplinam a atuação dos órgãos e entidades da administração pública federal em processos de licenciamento ambiental de competência do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - Ibama*”⁶.

Art. 3º - No início do procedimento de licenciamento ambiental, o Ibama deverá, na FCA, solicitar informações do empreendedor sobre possíveis intervenções em terra indígena, em terra quilombola, em bens culturais acautelados e em áreas ou regiões de risco ou endêmicas para malária.

[...]

§ 2º - Para fins do disposto no caput, presume-se a intervenção:

II - em terra quilombola, quando a atividade ou o empreendimento submetido ao licenciamento ambiental localizar-se em terra quilombola ou apresentar elementos que possam ocasionar impacto socioambiental direto na terra quilombola, respeitados os limites do Anexo I;

[...]

Art. 7º - Os órgãos e entidades envolvidos no licenciamento ambiental deverão apresentar ao Ibama manifestação conclusiva sobre o estudo ambiental exigido para o licenciamento, nos prazos de até noventa dias, no caso de EIA/RIMA, e de até trinta dias, nos demais casos, contado da data de recebimento da solicitação, considerando:

II - no caso da FCP, a avaliação dos impactos provocados pela atividade ou pelo empreendimento em terra quilombola e a apreciação da adequação das propostas de medidas de controle e de mitigação decorrentes desses impactos;

⁵ Sistemática do processo de licenciamento ambiental com envolvimento da FC/MINC - Fluxo e procedimento. Disponível em: <<http://www.palmares.gov.br/wp-content/uploads/2015/03/FLUXOGRAMA-LICENCIAMENTO-AMBIENTAL-VFINAL.pdf>>.

⁶ A referida Portaria revogou a PORTARIA INTERMINISTERIAL nº 419, de 26 de outubro de 2011, que disciplinava a atuação dos órgãos intervenientes nos processos de licenciamento ambiental, em atendimento ao art. 14 da Lei nº 11.516, de 28 de agosto de 2007.

O detalhamento dos parâmetros incidentes no rito administrativo desta intervenção da FCP nos processos de licenciamento ambiental está descrito na Instrução Normativa nº 01, de 31 de outubro de 2018, que revogou a Instrução Normativa nº 01, de 25 de março de 2015:

Art. 5º A FCP, por meio do Departamento de Proteção ao Patrimônio Afro-Brasileiro, deverá instaurar processo administrativo interno para subsidiar sua manifestação em processos de licenciamento ambiental.

§ 1º O Departamento de Proteção ao Patrimônio Afro-Brasileiro, quando da abertura do processo administrativo, adotará as seguintes providências:

I - designará técnico lotado em seu quadro para análise, mediação com as comunidades quilombolas, elaboração de documentos e acompanhamento da tramitação do processo;

II - comunicará as representações regionais com informações sobre obras, atividades ou empreendimentos localizados em suas áreas de atuação, podendo delegar-lhes atividades específicas do processo administrativo, a serem realizadas nos limites do ato de delegação; e

III - dará ciência da abertura do processo administrativo às comunidades quilombolas localizadas na área de influência direta (AID) da obra, atividade ou empreendimento.

Em síntese, a atuação da Fundação Cultural Palmares nos processos de licenciamento ambiental estava fundamentada em sua finalidade de proteção do legado do povo negro na construção do país e de enfrentamento ao racismo, tendo em vista que este legado está sob ameaça quando uma comunidade quilombola é impactada por obras ou empreendimentos. Além de usurpação das áreas abrangidas pela noção de território tradicional, estipulada pela legislação nacional, tais obras ou empreendimentos geram consigo diversos danos paisagísticos; alteram a relação culturalmente construída entre as comunidades, a natureza e o sagrado; a violação do patrimônio material e imaterial tutelado constitucionalmente, dentre outros diversos danos aos direitos fundamentais das gerações futuras e em curso.

Ademais, em função do racismo que estrutura as relações sociais, razão histórico-política que fundamentou a criação da FCP enquanto entidade estatal voltada à proteção do patrimônio cultural afrobrasileiro, estas comunidades impactadas se encontram em situação vulnerável e desigual diante destes processos, devendo haver por parte do Estado instituição própria de representação para potencializar a participação destes grupos na esfera pública e a proteção de seus direitos, a qual, neste caso, cabe à Fundação Cultural Palmares.

3. Análise da constitucionalidade e legalidade da alteração.

A Lei Federal nº 7.668/88, que autorizou a criação Fundação Cultural Palmares, foi sancionada pela Presidência da República após o regular processo legislativo, que assegura a participação dos

membros do Congresso Nacional e da sociedade na tramitação das matérias. A referida lei apresenta normas específicas sobre atuação direcionada às comunidades negras no país, com especial proteção às comunidades quilombolas, o que se depreende do próprio nome dado à Fundação. Por se tratar de uma fundação, destacou-se um determinado patrimônio da União para constituí-la, podendo inclusive receber dotações, subvenções e doações da União, Estado, Municípios ou outras entidades públicas e privadas, nacionais, estrangeiras ou internacionais (art. 6º da Lei 7668/88). Tais previsões dão à referida Fundação uma maior capacidade de colaboração da sociedade no exercício de suas funções.

Por seu turno, o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA), entidade autárquica, foi instituído pelo Decreto nº 1.110, de 09 de julho de 1970, com o objetivo de reunir as responsabilidades dos seguintes institutos: Instituto Brasileiro de Reforma Agrária (IBRA), Instituto Nacional de Desenvolvimento Agrária (INDA) e do Grupo Executivo da Reforma Agrária (GERA). O Decreto nº 10.252/2020, acompanhando as normas que o antecederam, indica que “o Incra tem suas competências estabelecidas na legislação agrária, em especial as que se referem à realização do ordenamento, à regularização da estrutura fundiária e à promoção e à execução da reforma agrária e da colonização”.

Enquanto entidade autárquica, seu orçamento se rege pelas normas gerais do orçamento público, ainda sendo submetida a uma aprovação do Ministério da Agricultura. Ressalta-se que as autarquias têm como finalidade executar atividades chamadas de “típicas” da Administração Pública que requeiram uma gestão administrativa e financeira descentralizada.

Como citado anteriormente, em 20/02/2020, o atual Presidente da República, Jair Bolsonaro, instituiu por meio do Decreto 10.252 (ato político unilateral da presidência) mudanças na competência de ambos os órgãos. Entretanto, diante da análise dos instrumentos jurídicos que disciplinam a criação, objetivos e funcionamento da FCP e do INCRA, verifica-se que o Decreto atribui à autarquia fundiária o desempenho de uma função totalmente incompatível com a sua finalidade.

Desta forma, é questionável a legalidade da alteração, visto que não há instrumento jurídico anterior que fundamente a atuação do INCRA – que trata exclusivamente de questões ligadas à situação fundiária das comunidades, como a titulação dos territórios tradicionais – referente à realização de “análise de estudos e manifestações sobre medidas de mitigação e controle de impactos socioambientais decorrentes de empreendimentos e atividades na abrangência de territórios quilombolas”⁷. Ao contrário da FCP, para a qual a Lei Federal nº 7.668/88 estabelece expressamente para a Fundação a “finalidade de promover a preservação dos valores culturais, sociais e econômicos

⁷ pg. 04, Sistemática do processo de licenciamento ambiental com envolvimento da FC/MINC - Fluxo e procedimento. Disponível em: <<http://www.palmares.gov.br/wp-content/uploads/2015/03/FLUXOGRAMA-LICENCIAMENTO-AMBIENTAL-VFINAL.pdf>>.

decorrentes da influência negra na formação da sociedade brasileira”, como é a finalidade desta ação, estando ainda amparada das previsões do Estatuto da Igualdade Racial.

Além disso, o Decreto editado por Jair Bolsonaro possui inequívoca inconstitucionalidade, haja vista que o artigo 84, VI, “a”, da Constituição Federal, apenas autoriza alteração na organização e estrutura da administração federal via decreto presidencial “quando não implicar o aumento de despesas nem criação ou extinção de órgãos públicos”. Todavia, a decisão afeta diretamente as disposições legais sobre a competência de cada um dos órgãos envolvidos, ultrapassando sua organização e funcionamento e atingindo não só norma legal que, em última instância, serve à execução das disposições constitucionais dos arts. 215 e seguintes, como a razão política e histórica dessa missão constitucional está vinculada à FCP.

Desta forma, quando o art. 13, inciso VII, do Decreto 10.252/2020 transferiu para a Diretoria de Governança Fundiária do INCRA a competência de “coordenar as atividades de licenciamento ambiental em terras ocupadas pelos remanescentes de quilombos em articulação com o órgão ambiental responsável”, acaba por fragilizar o propósito do mandamento constitucional de salvaguarda do patrimônio cultural e social das comunidades negras rurais e urbanas, haja vista as condições estruturais precárias que a referida autarquia federal já se encontra e significa, em termos constitucionais, tanto um evidente desvio de poder normativo, já que tem a potencial capacidade de frustrar/esvaziar direito fundamental (art. 216) como também a violação à dimensão objetiva do direito fundamental de resguardo do patrimônio histórico afrobrasileiro. Destaca-se que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais significa, em síntese, que o conjunto dos valores centrais e mais importantes do Estado Brasileiro (como o patrimônio histórico e cultural dos povos negros) merecem proteção efetiva e esta proteção deve guiar, direcionar a atuação dos poderes (executivo, legislativo e judiciário), gerando o que a doutrina denomina de *eficácia irradiante dos direitos fundamentais*⁸ e, portanto, criando a obrigação de protegê-los e, mais que isso, promovê-los. Retirar da Fundação Cultural Palmares a possibilidade de intervir nos processos de licenciamento que afetem povos quilombolas, transferindo para autarquia que não detém expertise para isso, acaba por precarizar os direitos fundamentais consagrados no art. 216 da CF e violar frontalmente a sua dimensão objetiva.

Destaca-se que qualquer alteração na estrutura administrativa do Estado Brasileira deveria se orientar pela observância dos princípios previstos no art. 37, caput, da Constituição Federal, no qual está a dimensão da eficiência. Este princípio cria o pressuposto constitucional de que o Estado deve se estruturar de modo a realizar seus objetivos sociais da forma mais eficaz para atingir seus objetivos. Em outras palavras, o Estado deve se organizar objetivando produzir resultados satisfatórios para a sociedade e isso inclui a distribuição de competências aos órgãos ou autarquias que melhor possam atuar na matéria.

⁸ SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2004.

Com o quadro de pessoal extremamente reduzido à sua capacidade necessária, o baixíssimo orçamento federal destinado à autarquia e a dificuldade de implementação satisfatória das políticas que a legislação já lhe atribuíra (como o processo de regularização fundiária dos territórios quilombolas, cujo tempo médio estimado para conclusão de todos os procedimentos atualmente em curso é estimado em mais de 1.000 anos), remeter para o INCRA mais uma atribuição de fiscalização e gerenciamento de política de defesa dos interesses das comunidades quilombolas de todo o Brasil, além de confrontar diretamente o princípio constitucional da eficiência, é ampliar o passivo construído pelo racismo institucional na garantia dos direitos fundamentais coletivos dessas comunidades tradicionais, assim como submeter ao total gerenciamento militar a pauta quilombola. O orçamento do INCRA para o desenvolvimento de ações referentes aos territórios quilombolas foi trabalhado no item anterior e demonstrou uma tendência de queda e desvalorização desta pauta dentro do órgão fundiário. Destaca-se que em todo o orçamento da autarquia federal não há qualquer ação ou programa para a preservação do patrimônio e cultura afrobrasileira. Ao contrário, por mais que a Fundação Cultural Palmares esteja também precarizada, com o menor índice de emissão de certificados quilombolas da história, a fundação conta com um orçamento que abrange ações como “*promoção e fomento à cultura brasileira*”, “*produção e difusão de conhecimento na área cultural*”, “*preservação do patrimônio cultural brasileiro*”.

Concretamente, a alteração, considerando estes pressupostos, se manifesta como desvio de poder. O desvio de poder significa, em termos práticos, que atos ou ações foram desenvolvidas/implementadas pelo Poder Público de modo e com finalidade diversa daquela prevista na norma constitucional ou outros dispositivos legais. “*No desvio de poder, o que ocorre é uma troca dissimulada da finalidade prevista na lei por outra, aparentemente compatível, mas que não traduz o verdadeiro sentido ético e social desejado pelo legislador.*”⁹ No caso em análise, o desvio de poder se configura justamente por conta da real intencionalidade do governo federal em transferir para o INCRA (que não tem orçamento para tal, não tem expertise, não tem previsão legal para exercer esta função) a competência de proteger o patrimônio histórico: precarizar a intervenção nos processos de licenciamento que afetam comunidades quilombolas. O STF, inclusive já se posicionou reconhecendo a possibilidade de configuração do exercício de desvio do poder na análise de atos normativos:

Ação Direta de Inconstitucionalidade no 2.667-MC, julgada em 19 de junho de 2002: “**APLICABILIDADE DA TEORIA DO DESVIO DE PODER AO PLANO DAS ATIVIDADES NORMATIVAS DO ESTADO.**– A teoria do desvio de poder, quando aplicada ao plano das atividades legislativas, permite que se contenham eventuais excessos decorrentes do exercício imoderado e arbitrário da competência institucional outorgada ao Poder Público, pois o

⁹ VALENTE, Manoel Adam Lacayo. Aplicabilidade da teoria do desvio de poder no controle de constitucionalidade de atos legislativos. Contornos, limites e superação pela teoria dos princípios. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194923/000865586.pdf?sequence=3&isAllowed=y>

Estado não pode, no desempenho de suas atribuições, dar causa à instauração de situações normativas que comprometam e afetem os fins que regem a prática da função de legislar.”

Ou seja, embora o enfrentamento ao racismo e a proteção dos direitos das comunidades negras constituem-se enquanto dever constitucional vinculante de todas as entidades públicas e privadas do país, a distribuição de competências administrativas entre diferentes órgãos da União não pode ser utilizado como mecanismo de esvaziamento material do núcleo essencial desses deveres, como violação ao princípio da eficiência, e como desvio de poder, ainda que do ponto de vista formal não haja incompatibilidade vertical com a Constituição Federal. Neste sentido, é expresso, sobretudo, no art. 216, inciso II:

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:

II - os modos de criar, fazer e viver;

Dadas estas considerações, tem-se que a edição do Decreto nº 10.252/2020 mostra-se incompatível com a Lei nº 7.668/1988, que autorizou a criação da FCP e estabeleceu suas finalidades, bem como com as disposições da Lei nº 12.288/2010, além de violar diretamente normas e princípios constitucionais.

3.1. Violação ao direito de consulta prévia livre e informada prevista na Convenção 169 da OIT

Além do que já abordado nos tópicos anteriores, há que se destacar que esta alteração normativa foi realizada em desacordo com o direito à consulta prévia, livre e informada que a Convenção nº 169 da OIT assegura às comunidades quilombolas e demais segmentos tradicionais. A Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho foi ratificada no Brasil por meio do Decreto 143/2002 e foi promulgado através do Decreto 5.051/2004. Essa Convenção representa o principal tratado em matéria dos direitos dos povos e comunidades tradicionais, possuindo efeito vinculante sobre o ordenamento jurídico brasileiro. Se configura como um tratado internacional de Direitos Humanos, gozando, portanto, de status materialmente constitucional.

Além disso, a partir da promulgação da Emenda Constitucional nº 45, a Convenção 169 da OIT ganhou formalmente status de norma supralegal, reafirmados pelos precedentes (RE 466.343 e HC 87.585) que determinaram a supralegalidade dos tratados de direitos humanos frente a norma infraconstitucional.

Destaca-se que um dos corolários da Convenção é justamente o direito à consulta e consentimento de povos e comunidades tradicionais, sempre que **medidas legislativas e administrativas possam afetá-los**, conforme determinado em seu 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.

Destaca-se que a consulta tem um modo próprio, público destinatário específico que tem o direito de participar e debater sobre quaisquer medidas administrativas ou legislativas que possam afetar seus direitos. Ela se propõe a ser um diálogo, mutuamente acordado, onde a busca não é meramente a informação do povo possivelmente impactado pela medida, mas sim sua participação no processo de decisão. A participação efetiva dos povos tradicionais é, portanto, peça fundamental do processo de consulta e desde a edição e promulgação da Convenção 169 da OIT no Brasil, se constitui como um dos requisitos do processo legislativo brasileiro.

O Supremo Tribunal Federal já reconheceu a importância da Convenção 169 da OIT no julgamento dos embargos de declaração do caso paradigmático de Raposa Serra do Sol (Petição 3.388), afirmando: “Essa *convenção* integra o Direito brasileiro, tendo sido internalizada pelo Decreto Legislativo nº 143/2002 e pelo Decreto Presidencial nº 5.051/2004”. Portanto, não há qualquer dúvida acerca da aplicabilidade da referida Convenção no direito brasileiro, devendo a mesmo orientar tanto a interpretação da Constituição Federal, como o processo legislativo, de modo a garantir que o mesmo respeite os princípios democráticos consagrado nos diplomas nacionais e internacionais referentes aos direitos humanos e povos tradicionais.

No caso em discussão, o art. 6º da Convenção 169 foi completamente ignorado e desrespeitado já que os povos quilombolas não foram consultados de nenhuma forma. A alteração legislativa se operou por meio de Decreto Presidencial, emanado de forma unilateral pelo Presidente da República, sem qualquer discussão prévia, sem embasamento legislativo anterior e em confronto às normas e princípios constitucionais. Destaca-se que alterações legislativas que importem efeitos e impactos a comunidades quilombolas realizados sem consulta prévia, livre e informada, além de violar a Convenção 169 também macula o processo legislativo.

4. Impactos prováveis para as comunidades tradicionais quilombolas após a modificação de competência administrativa.

a) Minoração dos impactos causados pelos empreendimentos no modo de vida das comunidades quilombolas:

Verifica-se que a Fundação Cultural Palmares tem competência legal para intervir nos licenciamentos nos territórios quilombolas com expertise suficiente para levar em consideração os modos de “ser” e “fazer” das comunidades quilombolas. Transportar a matéria para o INCRA, além das violações já expostas, implica o esvaziamento das finalidades da Fundação de proteção das populações quilombolas no Brasil.

Apesar da modulação de princípios institucionais imposta pelo governo de Jair Bolsonaro à Fundação Cultural Palmares, é preciso reiterar para o conjunto da sociedade brasileira que este órgão representa uma importante conquista do Movimento Negro brasileiro na institucionalização das políticas de promoção da igualdade racial e por reparação histórica. Do ponto de vista formal, a função de órgão de Estado, responsável pelo dever fundamental de proteção do patrimônio cultural legado e produzido pela população afrobrasileira, é constitucionalmente superior à vontade política de gestores públicos que serão contidos pela provisoriedade histórica de seus mandatos, mas que, no entanto, devem ter barradas as ações que tentam desmantelar estruturalmente décadas de lutas negras pelo reconhecimento de direitos e espaços de diálogo.

A atuação do INCRA, muito embora conte com profissionais da antropologia, por exemplo, tem como finalidade última o processo de regularização fundiária das comunidades. Este recorte em sua atuação, atribuído pelas normas já citadas que fundamentam sua criação e funcionamento, faz com que a autarquia federal não apresente condições estruturais para avaliar de forma ampla os possíveis impactos que os empreendimentos terão sobre o modo de vida das comunidades, tendo em vista as idiossincrasias dos territórios. Dada a natureza do INCRA, é provável que a análise dos conflitos socioambientais entre empreendimentos e comunidades, dos impactos sobre estas e das medidas de mitigação seja resumida à questão fundiária, ignorando ou subestimando as diversas outras dimensões envolvidas.

Sem a intervenção da Fundação Cultural Palmares, é provável que não haja a adequada instrução do processo de licenciamento ambiental, de modo que não seja possível o conhecimento das condições socioambientais das comunidades quilombolas antes da chegada do empreendimento, bem como da real dimensão dos impactos que este pode causar (sociais, culturais, subjetivos, ambientais, políticos, etc) e da eficácia das medidas preventivas e mitigadoras propostas em relação a estes grupos culturalmente diferenciados. A atuação do INCRA, tendo em vista sua finalidade institucional, reduzirá esta análise aos impactos fundiários, gerando um quadro de informações técnicas incompletas acerca da situação das comunidades quilombolas frente ao licenciamento.

Destaca-se o fato de que o modo de vida das comunidades quilombolas é composto por diversos elementos que integram a perspectiva complexa do que é o território tradicional e das relações sociais que se desenvolvem no mesmo, como seus aspectos imateriais relevantes que influenciam na delimitação das áreas e sua relação direta com a ancestralidade da comunidade. Desta forma, para que de fato sejam assegurados os interesses das comunidades quilombolas e, como consequência, para que haja efetiva proteção ao legado do povo negro, é necessário que a intervenção se dê mediante instituição criada para essa finalidade precisa e legitimada por lei para tanto.

b) Desconsideração dos impactos sobre comunidades quilombolas não tituladas e intervenção nos processos de titulação para facilitar a instalação dos empreendimentos:

Uma possível consequência da alteração promovida pelo Decreto nº 10.252/2020 é a desconsideração dos impactos socioculturais sobre as comunidades que ainda não estejam tituladas, ou que não tenham ainda a delimitação do seu território tradicional, mas sejam afetadas por empreendimentos que estão sendo licenciados pelo Estado. Sobre este aspecto, deve-se relembra que a Recomendação nº 02/2016, das 4ª e 6ª Câmaras de Coordenação e Revisão da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão, do Ministério Público Federal, indica que FCP deveria ser provocada a se manifestar nos casos em que *“as comunidades quilombolas que se encontrem no raio de impacto direto de um empreendimento, obra ou atividade de potencial poluidor, independentemente de possuírem ou não RTID publicado”*, bastando que a mesma estivesse apenas certificada.

Outra consequência negativa é a possibilidade de que, no caso das comunidades não tituladas - que são a maioria - a atuação do INCRA nos processos de licenciamento ambiental se dê na perspectiva de redução do território tradicional para “compatibilização” com o empreendimento, ou seja, ao invés de o órgão interveniente atuar na defesa das comunidades quilombolas e das diversas dimensões que compõem o seu modo de vida, atuará para facilitar a instalação dos empreendimentos, uma vez que reflete diretamente os interesses da autarquia e do Ministério da

Agricultura na função de regularização fundiária, não estando vinculado à qualquer dispositivo legal que o obrigue a proteger e representar as comunidades quilombolas.

c) Ausência de diálogo com as comunidades afetadas e de mediação entre as comunidade e demais órgãos envolvidos no licenciamento ambiental:

Uma das principais atuações da FCP nos processos de licenciamento estava relacionada ao diálogo com as comunidades afetadas, bem como a articulação/mediação institucional com outros órgãos envolvidos na execução de políticas públicas para as comunidades quilombolas. Este papel de defesa dos interesses das comunidades rurais negras não compete ao INCRA e, neste novo cenário, ficará debilitado, enfraquecendo a defesa dos direitos das comunidades quilombolas.

Neste sentido, o documento específico que orienta a elaboração do Termo de Referência Quilombola (TRQ) indica que:

A manifestação conclusiva da FCP sobre o estudo específico do componente quilombola será precedida de reuniões informativas e consulta pública envolvendo as comunidades quilombolas direta e indiretamente afetadas, com vistas a manifestação das comunidades sobre o empreendimento e as medidas de controle e mitigação de impactos.¹⁰

Da mesma forma, a IN 01/2020 tem diversos artigos que tratam sobre essa questão:

Art. 5º A FCP, por meio do Departamento de Proteção ao Patrimônio Afro-Brasileiro, deverá instaurar processo administrativo interno para subsidiar sua manifestação em processos de licenciamento ambiental.

§ 1º O Departamento de Proteção ao Patrimônio Afro-Brasileiro, quando da abertura do processo administrativo, adotará as seguintes providências:

I - designará técnico lotado em seu quadro para análise, mediação com as comunidades quilombolas, elaboração de documentos e acompanhamento da tramitação do processo;

[...]

Art. 6º Instaurado o processo administrativo nos termos do art. 32, o Departamento de Proteção ao Patrimônio Afro-Brasileiro emitirá, quando constatar a presença de comunidade quilombola em área de influência direta, o Termo de Referência Específico, conforme o Anexo II - C da Portaria Interministerial nº 60, de 2015, contendo as exigências de informações ou de

¹⁰ Termo de Referência Específico - Componente quilombola. Disponível em: <<http://www.palmares.gov.br/wp-content/uploads/2015/03/ANEXO-03-Termo-de-Refer%C3%Aancia-do-Componente-Quilombola.pdf>>.

estudos específicos referentes à intervenção da obra, atividade ou empreendimento em comunidade quilombola, juntamente com mapa que a localize em relação a esses, a fim de subsidiar a realização dos estudos dos impactos relativos ao componente quilombola do licenciamento.

[...]

§ 5º Após recepcionar o Plano de Trabalho, a FCP agendará reunião de caráter informativo junto a(s) comunidade(s) quilombola(s) atingida(s), com a presença do empreendedor interessado em iniciar os trabalhos de campo.

Art. 17. A FCP deverá garantir a participação efetiva dos quilombolas no processo de levantamento de dados e na discussão das questões referentes ao licenciamento das obras, atividades ou empreendimentos potencialmente causadores de impactos às suas respectivas comunidades, nos termos desta Instrução Normativa.

[...]

§ 2º A FCP deverá encaminhar convites às entidades locais e regionais representativas dos quilombolas para participarem das reuniões informativas e das consultas.

Neste sentido, provavelmente haverá retrocesso do processo de diálogo e de mediação institucional no âmbito dos procedimentos de licenciamento ambiental que impactam as comunidades tradicionais.

d) Sobrecarga do setor de regularização fundiária quilombola;

Outra questão que está implicada nesta mudança é a sobrecarga da Diretoria de Governança Fundiária que tem como atribuição “*coordenar a execução das atividades de identificação, de reconhecimento, de delimitação, de demarcação e de titulação das terras caracterizadas como de ocupação pelos remanescentes de quilombos*” (inciso VI, art 13 do Decreto 10.252/2020). É de amplo conhecimento a morosidade do INCRA na condução dos processos de titulação dos territórios quilombolas, estimando-se que, seguindo o ritmo atual, serão necessários 1.170 anos para a conclusão dos 1.716 processos em curso¹¹.

A IN 01/2018, por exemplo, indica uma série de procedimentos que a Fundação Cultural Palmares tem que adotar antes de manifestar-se nos processos de licenciamento ambiental como: elaboração de Termo de Referência (TRQ) específico; análise de Plano de Trabalho apresentado pelo licenciador com base no TRQ; a avaliação da matriz de impactos socioambientais, quando da ocasião da análise do Estudo do Componente Quilombola (ECQ); realização de “*visita técnica junto às comunidades quilombolas atingidas pela obra, atividade ou empreendimento, a fim de realizar consulta,*

¹¹ Disponível em:

<<https://terradedireitos.org.br/noticias/noticias/no-atual-ritmo-brasil-levara-mil-anos-para-titular-todas-as-comunidades-quilombolas/23023>>.

nos moldes do disposto pela Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho [...] por meio da qual pode-se registrar sua avaliação quanto aos estudos e diagnósticos elaborados, bem como sua deliberação sobre as medidas de prevenção, mitigação, controle e compensação, informações que subsidiarão o parecer técnico”, entre outras.

Deve-se lembrar que a manifestação do órgão interventor deve ocorrer nos licenciamentos realizados nas esferas Federal, Estadual e Municipal. Desta forma, pairam sérias dúvidas sobre a capacidade do INCRA - além das questões já apontadas quanto à competência - para a realização desta atividade. Ademais, a FCP manifestava-se também sobre o cumprimento ou não das condicionantes, quando da emissão de licença posterior, bem como nos pedidos de renovação de licença ou no caso de haver necessidade de adoção de procedimentos corretivos, nos termos na IN FCP nº 01/2018:

Art. 15. Instada a se manifestar pelo órgão ambiental licenciador no período que antecede a emissão da licença de operação, a FCP, por meio do Departamento de Proteção ao Patrimônio Afro-Brasileiro, com base em relatórios de execução encaminhados pelo empreendedor e após consulta às comunidades quilombolas atingidas, emitirá parecer técnico sobre o cumprimento das condicionantes das licenças expedidas anteriormente e a execução dos planos, programas, projetos e medidas de prevenção, mitigação, controle e compensação socioambiental, podendo recomendar à Presidência, de forma motivada, que o relatório final de execução seja:

I - aprovado;

II - aprovado, indicando a execução de outras medidas mitigadoras, compensatórias, programas e condicionantes considerados necessários; ou

III - reprovado.

[...]

Art. 16. Para obras, atividades ou empreendimentos licenciados, quando do pedido de renovação de licença ou do reconhecimento da necessidade de adoção de procedimentos corretivos, o órgão licenciador competente deverá solicitar manifestação à FCP e esta, sempre que constatada a presença de comunidades quilombolas em sua área de influência direta, deverá exigir a execução de estudos complementares que, identificando a ocorrência de impactos, subsidiarão a construção participativa de planos, programas, projetos e medidas de prevenção, mitigação, controle e compensação socioambiental.

Desta forma é bastante improvável que a intervenção do INCRA nos processos de licenciamento seja feita de forma cautelosa e dialogada, considerando as diversas atividades que antecedem uma manifestação adequada.

e) Desconsideração dos Protocolos de Consulta:

Outra grave consequência envolvida nesta mudança é a provável desconsideração pelo INCRA dos Protocolos de Consulta elaborados pelas comunidades quilombolas. As decisões das comunidades sistematizadas nos Protocolos têm sido reconhecidas pelo Poder Judiciário e, da mesma forma, eram observadas pela Fundação Cultural Palmares, segundo previsão expressa na IN 01/2018:

Art. 17. A FCP deverá garantir a participação efetiva dos quilombolas no processo de levantamento de dados e na discussão das questões referentes ao licenciamento das obras, atividades ou empreendimentos potencialmente causadores de impactos às suas respectivas comunidades, nos termos desta Instrução Normativa.

§ 1º As comunidades poderão, caso desejem, receber auxílio de assessorias técnicas ao longo do processo de licenciamento.

§ 2º A FCP deverá encaminhar convites às entidades locais e regionais representativas dos quilombolas para participarem das reuniões informativas e das consultas.

§ 3º Os protocolos de consulta desenvolvidos pelas comunidades quilombolas, instrumentos legítimos de gestão territorial e ambiental, serão recepcionados pela FCP, que avaliará seus termos para a estruturação participativa do respectivo plano de consulta.

Neste sentido, há sério risco que a atuação do INCRA não se oriente pelas determinações dos Protocolos, violando os direitos das comunidades quilombolas.

5. Considerações finais

Diante dos pontos levantados acima, é fundamental que haja reflexão coletiva sobre as implicações desta alteração promovida pelo Decreto 10.252/2020 para as comunidades quilombolas. Embora a atuação da atual gestão da Fundação Cultural Palmares seja totalmente inaceitável e na contramão da defesa dos interesses da população negra no Brasil, sabe-se que historicamente a intervenção do corpo técnico da FCP nos processos de licenciamento tem contribuído para que minimamente os direitos das comunidades sejam observados nestes procedimentos.

Além disso, a total ausência de publicidade, diálogo e participação das comunidades a respeito deste tema, somado ao cenário de desrespeito aos quilombolas e defesa do racismo no Governo Bolsonaro, coloca ainda mais desconfiança sobre a possibilidade de que esta alteração ter algum efeito prático favorável para as comunidades. Deve-se recordar que o INCRA atualmente encontra-se alocado no Ministério Agricultura Pecuária e Abastecimento (MAPA), epicentro da defesa dos interesses do setor ruralista no Governo Federal.

Por fim, há grande insegurança jurídica para as comunidades que atualmente estão sendo acompanhadas pela Fundação Cultural Palmares em razão de serem impactadas por empreendimentos que estão em fase de licenciamento. É provável que a maioria sequer tenha conhecimento das mudanças apontadas acima. Segundo informação veiculada no site do INCRA em 02/06/2020, *“nas próximas semanas será publicada uma Instrução Normativa que regulamentará o processo de licenciamento ambiental no âmbito do Incra. O documento está em fase de finalização pelos técnicos da Coordenação-Geral de Regularização de Territórios Quilombolas da Diretoria de Governança Fundiária da autarquia”*¹², neste sentido é necessário que estejamos atentos/as às próximas movimentações.

¹² Disponível em: < <http://www.palmares.gov.br/?p=56389>>.