

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL

Data ____/____/____
Cod. KAD00048MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
Fundação Nacional do Índio - FUNAI

OFÍCIO PG Nº 053/2001.

Brasília, 24 de janeiro de 2001.

Senhor Coordenador,

Em atenção ao FAX s/nº, de 23.01.01, no qual V. Sª envia cópia do OFÍCIO Nº 155/AGU/AS/2001, de 22.01.01, que solicita a esse Ministério as informações necessárias a subsidiar a defesa da União nos autos do MANDADO DE SEGURANÇA Nº 23.862, impetrado por JOSÉ CARLOS DA SILVA contra ato do EXMº SR. PRESIDENTE DA REPÚBLICA, em trâmite no Supremo Tribunal Federal, encaminho a seguir as seguintes informações:

1. É inadequada a via processual eleita para deduzir a pretensão do impetrante e, conseqüentemente, afastar os abusos do ato ora impugnado, uma vez que o equacionamento da questão versada no presente *writ of mandamus* carece de produção de provas do alegado, o que não se coaduna com o rito célere de ação de segurança, que exige prova pré-constituída, demonstrativa da liquidez e certeza do direito.

À Sua Senhoria o Senhor
FERNANDO AMORIM
Coordenação de Contencioso Judicial
Ministério da Justiça
BRASÍLIA - DF



MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
Fundação Nacional do Índio - FUNAI

2. *In casu*, a solução da controvérsia entre o impetrante e o impetrado depende das provas dos fatos alegados, pois do que aqui se cuida é de saber se as terras, objeto do presente feito, são ou não de ocupação tradicional indígena, matéria tipicamente de fato, não suscetível de apreciação através de mandado de segurança.

3. A propósito, cabe registrar a ementa, a seguir, do Eminentes Ministro Garcia Moreira, concernentes a julgado do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSUAL – MANDADO DE SEGURANÇA – DIREITOS ORIGINAIS SOBRE TERRAS OCUPADAS – MATÉRIA DE PROVA.

O mandado de segurança não é via adequada para pleito em que é exigida produção de provas. Irrelevante a titularidade da Impetrante, quando a controvérsia não se resolve por provas preconstituídas.

Mandado não conhecido.”

(MS Nº 116 – DJU 02.10.89, pág. 15334)

4. Também oportuna a jurisprudência do E. Tribunal Regional Federal da 1ª Região, insculpida no pronunciamento do Eminente Juiz Relator Assusete Magalhães, *verbis*:

“PROCESSUAL CIVIL – TERRA DE OCUPAÇÃO TRADICIONAL INDÍGENA – PORTARIA DE INTERDIÇÃO – POSSE – PERÍCIA – DILAÇÃO PROBATÓRIA – MANDADO DE SEGURANÇA – INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

I – O mandado de segurança pressupõe a existência de direito líquido e certo, apoiado em fatos incontroversos, via de prova pré-constituída.



MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
Fundação Nacional do Índio - FUNAI

II - A comprovação da existência de tradicional posse indígena na área *sub judice* não pode ser feita de plano, demandando o assunto perícias antropológicas e topográficas, inviáveis nos estreitos lindes do *writ*.

III - O registro público do título aquisitivo da propriedade não representa, por si só, direito líquido, certo e inquestionável, face à disposição do art. 231, § 6º, da Constituição Federal, devendo o assunto ser discutido pelas vias ordinárias.

IV - Precedentes do S.T.F. sobre o assunto (MS nº 0020723-DF, STF, Rel. Min. Djaci Falcão, *in* DJU de 18.03.88, pág. 05566.

V - Apelação improvida.

(DJU 25.06.92)

5. O Excelso Supremo Tribunal Federal, ao julgar o MS nº 20.234-3/MT, por unanimidade, indeferiu a segurança, cuja decisão ficou substanciada, *in verbis*

“EMENTA - Constitucionalidade. Terras. Domínio Originário do Estado ou da União. Decreto nº 84.337, que fixa os limites da reserva Indígena denominada ‘Parabubüre’. Reclamação de titulares de domínio de glebas que estariam alcançadas pela referida fixação. Mandado de Segurança contra o Presidente da República, expedidor do Decreto. Inviabilidade do pedido, por exigir o exame da matéria de fato controvertida.

Mandado de Segurança indeferido.”

(MS nº 20.234-3/MT, Imptes: Paulino Ferreira da Silva e outros e Impdo: Presidente da República. DJU 01.07.80. Rel. Ministro Cunha Peixoto).

6. Para confirmar esta assertiva permitimo-nos transcrever a opinião do eminente Prof. José Cretella Jr., que assim preleciona:

“Ao contrário dos bens havidos de particulares por particulares, que podem ser eivados de vícios, susceptíveis de desnaturar o contrato celebrado, os bens havidos do Estado trazem em si a marca de origem,



MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
Fundação Nacional do Índio - FUNAI

presumindo-se determinados, certos, possíveis, quanto ao objeto, até prova em contrário. A presunção da verdade matiza as operações de que participa o Estado."

(Revista de Direito Administrativo 128, pág. 644).

7. Conclui-se, portanto, pela extinção do presente *mandamus* sem julgamento do mérito, por inadequação da via eleita.

8. 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 1966 (cfr. Referências da Súmula do STF, cit., vol. 25, p. 338 e 353 e segs.).

9. Reconhece-se, destarte, a ampla significação jurídica atribuída pelo constituinte, desde 1934, ao ato-fato de ocupação permanente praticadas pelos silvícolas, admitindo que o texto constitucional não garantia apenas a posse dos silvícolas sobre as terras por eles ocupadas em caráter permanente, mas atribuía o domínio desses bens à União Federal. Inegável, portanto, que o ato-fato de ocupação permanente produzia já no sistema constitucional vigente antes de 1967 dois efeitos jurídicos de capital importância:

a) atribuía aos indígenas à posse sobre os imóveis ocupados, com todos os seus consectários; e,

b) outorgava à União o domínio sobre as terras ocupadas pelos indígenas, originando a propriedade, exclusiva e unicamente, do ato-fato relativo à posse.

10. Diante dessas conclusões, há de se admitir que as disposições contidas no art. 198 e 4º, IV, da Constituição Federal de 1967/1969, apenas explicitam princípios integrantes do nosso Direito Constitucional positivo desde, pelo menos, 1934. Observe-se, que, a propósito do disposto no art. 198 da Constituição, assim se pronunciou o Ministro Neri da Silveira, *verbis*:



MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
Fundação Nacional do Índio - FUNAI

“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 índole explicitante, pois, em realidade, antes de seu advento, já seria nulo e sem qualquer efeito, ao menos quanto à ocupação, posse e utilização, o negócio jurídico de concessão ou venda de terras, onde silvícolas estivessem permanentemente localizados. Desde a Constituição de 1934, a posse dos silvícolas estava protegida, quanto às terras onde localizadas, em caráter permanente. Nessa linha, escreveu Pontes de Miranda, acerca do art. 216, da Carta Política de 1946:

“Desde que há posse e a localização permanente, a terra é do nativo, porque assim o quis a Constituição, a 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)

11. Afigura-se despiciendo qualquer esforço de argumentação para demonstrar que o constituinte acabou por consagrar a ocupação indígena, na hipótese, como modo de aquisição originária de propriedade (cfr., sobre o assunto, José Carlos Moreira Alves, *Direito Romano*, vol. I, Rio, 1970, pp. 398 e segs.). Tão límpida e inquestionável a essa conclusão do ponto de vista teórico que mais parece a enunciação de um truismo.

12. 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 concedidas antes da promulgação da Constituição de 1934. Outro ponto controvertido concerne à situação jurídica das terras que, na vigência da constituição de 1934, eram ocupadas pelos silvícolas e vieram a ser alienadas a terceiros.

13. 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 para espécie de nulidade, a chamada nulidade



MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
Fundação Nacional do Índio - FUNAI

superveniente (Nachträgliche Nichtigkeit) (Werner Flume, Das Rechtsgeschäft, vol. II, Berlim, 1979, p. 550). Trata-se de inequívoco exemplo de uma "lei de proibição" (Verbotsgesetz), que alcança situação já estabelecida (cfr. Flume, Ob. Cit., 550).

14. Miranda, *verbis*:

Nesse sentido, é igualmente, o magistério de Pontes de

"São nenhuns quaisquer títulos 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)

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

16. Há, portanto, flagrante contradição nos termos quando se fala em terras devolutas estaduais ocupadas por silvícolas: ou se cuida de terra devoluta, integrante do domínio estadual, ou de terra ocupada por indígena, e, por isso, do domínio da União Federal.

17. 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 nosso sistema constitucional, que desconhece forma de extinção do domínio público por **desdestinação** ou **desafetação**.

18. É de se ressaltar que o § 1º do art. 231, da Constituição Federal é a constitucionalização do entendimento de posse indígena, contido no art.



MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
Fundação Nacional do Índio - FUNAI


23 do Estatuto do Índio, fazendo-o de modo mais claro e abrangente. Destinam-se à posse permanente dos índios as terras de sua tradicional ocupação. E são tradicionalmente ocupadas: a) as habitadas em caráter permanente; b) as utilizadas para suas atividades produtivas; c) as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar; e, d) as necessárias a sua reprodução física e cultural (C.F., art. 231 § 1º).

19. Nessas terras indígenas, a propriedade é da União Federal (C.F., art. 20, XII). Mas dos índios é o usufruto exclusivo, abrangendo o aproveitamento das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes. Completam-se as garantias explicitando serem as terras inalienáveis e indisponíveis. E os direitos sobre elas, imprescritíveis.

20. Há o direito à demarcação e proteção, como garantias materiais do estabelecimento da certeza jurídica sobre todos os demais direitos. Ao direito à demarcação corresponde o dever da União de alocar meios e recursos de garantir tal direito. Trata-se de imposição constitucional que resulta em benefício dos índios, é verdade. Mas é igualmente verdadeiro que resulta proveito em favor da União tal demarcação, desde que são de sua propriedade as terras de tradicional ocupação indígena.

21. Sendo as terras de ocupação tradicional dos índios bens da União, com uso afetado à sua posse permanente, reforça tais garantias a declaração de nulidade dos atos que tenham por objeto ocupação, domínio e posse das terras indígenas.

Atenciosamente,



TÂNIA BARRETO
PROCURADORA-GERAL