

for de direito. Publique-se. Brasília-DF, em 31.1.96. (a) Selene Maria de Almeida.

59. No(s) processos abaixo relacionado(s):

91.0099117-0 EXECUCAO DIVERSA POR TITULO JUDICIAL  
EXGTE : APORANDY CUNHA MORAES E OUTROS  
ADVOG. : DF822 - MARIA DO CARMO C. R. PRADO  
ADVOG. : DF9900 - FATIMA MOURA CAMBIAGHI  
ADVOG. : DF10308 - RAUL CANAL  
ADVOG. : DF5534 - YVONE FERNANDES DA COSTA ASTOLPHI  
ADVOG. : DF10145 - JOAO ADOLPHO B. DE ALMEIDA  
EXCDO : UNIAO FEDERAL  
PROCUR. : GILDA MARIA FREIRE GARCIA

O Exmo. Sr. Juiz exarou o despacho:

Em face dos termos da certidão de fls. 469, certifique-se nos autos das Cartas de Sentença nºs 95.95715-9 e 94.92520-4 sobre o retorno dos autos principais, vindo-me aqueles feitos conclusos, após. Apresente o autor FERNANDO ANTONIO CARNEIRO BARBOSA, no prazo de 05 (cinco) dias, a carta de sentença a que se reporta a sobrealudida certidão cartorária. Defiro o pedido formulado às fls. 476, para determinar, por enquanto, a citação da pronovida para que cumpra a parte líquida do julgado (obrigação de fazer), quanto aos autores APORANDY CUNHA MORAES e JOSÉ CARLOS ARDOVINO BARBOSA CAMBIAGHI, no prazo de 05 (cinco) dias, sob pena de aplicação da multa pecuniária fixada no referido decisum, devendo comprovar, em igual prazo, nos autos, o seu efetivo cumprimento. Publique-se. Brasília-DF, em 11.12.95. (a) Selene Maria de Almeida.

60. No(s) processos abaixo relacionado(s):

92.0013416-5 EXECUCAO DIVERSA POR TITULO JUDICIAL  
EXGTE : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS  
PROCUR. : CARLOS ANTONIO DE ARAUJO  
EXCDO : MARIA JACY SOARES  
EXCDO : LOURDES MARIA DE O. VINAGREIRO  
EXCDO : JULIA DA SILVA  
EXCDO : GERALDO DOS SANTOS SOUZA  
EXCDO : SUELI ALVES SANTOS  
EXCDO : FRANCISCA OLIVEIRA DE MEDEIROS  
EXCDO : ADEMIR BASILIO FERREIRA  
EXCDO : MARIANA MARCELINO SOARES FERNANDES  
EXCDO : VASTI ALVES FERREIRA  
EXCDO : VICENTE SOUZA VALE  
ADVOG. : DF370 - PEDRO SOARES VIEIRA

O Exmo. Sr. Juiz exarou o despacho:

Arquive-se os presentes autos, com baixa na distribuição e anotações de estilo. Publique-se. Brasília-DF, em 31.01.96. (a) Selene Maria de Almeida.

#### AUTOS COM DECISÕES

1. No(s) processos abaixo relacionado(s):

91.0018672-4 EXECUCAO DIVERSA POR TITULO JUDICIAL  
EXGTE : ALPI DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTICIOS LTDA E OUTROS  
ADVOG. : DF6157 - LUIZ ALBERTO BETTIOL  
EXCDO : UNIAO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)  
PROCUR. : GERALDO GURBEL DE MESQUITA JUNIOR

O Exmo. Sr. Juiz exarou a decisão:

(...) Isto posto, homologo, para que produza seus jurídicos e legais efeitos, a conta de atualização, em referência. Com vistas no pedido formulado às fls. 193 e observadas as formalidades legais, expete-se, de logo, alvará de levantamento das quantias devidas às exequentes, nos percentuais apurados às fls. 187/188, recolhendo-se aos cofres da União, através de guia própria, as importâncias que lhe são devidas. Publique-se. Brasília-DF, em 05 de fevereiro de 1996. (a) Selene Maria de Almeida.

#### AUTOS COM SENTENÇAS

1. No(s) processos abaixo relacionado(s):

91.0026548-9 EXECUCAO DIVERSA POR TITULO JUDICIAL  
EXGTE : ABRIL VIDEO DA AMAZONIA S/A E OUTRO  
ADVOG. : DF6157 - LUIZ ALBERTO BETTIOL  
EXCDO : UNIAO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)  
PROCUR. : ROSANGELA TEREZINHA DO NASCIMENTO

O Exmo. Sr. Juiz exarou a sentença:

Vistos, etc. Em face da petição de fls. 201, homologo, por sentença, para que produza seus jurídicos e legais efeitos, a renúncia da presente execução, nos termos do art. 794, item III, do CPC. Arquive-se os autos, de logo, com baixa na distribuição e anotações de estilo. P.R.I. Brasília-DF, em 5 de fevereiro de 1996. (a) Selene Maria de Almeida.

2. No(s) processos abaixo relacionado(s):

91.0014717-6 EXECUCAO DIVERSA POR TITULO JUDICIAL  
EXGTE : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS  
PROCUR. : HENRIQUE AUBUSTO GABRIEL

EXCDO : JOSE GERALDO HELENO  
EXCDO : JOSE THEODORICO DE PAULA  
EXCDO : JUAREZ FRANCISCO DA COSTA  
EXCDO : JULIANA BRAGA TEIXEIRA  
EXCDO : MARIA LUCIA CARAZZA FERREIRA  
EXCDO : NIVALDO MENDES DE SOUZA  
EXCDO : OFELIA CASTANHEIRA GUIMARAES  
EXCDO : RACHEL DE ASSIS VIEIRA MARQUES  
EXCDO : RONALDO ARAUJO DE ALMEIDA  
EXCDO : SOLANGE GAHONAL  
EXCDO : TOMAZ ABUIAR  
ADVOG. : DF3095 - RENILDE TEREZINHA DE RESENDE AVILA

O Exmo. Sr. Juiz exarou a sentença:

Vistos, etc. Satisfeita a obrigação, como comprovam as guias constantes dos autos, declaro, por sentença, para que produza seus jurídicos e legais efeitos, extinta a presente execução, nos termos do artigo 794, inciso I, do CPC. Recolha-se aos cofres do INSS, através de guia própria, a importância depositada às fls. 271v9 e 274. Arquive-se, oportunamente, os presentes autos, com baixa na distribuição e anotações de estilo. P.R.I. Brasília-DF, em 05 de fevereiro de 1996. (a) Selene Maria de Almeida.

3. No(s) processos abaixo relacionado(s):

91.0026749-0 EXECUCAO DIVERSA POR TITULO JUDICIAL  
EXGTE : LOJAS RIACHUELO S/A  
ADVOG. : DF6758 - RODRIGO PEIXOTO BUENO  
ADVOG. : DF7009 - FERNANDA G. H. DE ANDRADE  
EXCDO : UNIAO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)  
PROCUR. : GERALDO GURBEL DE MESQUITA JUNIOR

O Exmo. Sr. Juiz exarou a sentença:

Vistos, etc... homologo, para que produza seus jurídicos e legais efeitos, a conta de liquidação, em referência. Recolha-se nos cofres da União Federal, através de guia própria, a quantia que lhe é devida e expete-se alvará de levantamento em favor da autora exequente, conforme planilhas de fls. 332/333, observando-se as formalidades legais. Com vistas no enunciado da Súmula nº 188/TRF, que revela preclusão lógica, na espécie, cumpra a autora, no prazo de 05 (cinco) dias, o disposto no artigo 611 do CPC. Publique-se. Brasília-DF, em 05 de fevereiro de 1996. (a) Selene Maria de Almeida.

#### AUTOS COM PAGAMENTO DE CUSTAS

FICA A AUTORA REQUERENTE DEVIDAMENTE INTIMADA PARA EFETUAR O PREPARO DO RECURSO ADESIDO INTERPOSTO, NOS AUTOS ABAIXO, NO PRAZO LEGAL:

92.0016472-2 AÇÃO CAUTELAR INOMINADA  
REGTE : SUDAN INDUSTRIA E COMERCIO DE CIGARROS LTDA.  
ADVOG. : PE4757 - LINDBERG DA MOTA SILVEIRA  
ADVOG. : DF1259A - LUIZ NOROBU SAKAUE  
REQDO : UNIAO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)  
PROCUR. : AECIO BASTOS DA FONSECA  
VALOR : 6,36

FICA O(A) EMBARGANTE DEVIDAMENTE INTIMADO(A) PARA EFETUAR O PAGAMENTO DAS CUSTAS PROCESSUAIS DEVIDAS, NOS AUTOS ABAIXO, NO PRAZO LEGAL:

95.0019087-7 EMBARGOS A EXECUCAO  
EMBTE : SINDICATO NACIONAL DOS ANALISTAS E TECNICOS DE FINANÇAS E CONTROLE - SINATEFIC  
ADVOG. : DF798A - LUCIO JAIMES ACOSTA  
EMBDO : UNIAO FEDERAL  
VALOR : 4,50

96.0001579-1 EMBARGOS A EXECUCAO  
EMBTE : ASSOCIACAO DOS SERVIDORES DA FUNABEM  
ADVOG. : RJ77690 - ANA CRISTINA BAERE DE SA DE SOUZA  
EMBDO : UNIAO FEDERAL  
EMBDO : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS  
VALOR : 5,12

JUIZ FEDERAL TITULAR : DR. ANTONIO SOUZA PRUDENTE (EM GOZO DE FÉRIAS)  
JUIZA FEDERAL EM EXERCÍCIO : DRª SELENE MARIA DE ALMEIDA  
DIRETOR DE SECRETARIA : BEL. FRANCISCO DE ASSIS JORGE LACERDA

EXPEDIENTE DO DIA 14 DE FEVEREIRO DE 1996

#### AUTOS COM DECISÕES

PROCESSO : 96.0001927-4 - AÇÃO POPULAR  
REQTE : IVAN VALENTE  
ADVOGADO : DF12162 - HÉLIO MADALENA  
REQDO : UNIAO FEDERAL E OUTROS  
DECISÃO : IVAN VALENTE, cidadão brasileiro, ajuizou a presente ação popular, com pedido de liminar, contra a União Federal e contra o Presidente da República.  
O objeto da ação é ver declarada a nulidade do Decreto nº 1.775, de 8 de janeiro de 1996, que dispõe sobre o procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas.  
O autor apresentou em sua petição inicial, as seguintes razões e fundamentos de fato e de direito:

\*06. Como já referido, inscrevem-se as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios entre os bens da União (art. 20, XI, CF), competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar os seus bens (art. 231, caput, CF).

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL

Data: / /  
Cod. F1000171

07. E de modo a não restar dúvidas sobre a supremacia do interesse público, dispõe o § 6º do art. 231, literalmente:

"§ 6º São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo (...) não gerando a nulidade e a extinção do direito à indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias de boa-fé."

08. Muito embora tenham os interesses contrariados construído intrincadas e fastidiosas exegeses sobre os preceitos trazidos pelo artigo 231 da Constituição Federal, mais precisamente contra o que dispõe seu § 6º, não impressionaram nossos tribunais. Tal assertiva é constatada em remansosa jurisprudência, como a que se traz à colação, e.g.:

**"EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA-ÁREA INDÍGENA-DECLARAÇÃO DE POSSE E DEFINIÇÃO DE LIMITES PARA DEMARCAÇÃO ADMINISTRATIVA - PORTARIA MINISTERIAL DECORRENTE DE PROPOSIÇÃO DA FUNAI-INTERDIÇÃO DA ÁREA - TÍTULO DOMINIAL PRIVADO-CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 231-ADCT, ART. 67-LEI Nº 6.001/73-DECRETO FEDERAL Nº 11/91-DECRETO FEDERAL Nº 22/91.**

2. O direito privado de propriedade, seguindo-se a dogmática tradicional (Código Civil, arts. 524 e 527), à luz da Constituição Federal (art. 5º, XXII, CF), dentro das modernas relações jurídicas, políticas, sociais e econômicas, com limitações de uso e gozo, deve ser reconhecido com sujeição à disciplina e exigência da sua função social (arts. 170, II e III, 182, 183, 185 e 186, CF). É a passagem do Estado-proprietário para o Estado-solidário, transportando-se do "monossistema" para o "polissistema" do uso do solo (arts. 5º, XXIV, 22, II, 24, VI, 30, VIII, 182, §§ 3º e 4º, 184 e 185, CF).

3. Na "área indígena", estabelecida a dominialidade (arts. 20 e 231, CF), a União é nua-proprietária e os índios situam-se como usufrutuários, ficando excepcionado o direito adquirido do particular (art. 231, §§ 6º e 7º, CF), porém, com a inafastável necessidade de ser verificada a habitação ou ocupação tradicional dos índios, seguindo-se a demarcação no prazo de cinco anos (art. 67, ADCT).

(STJ - MANDADO DE SEGURANÇA Nº 1.835 - DF - RELATOR ORIGINÁRIO MINISTRO GARCIA VIEIRA - RELATOR P/ ACÓRDÃO MINISTRO MILTON PEREIRA - D.J.U.24.05.1993, citado por Paulo Machado Guimarães, organizador, in Ementário e Jurisprudência Indigenista, CIMI, Brasília, 1993, págs. 58/59.)

**"EMENTA: CIVIL E ADMINISTRATIVO - DIREITO AGRÁRIO - OCUPAÇÃO SOBRE ÁREAS INDÍGENAS - ÍNDIOS PATAXÓ - DIREITO À INDENIZAÇÃO.**

1. A aquisição ("compra") de arrendamentos feito em terra indígena, de terceiros, sem o controle do órgão de proteção ao índio, descaracteriza a sua finalidade, ainda que originariamente se trate de ato legítimo.

2. Em tais circunstâncias, não cabe falar em posse legítima (justa, para fins de indenização, à luz do Código Civil, especialmente quando a Constituição, declarando a nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos de qualquer natureza (do domínio, de posse e de ocupação), proclama não ser possível nenhuma indenização. (cf art. 198, § 2º - Carta de 1987).

3. Embargos Infringentes Improvidos. Acórdão confirmado.

(TRF 1ª REGIÃO - EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CÍVEL Nº 91.01.14298-4 - DF - RELATOR DESEMBARGADOR FEDERAL OLINDO MENEZES - D.J.U. 09.03.1992, citado por Paulo Machado Guimarães, organizador, in Ementário e Jurisprudência Indigenista, CIMI, Brasília, 1993, pág.70.)

09. Nada obstante, sob o argumento de dispor sobre o procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas, o Presidente da República decretou que poderão terceiros "interessados manifestar-se, apresentando ao órgão federal de assistência ao índio razões instruídas com todas as provas pertinentes, tais como títulos dominiais, laudos periciais, pareceres, declarações de testemunhas, fotografias e mapas, para o fim de pleitear indenização ou para demonstrar vícios, totais ou parciais, do relatório de que trata o parágrafo anterior" (art. 2º, § 8º, Dec. nº 1.775/96).

10. Ora, a Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973, que institui o Estatuto do Índio, cominando ao órgão federal de assistência o dever de demarcar administrativamente as terras ocupadas por estes, nada dispõe quanto ao concurso de títulos dominiais admitidos pelo maisnado decreto, conforme dispositivo acima citado.

11. E não prevê por duas razões inafastáveis. A uma, porque, na lição do Desembargador Federal Fernando da Costa Tourinho Filho:

"Se aos índios é assegurada a posse permanente - sem limite temporal - das terras que ocupam - posse no sentido não civilista -, terras essas da União; não há como perdê-la para terceiros, ainda que estejam estes de boa fé. O § 6º do art. 231 da Constituição estatui:

"São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo (...)"

A transcrição no Registro de Imóveis não expunge os vícios. Não dá validade ao ato." (in Os Direitos Indígenas e a Constituição - coordenadora Juliana Santilli; Núcleo de Direitos Indígenas e Sérgio Fabris Editor, Porto Alegre, 1993; pág. 38).

12. E, por segundo, nada prevê a Lei nº 6.001/73 sobre o concurso de títulos inovado pelo decreto estelionato porque não poderia a lei, a teor do art. 5º, XXXV, C.F., excluir da apreciação do Poder Judiciário as lesões ou ameaças que a admissibilidade de títulos nulos e extintos, assim declarados por imperativo constitucional, podem causar aos direitos elencados nos arts. 20, XI e 231 da Constituição Federal. Tanto é assim, que o § 6º do art. 231, C.F., prevê expressamente que as indenizações de boa-fé dar-se-ão na forma da lei. In casu, que o

Presidente da República que se dá na forma do decreto regulamentar. *Quid iuris*, é admissível regulamentar a Constituição por decreto?

13. Se nulos e extintos os títulos dominiais incidentes sobre as terras indígenas, como trazê-los à Administração para pleitear indenização ou para que estes títulos fundamentem vícios do ato administrativo, como pretende o tal Dec. nº 1.775/96?

14. *Ad argumentandum*, mesmo que superado este óbice, perguntar-se-ia: que agente ou órgão da Administração teria a competência para promover indenizações fundadas em títulos declarados nulos e extintos por imperativo constitucional? *Quid iuris*?

15. Os questionamentos formulados não traduzem um mero capricho do autor popular, senão que são da essência do que é posto à apreciação judicial. E assim, é visto que ao seguir os procedimentos previstos no decreto impugnado, tais títulos, já denominados de "provas" (cf §§ 8º e 9º), deverão ser encaminhados ao Ministro de Estado da Justiça que sobre eles "decidirá".

16. Tudo muito simples. O Ministro da Justiça decidirá, para efeitos de indenização, sobre provas produzidas com títulos nulos e extintos.

17. Tais títulos poderão, também, "demonstrar vícios, totais ou parciais, do relatório de que trata o parágrafo anterior" (art. 2º, § 8º). Ou seja, a presunção de legalidade que milita em favor do ato administrativo exarado pelo órgão federal, competente por expressa disposição legal para demarcar as terras indígenas (cf art. 19 da Lei nº 6.001/96), sucumbe no cotejo com títulos nulos e extintos. Tudo ao talento do magnânimo Ministro da Justiça, que atrel para si prerrogativas do Poder Judiciário. Ou, em não sendo assim, poderia a Administração - a quem cabe promover a demarcação e, *et pour cause*, é parte -, por ato unilateral de qualquer de seus agentes, reconhecer eficácia de títulos nulos e extintos para desconstituir ato que lhe incumbe legalmente levar a efeito? *Quid iuris*?

18. E não se diga que se está a preservar interesses de terceiros detentores de títulos dominiais, pois sempre restará ao interessado o legítimo direito de agitar o Poder Judiciário, a rigor a única instância competente para deles conhecer

19. Ademais, a demarcação administrativa das terras ocupadas pelos índios compete tão somente à Fundação Nacional do Índio, instituída em virtude da Lei nº 5.371, de 05 de dezembro de 1967, como pessoa jurídica de direito privado, cabendo a ela estabelecer as diretrizes e o cumprimento da política indigenista e "garantir a posse permanente das terras que habitam" (art. 1º, I, a, da Lei nº 5.371/67). Este é comando legal, conforme vem bem expresso na Lei nº 6.001/73, que dispõe sobre o Estatuto do Índio, *in verbis*:

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

20. Em confronto com a expressa disposição legal acima transcrita, soa exdrúxula e incompetência que o Dec. nº 1.775/96 pretende conferir ao Ministro da Justiça. Por óbvio que o decreto regulamentar não pode dispor contra a lei, nem tampouco inová-la. Nada obstante, o decreto atacado pretende que o Ministro da Justiça decida, "declarando, mediante portaria, os limites da terra indígena e determinando a sua demarcação" (art. 2º, § 10, I).

21. O Dec. nº 1.775/96 malfez a Lei nº 5.371/67 e a Lei nº 6.001/73 ao conferir ao Ministro da Justiça a competência para determinar a demarcação das terras indígenas. Isto porque a determinação decorre da lei, que a comete expressamente à FUNAI, por iniciativa e orientação desta (art. 1º, I, a, da Lei nº 5.371/67 e art. 19, da Lei nº 6.001/73). Portanto, não há imposição legal capaz de subordinar a demarcação administrativa à edição de portaria ministerial.

22. E mais, o comando legal inserto na expresso "por iniciativa e sob orientação" da FUNAI, implica que a esta cabe propor os limites da terra indígena a ser demarcada, não podendo o decreto, a pretexto de regulamentar a lei, suprimir esta disposição legal e cominar competência ao Ministro da Justiça para estipular os limites da área indígena a ser demarcada administrativamente.

23. Nem mesmo sob a ótica da organização da Administração Federal e da supervisão ministerial de que tratam os arts. 19, 20 e 21 do Decreto-Lei nº 200, de 26 de fevereiro de 1967, é possível legitimar a pretensão de subtrair à FUNAI a atribuição legal, de demarcar administrativamente as terras indígenas, transferindo-a para o Ministério da Justiça.

24. É que a supervisão ministerial; no que refere à Administração Indireta, está circunscrita à previsão do art. 28 do Dec.-Lei nº 200/67 e deverá incidir, tão-somente, para assegurar:

"Art. 26...

I. a realização dos objetivos fixados nos atos de constituição da entidade;  
II. a harmonia com a política e a programação do Governo no setor de atuação da entidade;  
III. a eficiência administrativa;  
IV. a autonomia administrativa, operacional e financeira da entidade."

25. Tudo o mais que extrapole a estas condições castiasticamente elencadas erigem-se em intolerável inovação da esfera de competência privativa do órgão da Administração Indireta, não encontrando tal ingerência abrigo na lei.

26. Tanto, que o recente Dec. nº 1.361, de 1º de janeiro de 1955, ao dispor sobre a vinculação das entidades integrantes da Administração Pública Federal aos órgãos da Presidência da República e aos ministros, o faz de modo a preservar a autonomia do órgão supervisionado, nestes termos:

"Art. 4º A vinculação de que trata este Decreto dar-se-á na forma dos artigos 20 e 21 do Decreto-Lei nº 200/67."

27. Resta, pois, demonstrada à exaustão que refoga à competência do Ministro da Justiça

a delimitação e a determinação sobre demarcação de terras indígenas, posto que tais atos competem à FUNAI, por força do que dispõe a lei instituidora daquela Fundação e o Estatuto do Índio que dispõe sobre a matéria, posto que tais atos competem à FUNAI por força do que dispõem estes diplomas legais.

ob  
28. À conclusão, está o autor popular convencido da ilegalidade e lesividade do Dec. nº 1.775/96 por afronta à Lei nº 5.371/67, à Lei nº 6.001/73 e ao Dec-Lei nº 200/67, carreado potencial lesividade regatear os bens públicos e periclitam ao erário, prevendo indenização lastreada em títulos nulos e inexistentes.

#### V. DO FUMUS BONI IURIS

29. Na lição do mestre Humberto Theodoro Júnior, "o fumus boni iuris deve, na verdade, corresponder, não propriamente à probabilidade de existência de direito material - pois qualquer exame a respeito só é próprio da ação principal -, mas sim à verificação efetiva de que, realmente, a parte dispõe de direito de ação, direito ao processo principal a ser tutelado" (In, Processo Cautelar, 11ª ed., Livraria Editora Universitária de Direito Ltda., São Paulo, 1989, pág. 76).

30. As razões já expendidas estão a indicar que o pedido do autor popular é juridicamente admissível e por isso receberá a prestação jurisdicional de mérito (cf. Humberto Theodoro Júnior, op. cit. pág. 76), o que, *de per se*, caracteriza a aparência do bom direito ensejador da concessão da cautela liminar.

#### VI. DO PERICULUM IN MORA

31. A teor do art. 231 da Constituição, "são reconhecidos (...) aos índios os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam compelindo à União demarcá-las; proteger e fazer respeitar todos os seus bens".

32. Impõe, então, o comando constitucional que a União proteja e faça respeitar todos os bens inerentes às terras indígenas, de modo que a terra demarcada para usufruto indígena contenha os atributos previstos nos §§ 1º e 2º do art. 231, C.F., literalmente:

§ 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

§ 2º As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

33. Ora, o Dec. nº 1.775/96 não assegura aos índios o usufruto exclusivo dos bens inerentes às terras que ocupam. Antes, abre a temerária possibilidade a que qualquer esbulhador venha apossar-se de terras tradicionalmente ocupadas pelos índios e passa a explorá-la como se sua fosse; bastando, para legitimar-se na posse e usufruí-la, apresentar ao órgão federal de assistência - e isto somente quando instaurar-se o processo demarcatório - seus "laudos periciais, pareceres, declarações de testemunhas, fotografias" et ceteras (§ 8º, art. 2º) e continuará no usufruto da terra, contando ainda com um *plus* de 90 dias (§ 8º, art. 2º), e mais 60 dias (§ 9º, art. 2º), e mais 30 dias (§ 10, art. 2º) e mais 90 dias (§ 10º, I, art. 2º) e, assim, mantendo-se na posse e na fruição de seus bens enquanto discute *administrativamente* com a FUNAI a existência de seus títulos para efeito de indenização. Títulos estes, cabe repetir, nulos e inexistentes.

34. E mais, quer o Dec. nº 1.775/96 que o mesmo possa se dar com todas as terras indígenas cuja burocracia não levou a efeito o disposto no art. 67, ADCT, conforme vem bem expresso no art. 9º do decreto atacado. Ou, trocando em miúdos, ao definir que a demarcação só se perfaz com o registro na Secretaria do Patrimônio da União do Ministério da Fazenda e abrindo a possibilidade de uma neológica *lide* administrativa, o Dec. nº 1.775/96 derrama rio ralo os recursos públicos gastos com as demarcações já realizadas, pois estas podem ser rediscutidas por lhes faltar, tão somente, o registro na SPUMF.

35. Aqui reside o *periculum in mora* capaz de consubstanciar, *ad cautelam*, a concessão de suspensão liminar dos efeitos do Dec. nº 1.775/96. I. é, a lesividade vem bem cristalizada pela exposição das áreas indígenas a usufruto de quem a possuir ou venha a possuí-la, bastando para tanto a alegação de razões em processo administrativo em que se investe, em detrimento da Administração, todos os ônus decorrentes. A lesividade capaz de propiciar a concessão de liminar reside, também, na previsão do dever de indenizar sem que a lei disponha sobre a matéria como impõe a Constituição (§ 6º art. 231, CF). E, lesividade também, porque, em abrindo novo procedimento demarcatório das áreas indígenas, ao argumento de referenciar títulos que a Constituição declarou nulos e inexistentes, impõe ao erário o perdimento dos vultosos recursos já gastos nestas demarcações.

36. A uma possível alegação de impossibilidade de concessão de liminar na espécie, traz-se à colação, e. g. o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, nestes termos:

#### EMENTA: PROCESSUAL - MEDIDA CAUTELAR - AÇÃO POPULAR - VEDAÇÃO (LEI 8.437/92, ART. 1º) - SUBSTITUTO PROCESSUAL

I - O art. 1º da Lei 8.437/90 veda liminares em favor de quem litiga com o Estado. A vedação nele contida não opera no processo de ação popular. É que neste processo, o autor não é adversário do Estado, mas seu substituto processual.

II - Denega-se a Segurança Impetrada contra medida liminar, deferida em ação popular, quando inexistente ilegalidade ou abuso do ato.

(STJ - 1ª T - RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 5 621-0/RS (95/0018359-5) - RELATOR MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS - D.J.U. 07 08 95).

#### VII. DO PEDIDO.

37. Por todo o exposto e considerando ser a matéria posta à apreciação tão somente de direito, razão pela qual a promoção de justificativa unilateral nada poderia agregar à letra do mesmo Dec. nº 1.775/96, requer o autor popular se digne Vossa Excelência, em recebendo esta ação popular, conceder medida liminar *inaudita altera parte* nos termos do § 4º do art. 6º da Lei

nº 4.717/65, introduzido pelo art. 34 da Lei nº 6.513/77, suspendendo a eficácia e os efeitos do Decreto nº 1.775, de 08 de janeiro de 1996, D.O.U. 09.01.96, até a entrega definitiva da prestação jurisdicional; e mais:

I. requer sejam os réus citados para que se oponham, querendo, e se vejam processados na forma da lei;

II. seja declarada a nulidade do Dec. nº 1.775/96, por manifesta ilegalidade e lesividade ao patrimônio público;

III. seja o réu Fernando Henrique Cardoso, autoridade responsável pela expedição do decreto inquinado, condenado ao pagamento das perdas e danos causados ao erário em decorrência de atos levados a efeito com base no ato impugnado;

IV. seja imposta à ré União Federal a obrigação de abster-se de praticar qualquer ato com base no decreto atacado;

V. requer a notificação do Ministério Público Federal e dá à causa, provisoriamente, o valor de R\$ 1.000,00 (hum mil reais), requerendo seja arbitrado em sentença o valor definitivo."

Tendo em vista a natureza da *lide*, antes de analisar o pedido de concessão de liminar del vista ao Ministério Público Federal nos termos do art. 7º, inciso I, alínea a, da Lei da Ação Popular.

O parecer do Ministério Público, com base no § 4º do art. 4º da Lei nº 4.717/65, aditou a inicial para nela incluir novos fundamentos, quais sejam:

"A presente ação popular trata de impugnar ato administrativo regulamentar, que estabeleceu novos parâmetros ao procedimento de demarcação de terras indígenas, dispondo sobre o modo como o poder público reconhece, identifica, declara, delimita e registra terras tradicionalmente ocupadas por populações indígenas.

A primeira observação é que o atualíssimo procedimento de demarcação de terras indígenas, como os outros que lhe antecederam ou os que irão lhe substituir, não cria, não inventa, não constitui nenhum direito a quem quer que seja. Não beneficia os índios e suas comunidades e nem poderia inovar, dispondo sobre direitos que são reconhecidos diretamente pela Constituição Federal, em diversos dispositivos, onde se destaca o art. 231 e seus parágrafos.

Em razão disso, qualquer tentativa de se restringir esses direitos, que a doutrina brasileira consagra como indigenato, é vil, inadequada, inconstitucional e não encontra respaldo na jurisprudência e nem na nossa tradição jurídica na qual, desde João Mendes Júnior, passando por Pontes de Miranda, Vitor Nunes Leal, não há quem, com conhecimento da matéria e honestidade intelectual, sustente a igualdade de tratamento entre os direitos originários dos povos indígenas e o direito de propriedade, ou queira aplicar à posse e a ocupação indígena conceitos do direito civil que lhes são absolutamente impróprios.

A idéia básica do contraditório administrativo é garantir a igualdade entre as partes para que possam produzir os meios de prova com os quais se poderá demonstrar ou não a existência de um direito, mas como é possível comprovar a posse e a ocupação indígena com títulos dominiais registrados em cartório?

De fato, não há, no ato impugnado, a contrapartida para os índios que possa compensar a generosa oferta aos interessados na posse ou no usufruto *concorrente*, nesse inusitado processo administrativo, que privilegia uma parte e não oferece à outra a mesma oportunidade, dada a inadequação dos meios de prova postos no § 8º do art. 2º do ato inquinado para se determinar a legitimidade ou não da ocupação tradicional indígena.

O decreto 1775/96 comete um ato falho, revelador de seus verdadeiros (propósitos, ao permitir a ampla revisão das áreas indígenas já reconhecidas pelo Estado, identificadas por um grupo técnico de trabalho, declaradas e delimitadas por Portaria do Senhor Ministro da Justiça, demarcadas pela FUNAI, homologadas por decreto presidencial, mas não registradas em cartório imobiliário ou na Secretaria do Patrimônio da União.

Aí está o nó da questão. No entendimento do decreto, o ato jurídico perfeito que consolida a demarcação de terras indígenas seria o registro em cartório imobiliário como acontece com todos os títulos do domínio privado. Sem tal registro a propriedade particular fica despida de ato essencial à sua legitimidade e o respectivo título de domínio perde sua eficácia.

Essa inadequada transposição de institutos do direito privado para o procedimento demarcação de terras indígenas parte de um equivocado pressuposto que merece menção e reparo. Imaginaram os mentores do decreto que a demarcação de terras indígenas constitui, em alguma de suas fases, direito de ocupação em favor dos índios.

A jurisprudência e a doutrina há muito consagraram a natureza declaratória do ato de demarcação de terras indígenas, afastando a importância do reconhecimento oficial por parte do Estado para a validade plena dos direitos originários dos índios. Vejamos o que consagrados juristas dizem a respeito dessa matéria.

José Afonso da Silva, em artigo denominado *Terras tradicionalmente ocupadas pelos índios*, publicada na coletânea *Os direitos indígenas e a Constituição*, enfrentou, com concisão e maestria, a questão da tradicionalidade das terras indígenas:

A base do conceito acha-se no art. 231, § 1º, fundado em quatro condições, todas necessárias e nenhuma suficiente sozinha, a saber: 1º) serem por eles habitadas em caráter permanente; 2º) serem por eles utilizadas para suas atividades produtivas; 3º) serem imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar; 4º) serem necessárias a sua reprodução física e cultural, tudo segundo seus usos, costumes e tradições, de sorte que não se vai tentar definir o que é habitação permanente, modo de utilização, atividade produtiva, ou qualquer das condições ou termos que as compõem, segundo a visão civilizada, a visão do modo de produção capitalista, ou socialista, é a visão do bem-estar do nosso gosto, mas segundo o modo de ser delas, da cultura delas.

*Terras tradicionalmente ocupadas não revela af uma relação temporal. Se recorremos ao Alvará de 1º de abril de 1680 que reconhecia aos índios as terras onde estão as terras que ocupavam no sertão, veremos que a expressão ocupadas tradicionalmente não significa ocupação imemorial. Não quer dizer, pois, terras imemorialmente ocupadas, ou seja: terras que elas estavam ocupando desde épocas remotas que 'já se perderam na memória e, assim, somente estas seriam as terras deles. Não se trata, absolutamente, de posse ou prescrição imemorial, como se a ocupação indígena nesta se legitimasse, e dela se originassem seus direitos sobre as terras, como uma forma de usucapião imemorial, do qual é que emanariam os direitos dos índios sobre as terras por eles ocupadas, porque isso, além do mais, é incompatível com o reconhecimento constitucional dos direitos originários sobre elas.*

*Nem tradicionalmente nem posse permanente são empregados em função de usucapião imemorial em favor dos índios, como eventual título substantivo que prevaleça sobre títulos anteriores. Primeiro, porque não há títulos anteriores a seus direitos originários. Segundo, porque usucapião é modo de aquisição da propriedade e esta não se imputa aos índios, mas à União e outro título. Terceiro, porque os direitos dos índios sobre suas terras assentam em outra fonte: o indigenato (infra).*

*O tradicionalmente refere-se não a uma circunstância temporal, mas ao modo tradicional de os índios ocuparem e utilizarem as terras e ao modo tradicional de produção, enfim, ao modo tradicional de como eles se relacionarem com a terra, já que há comunidades mais estáveis, outras menos estáveis, e as que têm espaços mais amplos em que se deslocam etc. Daí dizer-se que tudo se realiza segundo seus usos, costumes e tradições.*

Adiante, o eminente constitucionalista trata de definir o que seja posse permanente das terras habitadas pelos índios. Ensinava o consagrado autor:

*"A posse das terras ocupadas tradicionalmente pelos índios não é simples posse regulada pelo direito civil; não é a posse como simples poder de fato sobre a coisa, para sua guarda e uso, com ou sem ânimo de tê-la como própria. É, em substância, aquela possessão ab origine que, no início, para os romanos, estava na consciência do antigo povo, e era não a relação material de homem com a coisa, mas um poder, um senhorio. Por isso é que João Mendes Júnior lembrou que a relação do indígena com suas terras não era apenas um ius possessionis, mas também um ius possidendi, porque ela revela também o direito que têm seus titulares de possuir a coisa, com o caráter de relação jurídica legítima e utilização imediata. Podemos dizer que é uma posse como a habitar no sentido visto antes.*

*Essa idéia está consagrada na Constituição, quando considera as terras habitadas, segundo os usos, costumes e tradições dos índios. Daí a idéia essencial de permanência, explicitada pela norma constitucional.*

*Quando a Constituição declara que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios se destinam a sua posse permanente, isso não significa um pressuposto do passado como ocupação efetiva, mas, especialmente, uma garantia para o futuro, no sentido de que essas terras inalienáveis e indisponíveis são destinadas, para sempre, ao seu habitat. Se se destinam (destinar significa apontar para o futuro) à posse mesma, e é o direito originário já mencionado.*

*O reconhecimento do direito dos índios ou comunidades indígenas à posse permanente das terras por eles ocupadas, nos termos do art. 231, § 2º, independe de sua demarcação, e cabe ser assegurada pelo órgão federal competente, atendendo à situação atual e ao consenso histórico." (grifei, opus cit, pág. 49/50).*

Raimundo Sérgio Leitão, ao discorrer sobre a natureza jurídica do ato administrativo de reconhecimento de terra indígena, na referida coletânea assim se manifesta:

*(...) o reconhecimento feito pela Constituição de 1988 é no sentido de afirmar que presentes os elementos necessários para definir uma determinada sorte de terra como indígena, o direito à ela por parte da sociedade indígena que a ocupa, existe e se legitima independentemente de qualquer ato constitutivo (...). A demarcação de uma terra indígena, fruto de reconhecimento feito pelo Estado, portanto, é ato meramente declaratório, cujo objetivo é meramente precisar a real extensão da posse para assegurar a plena eficácia do dispositivo constitucional, que impõe ao Estado a obrigação de protegê-la. (grifei, opus cit, pg. 67).*

O eminente Juiz Fernando da Costa Tourinho Neto, do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, também compartilha da mesma opinião acerca da natureza declaratória da demarcação de terras indígenas, ao concluir, no seu ensaio sobre os direitos originários dos índios sobre as terras que ocupam e suas consequências jurídicas, que:

*As terras indígenas, como magistralmente explicou Vitor Nunes Leal são o habitat dos remanescentes das populações indígenas do país (voto proferido no MS 16443-DF, in RTJ 49/295). Logo, não é o processo de demarcação que vai criar uma posse imemorial, um habitat remanescente. Não. O processo de demarcação vai, tão somente, delimitar essa área, dar os seus limites. (...) a demarcação não dá nem tira direito, apenas evidencia os limites das terras indígenas. (opus cit, pg. 39 e 41).*

Ora, se a demarcação não gera direito novo nem pode alterar os critérios constitucionais que definem os direitos originários dos índios às terras que tradicionalmente ocupam, de onde se extraiu a idéia de que, sem o registro imobiliário, não há ato jurídico perfeito pronto e acabado? Como pode, então, o decreto impugnado estabelecer como fato gerador do ato jurídico perfeito o registro no cartório imobiliário ou, na Secretaria do Patrimônio da União,

para efeito de possibilitar a revisão de áreas indígenas já oficialmente reconhecidas e demarcadas pela União Federal?

Na verdade, o tal registro em cartório é a última e a menos importante etapa do procedimento de demarcação de terras indígenas. Ele serve tão somente aos interesses da Administração Federal, pois, através deles, a União Federal leva ao conhecimento de todos os possíveis interessados que detêm a nu-propriedade ou o pleno domínio daquelas terras discriminadas no registro. Apesar de reiteração do óbvio, as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios são bens da União Federal, ex vi do art. 20, inciso XI, da Constituição, o registro em cartório pouco aproveita aos índios ou suas comunidades, porquanto não são eles os beneficiários do registro e sim, repita-se, a União Federal, dona e proprietária exclusiva dessas terras.

Daí a absoluta impropriedade da menção ao registro em cartório como condição para o exercício de um inusitado contraditório retroativo de terras indígenas já demarcadas conforme preceitua o art. 9º e seu parágrafo único do decreto nº 1775/96, restando violado os direitos originários dos índios às terras que tradicionalmente ocupam (art. 231, caput) e frontalmente atacado o art. 5º, inciso XXXVI, que estabelece a proteção legal do ato jurídico perfeito e do direito adquirido.

Por último, réitera o Ministério Público Federal os demais termos da inicial, requerendo, ainda, a citação dos senhores Nelson de Azevedo Jobim, brasileiro, casado, Ministro de Estado da Justiça e José Eduardo de Andrade Vieira, brasileiro, casado, Ministro de Estado da Agricultura, ambos subscritores do ato impugnado, pelo qual devem responder juntamente com o Excelentíssimo Senhor Presidente da República.

Igualmente a Fundação Nacional do Índio - FUNAI, não pode deixar de figurar no polo passivo da ação popular, por-estar sob sua iniciativa e coordenação o processo de demarcação de terras indígenas, regulado pelo decreto nº 1775/96, razão pela qual pede-se a sua citação regular, para, querendo, contestar a presente ação, requisitando daquela fundação pública, dentro do prazo para contestação, os seguintes documentos e informações:

- 1) quadro demonstrativo das áreas indígenas do país, destacando em que fase encontra-se cada uma delas e arrolando as áreas indígenas que podem sofrer impugnação nos termos do art. 9º do decreto nº 1775/96;
- 2) relação de custos e das aplicações financeiras despendidas pela FUNAI na demarcação de terras indígenas não registradas em cartório, sujeitas à revisão administrativa provocada pelo ato impugnado;
- 3) tendo em vista a mudança de critérios para a identificação das áreas indígenas, bem como os termos da Portaria nº 14, de 09 de Janeiro de 1996, de lavra do Senhor Ministro de Estado da Justiça, publicada no DOU de 10/01/96, esclareça a FUNAI se o questionário apresentado pelo Senhor Ministro de Estado da Justiça altera os prazos e o cronograma por ela previstos para a identificação de novas áreas indígenas e se o mesmo adequa-se aos critérios técnicos imprescindíveis ao reconhecimento oficial das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios;
- 4) explique a FUNAI como vai estruturar-se para poder responder no prazo de 60 (sessenta) dias, previsto no parágrafo oitavo do artigo 2º do decreto 1775/96, sobre o inteiro teor das impugnações feitas aos relatórios de identificação de áreas indígenas e às demarcações já realizadas pelo órgão federal de assistência aos índios."

III

O autor popular pede a concessão de medida liminar para suspender os efeitos do Decreto nº 1.775, de 8 de janeiro de 1996, que dispõe sobre o procedimento administrativo de demarcação de terras indígenas.

É da natureza das garantias ativas dos direitos coletivos a tomada de medidas cauteladoras com a finalidade de evitar-se que, ao ser prolatada a sentença, resta a mesma ineficaz ou que se agravem os efeitos do ato contra o qual se pede a tutela jurisdicional.

A medida liminar é uma salvaguarda de interesses superiores e o artigo 5º da Lei 4.717/65 (Lei de ação popular) prevê que "na defesa do patrimônio público caberá a suspensão liminar do ato lesivo impugnado".

A Lei 4.717 é omissa quanto aos requisitos mínimos para a sua concessão.

Por isso, diante de cada caso concreto analiso os efeitos continuados do ato impugnado como lesivo pelo autor e as consequências da paralisação do mesmo ato antes da prolação da sentença de mérito.

Com a finalidade de se evitar o arbítrio adoto, para consideração do pedido de liminar, por analogia, os pressupostos de concessão de liminar do writ of mandamus, quais sejam, a relevância dos fundamentos e o periculum in mora.

A liminar não retira o ato do mundo jurídico, apenas susta a sua eficácia.

A relevância dos fundamentos é a plausibilidade imediatamente aparente, de que, em tese, os fatos descritos possam confluir para a consequências pleiteadas na impetração (Sérgio Ferraz).

Passo a examinar os fundamentos da acção.

#### **NULIDADE DOS ATOS QUE TENHAM POR OBJETO A OCUPAÇÃO, O DOMÍNIO E A POSSE DAS TERRAS INDÍGENAS**

O autor constrói seus argumentos iniciando com a afirmação de que o Decreto 1.775, de 8 de janeiro de 1996, que dispõe sobre o procedimento administrativo de demarcação de terras indígenas prevê um concurso de títulos dominiais: "interessados manifestar-se apresentando ao órgão federal de assistência ao índio razões instruídas com todas as provas pertinentes, tais como títulos dominiais, laudos periciais, pareceres, declarações ou para demonstrar vícios, totais ou parciais; do relatório de que trata o parágrafo anterior" (art. 2º, § 8º, Dec. nº 1.775/96).

Para o autor esse concurso de títulos dominiais é impedimento no procedimento

de demarcação das terras indígenas uma vez que (a) as terras dos índios são bens da União; são nulos os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse de terras indígenas (art. 231, § 6º da CF); (b) os índios têm a posse permanente e não tem perdê-la para terceiros ainda que de boa-fé; (c) se os títulos dominiais incidentes sobre as terras indígenas são nulos e extintos, não é possível trazê-los à Administração para pleitear indenização ou para que essas títulos fundamentem vícios do ato administrativo.

De fato, pela Constituição Federal, as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios são consideradas propriedades da União Federal. O objetivo do texto constitucional é impedir a alienação das terras indígenas.

O Juiz Fernando da Costa Tourinho Neto, do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em ensaio sobre "Os Direitos Originários dos Índios sobre as Terras que Ocupam e suas Consequências Jurídicas" trata da questão do que constitui as terras indígenas e sua evolução histórica:

"Os indígenas foram os primeiros ocupantes e donos naturais destas terras", como, expressamente, reconhecia o Alvará Régio de 1º de abril de 1680. Reconhecimento este que foi ratificado por uma lei de 8 de julho de 1755 - escrita no espírito da Bula do Papa Benedito XIV, de 20 de dezembro de 1741 -, segundo a qual, nas "terras outorgadas a particulares, seria sempre reservado o direito dos índios, primários e naturais senhores delas".

Em "Terras dos índios", de José Maria de Paula, pp. 11/12, observamos que o § 4º do Alvará Régio de 1680

determinava, para execução imediata, que o governador assinaria aos índios, que descessem do sertão, lugares convenientes para eles lavrarem e cultivarem, sem poderem ser mudados desses lugares contra sua vontade, nem obrigados a pagar foro ou tributo algum dessas terras, ainda que estivessem sem sesmarias a pessoas particulares, porque - rezava o alvará - nas concessões dessas sesmarias se reserva sempre o prejuízo de terceiro e muito mais se entende e quero que se estenda ser reservado o direito dos índios, primários e naturais senhores delas (Destaque do autor).

Esse Alvará, ressalte-se, referia-se tão somente aos índios do Grão-Pará e do Maranhão. Pelo Alvará de 8 de maio de 1758, essa disposição foi estendida a todos os índios do Brasil.

Antes de 1680, a Carta Régia de 10 de setembro de 1611 igualmente reconhecia, como lembra Manuela Carneiro da Cunha, em *Os direitos dos índios, ensaios e documentos*, p. 58, que

(...) os gentios são senhores de suas fazendas nas povoações, como o são na Serra, sem lhes poderem ser tomadas, nem sobre elas se lhes fazer moléstia ou injustiça alguma; nem poderão ser mudados contra suas vontades das capitães e lugares que lhes forem ordenados, salvo quando eles livremente o quiserem fazer (...).

Adiante, à p. 61, diz a ilustre antropóloga que o governo lusitano declarava, expressamente, pela Carta Régia de 9 de março de 1718, que os índios "são livres, e isentos de minha jurisdição, que os não pode obrigar a saírem das suas terras, para tomarem um modo de vida de que eles se não agradecerão (...)".

Donos e possuidores, os índios foram, lentamente, sendo expulsos de suas terras mediante a força brutal e animalca do invasor português, que, como dizia Anchieta, os escravizava, apartava mulheres de maridos, pais de filhos, ferra-os, vendia-os "(...) Tantos eram os sofrimentos que faziam emudecer a natureza!", como contava o general Arouche, em 1823, em sua "Memória". (Cf. Mendes Júnior, pp. 21 e 44).

Daí ter dito Joaquim Norberto de Souza Silva ("Memória histórica e documentada das aldeias de índios da Província do Rio de Janeiro", escrita em fevereiro de 1850, p. 229):

Passa o tempo e a população indígena mais e mais se aniquila e desaparece! Um dia os tempos vindouros perguntarão à América pelas suas primitivas florestas, pelos seus primitivos habitantes, e o que responderá ella? Eis o céu, a terra, o resto... perguntal a fome, a peste e à escravidão trazidas da Europa pelos povos que lhes sucederam nestas plagas; perguntal ao machado derrubador e ao facho incendiário que prostraram e reduziram a cinzas as produções das sementes que o chão trazia em suas entranhas fecundas, que geminaram à voz de Deus, que floresceram e vingaram à força do volver de séculos e séculos!

A própria Coroa portuguesa não fazia observar as leis que editava, mostrava frouxidão, segundo assinalava ainda Joaquim Norberto (ob. cit. p. 113). Assim se expressou ele:

Não sou eu quem o digo; reflectem aqui as palavras que transcrevo da própria legislação: "Tão perniciosos effeitos consistiam e ainda consistem, escrevia D. José I na sua lei de 6 de junho de 1755, em se não haverem sustentado eficazmente os índios na liberdade, que a seu favor foi declarada pelos sumos pontífices e pelos senhores reis meus predecessores, observando no seu genuíno sentido as leis por eles promulgadas sobre esta matéria nos anos de 1570, 1587, 1595, 1609, 1611, 1645, 1648, cavilando-se sempre pela cobiça dos interesses particulares as disposições d'estas leis". Contra os abusos ignominiosos de que resulta grande interesse à massa geral dos indivíduos não são as leis coercivas mais do que solenes protestos à face da humanidade ou um apello à prosperidade, para salvar os representantes das nações da ignominia que pesa sobre as provas; é por isso que tais leis se multiplicam de espaço em espaço com novos protestos, que vão morrer nas miudas pratas da indiferença (Destaque do autor.)

As terras conquistadas por guerra justa, declarava a Carta Régia de 2 de dezembro de 1608, serão devolutas. (Cf. Cunha, p. 63.)

O que era guerra justa?

Explica Joaquim Norberto que, pela lei de março de 1570, os índios poderiam ser escravizados "quando tomados em guerra justa autorizada pelo rei ou governadores, ou nas correrias matutinas em que assaltavam e roubavam as habitações, assassinando seus habitantes, ou quando matassem os inimigos para os comer": (ob. cit. p. 114)

E o que vem a ser terras devolutas? Tomemos por empréstimo de Hely Lopes Meirelles o seu conceito, respaldado na Lei n. 601, de 18 de setembro de 1850

Terras devolutas "são todas aquelas que, pertencentes ao domínio público de

qualquer das entidades estatais, não se acham utilizadas pelo Poder Público, nem destinadas a fins administrativos específicos". (Direito Administrativo Brasileiro, p. 457.)

O art. 3º da Lei n. 601, de 18 de setembro de 1850, dispunha:

São terras devolutas:

§ 1º As que não se acharem applicadas a algum uso público nacional, provincial ou municipal

§ 2º As que não se acharem no domínio particular por qualquer título legítimo, nem forem havidas por sesmarias e outras concessões do Governo Geral ou Provincial, não incursas em commissão por falta do cumprimento das condições de medição, confirmação e cultura.

§ 3º As que não se acharem dadas por sesmarias, ou outras concessões do Governo, que, apesar de incursas em commissão, forem revalidadas por esta Lei.

§ 4º As que não se acharem occupadas por posses, que, apesar de não se funderem em título legal, forem, legitimadas por esta Lei.

Se os índios eram donos das terras, de acordo com o Alvará Régio de 1680 - não revogado -, as terras que não foram dadas por sesmarias nem as perdidas por força de guerra justa não podiam ser consideradas devolutas. Achavam-se elas no domínio particular dos índios, por título congênito, independente de legitimação. Conseqüentemente, não se lhes pode aplicar o art. 5º da Lei 601, que rezava: "Serão legitimadas as posses mansas e pacíficas, adquiridas por occupação primária, ou havidas do primeiro occupante, que se acharem cultivadas, ou com principio de cultura e morada habitual do respectivo possessor ou de quem o representante, guardadas (...)".

É evidente, pois, que a posse dos índios não estava sujeita à legitimação, porque não havia de occupação - primária ou não.

Observe-se o que preconizava o art. 59 do Decreto n. 1.318, de 30 de janeiro de 1854: "As posses originariamente adquiridas por occupação, que não estão sujeitas à legitimação por se acharem atualmente no domínio particular, podem ser, contudo, legitimadas, se os proprietários pretenderem obter título de sua possessão, passado pela Repartição Geral das Terras Públicas".

Os índios tinham o domínio por título legítimo - 'indigenato', que não é o direito adquirido, mas congênito, primeiro; logo, as suas posses não estavam sujeitas à legitimação. O indigenato, esclarece José Afonso da Silva, em artigo intitulado "Auto-aplicabilidade do artigo 198 da Constituição Federal" (CF de 1989), p.5,

não se confunde com a occupação, com a mera posse. O indigenato é a fonte primária e congênita da posse territorial; é um direito congênito, enquanto a occupação é título adquirido. O indigenato é legítimo por si, "não é um fato dependente de legitimação, ao passo que a occupação, ao fato posterior, depende de requisitos que a legitimem".

Explica, por sua vez, João Mendes Júnior (*Os indigenistas do Brazil, seus direitos individuais e políticos*, pp. 58/60):

O indígena, primariamente estabelecido, tem a *sedes positio*, que constitui o fundamento da posse, segundo o conhecido texto do jurista consulto Paulo (Diz., tit. da caq., vel. amitt possess., l.1), a que se referem Savigny, Molitor, Mainz e outros romanistas; mas o indígena, além desse *jus possessionis*, tem o *jus possidentis*, que lhe é reconhecido e preliminarmente legitimado, desde o Alvará de 1º de abril de 1680, como direito congênito. ao indigenato, é que melhor se applica o texto do jurista consulto Paulo: "quia naturaliter tenetur ab eo qui insitit". Só estão sujeitas à legitimação as posses que se acham em poder de occupante (art. 3º da Lei de 18 de setembro de 1850); ora, a occupação, como título de aquisição, só pode ter por objecto as cousas que nunca tiveram dono, ou que foram abandonadas por seu antigo dono. A occupação é uma *apprehensio rei nullius* ou *rei derelictae* (confiram-se os civilistas, como referência ao Dig., tit. de caq. rerum domin. l. 3, e tit. de caq. vel. amitt poss., l.1); ora, as terras de índios, congênitamente apropriadas, não podem ser consideradas nem como *res nullius*, nem como *res derelictae*, por outra não se concebe que os índios tivessem adquirido, por simples occupação, aquilo que lhes é congênito e primário, de sorte que, relativamente aos índios estabelecidos, não há uma simples posse, há um título immediato de domínio; não há, portanto, posse a legitimar, há domínio a reconhecer e direito originário e preliminarmente reservado. O art. 24 do Decr. n. 1.318, de 30 de janeiro de 1854, explicando o pensamento da Lei, claramente define, no § 1º, que, em relação "às posses que se acharem em poder de primeiro occupante", estão sujeitas à legitimação aquellas "que não têm outro título senão a sua occupação". Esse § 1º do art. 24 do cit. Decreto, de 1854 reconhece, portanto, a existência de primeiro occupante que tem título distincto da sua occupação. E qual pode ser esse primeiro occupante, com título distincto da sua occupação, senão o indígena, aquele que tem por título o indigenato, isto é, a posse aborinên? O Decr. de 1854 repetiu desse modo o pensamento do Alv. de 1º de abril de 1680: "quero se entenda reservado o prejuizo e direito dos índios, primarios naturaes senhores das terras". (Destaque do autor.)

O art. 24, § 1º, do Decreto n. 1.318, de 1854, analisado por João Mendes Júnior, estabelecia que:

"Estão sujeitas à legitimação:

§ 1º As posses que se acharem em poder do primeiro occupante, não tendo outro título senão a sua occupação."

Não tendo, frise-se, "outro título senão a sua occupação". Ora, como fez ver João Mendes Júnior, o título que legitimava a posse do índio não era a occupação, e sim a apropriação congênita, o indigenato.

O indigenato não foi, no entanto, respeitado pelo conquistador. Procurou, então, o legislador assegurar aos índios as terras por eles 'ocupadas'. Não se atentava mais para a apropriação congênita, e sim para a occupação, primária ou adquirida.

João Mendes Júnior (*Os indigenistas do Brazil, seus direitos individuais e*

póliticos, p. 57), interpretando legislação pertinente às terras indígenas, salienta: "Desde que os índios já estavam aldeados com cultura e morada habitual, essas terras por eles ocupadas, si já não fossem delas, também não poderiam ser de posteriores posseiros, visto que seriam devolutas; (...)".

É de lembrar-se, assim, do art. 5º da Lei n. 601, de 18 de setembro de 1850. "Serão legitimadas as posses mansas e pacíficas, adquiridas por ocupação primária, ou havidas do primeiro ocupante, que se acharem cultivadas, ou com princípio de cultura e morada habitual do respectivo posselro ou de quem o represente, (...)". (Destaquei.)

Observa Manuela Carneiro da Cunha (Os direitos dos índios, ensaios e documentos, p. 63) que "Em vários textos legais (por exemplo, 26.3.1819), declara-se que se devem demarcar terras de novos aldeamentos de índios nos lugares em que se achão arranchados, pela preferência que devem ter nas sobreditas terras (8.7.1819)". (Destaquei.)

"Arranchar" significa, segundo Aurélio, "reunir em ranchos", "estabelecer-se provisoriamente". É "rancho", como brasileiro, é "casa pobre, da roça, ranchinho" (Novo dicionário da língua portuguesa, 2. ed. Nova Fronteira, 7ª imp., 1986.)

Estranhou a Câmara de Vila de Barbacena que fosse determinado ao índio, dono da terra, o local onde deveria ficar. Disse aquela Câmara: "Respeito, porém, a localidade do seu Aldeamento, deve ser a arbítrio e escolha dos mesmos índios: parece injustiça que ao dono da caça, se determine lugar para sua estada". (Cf. Naud, p. 307.)

O sistema de posses, na verdade, foi imposto aos índios, mas não os beneficiou. Não beneficiou porque, apesar de ocuparem a terra, dos fazendeiros os depoavam, "incluindo, nos respectivos registros, terras de propriedade indígena, passando-se das mesmas e alienando-as a seu bel-prazer, sem encontrar qualquer embaraço, por parte das autoridades às quais competia a defesa e a proteção da propriedade territorial indígena". (Cf. Paula, p. 21.)

Ademais, os índios, em sua grande maioria, não lavraram as terras. A agricultura era reduzida. Viviam da caça e da pesca. As choças que habitavam, destruídas em razão do tempo ou por força do branco, não deixavam vestígios. Com o passar dos anos, difícil era identificar as terras indígenas. Por outro lado, perambulavam muito. O conceito de posse civil não lhes pode ser aplicado. A posse deles é imemorial, dentro de uma visão sociológica e antropológica.

Não se pretende abolir a propriedade privada. A apreensão do Ministro Cordeiro Guerra, explicitada no voto que proferiu no Mandado de Segurança n. 20.234-MG, é infundada, vã. Disse Sua Exa. (RTJ 9975): "O que está dito no art. 198 é mais ou menos o que está dito no art. 1º do primeiro decreto bolchevique: "Fica abolida a propriedade privada. Revogam-se as disposições em contrário".

Adiante, ele afirma que o § 1º do art. 198 da Constituição de 1946 "só pode ser aplicado nos casos em que as terras sejam efetivamente habitadas pelos silvícolas, pois, de outro modo, nós poderíamos até confiscar todas as terras de Copacabana ou Jacarepaguá, porque já foram ocupadas pelos tambois".

Mas não é isso. O que se quer é que não se interprete a posse indígena com a roupagem de civil.

Com explicou Aurélio Wender Bastos (in: Sociedades indígenas e o direito na questão de direitos menores, p. 105): "Aqui não se trata de revindicar em abstrato como posse indígena todas as terras que foram algum momento ocupadas por índios. Ao contrário, se trata de garantir, concretamente, a essas populações os últimos territórios que ocupam diante e contra as frentes de expansão, sejam elas terras Pataxó ou Xinguanas".

É verificar uma posse ainda palpante. É identificar uma área em que ainda se observa a presença indígena, em que ainda pode ficar demonstrado que há não muitos anos os índios ali tinham seu habitat, que por ali perambulavam.

As terras, ainda que indígenas, desde que não ocupadas por ninguém, passaram, 'de fato', a ser consideradas devolutas.

Explica Manuela Carneiro da Cunha (Os direitos dos índios, ensaios e documentos, p. 76).

Embora sem amparo legal, em muitos casos começam-se a tratar nesse período as terras indígenas como terras devolutas, prática que será reprovada com todas as letras do Decreto n. 736, de 6 de abril de 1936, que incumbe o Serviço de Proteção aos Índios de "impedir que as terras habitadas pelos silvícolas sejam tratadas como se devolutas fossem". (Art. 3º, a)

Deste modo, como diz Ruy Cirne Lima (Pequena história territorial do Brasil, sesmarias e terras devolutas, p. 51)

Apoderar-se de terras devolutas e cultivá-las, tomou-se coisa corrente entre os nossos colonizadores e tais proporções essa prática atingiu, que pode, com o decorrer dos anos, vir a ser considerada como modo legítimo de aquisição de domínio, paralelamente, e após, em substituição ao nosso tão desvirtuado regime das sesmarias; então a posse passou a campear livremente, ampliando-se de zona em zona, à proporção que a civilização dilatava a sua expansão geográfica.

A Lei n. 601, de 1850, é certo, terminou com a ocupação das terras devolutas. Disponha o seu art. 2º:

Os que se apossarem de terras devolutas ou de alheias, nelas dembarem matos, ou lhes puserem fogo, serão obrigados a despejo, com perda de benfeitorias, e demais sofrerão a pena de dois a seis meses de prisão e multa de 100\$000, além da satisfação do dano causa. Esta pena, porém, não terá lugar nos actos possessorios entres heróicos confinantes.

Os índios passam a vagar ao léu, apesar de suas terras não serem devolutas nem estarem sujeitas à legitimação ou à revalidação.

A Constituição de 1891 estabeleceu que pertenceriam aos Estados as terras devolutas situadas nos respectivos territórios (art. 64).

O art. 3º do Regulamento a que se refere o Decreto n. 8.072, de 20 de junho de 1810, dispôs, por sua vez, que:

O Governo Federal, por intermédio do Ministério da Agricultura, Indústria e Comércio, e sempre que for necessário, entrará em acordo com os Governos dos Estados ou dos municípios:

a) para que se legalizem convenientemente as posses de terras actualmente ocupadas pelos índios.

Celebrado o acordo, O Governo Federal "mandará proceder à medição e demarcação dos terrenos, levantar a respectiva planta com todas as indicações necessárias, assignando as divisas com arcos ou padrões de pedra" (art. 4º).

De referência aos índios aldeados, prescrevia o art. 10: "Si os índios que estiverem actualmente aldeados quiserem fixar-se nas terras que occupam, o governo providenciará de modo a lhes ser mantida a effectividade da posse adquirida".

Atente-se, mais uma vez, que as terras ocupadas pelos índios não eram e não são devolutas

Por isto acentua José Maria de Paula (in Boletim n. 1 do Serviço de Informação Agrícola do Ministério da Agricultura, p. 73):

A incorporação, por parte dos estados, ao seu domínio privado, como devolutas, das terras dos índios, que indiscriminadamente tinham recebido da União, ex vi da Constituição Federal de 1891, constitui clamoroso esbulho do patrimônio indígena, sendo que deveriam tais estados, desde logo, definir a situação dessas terras dos índios, a fim de as extremarem daquelas que, como devolutas, lhes tinham sido cedidas pela União, ao invés de, sem nenhum exame, passarem, como fizeram, desde logo, a considerá-las como suas e delas irem dispondo, mediante processos administrativos estabelecidos pelas respectivas legislações.

A Constituição de 1934 determinou que se respeitasse "a posse de terras dos silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las" (art. 129).

Manteve a Constituição de 1937 este mesmo entendimento. Reza o seu art. 154: Será respeitada aos silvícolas a posse das terras em que se achem localizados em caráter permanente, sendo-lhes vedada a alienação das mesmas".

Comentando esse dispositivo, disse Antônio Figueira de Almeida (A Constituição de 10 de novembro explicada ao povo, p. 122):

Os silvícolas são os primeiros ocupantes das terras em que se acham localizados em caráter permanente. Não se poderia turbar essa posse mansa e pacífica, tradicionalmente mantida. Reconhece-se-lhes, pois esse direito, como que em usufruto, desde que eles não possam alienar suas terras. Essa proibição, porém, visa somente protegê-los, porque impede que eles possam vir a ser lesados pelos compradores, desde que os silvícolas não têm o discernimento bastante para decidirem em tais negócios.

A Constituição de 1946, art. 216, impôs, igualmente, o respeito à posse das terras indígenas. "Será respeitada aos silvícolas a posse das terras onde se achem permanentemente localizados com a condição de não a transferirem".

Esclarece Pontes de Miranda (Comentários à Constituição de 1946, p. 467):

O texto respeita a posse do silvícola, posse a que ainda 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 pelo silvícola, ou constem dos autos, ainda que alguma das partes ou terceiro exhiba o 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. (Destaque do autor)

Themístocles Brandão Cavalcanti (A Constituição Federal comentada, p. 304) afirma que o art. 216: "É o reconhecimento da posse imemorial dos donos da terra, dos sucessores daqueles que primeiro a povoaram e que, até hoje, ainda não se incorporaram aos hábitos e aos costumes da civilização colonizadora".

O art. 186 da Constituição de 1987 assegurou, igualmente, "aos silvícolas a posse permanente das terras que habitam"

O mesmo mandamento constou da Constituição de 1969. O art. 198, que trata da matéria, está assim redigido: "As terras habitadas pelos silvícolas são inalienáveis nos termos que a lei federal determinar, a eles cabendo a sua posse permanente e ficando reconhecido seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades nelas existentes".

Mas, a Constituição de 1969 foi além. Protege, também, o usufruto.

Os indígenas detêm a posse das terras que ocupam em caráter permanente. Certo. Todavia, se provado ficar que delas foram expulsos, à força ou não, não se pode admitir que tenham perdido a posse, quando sequer, como tutelados, podiam agir judicialmente, quando sequer desistiram de tê-la como própria.

É de assinalar-se, também, que não se pode igualar a posse indígena à posse civil. Aquela é mais ampla, mais flexível. Eis o conceito dado pelo art. 23 da Lei n. 6.001, de 19 de dezembro de 1973 (Estatuto do Índio): "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".

Deve-se, por conseqüente, atentar para os usos, costumes e tradições tribais. Há de se levar em conta as terras por eles ocupadas tradicionalmente.

A noção que os índios tinham de propriedade não é igual à nossa. Carlos Frederico Felipe Von Martius, em O direito entre os indígenas do Brasil, p. 88, observa que:

Esta idéia nítida de uma propriedade determinada da tribo toda, baseada principalmente na necessidade de possuir uma certa região de mata para terreno exclusivo de caça porque, ao passo que poucos hectares de terreno cultivado são suficientes para prover a subsistência de uma comunidade numerosa, a caça move-se em território muito maior. Às vezes estendem-se aos territórios de caça até além do terreno ocupado pela tribo. Os seus limites são rios, montanhas, rocha, cachoeiras e grandes arvoredos; estes limites baseiam-se ora em tradições, ora em verdadeiros tratados. Nas ocasiões das demarcações, os pagés também representam um papel, fazendo toda espécie de palhaçadas, chocalhando os maracás, comuns a todos os selvagens americanos, batendo os bumbos e soltando fumaça de grandes cigarros. As

vezes penduram-se castas, trapos ou pedaços de cascas de árvores nos marcos. As incursões nos territórios alheios são uma das mais frequentes causas de guerra. Cessões voluntárias são feitas tacitamente, retraindo-se uma tribo para deixar entrar outra.

A Convenção 169 sobre povos indígenas e tribais em países independentes, da Organização Internacional do Trabalho, demonstrou essa preocupação ao dispor no art. 14, item 1: "Deverão ser reconhecidos os direitos de propriedade e posse dos povos em questão sobre as terras que tradicionalmente ocupam".

O Projeto de Lei n. 2.180, de 1991, do Poder Executivo, que dispõe sobre o Estatuto do Índio, tem essa mesma preocupação. Reza o seu art. 28, item I:

"São terras indígenas:

I - as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios; (...)"

O § 1º do art. 231 da Constituição atual conceitua o que sejam terras tradicionalmente ocupadas pelos índios:

São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

O art. 20 do Projeto de Lei n. 2.057, de 1991, que trata do Estatuto das Sociedades Indígenas, apresentado pelos deputados Aluísio Mercadante, Fábio Feldmann, José Carlos Sabóia, Nelson Jobim e Sidney de Miguel, reproduz esse dispositivo.

As terras ocupadas tradicionalmente pelos índios "destinam-se a sua posse permanente", impõe o § 2º do art. 231 da Constituição de 1988.

A 'permanência' exigida pelas Constituições de 1934, 1937 e 1946 refere-se ao passado. A exigida pelas Constituições de 1967, 1969 e 1988, ao futuro. Observa-se que as Constituições passadas impunham respeito à posse das terras onde os índios se achavam permanentemente localizados. Na de 1988, lê-se "as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente". Nas de 1967, os índios "têm" a posse permanente das terras que habitam.

Essa observação fora feita por José Afonso da Silva (in *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*, vol. 25, p. 7).

Quando a Constituição declara caber aos silvícolas a posse permanente das terras por eles habitadas, isto não significa um simples pressuposto do passado como ocupação efetiva, mas, especialmente, uma garantia para o futuro, no sentido de que essas terras inalienáveis são destinadas, para sempre, ao seu *habitat* (Destaque do autor).

As terras indígenas, pelo Código Civil, art. 66, inciso I, são bens públicos de uso comum do povo, uso que pode ser gratuito ou retribuído (art. 68). Pertencem, pois, a todos, podendo ser utilizados por qualquer pessoa.

Carvalho Santos (*Código Civil brasileiro interpretado*, pp. 100 e 103) explica que os bens do domínio público pertencem ao Estado e devem ser destinados ao uso público.

Allomar Baleeiro, em voto que proferiu no Mandado de Segurança n. 16.433-DF (RTJ 49/294), foi taxativo: "Senhor Presidente, tenho para mim que as terras dos índios são públicas".

Sim, as terras indígenas são do domínio público e não do privado, mas não de 'uso comum do povo' (Código Civil, art. 66, inciso I), e sim 'dominiais' (Código Civil, art. 66, inciso III), constituindo patrimônio da União, pois, desde a Constituição de 1967 (art. 4º, inciso IV), estão incluídas entre os bens da União. Reiteraram essa disposição a Constituição de 1969 (art. 4º, inciso IV) e a de 1988 (art. 20, inciso XI).

As terras dos índios são, como se vê, bens públicos 'patrimoniais' da União. Integram o seu patrimônio.

O Supremo Tribunal Federal cristalizou em súmula - Súmula 480 - a seguinte jurisprudência: "Pertencem ao domínio da União, nos termos dos arts. 4º, IV, e 188 da Constituição Federal de 1967, as terras ocupadas por silvícolas".

O domínio das terras indígenas é da União, mas a posse pertence, exclusivamente, aos índios.

"As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios", estatui o § 2º do art. 231 da Constituição de 1988, "destinam-se a sua posse permanente".

Assim, também, rezavam o art. 186 da Constituição de 1967 - "É assegurada aos silvícolas a posse permanente das terras que habitam (...)" - e o 198 da de 1969 - "As terras habitadas pelos silvícolas são inalienáveis nos termos que a lei federal determinar, a eles cabendo a sua posse permanente (...)".

Não sendo os índios proprietários das terras que ocupam, não podem transferi-las, aliená-las. Nem o domínio, que não têm, nem a posse. Nem a posse, uma vez que a Constituição afetou tais terras à utilização pelos índios. Só o indígena pode utilizá-la. Tanto assim que o § 3º do art. 231 dispõe:

O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei. (Destaquei.)

Quanto à transferência da posse, a Constituição de 1946 era expressa. Dizia o art. 216: "Será respeitada aos silvícolas a posse das terras onde se achem permanentemente localizados, com a condição de não a transferirem" (Destaquei.)

Certo que a transferência pode ser por hereditariedade. Claro, caso contrário a posse passaria para a União.

Analisando esse dispositivo, preleciona Pontes de Miranda (*Comentários à Constituição de 1946*, p. 458): "A posse dos silvícolas é transmissível hereditariamente e segundo a regra jurídica do direito das coisas entre os membros da tribo, se de tribo ainda se

trata. A propriedade coletiva é respeitada, e não se considera transferência a substituição automática dos membros da comunidade".

Esta era, também, o entendimento de Themístocles Cavalcanti (*A Constituição Federal comentada*, p. 304). "A transferência *inter vivos*, porém, não é admissível".

A União, igualmente, não pode alienar - seja sob que forma for (venda, permuta, doação etc) - as terras dos índios, ainda que obedecendo às exigências legais para a venda de bens públicos dominiais. As normas que regulam a alienação dos bens públicos, apesar de o patrimônio indígena ser um bem público, não lhes podem ser aplicadas, e por uma razão muito simples: foi a própria Constituição que destinou as terras indígenas, seu patrimônio, à posse permanente pelos índios. A afetação é constitucional; logo, só por emenda constitucional pode ser desconstituída. Assim, não pode a norma infraconstitucional alterar essa destinação, como no exemplo citado por Hely Lopes Meirelles:

(...) uma praça ou edifício público, não pode ser alienado enquanto tiver essa destinação, mas qualquer deles poderá ser vendido, doado ou permutado desde o momento em que seja, por lei, desafetado da destinação originária e traspassado para a categoria de bem dominial. Isto é, do patrimônio disponível da Administração. (*Direito Administrativo brasileiro*, p. 433).

Com acerto, ao votar no Mandado de Segurança n. 16.443-DF (RTJ 49/295), disse o Ministro Victor Nunes Leal: "Parece, pois, que o simples fato de pertencerem a União as terras ocupadas pelos índios não as sujeitam integralmente ao regime legal de venda dos bens públicos, dado o seu caráter de inalienabilidade".

E, assim, conduziu o seu voto (p. 296): "A ressalva do meu voto é no sentido de não ficarem esses bens públicos - as terras ocupadas pelos índios - bem como seus frutos, sujeitos à mesma disciplina jurídica dos demais bens públicos. Com esta ressalva, acompanho o eminente Relator".

Se aos índios é assegurada a posse permanente - sem limite temporal - das terras que ocupam - posse no sentido não civilista -, terras essas da União, não há como perdê-la para terceiros, ainda que estejam estes de boa fé. O § 6º do art. 231 da Constituição estatui: "São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo (...)".

A transcrição no Registro de Imóveis não expunge os vícios. Não dá validade ao ato.

Vale a pena chamar a atenção para o fato de que a demarcação não dá nem tira direito, apenas torna evidente quais os limites das terras indígenas.

Estabelece o art. 25 da Lei n. 6.001, de 19 de dezembro de 1973 (Estatuto do Índio): "O reconhecimento do direito dos índios e grupos tribais à posse permanente das terras por eles habitadas, nos termos do artigo 188 da Constituição Federal, independe de sua demarcação (...)".

Certo. As terras indígenas, como, magistralmente, explicou Victor Nunes Leal, "são o *habitat* dos remanescentes das populações indígenas do país" (voto proferido no MS 16.443-DF, in: *RTJ 49/295*); logo, não é o processo de demarcação que vai 'criar' uma posse imemorial, um *habitat* 'remanescente'. Não. O processo demarcatório vai, tão-somente, delimitar essa área, dar os seus limites.

Não pode, por outro lado, evidentemente, a Administração reduzir a área indígena. Se assim fizesse, estaria infringindo a norma constitucional estabelecida no § 1º do art. 231:

São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para as suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

A redução, por conseguinte, é impossível.

As terras indígenas, como bens públicos, são imprescritíveis, impenhoráveis e não sujeitas a usucapião e a qualquer geração (v. § 4º do art. 231 da Constituição - "As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas imprescritíveis").

O usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos das terras ocupadas pelos índios a eles cabe 'exclusivamente', portanto, é, igualmente, impenhorável, não sujeito a qualquer ônus. Atente-se que o § 8º do art. 231 dispõe que são nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos os atos que tenham por objeto a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos das terras indígenas.

Trata-se - explica Tupinambé Miguel Castro do Nascimento em *A ordem social e a nova Constituição*, p. 194 -

a toda evidência, de um usufruto especialíssimo. Não se constitui, ou constituiu, por convenção voluntária; formou-se *ope legis* e tem a relação usufrutuária mantida pela própria Constituição. O conteúdo do uso e da fruição é pleno. Não é, como no Código Civil, usufruto temporário ou vitalício; caracteriza-se por ser perpétuo face a própria natureza, considerada, tecnicamente, como usufrutuária, a comunidade indígena. É usufruto que não se extingue. E, por fim, considerada a comunidade indígena, não é admissível o co-usufruto."

Efetivamente, pela Constituição (art. 20, XI) as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios são consideradas propriedade da União.

Por outro lado, se pertencem à União, as terras indígenas integram também, por isso, o patrimônio público. Essa decorrência permite que sejam defendidas por qualquer cidadão, através da ação popular.

A nova constituição também definiu, com precisão, o que se deve entender por terras indígenas (art. 231, § 1º):

São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

O conceito exige, portanto, quatro condições, todas necessárias, mas nenhuma, isoladamente, suficiente. As condições integrantes do conceito constitucional "terras

tradicionalmente habitadas pelos índios" são (i) habitação permanente; (ii) áreas para atividades produtivas; (iii) áreas para a preservação ambiental; e (iv) áreas para sua reprodução física e cultural. Estas condições são submetidas a um critério fundamental: os usos, costumes e tradições indígenas. Aos índios foi reconhecido, assim, um papel determinante na identificação das terras que ocupam.

Estas terras são destinadas à posse permanente dos índios (art. 231, § 2º), e são também inalienáveis e indisponíveis (art. 231, § 4º). Isto significa que a constituição reconhece o caráter eterno da posse indígena, ao mesmo tempo em que veda sua alienação, mesmo pela União Federal, proibindo também, que seja alterada sua destinação. Trata-se, como se vê, da repetição de preceitos que têm consequências idênticas. Jogou-se oportuna esta reiteração diante da experiência histórica que evidencia o permanente desrespeito aos direitos territoriais indígenas.

Os direitos dos índios sobre suas terras são imprescritíveis, afirmou também a Constituição (art. 231, § 4º), de modo que não os prejudicar o decurso de tempo em que, por qualquer motivo, deixem de ser exercidos e/ou exigidos.

Na mesma linha reiterativa, a Constituição afirma que são nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo (art. 231, § 6º), fulminando, portanto, quaisquer pretensões alheias aos índios que tenham as terras destes por objeto.

Estas terras, cumpre à União Federal demarcar (art. 231, *caput*, devendo concluir o processo em cinco anos, a partir da promulgação da Constituição (art. 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias). Os direitos dos índios sobre suas terras, porém, não dependem da demarcação. A demarcação é providência administrativa que visa identificar com maior precisão as terras indígenas, mas não tem o condão de constituir ou desconstruir direitos.

O preceito constitucional de maior importância sobre as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, todavia, é o que reconhece que o direito os índios sobre elas é originário (art. 231, *caput*).

Isto significa que a Constituição reconhece que os direitos territoriais indígenas precedem o Estado enquanto fonte de direito, exatamente por serem direitos anteriores ao próprio Estado. Coerentemente com esta compreensão, a expressão utilizada no texto constitucional, ao se referir aos direitos indígenas, é reconhecer. Em outras palavras, se os direitos indígenas são anteriores ao Estado, não cabe à Constituição senão reconhecê-los, sabendo-os pré-existentis.

A regra contida no artigo 231 § 6º da Constituição expressa uma hipótese de declaração da propriedade privada em terras habitadas, em caráter permanente, pelos silvícolas. A teor do disposto no artigo 129 da Constituição de 1934 (e, posteriormente, no artigo 154, da Carta de 1937 e no artigo 216, da Constituição de 1946), a propriedade da União, sobre as terras ocupadas pelos silvícolas constitui expressão de ato-fato relativo à posse.

As terras ocupadas pelos silvícolas que, sob o regime da Constituição, integram o patrimônio coletivo indígena, passaram, com a promulgação da Constituição de 1934, em caráter irreversível, para o domínio da União (cf. Decreto nº 736/38, art. 3º, alínea "a").

A concessão de títulos dominiais em terras ocupadas pelos indígenas após o advento da Constituição de 1934 é nula e de nenhum efeito.

A expulsão, o homicídio ou genocídio de silvícolas não tem a consequência de convalidar os títulos originalmente nulos, concedidos a partir de 16 de julho de 1934.

Toda e qualquer discussão sobre a existência ou não da posse indígena - e, assim sobre a caracterização ou não do domínio federal há de retornar, ao ano de 1934, quando o constituinte outorgou o domínio da União sobre as terras ocupadas por indígenas.

Em trabalho intitulado "O Domínio da União sobre as Terras Indígenas" o Jurista Gilmar Ferreira Mendes discorre com precisão sobre a questão dos títulos dominiais concedidos ante o advento da Constituição de 1934 que foram atingidos pela chamada nulidade superveniente que decorre da regra expressa do artigo 129.

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 indígenato 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 defesa das fronteiras, fortificações, construções militares e estradas de ferro federais.

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 indígenato, sendo terras congenitamente possuídas, não são devolutas, isto é são originariamente reservadas, na forma do Alvará de 1º de abril de 1680 e por dedução a própria Lei de 1850 e do art. 24 § 1º do Decr. 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 estaduais não tiveram, pois, necessidade de reproduzir as regras dos arts. 72 a 75 do Decr. nº 1318, de 30 de Janeiro de 1854". (Os Indígenas do Brasil e seus Direitos Individuais e Políticos, 1912, pp. 61/62). (Grifamos.)

E, mais adiante, ensinava o eminente jurista que,

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

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

A magnífica lição de João Mendes foi retomada, recentemente, pelo eminente Professor Marcelo Caetano. Adotando o entendimento segundo o qual somente integram o

domínio público os bens indisponíveis, o notável administrativista asseverou que as terras vagas ou devolutas - isto é, aquelas "que não tendo dono, não seja 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, pág. 418).

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, noutras, como as florestais, zoológicas e quedadas, 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 "posse 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" (Op. cit., pp. 420/421).

E, se essa orientação afigurava-se irrefutável no regime de 1891, após o advento da Constituição de 1934, constitui uma inapropriada *contradictio in adjecto* falar-se em terras devolutas ocupadas por silvícolas. Em verdade, a Constituição de 16 de julho de 1934, veio illidir 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 atribuiu aos indígenas o domínio coletivo das terras ocupadas como emanção do ato-fato da posse em caráter permanente. (Tratado de Direito Privado, L. XII, 1971, pp. 450/451).

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 exhiba 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 da posse de tais gentes, não podem ser alienadas. Os juizes 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 consequências: a) a nulidade de qualquer ato de disposição incluídos aqueles que só se referem a elementos do direito de propriedade ou da posse (usufruto, garantia real, locação); b) não há usucapião contra o silvícola ainda que trintenário; c) as sentenças que adjudiquem tais terras a outrem são suscetíveis de rescisão, dentro do prazo de preclusão, por infringirem texto constitucional." (Grifamos).

(Comentários à Constituição de 1946, vol. V, 1953, pp. 335/336).

Vê-se, pois, que, como consequência da posse indígena das áreas ocupadas, impunha-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 nº 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, no sentido de utilizada por eles como seu ambiente ecológico" (Rel. Victor Nunes, Referências da Súmula do STF, vol. 25, pp. 360/361).

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

Também os Ministros 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, cit. vol. 25/349.)

O Ministro Hermes Lima, por seu turno, ratificou essa posição, afirmando que:

"As terras dos índios são patrimônio público, na verdade desrespeitado, invadido, mas é patrimônio público e, portanto, o contrato podia ser desffeito pela



Administração, porque a concorrência era administrativa. Faltaram requisitos para uma verdadeira concorrência pública. O fato de haver formalidades de concorrência não lhe tira esse caráter de concorrência administrativa. A verdadeira concorrência pública é aquela que é submetida à aprovação do Tribunal de Contas."

(Referências da Súmula do STF, cit., vol. 25/351.)

Da mesma orientação compartilhava o Ministro Alomar Baleeiro, como se depreende 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, cit. vol. 25/350.)

Dessarte, firmou o Supremo Tribunal Federal 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 Ministro Themístocles Cavalcanti, na Apelação Cível nº 9.620, conhecida como Açap Cível originária, que foi julgada procedente, declarando-se a inconstitucionalidade, pela segunda vez, da Lei nº 1.077, de 10.04.58, do Estado do Mato Grosso. É oportuno recordar que o aludido diploma estadual reduzia para 100.000ha a área indígena dos índios Cadineus, estabelecida pelo Decreto Estadual nº 54, de 9.04.31, com 400.000 hectares de extensão. Na oportunidade, esboçou a Assembléia Legislativa do Mato Grosso, na sua contestação que:

"De fato, a Lei nº 1.077, de 10 de abril de 1958, 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, cit. vol. 25/343)

A Excelsa Corte rechaçou, de plano, essa alegação imoral (cf. voto do Min. Thompson Flores, Referências, cit. vol. 25/345) e, na linha do entendimento firmado no RE nº 44.585 (Rel. Min. Victor Nunes), reiterou a declaração de inconstitucionalidade do maisinado diploma, tendo o Ministro 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 Decreto-lei nº 9.960, de 1946, já considera que pertencem à União os terrenos pertencentes aos índios ou colônias militares. De modo que esse bens de há muito são incorporados ao patrimônio da União. Considero inconstitucional esta lei, de acordo com o eminente Relator."

(Referências da Súmula, cit. vol. 25, p. 344.)

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 Supremo Tribunal Federal, que tem como precedente fundamental o RE nº 44.585, de 30 de agosto de 1961 (Cf. Referência da Súmula, cit. vol. 25, pp. 338 e 353 e segs.)

Reconheceu-se, dessarte, a ampla significação jurídica atribuída pelo constituinte, desde 1934, ao ato-fato de ocupação permanente praticada pelos silvícolas, admitindo que o texto constitucional não garantia apenas a posse dos silvícolas sobre as terras por eles ocupadas em caráter permanente, mas atribua 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 dots efeitos jurídicos de capital importância:

- atribuiu aos indígenas a posse sobre os imóveis ocupados, com todos os seus consectários;
- outorgava à União o domínio sobre as terras ocupadas pelos indígenas, originando a propriedade, exclusiva e unicamente do ato-fato relativo à posse.

Diante dessas conclusões, há de se admitir que a disposições contidas no art. 198 e 3º, IV, da Constituição Federal de 1967/69, apenas explicitam princípios integrantes do nosso Direito Constitucional positivo desde, pelo menos, 1934. Observa-se, a propósito, do disposto no art. 198 da Constituição, assim se pronunciou o Ministro Néri da Silveira, *verbis*:

"Não cabe, dessarte, compreender o parágrafo 1º e o art. 198 da Constituição vigente, no que concerne a negócios jurídicos a eles anteriores, senão como mera forma de frídole explicante, 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."

(Op. cit., pág. 217) (RTJ 107/482)

Afigura-se despidendo 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, vol. I, Rio, 1978, pp. 398 e segs.). Tão límpida e inquestionável é essa conclusão do ponto de vista teórico que mais parece a enunciação de um truismo.

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 alienados a terceiros.

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 dimana. Assim, com a disposição do art. 129, da Constituição, opera-se uma peculiar e rara espécie de nulidade, a chamada nulidade superveniente ("Nactragliche Nichtigkeit") (Werner Flume, Das Rechtsgeschäft, col. II, Berlin, 1979, p. 550). Trata-se de inequívoco exemplo de uma "lei da proibição" ("Verbotsgesetz"), que alcança situação já estabelecida (cf. Flume, ob. cit., p. 550).

Nesses 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 1967/69, t. VI, 1972, p. 457.)

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 que davam, como devolutas no patrimônio da unidade federada, passaram com a Constituição de 1934, irreversivelmente, para o domínio da União.

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 indígenas, e, por isso, do domínio da União. Nesse sentido, já estabelecia o art. 3º do Regulamento do Serviço de Proteção aos Índios que

"O Serviço de Proteção aos Índios promoverá os atos 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 posse dos índios, já pelos Governos Estaduais ou Municipais. Já pelos particulares."

(Decreto nº 736, de 6.4.38, art. 3º)

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, forma 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 de julho de 1934.

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?

É evidente que, se o ato-fato da ocupação indígena atribuída 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.

E quanto aos títulos dominiais ilicitamente concedidos? Também aqui a teoria jurídica não pode fornecer resposta diversa, constatada a presença indígena, em caráter permanente, a partir da Carta de 1934, afigura-se inextinguível o reconhecimento da nulidade plena de qualquer concessão ou alienação. E os juristas matogrossenses certamente não ignoram que a expulsão, o homicídio ou o genocídio não constituem formas de convalidação de títulos dominiais nulos no Direito brasileiro.

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.

Daf 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."

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 a ocupava, reverterão à posse e ao domínio do senhorio direto. Evidentemente necessária, pois se são de domínio da União as terras ocupadas pelos indígenas terão que, uma vez abandonadas, retornar ao domínio pleno do senhor direito, já que não foram alienadas. O índio, enquanto ocupante permanente destas terras, não é o 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 indígenas. 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 comunidade nacional. Como, porém, não lhe será possível integrar-se sem meios capazes de lhes 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 daquele trato.

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.)

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

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, do domínio das unidades federadas, as áreas ocupadas em caráter permanente pelos indígenas.

Do que ficou assente, pode-se concluir, de forma precisa e esmerada, que a) as terras indígenas não integram o patrimônio estadual mesmo na vigência da Constituição de 1988;

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 com 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, integram o patrimônio coletivo indígena, passaram, com a promulgação da carta de 1934, em caráter irreversível, para o domínio da União (cf. Decreto nº 736/36, art. 3º, alínea "a");

h) a concessão de títulos dominiais em terras ocupadas pelos indígenas após o advento da Constituição de 1934 é frita, 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 de julho de 1934;

j) assim, em caso de desafetação ou desdestinação das terras de domínio federal anteriormente ocupadas pelos silvícolas, inevitável se afigura a reversão do 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 do domínio federal - há de remontar, inevitavelmente, aos atos de 1934, quando o constituinte houve por bem consagrar o domínio da União sobre as terras de ocupação indígena.

Não há dúvida que a questão da terra é o ponto fundamental dos direitos constitucionais dos índios, porque ela significa para eles sobrevivência física e cultural.

A Constituição de 1988 preocupou-se grandemente com o tema e buscou proteger as terras indígenas com uma série de garantias.

Declarou-se, em primeiro lugar, que essas terras são bens da União (artigo 20, XI). Como ensina José Afonso da Silva, a outorga constitucional do domínio da União visa precisamente preservá-las. Quando se fala que as terras indígenas são bens da União, cria-se uma propriedade vinculada com o objetivo de garantir os direitos dos índios sobre ela. Em razão disso é que essas terras são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

As normas constitucionais sobre a relação dos índios consagram uma relação jurídica fundada no Instituto do Indigenato, como fonte primária e congênita da posse territorial (artigo 231, § 2º da CF/88).

As normas constitucionais que regem a relação dos índios com suas terras e o reconhecimento de seus direitos originários apenas consagram, em nível constitucional, a velha instituição jurídica luso-brasileira do indigenato, tem remota aos tempos em que eramos colônia de Portugal e quando o Alvará de 1º de abril de 1680, confirmado pela Lei de 8 de junho de 1755, estabeleceu o princípio de que, nas terras dadas aos brancos, seriam sempre preservados os direitos dos índios, "primários e naturais senhores delas".

A Constituição de 1988 retomou o princípio do Alvará Régio de 1º de abril de 1680 sobre o qual João Mendes Jr. no início deste nosso século proclamava o direito das terras dos índios como um direito congênito.

João Mendes Jr. afirmava que "... não se concebe que os índios tivessem adquirido, por simples ocupação, aquilo que lhes é conquista primeira, de sorte que, relativamente aos índios estabelecidos não há simples posse, há título imediato de domínio.

João Mendes Júnior em sua visão de grande jurista que era declarava que "pela parte dos índios jamais poderá ser confundida com uma posse sujeita à legitimação e registro." E o fundamento dessa situação jurídica residia, para ele, no fato do Alvará Régio de 1680 e na Lei de 8 de junho de 1757, que reconheçam o domínio dos índios sobre as terras em que viviam.

O legislador do Brasil Colônia e o constituinte brasileiro de 1988 declararam o óbvio; ou seja, que os direitos territoriais indígenas precedem o Estado, enquanto fonte de direito, porque são anteriores ao próprio Estado. Como os direitos territoriais indígenas são anteriores ao Estado, cabe à Constituição apenas reconhecê-los, porque sabe que esses direitos são preexistentes. A posse indígena é pré-colombiana ou originária, uma posse vinculada ao direito de descoberta que antecedeu em milhares de anos a chegada da Coroa Portuguesa.

O nosso maior constitucionalista vivo, Professor José Afonso da Silva, afirma que o indigenato é legítimo por si, não é um fato dependente de legitimação, só passo que a ocupação, como fato posterior, depende de requisitos que a legitimam.

"O indigenato, primariamente estabelecido, tem a sedum positio, que constitui o fundamento da posse, segundo o conhecido texto do Jurisconsulto Paulo (Dig. tit. de acq. vel. amittr. possess. L.1), a que se refere Savigny, Molitor, Mituz e outros romanistas; mas o indigenato, além desse lus possessiois, tem o lus possidentis, que já lhe é reconhecido e preliminarmente legitimado, desde o Alvará de 1º de abril de 1688, como direito congênito."

Só a posse por ocupação está sujeita a legitimação, porque "como título de aquisição, só pode ter por objeto as coisas que nunca tiveram dono, ou que foram abandonadas por seu antigo dono. A ocupação é uma apprehensio rei nullius ou rei derelictae...; ora, as terras de índios, congenitamente a propriedade, não podem ser consideradas nem como res nullius, nem como res derelictae; por outra, não se concebe que os índios tivessem adquirido, por simples ocupação, aquilo que lhe é congênito e primário." Em conclusão, em face do nosso

histórico direito sobre terras indígenas e em face do Direito constitucional indigenista, relativamente aos índios com habitação permanente, não há uma mera posse, mas um direito originário reconhecido.

Essa situação vem a mostrar que a questão de reconhecimento das terras indígenas não se regem pelas normas do Direito Civil, porquanto é uma modalidade de posse que não é e nunca foi uma simples ocupação.

O ato administrativo de reconhecimento de terra indígena tem natureza declaratória.

Todas as constituições republicanas, com ressalva à omissão da constituição de 1891, reconheceram aos índios a posse dos territórios por eles originária e efetivamente habitadas:

Constituição de 1934

"Art. 129 - Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las."

Constituição de 1937

"Art. 154 - Será respeitada aos silvícolas a posse das terras em que se achem localizados em caráter permanente, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las."

Constituição de 1946

"Art. 216 - Será respeitada aos silvícolas a posse das terras onde se achem permanentemente localizados, com a condição de não a transferirem."

Constituição de 1967

"Art. 188 - É assegurada aos silvícolas a posse permanente das terras que habitam e reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nelas existentes."

Emenda constitucional nº 169

"Art. 198 - As terras habitadas pelos silvícolas são inalienáveis nos termos em que a lei federal determinar, a eles cabendo a sua posse permanente e ficando reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas e de todas as utilidades nelas existentes."

Constituição de 1988

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

A Constituição vigente usa o termo "reconhecer", vale dizer, declara quais são as terras indígenas. O objetivo dessa declaração é o de garantir a proteção dos limites demarcados para, inclusive, disciplinar a ocupação por não índios das áreas não incluídas nos limites das áreas indígenas.

A demarcação de terras indígenas é um ato meramente declaratório, cuja finalidade é tornar precisa a extensão da posse, para garantir a eficácia das normas constitucionais que impõem ao Estado o dever de proteger as áreas indígenas.

É bem de ver que o objeto da demarcação não é a solução de um litígio. A finalidade é a explicitação dos limites de uma área tradicionalmente ocupada por comunidades indígenas e que segundo a constituição são do domínio da União.

Resta claro que a eventual existência de algum conflito ou disputa pela posse da terra, de algum título imobiliário, de pessoa física ou empresa ocupando terra indígena, isto é, da União, são questões indiferentes ao procedimento administrativo e juridicamente não representam sobre o trabalho de identificação, delimitação e demarcação de área indígena.

Os índios que tradicionalmente ocupam uma determinada terra têm o direito constitucional à posse permanente e ao usufruto exclusivo das riquezas naturais existentes no solo, nos rios e nos lagos (artigo 231, § 2º, da CF). Essas terras são inalienáveis, indisponíveis e os direitos sobre elas, imprescritíveis (artigo 231, § 4º da CF/88).

O legislador constituinte declarou expressamente que são "nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes... não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé."

Pelo procedimento administrativo de demarcação terceiros não podem, juridicamente falando, ser privados de seus bens. A demarcação, em si mesmo, não gera efeitos sobre o patrimônio de terceiros. Os negócios jurídicos que tivessem por objeto a posse ou o domínio de terras tradicionalmente ocupadas por índios são nulos, não criando efeitos patrimoniais em favor do seu pretensão titular. Assim que a constituição.

No ensinamento do Professor Dalmo Dallari ("Direitos sobre Terras Indígenas", in A Questão da Terra, Ed. Comissão Pró-Índio, São Paulo, 1981, p. 46).

"Aplica-se aqui, com absoluta propriedade, a regra segundo a qual não há direitos adquiridos que possam ser alegados contra a Constituição. Ainda que se admita tenha sido regular a aquisição daquelas terras, no momento em que ocorreu, gerando, para os adquirentes, um direito de propriedade, esse direito não foi reservado pela Constituição e é contrário a ela. Assim, portanto, não pode prevalecer... Em consequência desse dispositivo, se alguém obtém mediante compra, herança, doação, permuta ou qualquer outro título uma área ocupada por silvícolas, ficou sem esse direito, no momento em que entrou em vigor a presente Constituição."

Portanto, a nulidade dos títulos incidentes em terras indígenas é uma consequência imediata da aplicação do § 6º do artigo 231 da CF/88.

Aliás, como já observou Gilmar Ferreira Mendes, em sua obra acima citada, a nulidade dos títulos incidentes em terras indígenas integram o Direito Constitucional Brasileiro desde a constituição republicana de 1934. Nesse sentido mencionou inclusive, pronunciando o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Néri da Silveira:

"Não cabe, destarte, compreender o parágrafo 1º 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 está protegida, quanto às terras onde localizados, em caráter permanente."

Se na vigência da Constituição de 1891 não se podia admitir considerar as terras ocupadas pelos indígenas como devolutas, em 1902, durante conferência na então sociedade de Ethnographia e Civilização dos Índios, o ilustre jurista JOÃO MENDES JÚNIOR introduziu em nosso Direito o conceito de "indigenato", por meio do qual demonstrava que as terras indígenas nunca foram devolutas e, por isso mesmo, jamais poderiam ser tratadas como tais:

"O indígena, primeiramente estabelecido, tem a *sedum positio*, que constitui o fundamento da posse, segundo o conhecido texto do jurista consulto Paulo (Dig., tit. de acq. vel. amitt. possess., L.1), a que se referem Savigny, Molitor, Mainz e outros romanistas; mas, o indígena, além desse *jus possessionis* tem o *jus possidendi*, que já lhe é reconhecido e preliminarmente legitimado, desde o Alvará de 1º de Abril de 1680, como direito congênito. Ao indigenato, é que melhor se aplica o texto do jurista consulto Paulo: - *quia naturaliter tenetur ab eo qui insistit*.

Só estão sujeitas à legitimação as posses que se acham em poder de ocupante (art. 3º da Lei de 18 de Setembro de 1850); ora, a ocupação, como título de aquisição, só pode ter por objeto as coisas que nunca tiveram dono, ou que foram abandonadas por antigo dono. A ocupação é uma *apprehensio rei nullius* ou *rei derelictae* (...); ora, as terras de índios, congênitamente apropriadas, não podem ser consideradas nem como *res nullius*, nem como *res derelictae*; por outra, não se concebe que os índios tivessem adquirido, por simples ocupação, aquilo que lhes é congênito e primário, de sorte que, relativamente aos índios estabelecidos, não há uma simples posse, há um título imediato de domínio; não há, portanto, posse a legitimar, há domínio a reconhecer e direito originário e preliminarmente reservado" (in Os Indígenas do Brasil, Seus Direitos Individuais e Políticos, 1912, SP, págs 58/59) - (grifos nossos).

Com o advento da CF de 1934, acabou qualquer dúvida que todavia pudesse existir a respeito dessa questão. Como menciona GILMAR FERREIRA MENDES, dizia o mestre PONTES DE MIRANDA que emanava do reconhecimento da posse indígena em caráter permanente contido naquela Carta, a atribuição aos índios do "domínio coletivo" sobre as mesmas.

Isso acarretava a consequência da nulidade de todo e qualquer ato ou negócio jurídico cujo objetivo fosse o domínio ou posse sobre áreas indígenas.

E nesse sentido tem se manifestado a jurisprudência de nossos Tribunais.

Mesmo antes da Constituição de 1988 e seu artigo 231, § 6º, está pacífico o entendimento de que, sendo as terras de posse permanente indígenas, a União tinha o domínio sobre elas e, destarte, seria nulo e destituído de qualquer efeito jurídico qualquer ato que implicaria em posse ou domínio das terras indígenas, isto é, das terras da União.

Houve, é certo, controvérsia sobre a validade dos títulos dominiais expedidos antes da Constituição de 1934. Mas, conforme esclareceu Gilmar Mendes, de forma correta, os títulos dominiais sobre terra indígena anteriores a Constituição de 1934 foram atingidos pela declaração de nulidade expressa da mesma Constituição de 1934, no seu artigo 129. Por outras palavras, houve o que se denomina de nulidade superveniente.

Em sentido análogo também a nossa Lei Áurea, que libertou os escravos desconsiderou os negócios jurídicos de compra e venda de escravos que eram válidos perante o nosso ordenamento jurídico antes do fim da escravidão no Brasil.

Como dizem os juristas ingleses, "O Parlamento pode tudo". Ou, com mais cautela em face das limitações constitucionais e do direito natural, podemos afirmar que, em certas situações, o legislador, e principalmente o legislador constituinte, pode tornar ineficazes e inválidos atos então válidos e eficazes. É nesse sentido que se afirma que inexistia direito adquirido contra a Constituição.

Assim, a antiga legislação sempre concedeu aos indígenas uma posse especialmente protegida. Desde o Alvará nº 1680, 1º de abril, o Direito luso-brasileiro reconhece a ocupação indígena como a "primária, naturalmente a virtualmente fonte jurídica de posse territorial", como dizia em 1912 João Mendes Júnior. Assim, o que as constituições brasileiras desde 1934 fazem ao garantir as terras indígenas, sua posse, seu uso e sua intransferibilidade, não é mais do que a manutenção de uma longa, consolidada tradição jurídica brasileira, que tem sua fonte nos Alvarás do Império Português, que por sua vez, visita os ensinamentos de Bartolomé de Las Casas e Pe. Vieira.

As terras indígenas, repito, são bens públicos federais, de domínio da União Federal (artigo 20, XI, da CF/88) São inalienáveis, indisponíveis e os direitos que as comunidades indígenas têm sobre elas são imprescindíveis (artigo 231, § 4º). Portanto, a União não pode aliená-las ou dar a elas qualquer outra finalidade, eis que são terras públicas com finalidade especial e insuscetível de desafetação legal.

A inalienabilidade e indisponibilidade das terras indígenas são determinadas pela própria Constituição. Daí que as terras indígenas não podem ser alienadas a terceiros. Consequência da natureza pública e da inalienabilidade originária das terras indígenas é a imprescritibilidade dos direitos sobre elas. Sendo as terras indígenas bens públicos, originariamente inalienáveis, não se pode invocar usucapião (prescrição aquisitiva) sobre elas.

Quando o direito colonial português e depois o direito brasileiro reconheceu aos índios "direitos originários" sobre suas terras, declarou-se, em verdade, que esses direitos são anteriores à criação do Estado brasileiro e, que, assim, não dependem de legitimação. São direitos congênitos, legítimos por si, que não se confundem com direitos adquiridos.

É decorrência da natureza originária dos direitos indígenas a nulidade de quaisquer atos jurídicos que pretendem transferir a posse, a ocupação, ou o usufruto das terras indígenas a terceiros, expressamente consagrada na Constituição Federal (art. 231, § 6º).

Foi buscando conferir maiores garantias aos direitos dos índios sobre suas terras e eficácia social aos direitos originários indígenas, que a Constituição estabeleceu expressamente a nulidade de atos atentatórios à posse indígena e ao domínio da União sobre terras indígenas. Mesmo que a constituição houvesse estabelecido de forma expressa essa nulidade, ela seria uma consequência lógica da natureza originária dos direitos indígenas. Se os direitos indígenas são originários, não é juridicamente possível se constituir por ato posterior e secundário a terceiros os mesmos direitos conferidos aos índios, vez que estes prevalecem sobre quaisquer direitos dependentes de legitimação formal. Cuida-se da aplicação de uma regra elementar da ciência jurídica, segundo a qual não há direito contra direito e não se adquire direito em desconformidade com o Direito.

Há reiteradas decisões de nossos Tribunais nesse sentido, declarando a nulidade de atos atentatórios contra a posse indígena, mesmo quanto àquelas pretensões fundadas em títulos registrados em cartórios.

O Supremo Tribunal Federal em decisão unânime do seu Pleno, declarou a nulidade de títulos incidentes sobre a área indígena KRENAK, conforme se lê abaixo:

**"AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA. TÍTULOS DE PROPRIEDADE INCIDENTES SOBRE ÁREA INDÍGENA. NULIDADE.**

Ação declaratória de nulidade de títulos de propriedade de imóveis rurais, concedidos pelo governo do Estado de Minas Gerais e incidentes sobre área indígena imemorialmente ocupada pelos índios Krenak e outros grupos. Procedência do pedido." (Ação Cível Originária nº 323-7/MG, acórdão publicado no D.J. de 08.04.94; Autor: Fundação Nacional do Índio, Réus: Adimário Penedo de Oliveiras e outros. Relator: ministro Francisco Rezak).

O extinto Tribunal Federal de Recursos também mantém jurisprudência uniforme sobre a questão da nulidade dos títulos sobre área indígena.

"EMENTA: As terras habitadas pelos silvícolas são inalienáveis. São nulos os atos que tenham por objeto domínio e posse dessas terras, sem que seus ocupantes tenham direito a qualquer ação ou indenização contra a UNIÃO e a FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO. Constituição Federal, art. 198.

O objetivo da norma Constitucional, ao transformar as áreas ocupadas pelos índios em terras inalienáveis, foi o de preservar o habitat de uma gente, sem cogitar de defender a sua posse, mas dentro do sadio propósito de preservar um patrimônio territorial, que é a razão de ser da própria existência dos índios.

São manifestamente inconstitucionais leis e convênios estaduais, que visem a reduzir as terras reservadas aos silvícolas, ou transferi-las a terceiros." (TRF, Apelação Cível nº 31.078-MT, relator Adhemar Raymundo, Apelante: José Pinto e sua mulher, Apelada: Fundação Nacional do Índio - FUNAI, DJU 21.05.1981)

"Mandado de Segurança. Terras indígenas. Domínio originário.

É pacífico o reconhecimento do domínio da União sobre as terras ocupadas pelos silvícolas. Reclamação de particulares, que se dizem titulares de glebas alcançadas por limites de reservas indígenas. Nulidade de títulos imobiliários porventura incidentes sobre tais glebas. Matéria insuscetível de apreciação nos estreitos limites do "mandamus". Apelações providas, sentença reformada." (TRF, Apelação em Mandado de Segurança nº 119.084-MT, relator Ministro Miguel Ferrante, Apelante: Funai e União Federal, Apelado: Ind. e Com. Agricultura e Pecuária Arthur Tomasi, 09.05.88, D.J. 23.06.88).

"As terras habitadas pelos silvícolas são inalienáveis. São nulos os atos que tenham por objeto domínio e posse dessas terras, sem que seus ocupantes tenham direito a qualquer ação ou indenização contra a União e a FUNAI.

O objetivo da norma constitucional, ao transformar as áreas ocupadas pelos índios em terras inalienáveis, foi o de preservar o habitat de uma gente, sem cogitar de defender a sua posse, mas dentro do sadio propósito de preservar um patrimônio territorial, que é a razão de ser da própria existência dos índios. São manifestamente inconstitucionais leis e convênios estaduais, que visem a reduzir as terras reservadas aos silvícolas, ou transferi-las a terceiros."

(Ap. Civ. nº 31.078/MT, Rel. Juiz Adhemar Marinho, Aplte. José Pinto e sua mulher, Aplda. FUNAI. Publicado no DJ em 21.05.81). (grifos nossos)

"MANDADO DE SEGURANÇA, TERRAS HABITADAS POR SILVÍCOLAS, ART. 198 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL/69, ATO TRANSLATIVO DE DOMÍNIO SOBRE ELAS, A PARTICULARES, É NULO, SEM QUALQUER EFEITO JURÍDICO (1º DO ART. 198, DA CF), PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL PARA CONHECER DE ATOS DA FUNAI, QUE SE AFASTA.

A Justiça Federal é competente para apreciar atos da FUNAI, na via do mandado de segurança, pois eles veiculam parcela do poder impositivo do governo da União Federal, a quem cabe a defesa dos silvícolas, protegidos constitucionalmente por ela.

Em que pese o fato de o impetrante portar título de domínio, devidamente registrado em Cartório de Imóveis, prevalece o comando do art. 198, 1º da Constituição Federal, que declara nulo e sem nenhum efeito jurídico atos que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação de terras habitadas por silvícolas. Apelação não provida, para confirmar a sentença." (TRF, Ap. em MS nº 83.516, rel. Min. José Cândido, Aplte. Kardec Çaram Abraham, Aplda. FUNAI, 08.11.83; Inteiro teor do acórdão em anexo - Doc. 49) - (grifos nossos)

"MANDADO DE SEGURANÇA, TERRAS INDÍGENAS, DOMÍNIO ORIGINÁRIO.

É pacífico o reconhecimento do domínio da União sobre as terras ocupadas pelos silvícolas. Reclamação de particulares, que se dizem titulares de glebas alcançadas por limites de reservas indígenas. Nulidade de títulos imobiliários porventura incidentes sobre tais glebas. Matéria de fato insuscetível de apreciação nos estreitos limites do "mandamus". Apelações providas, sentença reformada."

(TRF, Ap. em Ms nº 119.084-MT, rel. Min. Miguel Ferrante, Aplte. FUNAI e União Federal, Apdo. Ind. e Com. Agricultura e Pecuária Arthur Tomasi, 09.05.88; inteiro teor do acórdão em anexo - Doc. 50) (grifos nossos)

A jurisprudência do egrégio Tribunal ad quem também se mantém no mesmo sentido:

"CONSTITUCIONAL, CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. TERRAS INDÍGENAS. POSSE. INTERDITO PROIBITÓRIO. CERCEAMENTO DE DEFESA.

- Inocorre cerceamento de defesa quando as questões de fato agitadas no processo se encontram provadas por via documental, autorizando o julgamento antecipado da lide.

- É impossível a constituição do direito de posse por particular sobre gleba ocupada por comunidade indígena desde tempos imemoriais.

- Reconhecida em outra ação judicial que a área em que pretendem ter posse os autores integra reserva indígena, constatada em procedimento administrativo regular, nega-se a proteção possessória.

- Apelação desprovida

(ac. unân da 3ª Turma do TRF 1ª Região, de 20.06.90, na Ap. Cív. 89.01.22141-PA, rel. Juiz Vicente Leal, Aplte. Valdemar Hanneman e outros, Apldo. FUNAI e União Federal) - (grifos nossos).

Em síntese, os títulos incidentes sobre áreas indígenas não atribuem jamais a seus portadores o direito de posse ou domínio em terras indígenas. A nulidade dos títulos incidentes sobre áreas indígenas foi tratada por Pontes de Miranda que declarou serem " nenhuns quaisquer títulos, mesmo registrados, contra a posse dos silvícolas (In Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969, Tomo VI, pág. 457)

**APLICAÇÃO RETROATIVA DO PROCEDIMENTO DE CONTRADITÓRIO - REVISÃO DE LIMITES DE TODAS AS TERRAS INDÍGENAS JÁ DEMARCADAS E HOMOLOGADAS (ARTIGO 1º, § 8º E ARTIGO 9º, PARÁGRAFO ÚNICO DO DECRETO Nº 1.775/96)**

O autor popular se insurge contra a disposição anunciada no Decreto nº 1.775/96 de se promover a revisão dos limites de todas as terras indígenas já delimitadas, demarcadas e homologadas em governos anteriores, desde que não se encontrem registradas no Serviço de Patrimônio da União.

Entende o autor que a previsão do Decreto 1.775/96 de rever os limites de terras indígenas demarcadas implicará em injustificável gasto de dinheiro público porque os atos administrativos das demarcações passadas constituem procedimentos administrativos acabados, absolutamente válidos e produzindo seus efeitos legais.

Realmente, o novo Decreto que dispõe sobre o procedimento administrativo das terras indígenas possui um contraditório retroativo, conforme se lê no artigo 9º e seu parágrafo único:

Art. 1º As terras indígenas, de que tratam o art. 17, I, da Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973, e o art. 231 da Constituição, serão administrativamente demarcadas por iniciativa e sob a orientação do órgão federal de assistência ao índio, de acordo com o disposto neste Decreto.

§ 8º Desde o início do procedimento demarcatório até noventa dias após a publicação de que trata o parágrafo anterior, poderão os Estados e municípios em que se localize a área sob demarcação e demais interessados manifestar-se, apresentando ao órgão federal de assistência ao índio razões instruídas com todas as provas pertinentes, tais como títulos dominiais, laudos periciais, pareceres, declarações de testemunhas, fotografias e mapas, para o fim de pleitear indenização ou para demonstrar vícios, totais ou parciais, do relatório de que trata o parágrafo anterior.

Art. 9º Nas demarcações em curso, cujo decreto homologatório não tenha sido objeto de registro em cartório imobiliário ou na Secretaria do Patrimônio da União do Ministério da Fazenda, os interessados poderão manifestar-se, nos termos do § 8º do art. 2º, no prazo de noventa dias, contados da data da publicação deste Decreto.

Parágrafo único. Caso a manifestação verse demarcação homologada, o Ministro de Estado da Justiça a examinará e proporá ao Presidente da República as providências cabíveis.

É inegável que ao longo de décadas a União tem gasto muitos recursos financeiros na demarcação das terras indígenas pois o trabalho de identificação, delimitação e demarcação dessas áreas implica em trabalho de especialistas, inúmeros servidores, muito tempo e dinheiro.

A questão jurídica central nesta demanda é a inclusão de uma fase prevendo o instituto do contraditório que possibilite aos possuidores não-índios a se manifestarem e impugnarem os limites das terras indígenas já demarcadas.

O procedimento de demarcação anterior, estabelecido pelo Decreto nº 22 de 4 de fevereiro de 1991 não previa o contraditório de terceiros no procedimento administrativo. Não se permitia a particulares nem aos Estados membros da Federação o direito de se habilitarem em discutir a demarcação das terras indígenas.

Se na terra tradicionalmente ocupada por uma comunidade indígena incidissem títulos imobiliários, seus titulares poderiam, conforme dispõe o § 2º do artigo 19 da Lei nº 6.001/73 (Estatuto do Índio) discutir na Justiça suas pretensões, mediante o exercício de ações possessórias ou demarcatórias, que são as vias processuais adequadas à solução da controvérsia sobre direitos reais com a autoridade da coisa julgada.

A Lei 6.001/73 também proibiu a via dos interditos possessórios contra as demarcações administrativas das terras indígenas. A razão da proibição é entre manobras protelatórias no procedimento de demarcação.

A Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 2ª Região em ação que se discutia a constitucionalidade do § 2º do artigo 19 da Lei 6.001/73 decidiu:

"O artigo 19 do Estatuto do Índio, que impede sua utilização contra a demarcação de terras indígenas, por iniciativa e sob orientação do órgão federal de assistência ao índio, nada mais é do que a materialização, na letra da lei, do princípio constitucional da soberania. A lei foi editada, apenas, para especificar preceito constitucional maior, pois, mesmo inexistente o artigo 19 do Estatuto do Índio, ainda assim, não caberiam ações de manutenção, reintegração ou interdição contra a FUNAI. Ente federal que é, age fundada no Domínio Eminente do Estado Brasileiro, sobre o domínio do particular. Não se pode, pois, inquirir de inconstitucional o parágrafo segundo, do artigo 19, da Lei 6.001/73, pois que não veda o direito de ação, apenas, impede que o domínio e a posse do indivíduo se sobreponham à Soberania Estatal.

O artigo 19 da Lei nº 6.001/73, em termos teleológicos, não discrepa do artigo 20 da Lei das Desapropriações que determina que não se as conteste a não ser por vício do processo judicial ou impugnação do preço, mandando que qualquer outra questão seja decidida por ação direta, ou seja petição.

Não há, pois, nem na desapropriação, nem na demarcação de terras indígenas, possibilidade de interdição à pretensão do Ente público."

O procedimento administrativo de demarcação de terras indígenas é um ato unilateral reconhecimento pela União de terras que estão sob seu domínio plano.

Não se exige contraditório ou ampla defesa oportunidade de defesa nos procedimentos similares onde a União reconhece terrenos da Marinha ou terras devolutas de seu domínio.

O Supremo Tribunal Federal ao examinar a ação direta de inconstitucionalidade nº 977-0 em que foi autor o Estado do Pará contra o Decreto nº 22/91, decidiu, por unanimidade, que ele é mero ato administrativo e que não continha vício de inconstitucionalidade.

Transcrevo abaixo o voto do ilustre Ministro Relator, na ADIN 972-0-Pará:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 977-0-PARÁ  
RELATOR: MINISTRO MARCO AURÉLIO  
REQUERENTE: GOVERNO DO ESTADO DO PARÁ  
REQUERIDO: PRESIDENTE DA REPÚBLICA

**RELATÓRIO**

O SENHOR - MINISTRO MARCO AURÉLIO - Esta ação direta de inconstitucionalidade está dirigida contra o Decreto nº 22, de 4 de fevereiro de 1991, que dispõe sobre o processo administrativo de demarcação das terras indígenas. Alude-se à circunstância de os procedimentos administrativos por ele fixados terem implicado o comprometimento de cerca de cinco milhões de hectares do território paraense, inobservando-se o devido processo legal. Discorre-se sobre a definição da titularidade das terras devolutas, trazendo-se à baila o histórico respectivo. Remete-se ao parecer do ilustre jurista Dr. Nelson Azevedo Jobim sobre a matéria, ressaltando-se que exsurge conflito a ser dirimido por esta Corte sobre a titularidade das terras consideradas as posições da União e do Estado. Em síntese, as razões apresentadas lastreiam-se no fato de o processo administrativo de demarcação, a desaguar no registro de matrícula dos imóveis, ocorrer sem o contraditório, olvidando-se, assim, as regras insculpidas nos incisos LIV e LV do artigo 5º da Constituição Federal Pleiteia-se a concessão de liminar que suspenda a eficácia do decreto e dos atos que dele hajam decorrido.

Vieram aos autos as peças de folhas 15 a 35. Recebi-os para exame em 30 de novembro de 1993, liberando-os para apreciação pelo Plenário em 2 imediato (folha 37).

**VOTO**

SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Em primeiro lugar, é mister definir a natureza jurídica do Decreto nº 22, de 4 de fevereiro de 1991. Foi ele baixado com fundamento no inciso IV do artigo 84 da Constituição Federal, tendo-se presentes a norma do artigo 231 nela inserida e os preceitos do artigo 2º, inciso IX, da Lei 6.001, de 19 de dezembro, de 1973 O Decreto, em si, estabelece os parâmetros a serem observados no processo administrativo de demarcação das terras indígenas, introduzindo outras medidas. Consoante a regra do artigo 2º, a demarcação será precedida por identificação do grupo técnico, abrangendo os incisos as providências a serem cumpridas. Já o artigo 3º dispõe sobre os trabalhos de identificação e delimitação de terras indígenas realizados anteriormente, prevendo o aproveitamento das informações deles decorrentes. O artigo 4º cuida do reassentamento de ocupantes não-índios pelo órgão fundiário, cogitando da calibração de convênios. O artigo 5º diz da consideração dos limites definidos em ato do Poder Executivo, versando o artigo 6º sobre o respeito ao teor dos títulos dominiais. Já o artigo 7º trata da revisão das terras indígenas tidas como insuficientes para a sobrevivência física e cultural dos grupos indígenas e o artigo 8º autoriza o Ministro da Justiça a proceder à interdição provisória das terras em que se constate a presença de índios isolados ou de outras em que a interdição se faça necessária para a preservação da integridade dos índios e dos respectivos territórios. Alude-se ao objeto - o exercício do poder de polícia mencionado no inciso VII do artigo 1º da Lei nº 5.371, de 5 de dezembro de 1967 - e à vigência por prazo determinado, passível de prorrogação. O artigo 9º diz da homologação dos resultados do processo pelo Presidente da República, seguindo-se a previsão de que, uma vez formalizada, o órgão federal de assistência do índio promoverá o registro em cartório da comarca correspondente e no Departamento do Patrimônio da União. O artigo 11 cogita da faculdade, atribuída ao referido órgão, de proceder à revisão das terras indígenas aprovadas ou demarcadas com base na legislação anterior. Por último, dispõem os artigos 12, 13, 14, 15 e 16 sobre a passagem das terras à categoria de terras indígenas e a normatização, por aquele Órgão, mediante portaria, da sistemática a ser adotada pelo grupo técnico, bem como sobre a publicação, a cargo do Ministério da Justiça, de plano de demarcação das terras e entrada em vigor do que estabelecido, revogadas as disposições em contrário. A rigor, o ato impugnado consubstancia orientação no campo administrativo visando à demarcação das terras indígenas. Possível extravasamento ocorrido na regulamentação resolve-se em campo diverso do relativo à Constituição e sua supremacia, que é o da legalidade.

Por isso, tenho como imprópria esta ação direta de inconstitucionalidade.

**É meu voto.**

Se adotarmos a tese da inconstitucionalidade do Decreto nº 22/91, o poder regulamentar geral outorgado ao Presidente da República ficará sempre condicionado à prévia consulta a vontade de particulares dentro de um processo administrativo que permita aos interessados manifestarem os seus interesses.

Não há como admitir-se a tese de inconstitucionalidade de um ato normativo federal que apenas disciplina o procedimento em que a União exterioriza os limites de terras que são suas por força da Constituição, no exercício do poder regulamentar, conferido ao Presidente da República.

O objeto da ação administrativa na demarcação não é solução de controvérsia ou resolução de litígio entre o particular e a União.

A existência de eventual conflito pela posse de terra é questão alheia à demarcação.

A demarcação é um ato administrativo que resulta de um conjunto de ações realizadas por órgãos da Administração Federal.

A demarcação de uma terra indígena não acarreta a perda de qualquer

propriedade. É o fato de estar situada tradicionalmente ocupada por comunidade indígena, demarcada ou não, que retira do título imobiliário validade legal, sendo, portanto, nulo. O Decreto nº 22 não concede o direito dos índios à terra, também não retira direitos de particulares e Estados membros da Federação.

A natureza jurídica do Decreto 22 é de ato administrativo. Já a demarcação em si mesmo considerada é um procedimento complexo de direito público que leva a União a declarar as terras de seu domínio. A matéria de demarcação, quanto à sua essência e características fundamentais, é instituto de direito constitucional. A demarcação é um ato de império, como o são as desapropriações e interdições. Tais atos são sempre unilaterais, expressando a soberania do Estado.

Em razão da natureza de ato de império e, portanto, unilateral do poder regulamentar da União das terras que estão sob seu domínio não há se falar em ofensa ao princípio do contraditório pelo Decreto 22/91.

Ao Presidente da República é dado o poder de modificar o procedimento da demarcação de terras para nele incluir o contraditório, com a finalidade de ouvir os interesses contrariados. Nada o impede de fazê-lo, mesmo considerando que o contraditório é da essência dos atos de império do Estado.

Todavia, promover a revisão de limites de todas as áreas indígenas já delimitadas, demarcadas e homologadas por governos anteriores, se não estivessem registradas no Serviço do Patrimônio da União e nos cartórios de registros imobiliários, sob o fundamento de inconstitucionalidade do Decreto 22/91 é causar injustificável dano ao erário da União.

O Decreto, como já afirmei, é constitucional, à luz dos princípios publicísticos que informam o procedimento de demarcação de terras.

#### PAGAMENTO DE INDENIZAÇÕES, PARA TITULARES DE TÍTULOS NULOS.

A Constituição anterior flava o princípio da nulidade e da extinção dos efeitos jurídicos de qualquer natureza que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação de terras habitadas pelos silvícolas.

O § 2º do artigo 82 da Lei 6.001/73 (Estatuto do Índio) estabeleceu a regra de que ninguém teria ação ou indenização contra a União, o órgão federal de assistência ao índio ou os silvícolas em virtude da nulidade e extinção de títulos, do domínio. Essa regra tinha foro também no artigo 189 da Constituição anterior.

Com a Constituição de 1988 estabeleceu-se no § 6º do artigo 231 uma hipótese restrita de indenização por benfeitorias, realizadas por ocupante de boa fé.

Em trabalho denominado "A ocupação das terras indígenas pelos posseiros de boa-fé e o direito a indenização por benfeitorias" (In Os Direitos Indígenas e a Constituição), constata que o constituinte de 1988 para se referir à ingerência indevida de terceiros na áreas indígenas se utilizou das seguintes expressões: "domínio", "posse", "exploração de riquezas" e "ocupação" (art. 231, § 6º).

Só em relação a "ocupação" o constituinte permitiu indenização pela União para as benfeitorias de boa fé.

Ocupação, no Código Civil, é empregado para designar a aquisição de coisa móvel.

No Direito Agrário o termo ocupação designa o fato do espaço territorial contar com a presença de alguém que nele subsista de seu trabalho.

Diz o citado autor que a indenização prevista no § 6º do artigo 251 da CF/88 é mero efeito de pequeno possessor, na área protegida pela Constituição, desde que gerada pela boa fé e quando caracterizada pela espécie agrária de ocupação.

O instituto da ocupação é caracterizado pelo trabalho do ocupante, pelos aspectos de cultura efetiva e morada permanente na mesma área. A ocupação, fundada no trabalho do sujeito agrário tem como "título" respectivo o próprio trabalho.

A ocupação sem trabalho para sobrevivência é posse, no sentido civilista.

Interpretando o § 6º do artigo 231 da CF/88 Raymundo Laranjeira entende que o único destinatário da norma é o ocupante e não todo e qualquer possuidor.

Com a Constituição de 1988, a única mudança operada foi de atenção à indenização por benfeitorias, realizadas por ocupante de boa fé, vale dizer, a criação de uma hipótese restritíssima, em que o pagamento só é admissível, antes de tudo, na ocupação ou posse justificada pelo trabalho.

Considerando que a Carta Magna se utilizara de quatro expressões para demonstrar interferência alheia nas terras indígenas (domínio, posse, exploração de riquezas e ocupação), e tendo em vista que só em relação a uma delas fez inserir a paga indenizatória a cargo da União, não vemos porque ampliar um raio de ação, como alguns poderiam imaginar, para aproveitar todo e qualquer possuidor que haja feito benfeitorias desde que de boa fé, e mesmo que sujeito de posse convencionalmente legitimamente.

Esse outro tipo de possuidor que extrapola do conceito de pequeno possessor (o "ocupante", propriamente dito), só não terá direito à indenização, entretanto, por parte da União ou dos índios. Porque estando garantido pela evicção, relativamente a outra etiologia da conquista da terra, poderá acionar os particulares, pelas transações que importaram (na sua convicção), em transferência de domínio e/ou posse, ou até os Estados-membros, que lhes tenham vendido as terras como devolutas.

Derivado, pois, da atividade agrária, o efeito único da presença estranha em área indígena, ao ter de ser afastada, é o que remete à indenização pelas benfeitorias. Ainda assim condicionado a dois fatores, que já explicitamos: a boa fé de quem atuou na área e a qualificação desta como ocupante - o pequeno possessor.

Outro aspecto do problema é a ausência de definição legal, para os fins do § 6º do artigo 231 de quais são as benfeitorias suscetíveis de indenização.

A questão é saber se a benfeitoria pode ser reasserida, onde quer que se encontre, não é em todo raio de aposseamento da terra índia, ou se é devida apenas no espaço físico das necessidades do pequeno ocupante.

Não existe, ainda, lei disciplinando esses pontos. O § 6º do artigo 213 da CF/88 dispõe que as consequências da indenização "na forma da lei".

Lei deverá (melhor, já deveria) regulamentar o processo e pagamento das benfeitorias, as espécies de benfeitorias indenizáveis, definir para não além de qualquer dúvida razoável o que o constituinte entende por "ocupante", etc.

Na ausência de lei, a portaria nº 239, de 20 de março de 1991 da FUNAI prevê o levantamento fundiário para se "conhecer os bens de valor econômico pertencentes a não-índios e inseridos nos limites definidos da terra indígena".

A situação se agrava porque com a previsão de eficácia retroativa das

demarcações os "interessados" (O Decreto nº 1.775 não fala em ocupante) que tiveram seus interesses (fls. 91) contrariados poderão pleitear indenização a União Federal. Indenizações estas indevidas porque levadas a cabo em procedimento administrativo buscado em Decreto que não violava a ordem constitucional.

Se os títulos desses interessados foram considerados nulos nas demarcações válidas sob o égide do Decreto 22/91 não há que se falar em indenização por parte da União.

#### IV

A liminar na ação popular tem natureza cautelar pois objetiva suspender o ato lesivo ao patrimônio público.

Por outro lado é igualmente lesivo ao patrimônio da União o pagamento de indenização aos portadores de títulos dominiais sobre terras indígenas considerados nulos e ineficazes por ocasião de demarcação realizadas na vigência do Decreto 22/91, o qual não contém qualquer vício de inconstitucionalidade.

O Decreto impugnado entrou em vigor na data de sua publicação, ou seja, 8 de janeiro de 1988. O artigo 9º c/c o artigo 8º prevê que a contar do início do procedimento até 90 dias após a publicação do relatório no DOU, todo interessado poderá manifestar-se, apresentando ao órgão indigenista suas razões com o fim de pleitear indenização ou demonstrar vícios da proposta de demarcação.

Como afirma o Ministério Público Federal "lesividade do ato impugnado ou à sua potencialidade lesiva está demonstrada no seu artigo 9º, parágrafo único", que permite a revisão administrativa de terras indígenas fiscais, e legalmente demarcadas para as quais a União dispôs recursos públicos consideráveis para o efeito de delimitar os perímetros geodésicos das terras reconhecidas oficialmente pelo Estado brasileiro como de ocupação tradicional de povos indígenas."

Quanto ao periculum in mora adoto como razão de decidir a manifestação do Ministério Público Federal:

"Resta o exame do periculum in mora e, sob esse aspecto, verificar se há perigo de dano iminente e concreto a justificar a concessão preventiva da liminar pedida, para suspender os efeitos do decreto 1775/88, até o julgamento final da ação.

A liminar se justificaria, aos olhos do autor popular, pela ameaça de dano às comunidades indígenas, cujas terras ficariam expostas à cobiça de quem tem interesse de nelas permanecer, usufruindo de bens pertencentes às populações indígenas e que estão sob domínio da União Federal.

Não obstante haja a ameaça de lesão ao usufruto exclusivo dos índios às riquezas naturais das terras que tradicionalmente ocupam, não se vislumbra no caso lesão ou dano eminente, direto e imediato que pudesse causar perda irreparável ao erário público, e assim justificar a concessão da liminar *inaudita altera pars*.

Os longos prazos estabelecidos no decreto 1755/88 também não recomendam a medida, por hora. É que tanto o prazo para terceiros interessados impugnarem o relatório de identificação de área indígena produzido pelo órgão federal de assistência ao índio, como para rever as demarcações em curso importam em manifestação, por escrito, no prazo de noventa dias, contados da data da publicação do decreto (08/01/88).

Após o transcurso desse prazo, em 08 de abril de 1988, a FUNAI ainda terá um prazo de 60 (sessenta) dias para encaminhar o procedimento ao Ministro da Justiça, com os pareceres relativos às razões e provas apresentadas na forma do § 9º do art. 2º do decreto 1775/88.

Portanto, somente no mês de Julho, o poder público poderá, de acordo com a nova sistemática do procedimento de demarcação, extinguir concretamente a revisão de áreas demarcadas ou acolher as razões de terceiros desaprovando a identificação sugerida pela FUNAI. Deste modo, não se aconselha a concessão da liminar requerida, antes da citação dos réus e dos supostos beneficiários do ato impugnado."

Admito o aditamento à inicial feito pelo parquet.  
Citam-se também o Ministro de Estado de Justiça, e o Ministro de Estado de Agricultura, ambos subscritores do ato impugnado, pelo qual devem responder juntamente com o Excelentíssimo Senhor Presidente da República.  
Cite-se também a Fundação Nacional do Índio - FUNAI vez que está sob sua coordenação o processo de demarcação de terras indígenas, regulado pelo Decreto nº 1.775/88.  
Cite-se o Senhor Presidente da República. Cite-se a União Federal. Publique-se.  
Brasília (DF), em 14 de fevereiro de 1988. (a) SELENE MARIA DE ALMEIDA

#### Juízo Federal da Oitava Vara

JUIZ FEDERAL DA OITAVA VARA: Dr. IRAN VELASCO NASCIMENTO  
JUIZ FEDERAL SUBSTITUTO DA OITAVA VARA: Dr. MOACIR FERREIRA RAMOS  
Diretora de Secretaria: Dr. ILKA URBANO FERNANDES FIMENTA

EXPEDIENTE DO DIA 14 DE FEVEREIRO DE 1996

#### DESPACHOS

##### ACÃO ORDINÁRIA

Processo : 95.18499-0  
Autor : ASSOBEINS - ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS CONCESSIONÁRIOS MERCEDES-BENZ  
Advogado : Luiz Antônio Migliori  
Réu : UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)  
Despacho : Cite-se, como requerido.

##### EXECUÇÃO DIVERSA POR TÍTULO JUDICIAL

Processo : 89.10573-6