

RPD

*Revista
de Direito
Público*

ISSN 0034-8015

N. 86 — ABRIL-JUNHO DE 1988 — ANO XXI

Repositório de Jurisprudência autorizado
pelo Supremo Tribunal Federal sob n. 005/85



TERRAS OCUPADAS PELOS ÍNDIOS

GILMAR FERREIRA MENDES

Procurador da República e Mestre em Direito
pela Universidade de Brasília

I. Introdução — II. Conceito constitucional de posse indígena — III. A Constituição de 1934 e o domínio da União sobre as terras habitadas pelos silvícolas. — IV. Conclusão.

I. Introdução

1. São conhecidas as polêmicas sobre o regime jurídico das terras indígenas.

Afirma-se, invariavelmente, que as disposições contidas no art. 198, da CF, não se aplicam às situações dominiais anteriores (Cf., a propósito, Carlos Medeiros, Parecer, RDA 122/383; Cretella Júnior, Parecer, RDA 128/641). Enfatiza-se, igualmente, a necessidade de que se defina, com precisão, o conceito de posse indígena, de modo a evitar a nulificação da propriedade privada e o malbaratamento do patrimônio devoluto estadual. Nas controvérsias, acolhe-se, não raras vezes, idéia segundo a qual a definição sobre a existência ou inexistência da posse indígena deve considerar a data da expedição do título dominial (Cf. Ac. 278, rel. Min. Soares Muñoz, RTJ 107/461; Ac. 297, rel. Min. Oscar Corrêa, RTJ 114/926). Argui-se, também, a ilegitimidade do procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas.

2. A Constituição Federal, no seu art. 198, afirma a inalienabilidade das terras habitadas pelos silvícolas "nos termos em que a lei determinar", declarando a nulidade, a extinção dos efeitos de qualquer natureza que tenha por objeto o domínio, a posse ou a ocupação das aludidas terras. Daí entender Pontes de Miranda serem " nenhuns quaisquer títulos, mesmo registrados, contra a posse dos silvícolas, ainda que anteriores à Constituição de 1934, se à data da promulgação havia tal posse" (Comentários à Constituição de 1967, com a EC 1/69, t. VI, p. 457). Idêntica posição é perfilhada por Manoel Gonçalves Ferreira Filho (Comentários à Constituição Brasileira, 1983, pp. 731-2); Paulino Jacques (A Constituição Explicada, 1970, p. 195), Rosah Russomano (Anatomia da Constituição, 1970, p. 346) e Celso Bastos (Curso de Direito Constitucional, 1982, pp. 109-10).

3. A Lei 6.001/73 (Estatuto do Índio), no art. 19, estabelece que as terras ocupadas ou habitadas pelos silvícolas a que se referem os arts. 4.º, IV, e 198, da CF, serão administrativamente demarcadas, por iniciativa e sob orientação do órgão federal de assistência ao índio, de acordo com o processo estabelecido em decreto do Poder Executivo, devendo-se proceder ao registro em livro próprio do Serviço de Patrimônio da União e do registro imobiliário da Comarca da situação do imóvel, após a homologação pelo Presidente da República.

4. Vê-se, pois, que o constituinte não se limitou a estatuir a nulidade dos títulos imobiliários porventura incidentes sobre as áreas de ocupação indígena, deferindo expressamente ao legislador ordinário a faculdade de definir os procedimentos que deveriam ser adotados na delimitação das referidas terras. Portanto, o legislador ateve-se estritamente ao preceituado no dispositivo constitucional, ao determinar que tal delimitação fosse levada a efeito mediante a realização de demarcação administrativa.

5. A matéria foi apreciada pelo Excelso Pretório no RE 97.867-MT — rel. Moreira Alves, no qual se discutiu a eventual violação do disposto no art. 198, da CF e no art. 19, § 2.º, da Lei 6.001/73, tendo o eminente relator observado, a propósito, que:

"Desde que o aresto recorrido afirma a existência de posse de silvícola na área interdita, o que é questão de fato insusceptível de reexame em recurso extraordinário — não se pode pretender tenha havido violação do art. 198 da Carta Magna.

Quanto à alegada violação do art. 19, § 2.º da Lei 6.001/73, a interpretação a ele dada, e pela qual ele alcançaria, também, os atos preparatórios da demarcação administrativa, atos esses a ela indispensáveis — até porque, no caso, é mister concentrar o grupo, Nambikwara então disperso, e a interdição visa a evitar conflitos comuns em casos como o da espécie — é, pelo menos razoável, motivo por que é de se lhe aplicar à Súmula 400. Ademais, como se vê do acórdão prolatado nos embargos de declaração, a referência ao art. 19, se faz a título de reforço a argumentação da legitimidade do processo de interdição, e isso porque essa interdição se justifica pelo simples fato — que o aresto recorrido tem por certo — da existência de posse de silvícola na área, considerado conceito de posse naquele diploma legal" (RTJ 107/812).

6. Tendo a Constituição declarado a nulidade dos títulos dominiais existentes sobre áreas habitadas por indígenas, nos termos estabelecidos em lei federal, não se há de invocar a proteção da Constituição aos direitos adquiridos (CF, art. 153, § 3.º) e ao direito de propriedade (CF, art. 153, § 22 e 5.º), na espécie.

7. A evidência, não pode haver direito adquirido à propriedade de terras habitadas por indígenas, em face da regra expressa no art. 198, da Lei Maior. Como se sabe, é de nenhuma valia a invocação do princípio do direito adquirido contra norma constitucional. Nesse sentido, é pacífica a jurisprudência da Excelsa Corte, tal como se vê no voto proferido pelo eminente Min. Moreira Alves, no RE 94.414, in verbis:

"As normas constitucionais se aplicam de imediato, sem que se possa invocar contra elas e figura do direito adquirido. Mesmo nas constituições que vedam ao legislador ordinário a edição de leis retroativas, declarando que a lei nova não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, esse preceito se dirige apenas ao legislador ordinário, e não, ao constituinte, seja ele originário, seja ele derivado. Por isso, Barbalho, ao comentar o art. 11, 3.º, da Constituição de 1891 (dispositivo que vedava aos Estados e à União prescrever leis retroativas), acentuava:

"Mas, porquanto a proibição de leis retroativas é estabelecida por amor e garantia dos direitos individuais, não há motivo para que ela prevaleça em casos nos quais ofensa não lhes é feita e a retroação é proveitosa ao bem geral; e eis por que têm pleno efeito com relação a fatos anteriores:

"1. As leis constitucionais ou políticas (...) (Constituição Federal brasileira — Comentários, Rio de Janeiro, 1902, p. 42). Igualmente, Carlos Maximiliano, ao comentar o art. 141, § 3.º, da Constituição de 1946, escreve, ao examinar o conceito de direito adquirido:

"Não há direitos adquiridos contra a Constituição" (Comentários à Constituição brasileira, 5.ª ed., Rio de Janeiro, 1954, v. 3, n. 505, nota 7).

"No mesmo sentido, manifesta-se Pontes de Miranda, em mais de uma passagem de seus Comentários à Constituição de 1967 com a EC 1/69:

"Impõe-se ao legislador cogitar de lei que de certo modo indenize as perdas, porque não basta invocar-se a proteção dos direitos adquiridos (arts. 150, § 3.º e 22), pois as constituições são retroeficazes" (ob. cit., t. I, p. 538);

"No retirado art. 176, no art. 177 (hoje art. 194) e nos retirados arts. 179 e 180, parágrafo único, a Constituição de 1967 abria exceção ao princípio da imediatividade eficaz das regras jurídicas constitucionais, porque, se o não fizesse, os direitos adquiridos pelas pessoas mencionadas estariam prejudicados (ob. cit., t. VI, p. 389); e

"As constituições têm incidência imediata, ou desde o momento em que ela mesmo fixou como aquele em que começaria a incidir. Para as constituições, o passado só importa naquilo que ela aponta ou menciona. Fora daí, não" (ob. cit., t. VI, p. 392).

"Afirmações semelhantes — com larga citação de autores nacionais e estrangeiros — se encontram em obras dedicadas, em nosso país, ao direito intertemporal. Assim, em Carlos Maximiliano, Direito Intertemporal ou Teoria da Retroatividade das Leis, Rio de Janeiro, 1946, n. 43, p. 60; e Bento de Faria, Aplicação e retroatividade da lei, Rio de Janeiro, 1934, n. 8, p. 25 e ss.

"Essas assertivas se coadunam com a natureza mesma das coisas. Se se elabora uma norma constitucional portanto que veda situação anteriormente admitida, quer isso dizer que o poder constituinte, originário ou derivado, entende ser essa vedação exigida pelo interesse comum, e, portanto, aplicável de imediato, salvo disposição expressa em contrário" (RDA 160/149).

8. E, manifestando-se, especificamente, sobre a matéria, assevera Celso Bastos que: "O inc. IV do art. 4.º da Constituição há de ser entendido conjuntamente com o art. 198 e seus parágrafos. A União, com efeito, fica deferido o domínio das terras ocupadas pelos silvícolas, mas a este cabe a sua posse permanente assim como fica reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades nelas existentes. Ficaram extintos todos e quaisquer direitos que pudessem incidir sobre as referidas terras, sem que os lesados possam pleitear indenização contra a União, por força dos §§ 1.º e 2.º do art. 198. O princípio do direito adquirido, assegurado pelo § 3.º do art. 153, ficou excepcionado em face do conteúdo dos referidos dispositivos (Curso de Direito Constitucional, 1982, pp. 109-10).

9. De resto, vale notar que o princípio de direito adquirido não subsiste diante de preceito que disciplina a existência ou a extinção de instituto jurídico, visando aos efeitos e ao conteúdo jurídico de determinada situação (Roubier, *Droit Transitoire*, 2.º ed., 1960, pp. 210-3; Carlos Maximiliano, *Direito Intertemporal*, 1955, pp. 61-2; Eduardo Espínola e Eduardo Espínola Filho, *Tratado de Direito Civil Brasileiro*, 1932, V. II, pp. 187-8; Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1967*, com a EC 1/69, 1974, t. V, pp. 77-8; O. A. Bandeira de Mello, *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, 1, 1969, pp. 276, 287-8).

10. Da mesma forma, a regra constante do art. 153, § 22, ou do art. 5.º, da CF, não pode emprestar fundamento à pretensão do eventual litigante, porquanto é a própria Lei Maior que consagra a insubsistência de qualquer título de propriedade sobre as áreas de posse permanente dos silvícolas (CF, art. 4.º, IV, e 198). Tenha-se presente que as regras constantes dos arts. 198 e 4.º, IV, da Lei Maior, contêm, em verdade, uma declaração de extinção da propriedade em terras habitadas em caráter permanente pelos silvícolas. Não há, pois, como afastar a incidência imediata e geral, com a alegação de direito adquirido ou de situação jurídica consolidada.

11. Assinale-se que a aludida orientação mostra-se inteiramente consentânea com diversos precedentes da Excelsa Corte, que tem reafirmado a inexistência de direito adquirido a regime jurídico de um instituto de direito. A propósito, vale ressaltar a seguinte passagem do voto proferido pelo eminente Min. Moreira Alves no RE 94.020, in verbis: "(...), em matéria de direito adquirido, vigora o princípio — que este Tribunal tem assentado inúmeras vezes — de que não há direito adquirido a regime jurídico de um instituto de direito. Quer isso dizer que, se a lei nova modificar o regime jurídico de determinado instituto de direito (como o é a propriedade, seja ela de coisa móvel ou imóvel, ou de marca), essa modificação se aplica de imediato" (RTJ 104/272).

12. Como se constata, é palmar o equívoco em que laboraram eminentes juristas como Carlos Medeiros e Cretella Júnior, ao sustentarem que a disposição contida no art. 198, da CF, não se aplicava aos títulos de propriedade outorgados na vigência da Constituição de 1946, tendo em vista a proteção ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito (cf. Pareceres, in RDA 122/383 e RDA 128/641).

II. Conceito constitucional de posse indígena

1. Cumpre notar, que a posse a que se refere o preceito constitucional não pode ser reduzida a conceito de posse do Direito Civil. A posse dos silvícolas abrange todo o território indígena propriamente dito, isto é, toda área por habitada para seu sustento e necessária à preservação de sua identidade cultural. Tal peculiaridade não passou despercebida ao saudoso Min. Victor Nunes, que, em pronunciamento verdadeiramente luminoso, fixou o efetivo alcance da proteção constitucional à posse dos silvícolas, como se constata, in verbis:

"Aqui não se trata do direito de propriedade comum: o que se reservou foi o território dos índios. Essa área foi transformada num parque indígena sob guarda e administração do Serviço de Proteção aos Índios, pois estes não têm a disponibilidade das terras. O objetivo da Constituição Federal é que ali permaneçam os traços culturais dos antigos habitantes, não só para sobrevivência dessa tribo, como para estudos dos etnólogos e para outros efeitos de natureza cultural ou intelectual.

"Não está em jogo, propriamente, um conceito de posse, num de domínio, no sentido civilista dos vocábulos; trata-se do habitat de um povo.

"Se os índios, na data da Constituição Federal ocupavam determinado território, porque desse território tiravam seus recursos alimentícios, embora sem terem construções ou obras permanentes que testemunhassem sem posse de acordo com o nosso conceito, essa área, na qual e da qual viviam, era necessária à sua subsistência. Essa área, existente na data da

Constituição Federal, é que se mandou respeitar. Se ela foi reduzida por lei posterior; se o Estado a diminuiu de dez mil hectares, amanhã a reduziria em outros dez, depois, mais dez, e poderia acabar confinando os índios a um pequeno trato, até ao terreiro da aldeia, porque ali é que a "posse" estaria materializada nas malocas.

"Não foi isso que a Constituição quis. O que ela determinou foi que, num verdadeiro parque indígena, com todas as características culturais primitivas, pudessem permanecer os índios, vivendo naquele território, porque a tanto equivale dizer que continuariam na posse do mesmo.

"Entendo, portanto, que, embora a demarcação desse território resultasse, originariamente, de uma lei do Estado, a Constituição Federal dispôs sobre o assunto e retirou ao Estado qualquer possibilidade de reduzir área que, na época da Constituição, era ocupada pelos índios, ocupada no sentido de utilizada por eles como seu ambiente ecológico" (RE 44.585, rel. Min. Victor Nunes, Referências da Súmula do STF, 1970, V. 25, pp. 360-1).

2. Trata-se, sem dúvida, de manifestação fulgurante do saudoso magistrado e humanista. É interessante notar que a tese, brilhantemente desenvolvida pelo eminente Juiz, em 1961, veio a ser adotada, integralmente, pela legislação ordinária, como se pode depreender da leitura do art. 23, da Lei 6.001/73, in verbis: "Considera-se posse do índio ou silvícola a ocupação efetiva da terra que, de acordo com os usos, costumes e tradições tribais, detém e onde habita ou exerce atividade indispensável à sua subsistência ou economicamente útil".

3. Portanto, não se pode, conceitualmente, atribuir à posse de Direito Civil a mesma dimensão da posse indígena. Enquanto aquela é caracterizada como poder de fato, que se exerce sobre uma coisa (cf. José Carlos Moreira Alves, *Direito Romano*, v. I, 1978, p. 357), a ocupação efetiva da terra pelo silvícola deve ser definida tendo em vista os usos, costumes, tradições culturais e religiosas. Nesse sentido, convém registrar a lição de Ismael Marinho Falcão, in verbis:

"A posse indígena, pois, traz uma conotação diferente, em seu conceito, da conotação emprestada à posse civilista e à posse agrarista. A posse tal como concebida pelos civilistas, é a exteriorização do domínio, decorrente do exercício, pleno ou não, de alguns dos poderes inerentes ao proprietário (art. 485, CC). Já para o Direito Agrário, a posse se configura pelo exercício e junção de três elementos básicos: morada permanente do possuidor no imóvel posseado; cultura efetiva implantada e mantida pelo próprio posseiro e sua família, com capacidade de proporcionar-lhe o progresso sócio-econômico seu e de seus familiares; e, como último elemento básico, mais de ano e dia de ocupação efetiva.

"A posse indígena, diferentemente destas últimas, é caracterizada pela ocupação efetiva da terra por parte do elemento silvícola ou indígena, ocupação que haverá de se comportar de acordo com os usos, costumes e tradições tribais, vale dizer, não é apenas indígena a terra aonde se encontrar edificada a casa, a maloca ou a taba indígena, como não é apenas indígena a terra aonde se encontra a roça do índio. Não. A posse indígena é mais ampla, e terá que obedecer aos usos, costumes e tradições tribais, vale dizer, o órgão federal de assistência ao índio, para poder afirmar a posse indígena sobre determinado trato de terra, primeiro que tudo, terá que mandar proceder ao levantamento destes usos, costumes e tradições tribais a fim de coletar elementos fáticos capazes de mostrar essa posse indígena no solo, e será de posse indígena toda a área que sirva ao índio ou ao grupo indígena para caça, para pesca, para coleta de frutos naturais, como aquela utilizada com roças, roçados, cemitérios, habitação, realização de cultos tribais etc., hábitos que são índios e que, como tais, terão que ser conservados para preservação da subsistência do próprio grupo tribal. A posse indígena, pois, em síntese, se exerce sobre toda a terra necessária à realização não somente das atividades economicamente úteis ao grupo tribal, como sobre aquela que lhe é propícia à realização dos seus cultos religiosos" (O Estatuto do Índio, p. 65).

4. Não se pode olvidar que eminentes juristas e magistrados têm censurado a aparente indefinição desse conceito, entendendo que, se aplicado na extensão dos seus termos, esta orientação acabará por frustrar a marcha desenvolvimentista e dará ensejo a conflitos de grandes e imprevisíveis proporções.

5. Não há dúvida de que o conceito de posse indígena dimana do próprio texto constitucional, como demonstrado no preclaro voto proferido pelo saudoso Min. Victor Nunes. Não há, pois, como reduzir a sua expressão, por mais relevantes que possam parecer os argumentos nesse sentido. Ainda aqui é de se invocar pronunciamento do insigne Min. Victor Nunes, desta feita no MS 16.443, de 1967, in verbis:

"A Lei 1.077, de 10.4.58, de Mato Grosso, reduziu certa área habitada por indígenas e que fôra demarcada por lei estadual anterior. Argumentava o Estado que, se a demarcação fôra feita por lei estadual, outra lei estadual poderia reduzir a área.

"O Tribunal, entretanto, contra dois votos, manteve o acórdão local, que declarou a inconstitucionalidade da citada Lei 1.077, concluindo o seu julgamento após pedido de vista de V. Exa. Sr. Presidente, no RE 44.585 (30.8.61). Pesou nesse julgamento, o artigo 216 da CF de 1946, a que há pouco se referiu o Sr. Min. Amaral Santos. Por esse dispositivo, não só a posse das terras habitadas pelos índios seria respeitada, como também não poderia ser transferida, nem pelos próprios silvícolas.

"A Constituição atual dispõe que as terras ocupadas pelos silvícolas pertencem à União, mas o seu art. 186 reproduz o art. 216 da Constituição anterior, com este acréscimo: '... reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas utilidades nelas existentes'.

"Parece, pois, que o simples fato de pertencerem à União as terras ocupadas pelos índios, não as sujeita integralmente ao regime legal de venda dos bens públicos, dado o seu caráter de inalienabilidade. Não está envolvido, no caso, uma simples questão de direito patrimonial, mas também um problema de ordem cultural, no sentido antropológico, porque essas terras são o *habitat* dos remanescentes das populações indígenas do País. A permanência dessas terras em sua posse é condição de vida e de sobrevivência desses grupos, já tão dizimados pelo tratamento recebido dos civilizados e pelo abandono em que ficaram.

"A Constituição atual foi além da anterior, que só protegia a posse, porque ela também protege o usufruto exclusivo, pelos índios, dos recursos naturais e de todas as utilidades existentes nas terras. Pela Constituição, mesmo a alienação de certos frutos dessas áreas pode ficar dependendo de condições que não sejam normalmente exigidas para alienação dos bens públicos em geral" (*Referências das Súmulas do STF*, cit., pp. 351-2).

6. Sem embargo da relevância de eventuais objeções que podem ser levantadas contra a posse indígena, não se há de perder de vista que a proteção, que constitucionalmente se lhe empresta, vem da Carta Magna de 1934 (art. 129), configurando, sem dúvida, princípio já tradicional do Direito Público brasileiro (Carta de 1937; art. 154; Constituição de 1946, art. 216; Constituição de 1967, art. 186; Constituição de 1969, EC 1, art. 198).

7. Destarte, antes de assumir uma posição atenuadora do preceito constitucional em apreço, cumpre ao intérprete assegurar-lhe a plena força ou eficácia normativa (*normative Kraft*). Estará atuando, assim, de forma compatível com o princípio de hermenêutica constitucional que recomenda a adoção de exegese que preserve a integral eficácia da norma constitucional (Princípio da força normativa da Constituição).

"Ein Masstab der Verfassungsinterpretation, der allerdings in dem oben Gesagten bereits weitgehend enthalten ist, ist endlich die normative Kraft der Verfassung. Da die Verfassung aktualisiert werden will, die geschichtlichen Möglichkeiten und Bedingungen dieser Aktualisierung sich aber wandeln, ist bei der Lösung verfassungsrechtlicher Probleme denjenigen Gesichtspunkten der Vorzug zu geben, die unter den jeweiligen Voraussetzungen den Normen der Verfassung zu optimaler Wirkungskraft verhelfen" (Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, 1984, p. 28).

8. De resto, as razões inspiradoras do legislador constituinte não parecem assentar-se em mero sentimento de culpa, nem constituem expressão de um sentimentalismo *naïf*. Ao revés, considerou o Texto Magno que a preservação dos silvícolas com as suas características, culturas e crenças, constituía, em verdade, imperativo de uma sociedade que se pretende aberta. Vê-se, pois, que o preceito constitucional traduz o próprio reconhecimento de que existem valores e concepções, diversos dos nossos, e de que o nosso modelo de desenvolvimento não é único. E, sobretudo, a regra constitucional revela a crença na adequada coexistência dessas diversidades como corolário de uma sociedade pluralista e justa.

III. A Constituição de 1934 e o domínio da União sobre as terras habitadas pelos silvícolas

1. Sob o império da Constituição de 1891 já não se afigurava pertinente considerar como devolutas as terras ocupadas pelos indígenas. Em erudita conferência proferida na antiga Sociedade de Ethnographia e Civilização dos Índios, nos idos de 1902, demonstrou o insigne Professor João Mendes Júnior, que as terras do indigenato não podiam ser tratadas como se devolutas fossem. Faz-se mister registrar o seu magistério, *verbis*:

"A Constituição Federal, no art. 64, determina que pertencem aos Estados as terras devolutas situadas nos respectivos territórios, cabendo à União somente a porção de território que for indispensável para defeza das fronteiras, fortificações, construcções militares e estradas de ferro federaes.

"Os Estados passaram então, a estabelecer cautelas sobre o reconhecimento dos títulos de domínio, subordinados sempre, como devem ser, às regras de direito civil; além disso,

estabeleceram regras sobre a revalidação de títulos de domínio, sobre a legitimação de posses, sobre a discriminação das terras possuídas, das terras reservadas e das terras devolutas, devendo respeitar os princípios, regras e leis que affectam a acção judiciária quanto à índole da acção, visto que esta índole affecta o direito de agir.

"Aos Estados ficaram as terras devolutas; ora, as terras do indigenato, sendo terras congenitamente possuídas, não são devolutas, isto é, são originariamente reservadas, na forma do Alvará de 1.º de abril de 1680 e por dedução da própria Lei de 1850 e do art. 24, § 1.º do Dec. de 1854; as terras reservadas para o colonato de indígenas passaram a ser sujeitas às mesmas regras que as concedidas para o colonato de imigrantes, salvo as cautelas de orphanato em que se acham os índios; as leis estadoaes não tiveram, pois, necessidade de reproduzir as regras dos arts. 72 a 75 do Dec. n. 1.318 de 30 de janeiro de 1854" (*Os Indígenas do Brazil e seus Direitos Individuais e Políticos*, 1912, pp. 61-2).

2. E, nãis adiante, ensinava o eminente jurista que:

"Os nossos sertanejos acham-se, portanto, diante dos seguintes títulos originários de propriedade:

"1.º — O das terras possuídas por hordas selvagens coletivamente organizadas, cujas posses não estão sujeitas à legitimação, visto que o seu título não é a ocupação, mas o indigenato (Alvará de 1.º de abril de 1680)" (João Mendes Júnior, *ob. cit.*, p. 64).

3. A magnífica lição de João Mendes foi retomada, recentemente, pelo eminente Prof. Marcello Caetano. Adotando o entendimento segundo o qual somente integram o domínio público os bens indisponíveis, o notável administrativista assevera que as terras vagas ou devolutas — isto é, "aquelas que não tendo dono, não sejam objeto de posse legítima nem se acham aplicadas a algum uso público" (...) "não estão no regime do domínio público, uma vez que 'o seu destino é serem alienadas'" (*Princípios fundamentais do Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 1977, p. 418).

4. Evidentemente, as terras vagas ou devolutas não se confundem com as áreas reservadas. É o que ensina com proficiência o emérito publicista, *verbis*:

"Grande importância tinham também, as áreas reservadas — reservas — que a lei constituía, umas vezes em benefício das populações indígenas para que nelas livremente habitassem e fizessem suas culturas, em geral divagantes, ou criassem seus gados, outras vezes reservas para colonização, para proteção da Natureza — florestais, zoológicas, biomarítimas, formando parques nacionais — ou para exploração pecuária, aproveitamento hidráulico ou fins turísticos.

"A característica das reservas é a indisponibilidade. Nalgumas, como as reservas indígenas, vedando quaisquer usos diferentes dos visados com a sua criação, outras, como as florestais, zoológicas e quejandas, abrangendo na proibição quaisquer usos por entidades públicas ou particulares, salvo as atividades necessárias para conservação e a exploração com fins científicos ou turísticos condizentes com os fins justificativos da sua instituição.

"Sendo as reservas por princípio indisponíveis pela Administração, parece, à primeira vista, que todas deveriam ser incluídas entre os bens sujeitos ao regime do domínio público. Mas há que distinguir.

"As reservas para proteção da Natureza, sim, creio que no domínio público deveriam ser consideradas.

"Quanto às constituídas para garantir o *habitat* e a livre subsistência de populações silvícolas, têm de ser preservadas de atentados e cobiças alheias. Os terrenos para esse efeito reservados deverão antes ser considerados concessão coletiva à tribo para seu exclusivo uso comunitário: o art. 198 da Constituição Brasileira fala em 'pose permanente' com 'direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades, nela existentes'. Em geral, silvícolas não têm a noção da propriedade privada das terras, habituados como estão a mover-se em largos espaços desocupados e sempre ao seu dispor. Mas possuem a idéia de que a terra que ocupam ou por onde divagam deve ser dominada pela comunidade com direito de exclusão de terceiros. São essas noções que têm de ser conhecidas e acatadas" (*ob. cit.*, pp. 420/1).

5. E, se essa orientação afigurava-se irrefutável no regime de 1891, após o advento da Constituição de 1934 constitui uma inequívoca *contradictio in adjecto* falar-se em terras devolutas ocupadas por silvícolas. Em verdade, a Constituição de 16.7.34 veio ilidir qualquer dúvida que, porventura, pudesse pairar sobre o tema. Foi Pontes de Miranda um dos primeiros a perceber, entre nós, essa nova realidade normativa, destacando que o constituinte atribuíra aos indígenas o domínio coletivo das terras ocupadas como emanção do ato-fato de posse em caráter permanente (*Tratado de Direito Privado*, t. XII, 1971, pp. 450-1 — grifamos).

6. E o insigne jurista, em escólio ao art. 216, da Constituição de 1946, enuncia lição, que vale reiterar:

"O texto respeita a 'posse' do silvícola, posse a que ainda se exige o pressuposto da localização permanente. O juiz que conhecer de alguma questão de terras deve aplicar o art. 216, desde que os pressupostos estejam provados pelos silvícolas, ou constem dos autos, ainda que algumas das partes ou terceiro exiba título de domínio. Desde que há posse e a localização permanente, a terra é do nativo, porque assim o diz a Constituição, e qualquer alienação de terras por parte de silvícolas, ou em que se achem permanentemente localizados e com posse, os silvícolas, é nula, por infração da Constituição. Aquelas mesmas que forem em virtude do art. 216 reconhecidas como de posse de tais gentes, não podem ser alienadas. Os juízes não podem expedir mandados contra silvícolas que tenham posse, e nas terras, de que se trata, se localizaram com permanência. A proibição de alienação tem como conseqüências: a) a nulidade de qualquer ato de disposição incluídas aqueles que só se referem a elementos do direito de propriedade ou da posse (uso, fruto, garantia real, locação); b) não há usucapião contra o silvícola ainda que trintenar; c) as sentenças que adjudiquem tais terras a outrem são suscetíveis de rescisão, dentro do prazo de preclusão, por infringirem texto constitucional" (Comentários à Constituição de 1946, vol. V, 1953, pp. 335-6 — grifamos).

7. Vê-se, pois, que, como conseqüência da posse indígena nas áreas ocupadas, impõe-se reconhecer, de plano, a nulidade de todo e qualquer ato de disposição a elas concernentes. Essa orientação foi integralmente acatada pelo Supremo Tribunal, no RE 44.585, tendo ficado assente que, "embora a demarcação desse território resultasse, originariamente, de uma lei do Estado, a Constituição Federal dispôs sobre o assunto e retirou ao Estado qualquer possibilidade de reduzir a área, que na época da Constituição, era ocupada pelos índios, ocupada no sentido de utilizada por eles como seu ambiente ecológico" (Rel. Victor Nunes, Referências da Súmula do STF, v. 25, pp. 360-1).

8. Idêntica orientação viria a ser perfilhada no MS 16.443, como já ressaltado (Rel. Min. Barros Monteiro, Referências da Súmula do STF, v. 25, p. 345).

9. Também os Mins. Amaral Santos, Hermes Lima e Aliomar Baleeiro reconheceram a procedência da tese sustentada pela Consultoria-Geral da República, no sentido de que o patrimônio indígena inseria-se, de forma ampla, no domínio da União. É o que se pode constatar na leitura de seus pronunciamentos, verbis: "Acompanho o voto do Relator, aditando o seguinte: já o art. 216 da Constituição de 46 reconhecia as terras dos silvícolas como do domínio público; 'Será respeitada aos silvícolas a posse das terras onde se achem permanentemente localizados, com a condição de não as transferirem.' Estava, portanto, expresso que as terras eram do domínio público; apenas permaneciam na posse dos silvícolas." (Voto do Min. Amaral Santos, Referências da Súmula do STF, v. 25, p. 349).

10. Da mesma orientação compartilhava o Min. Aliomar Baleeiro, como se depreenhe do voto proferido, verbis: "(...) Tenho para mim que as terras dos índios são públicas. Eram públicas, e o Governo não as desconstituiu, apenas as afetou a um serviço especial, de natureza pública" (Referências da Súmula do STF, v. 25, p. 350).

11. Destarte, firmou o STF entendimento definitivo no sentido de que, em verdade, as terras ocupadas pelos silvícolas integravam o domínio da União. Como já realçado, essa posição foi explicitada, de forma inequívoca, no voto proferido pelo Min. Themístocles Cavalcanti, na Ap. Cív. 9.620, conhecida como "Ação Cível Originária", que foi julgada procedente, declarando-se a inconstitucionalidade, pela segunda vez, da Lei 1.077, de 10.4.58, do Estado do Mato Grosso. É oportuno recordar que o aludido diploma estadual reduzia para 100.000 ha. a área indígena dos índios Cadineus, estabelecida pelo Decreto Estadual 54, de 9.4.31, com 400.000 ha. de extensão. Na oportunidade, asseverou a Assembléia Legislativa do Mato Grosso, na sua contestação, que: "De fato. A Lei 1.077, de 10.4.58, acresceu o Patrimônio do Estado do Mato Grosso em mais de 300.000 hectares de terras, possibilitando a Administração Pública, na sua venda, em ver acrescida sua Renda Pública em quantia superior a Cr\$ 100.000.000,00" (Referências da Súmula do STF, v. 25, p. 343).

12. A Excelsa Corte rechaçou, de plano, essa alegação imoral (Cf. voto do Min. Thompson Flores, Referências, cit., p. 345) e, na linha do entendimento firmado no RE 44.585 (Rel. Min. Victor Nunes), reiterou a declaração de inconstitucionalidade do malsinado diploma, tendo o Min. Themístocles Cavalcanti destacado em seu voto, que essa "(...) lei não é instrumento hábil para transferir para o domínio do Estado os bens pertencentes aos índios e à União. O Dec. lei 9.960/46, já considera que pertencem à União os terrenos pertencentes aos índios ou colônias militares. De modo que esses bens de há muito são incorporados

ao patrimônio da União. Considero inconstitucional esta lei, de acordo com o eminente Relator" (Referências da Súmula, cit., p. 344).

13. Portanto, mesmo antes do advento da Constituição de 1967, já não subsistia dúvida de que as áreas ocupadas pelos silvícolas integravam o patrimônio da União. E essa orientação veio a ser consolidada na Súmula 480, do STF, que tem como precedente fundamental o RE 44.585, de 30.8.61 (Cf. Referências da Súmula, cit., pp. 338 e 353 e ss.).

14. Reconheceu-se, destarte, a ampla significação jurídica atribuída pelo constituinte, desde 1934, ao ato-fato de ocupação permanente praticado pelos silvícolas, admitindo que o texto constitucional não garantia apenas a posse dos silvícolas sobre as terras por eles ocupadas em caráter permanente, mas atribuía o domínio desses bens à União Federal. Inegável, portanto, que o ato-fato de ocupação permanente produzia, já no sistema constitucional vigente antes de 1967, dois efeitos jurídicos de capital importância: a) atribuía aos indígenas a posse sobre os imóveis ocupados, como todos os seus conseqüências; b) outorgava à União o domínio sobre as terras ocupadas pelos indígenas, originando a propriedade exclusiva e unicamente, do ato-fato relativo à posse.

15. Diante dessas conclusões, há de se admitir que as disposições contidas no art. 198 e 4.º, IV, da CF de 1967/69, apenas explicitam princípios integrantes do nosso Direito Constitucional positivo desde, pelo menos, 1934. Observe-se, a propósito, do disposto no art. 198, da CF, assim se pronunciou o Min. Néri da Silveira, verbis:

"Não cabe, dessarte, compreender o § 1.º e o art. 198 da Constituição vigente, no que concerne a negócios jurídicos a eles anteriores, senão como mera forma de índole explicitante, pois, em realidade, antes de seu advento, já seria nulo e sem qualquer efeito, ao menos quanto à ocupação, posse e utilização, o negócio jurídico de concessão ou venda de terras, onde silvícolas estivessem permanentemente localizados. Desde a Constituição de 1934, a posse dos silvícolas estava protegida, quanto às terras onde localizados, em caráter permanente. Nessa linha, escreveu Pontes de Miranda, acerca do art. 216, da Carta Política de 1946: 'Desde que há a posse e a localização permanente, a terra é do nativo, porque assim o quis a Constituição, e qualquer alienação de terras por parte de silvícolas ou em que se achem, permanentemente localizados e com posse, os silvícolas, é nula' (Ac. 278, RTJ 107/461 e ss.).

16. Afigura-se despiciendo qualquer esforço de argumentação para demonstrar que o constituinte acabou por consagrar a ocupação indígena, na hipótese, como modo de aquisição originária de propriedade (Cf., sobre o assunto, José Carlos Moreira Alves, Direito Romano, v. I, Rio, 1978, pp. 398 e ss.). Tão límpida e inquestionável é essa conclusão, sob o ponto de vista teórico, que mais parece a enunciação de um truismo.

17. Não obstante, colocam-se algumas questões que podem causar embaraço sob o prisma da dogmática jurídica. A primeira indagação diz respeito à validade, ou não, dos títulos incidentes sobre terras indígenas concedidos antes da promulgação da Constituição de 1934. Outro ponto controvertido concerne à situação jurídica das terras que, na vigência da Constituição de 1934, eram ocupadas pelos silvícolas e vieram a ser alienadas a terceiros.

18. Parece isento de dúvida que os títulos dominiais concedidos antes do advento da Constituição de 1934 estão abrangidos pela declaração de nulidade que do texto constitucional dimanava. Assim, com a disposição do art. 129, da CF, opera-se uma peculiar e rara espécie de nulidade, a chamada nulidade superveniente (nachträgliche Nichtigkeit) (Werner Flume, Das Rechtsgeschäft, Berlin, 1979, v. II, p. 550). Trata-se de inequívoco exemplo de uma "lei de proibição" (Verbotsgesetz), que alcança situação já estabelecida (Cf. Flume, ob. cit., p. 550).

19. Nesse sentido, é, igualmente, o magistério de Pontes de Miranda, verbis: "São nenhuns quaisquer títulos, mesmo registrados, contra a posse dos silvícolas, ainda que anteriores à Constituição de 1934, se à data da promulgação havia tal posse. O registro anterior de propriedade é título de propriedade sem uso e sem fruição" (Comentários à Constituição de 1967, com a EC 1/69, t. VI, 1972, p. 457).

20. Vê-se, pois, que as terras ocupadas pelos silvícolas, que, sob o regime da Constituição de 1891, haviam sido concedidas pelos Estados a particulares ou que ainda quedavam, como devolutas, no patrimônio da unidade federada, passaram com a Constituição de 1934, irreversivelmente, para o domínio da União.

21. Há, portanto, flagrante contradição nos termos quando se fala em terras devolutas estaduais ocupadas por silvícolas: ou se cuida de terra devoluta, integrante do domínio estadual, ou de terra ocupada por indígena, e, por isso, do domínio da União. Nesse sentido, já estabelecia o art. 3.º do Regulamento do Serviço de Proteção aos Índios que: "O Serviço de Proteção aos Índios promoverá os actos mais convenientes: (...) a) para impedir que

as terras habitadas pelos silvícolas sejam tratadas como se devolutas fossem, demarcando-as, fazendo respeitar, garantir, reconhecer e legalizar a posse dos índios, já pelos Governos Estaduais ou Municipais, já pelos particulares" (Dec. 736, de 6.4.36 art. 3.º).

22. Tal constatação permite abordar o segundo aspecto mencionado, isto é, a situação jurídica das terras que, na vigência das Constituições de 1934, de 1937 ou de 1946, eram ocupadas pelos silvícolas e, não obstante, foram alienadas a particulares. É fácil de ver que todo e qualquer título concedido pelo Estado sobre áreas ocupadas pelos silvícolas, no império das Constituições de 1934, de 1937 e de 1946, configura alienação a non domino, sendo inevitável o reconhecimento da nulidade de pleno direito. É que tais imóveis, como ressaltado, já não integravam o patrimônio estadual, pelo menos desde 16.7.34.

23. Mas, e se nesse lapso de tempo (1934 a 1967) tiver ocorrido a expulsão, extermínio ou mesmo a integração à sociedade nacional dos grupos indígenas que habitavam essas áreas? Dar-se-ia o retorno desses bens ao patrimônio estadual? Haveria a convalidação dos títulos dominiais ilicitamente outorgados?

24. É evidente que, se o ato-fato da ocupação indígena atribui à União o domínio das terras habitadas pelos silvícolas, nos termos das Cartas Políticas brasileiras de 1934, 1937, 1946 e de 1967/69, a eventual desocupação dessas terras não proporciona a devolução do domínio ao ente federado. A evidência, a **desafetação** de um bem, ou a sua **desdestinação** não constitui modalidade de extinção do domínio público no Direito brasileiro.

25. E quanto aos títulos dominiais ilicitamente concedidos? Também aqui a dogmática jurídica não pode fornecer resposta diversa. Constatada a presença indígena, em caráter permanente, a partir da Carta de 1934, afigura-se inexorável o reconhecimento da nulidade plena de qualquer concessão ou alienação.

26. Nessas condições, não há como deixar de reconhecer que, em caso de **desdestinação** ou **desafetação** das terras do domínio federal anteriormente ocupadas pelos silvícolas, inevitável se afigura a sua reversão ao domínio pleno da União. Esta é a única solução compatível com o nosso sistema constitucional, que, desconhece forma de extinção do domínio público por **desdestinação** ou **desafetação**.

27. Daí ter o legislador federal estabelecido no art. 21, do Estatuto do Índio, que: "As terras espontânea e definitivamente abandonadas por comunidades indígenas ou grupo tribal reverterão, por proposta do órgão federal de assistência ao índio e mediante ato declaratório do Poder Executivo, à posse e ao domínio pleno da União".

28. Trata-se de preceito de conteúdo marcadamente interpretativo, pois se tais terras integram o domínio da União, inevitável se afigura o retorno ao seu domínio pleno, em caso de **desdestinação** ou de **desafetação**. É também o entendimento de Ismael Marinho Falcão, em escólio ao art. 21, do Estatuto do Índio, *verbis*:

"As terras ocupadas permanentemente por grupo indígena, segundo preceito constitucional, são de domínio pleno da União, logo, à evidência, uma vez abandonadas espontânea e definitivamente pelo grupo que as ocupava, reverterão à posse e ao domínio do senhorio direto. Evidentemente que a regra contida neste artigo não seria rigorosamente necessária, pois se são de domínio da União as terras ocupadas por indígenas terão que, uma vez abandonadas, retornar ao domínio pleno do senhorio direto, já que não foram alienadas.

"O índio, enquanto ocupante permanente destas terras, não é senhor delas, mas seu legítimo e legal usufrutuário. Se, no entanto, a comunidade indígena vem a ser emancipada, as terras objeto de sua ocupação terão que ser destinadas aos membros da comunidade indígena. Não estão sendo abandonadas, pelo só fato de emancipação. O grupo é que está se despidendo do manto da proteção legal tutelar para se integrar definitivamente à comunhão nacional. Como, porém, não lhe será possível integrar-se em meios capazes de lhe assegurar subsistência frente à sociedade nacional, a terra que lhe serviu de ocupação por tantos anos, evidentemente, terá que ser partilhada entre todos os membros da comunidade, despidendo-se a União do domínio pleno que sobre ela mantinha, para investir o índio no poder pleno de senhor e possuidor.

"No caso de abandono, temos que seria plenamente dispensável que o órgão federal de assistência ao índio tivesse que propor a reversão. Ao nosso entender, e frente ao ordenamento jurídico nacional, esta dar-se-ia automaticamente, tão logo ficasse comprovado o abandono, não havendo, assim, nenhuma necessidade de o legislador ordinário haver vinculado a reversão à proposta que o órgão federal terá que fazer ao ato declaratório que terá que ser baixado pelo chefe do Poder Executivo" (O Estatuto do Índio, 1985, p. 63).

29. A norma referida contém, todavia, uma ressalva de fundamental importância. Verifica-se a desdestinação ou a desafetação apenas das terras espontaneamente abandonadas pelos silvícolas. Subsiste íntegro, portanto, o caráter indígena das áreas onde se tenha verifi-

cado a desocupação forçada, violenta e criminosa. Em qualquer hipótese, não se pode colocar em dúvida o domínio inquestionável da União.

30. A argumentação desenvolvida demonstra, portanto, que toda e qualquer discussão sobre a existência ou não de posse indígena — e, por conseguinte, sobre a caracterização ou não do domínio federal — há de remontar, inevitavelmente, ao ano de 1934, quando o constituinte retirou, inequivocamente, do domínio das unidades federadas as áreas ocupadas em caráter permanente pelos indígenas.

IV. Conclusão

Do que ficou assente, pode-se concluir, de forma precisa e escoreita, que:

"a) as terras indígenas não integravam o patrimônio estadual, mesmo na vigência da Constituição de 1891;

"b) a teor do disposto no art. 129, da Constituição de 1934 (e, posteriormente, no art. 154, da Carta de 1937 e no art. 216, da Constituição de 1946), a propriedade da União sobre as terras ocupadas pelos silvícolas constitui expressão do ato-fato relativo à posse;

"c) embora a demarcação das terras indígenas tenha resultado, eventualmente, de uma lei estadual, não se reconhece à unidade federada o poder de reduzir a área, que, na época da promulgação da Constituição, era ocupada pelos índios como seu ambiente ecológico;

"d) os atos legislativos estaduais que estabeleceram os limites das áreas ocupadas pelos indígenas, bem como as transcrições no Registro Imobiliário, têm, portanto, caráter meramente declaratório, uma vez que o domínio aqui é mera expressão da posse permanente;

"e) o reconhecimento da situação dominial, de forma reduzida, não obsta a que se postule ou a que se proceda à sua ampliação, pelas vias legais;

"f) os títulos dominiais concedidos antes do advento da Constituição de 1934 foram atingidos pela chamada **nulidade superveniente**, que decorre da regra expressa no seu art. 129;

"g) as terras ocupadas pelos silvícolas que, sob o regime da Constituição de 1891, integravam o patrimônio coletivo indígena, passaram, com a promulgação da Carta de 1934, em caráter irreversível, para o domínio da União (Cf. Dec. 736/36, art. 3.º, "a");

"h) a concessão de títulos dominiais em terras ocupadas pelos indígenas após o advento da Constituição de 1934 é írrita, de nenhum efeito;

"i) a expulsão, o homicídio ou genocídio de silvícolas não tem o condão de convalidar os títulos originariamente nulos, concedidos a partir de 16.7.34;

"j) assim, em caso de desafetação ou desdestinação das terras de domínio federal anteriormente ocupadas pelos silvícolas, inevitável se afigura a reversão ao domínio pleno da União;

"k) toda e qualquer discussão sobre a existência ou não de posse indígena — e, por conseguinte sobre a caracterização ou não de domínio federal — há de remontar, inevitavelmente, aos idos de 1934, quando o constituinte houve por bem consagrar o domínio da União sobre as terras de ocupação indígena.