

TERRAS INDÍGENAS

Ilmar Galvão

— Ministro aposentado do STF

— Ex-Ministro do STJ

SUMÁRIO: 1. Origem. 2. Primeira lei de terras. Terras devolutas. 3. O indigenato. 4. As reservas indígenas. 5. Aldeamentos e reservas indígenas extintas. Redução das terras à condição de devolutas. 6. A Constituição de 1891. Terras devolutas que passaram aos Estados. 7. As Constituições de 1934, 1937, 1946, 1967 e 1969. 8. Terras indígenas integrantes do domínio da União. 9. As terras indígenas na Carta de 88. 10. Marco temporal divisório. 11. Demarcação das terras federais que estão, ou estiveram, ocupadas pelos índios. 12. Audiência dos Estados e dos particulares no processo demarcatório. Obrigatoriedade. Conclusão.

1. ORIGEM

Encontra-se assente entre nós que, no Brasil, a terra pertenceu originariamente ao Estado, que a adquiriu pelo que se tem chamado de direito de conquista (cf. **J. O. de Lima Pereira**¹, **Castro Nunes**², **T. Brandão Cavalcanti**³, **Oswaldo Aranha Bandeira de Mello**⁴, **Rui Cirne Lima**⁵ e o STF⁶).

Decorre, daí, por conseqüência lógica, que o domínio privado derivou do público.

A transferência, segundo **Rodrigo Octavio**⁷, deu-se, no início, por meio de grandes doações territoriais, permitindo-se aos primeiros donatários,

¹ **Da propriedade no Brasil**. Rio de Janeiro: Casa Duprat, 1932. p. 5-6.

² **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense, n. 159, 1971.

³ CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Tratado de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964.

⁴ **Revista de direito administrativo**. Rio de Janeiro.

⁵ LIMA, Ruy Cirne. **Pequena história territorial do Brasil: sesmarias e terras devolutas**. 2. ed. Porto Alegre: Sulina, 1954. p. 89.

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 51.290. In: *Revista Trimestral de Jurisprudência*. RTJ 40/53.

⁷ OCTÁVIO, Rodrigo. **Do domínio da União e dos Estados**. São Paulo: Acadêmica, 1924. p. 112 e ss.

por sua vez, dar e repartir as terras incultas, por doações e forais, conforme as leis do reino acerca das sesmarias.

Diante, entretanto, das exigências feitas pela lei para a concessão de sesmarias (medição, confirmação e cultura), muitos povoadores, para furta-rem-se a elas, sem mais preocupações, foram-se apossando das *datas* de terra de seu interesse, sem interferência dos governantes, uso esse que teve grande incremento após o advento do Império, a partir de quando não mais se concederam sesmarias.

2. PRIMEIRA LEI DE TERRAS. TERRAS DEVOLUTAS

A fim de regularizar a situação em que se encontrava esse ramo do serviço público, de molde a possibilitar a separação das terras públicas, ainda não ocupadas, das particulares, foi editada a Lei n. 601 de 18.09.1850 que, no art. 3^o, definiu as terras devolutas, fazendo-o por exclusão, como sendo:

“§ 1^o As que não se acharem aplicadas a algum uso público nacional, provincial, ou municipal; § 2^o 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 comisso por falta de cumprimento das condições de medição, confirmação e cultura; § 3^o As que não se acharem dadas por sesmarias ou outras concessões do Governo, que, apesar de incursas em comisso, forem revalidadas por esta Lei; § 4^o As que não se acharem ocupadas por posses, que, apesar de não se fundarem em título legal, forem legitimadas por esta Lei.”

Reconheceu, portanto, a referida lei, como terras de propriedade privada: a) as que se achassem no domínio particular, por efeito de qualquer título legítimo, e b) as havidas por sesmarias e outras concessões do Governo.

Entre as terras concedidas pelo Governo, antes da referida Lei n. 601/1850, contavam-se as terras ocupadas pelos índios.

Com efeito, trata-se de terras acerca das quais D. Pedro, Príncipe de Portugal e dos Algarves, como Regente e sucessor, determinou, “*para que os... Gentios... melhor se conservem nas Aldêas*”, pelo “Alvará do 1^o de Abril de 1680”, **in verbis**:

“Hei por bem, que sejam senhores de suas fazendas, como o são no Sertão, sem lhes poderem ser tomadas, nem sobre elas se lhes fazer

moléstia. E o Governador... assignará aos que descerem do Sertão, lugares convenientes para nelles lavrarem e cultivarem; e não poderão ser mudados dos ditos lugares contra sua vontade, nem serão obrigados a pagar foro, ou tributo algum das ditas terras, ainda que estejam dadas em sesmarias a pessoas particulares, porque na concessão destas se reserva sempre o prejuízo de terceiro, e muito mais se entende, e quero se entenda ser reservado o prejuízo e direito dos Índios, primários e naturaes senhores dellas.” ... sustentando-se os Índios, a cujo favor se fizerem as ditas demarcações, no inteiro domínio e pacífica posse das terras, que se lhes adjudicarem para gozarem dellas per si e todos seus herdeiros.”

3. O INDIGENATO

Por meio do Alvará sob enfoque — expedido inicialmente para o “Estado do Grão-Pará e Maranhão” e, posteriormente, estendido a toda a Colônia, por alvará de 08 de maio de 1758, de D. José, Rei de Portugal e Algarves — foi reconhecido aos índios o domínio sobre as terras por eles habitadas.

Trata-se, aí, da figura do indigenato que, diferentemente da ocupação, não estava sujeita à legitimação, visto cuidar-se de título congênito, ao passo que a ocupação era título adquirido, como esclarece **João Mendes Júnior**⁸, nestes termos:

“Não quero chegar até o ponto de afirmar, como **P. J. Proudhon**, nos **Essais d’une philos. populaire**, que — “o indigenato é a única verdadeira fonte jurídica da posse territorial”; mas, sem desconhecer as outras fontes, já os philosophos gregos affirmavam que o *indigenato* é um título congênito, ao passo que a *ocupação* é um título *adquirido*. Conquanto o *indigenato* não seja a única verdadeira fonte jurídica da posse territorial, todos reconhecem que é, na phrase do Alv. de 1.^o de Abril de 1680, “a primária, naturalmente e virtualmente reservada”, ou, na phrase de **Aristóteles** (Polít., I, n. 8), — “um estado em que se acha cada ser a partir do momento do seu nascimento”. Por conseguinte, o *indigenato* não é um facto dependente de legitimação, ao passo que a *ocupação*, como facto posterir, depende de requisitos que a legitimem.”

⁸ MENDES JUNIOR, João. **Os indígenas do Brasil e seus direitos individuais e políticos**. São Paulo: Typ. Hennies Irmãos, 1912. p. 58.

Procurando traduzir o significado, para os índios, das terras por eles ocupadas, ou, mais precisamente, o espírito do indigenato, **Carlos Minc**, citado por **Luís Felipe Bruno**⁹, transcreve parte da resposta enviada ao Presidente dos Estados Unidos pelo Chefe da Nação Seattle, em face da proposta de aquisição de parte do território por eles ocupado, a qual, por oportuno, vale aqui transcrever:

“Como se pode comprar ou vender o firmamento, ou ainda o calor da terra? Tal idéia nos é desconhecida (...). Somos parte da terra, do mesmo modo que ela é parte de nós próprios. As flores, o urso e a água são nossos irmãos (...). Sabemos que o homem branco não compreende nosso modo de vida porque ele vê um estranho que chega de noite e tira da terra o que ele necessita (...). Trata sua mãe, a terra, e a seu irmão, o firmamento, como objetos que se compram, se exploram e se vendem (...) o seu apetite devorará a terra, deixando atrás de si só o deserto. (...) só de ver as vossas cidades, entristecem-se os olhos do pele vermelha. (...) o homem branco não parece estar consciente do ar que respira; como um moribundo que agoniza durante muitos dias é insensível ao mau cheiro (...). Tudo quanto acontecer à terra acontecerá aos filhos da terra (...) isto sabemos: a terra não pertence aos homens: os homens pertencem à terra” (América, 1854)”.

Em 03.06.1833, a Regência Trina, ao dar execução à Lei de 27.10.1831, “tomando em consideração que, com a extinção dos lugares dos Ouvidores das Comarcas, ...nenhuma providência se deu acerca da administração *dos bens pertencentes aos Índios...*”, houve por bem “encarregar a administração delles aos Juizes de Orphãos dos municípios respectivos, em quanto pela Assembléa Geral se não derem outras providências a tal respeito.” A disposição revela que os índios, então, conquanto contemplados com a titularidade das terras por eles ocupadas, já se achavam sob a tutela de um órgão público; primeiramente, dos Ouvidores das Comarcas e, ao depois, dos Juizes de Órfãos.

4. AS RESERVAS INDÍGENAS

A Lei n. 601/1850, ao tempo em que excluiu dentre as terras devolutas as que haviam sido objeto de concessão, no art. 12, mandou reservar “*as que julgar necessárias: 1ª, para a colonização dos indigenas*”.

⁹ BRUNO, Luís Felipe. **Direito indigenista brasileiro**. São Paulo: LTr, 1996. p. 44-45.

Assim, além das terras onde se achavam permanentemente localizados, cujo domínio foi reconhecido aos índios pela Coroa Portuguesa, como *primários e naturais senhores* delas, restaram instituídas pela referida lei as reservas indígenas.

O Decreto n. 1.318, de 30.01.1854, que regulamentou a Lei n. 601/1950, dispôs, no art. 23, que “os que tiverem terras havidas por sesmarias e outras concessões... não têm precisão de revalidação, nem de legitimação, nem de novos títulos...”, estabelecendo, ainda, nos arts. 72, 74 e 75, que “as terras reservadas para colonização de indígenas, e por eles distribuídas, são destinadas ao seu usufruto”.

Fora de dúvida, portanto, que essas terras, quer as da primeira espécie, quer as da segunda, enquanto habitadas pelos índios, não se incluíam entre as terras devolutas, visto, no primeiro caso, haverem sido reconhecidas pela Coroa como pertencentes aos índios, como “*primários e naturais senhores delas*” e, no segundo, terem sido destinadas ao usufruto dos aborígenes.

5. ALDEAMENTOS E RESERVAS INDÍGENAS EXTINTAS. REDUÇÃO DAS TERRAS À CONDIÇÃO DE DEVOLUTAS.

É certo que, ao longo do tempo, foi ocorrendo a extinção de antigos aldeamentos e, conseqüentemente, o abandono das antigas ocupações e reservas pelos indígenas, seja por haverem passado a integrar o meio civilizado, seja por efeito de expulsão e, mesmo, de dizimação, determinada, em alguns casos, por ordem do próprio Governo, como a contida nas Cartas Régias de 1808, 1809 e 1811, de D. João VI, contra os Botocudos¹⁰.

Na verdade, conforme observado por **Rodrigo Octavio**¹¹,

“Em virtude... da Lei n. 601, de 18 de setembro de 1850, que dispôs sobre terras devolutas e legalização das simplesmente possuídas, o Ministério do Império, por decisão de 21 de outubro do mesmo anno, mandou seqüestrar e incorporar aos próprios nacionaes como devolutas todas as terras concedidas aos índios que estivessem desocupadas.”

M. Linhares de Lacerda¹², da mesma opinião, observa que

¹⁰ OLIVEIRA SOBRINHO. *Os silvícolas brasileiros e a legislação pátria*: o Decreto Legislativo, n. 5.484 de 1928. In: textos clássicos sobre o direito e os povos indígenas. Curitiba: Juruá, 1992. p. 101.

¹¹ OCTÁVIO, *op. cit.*, p. 123.

¹² LACERDA, Manoel Linhares de. *Tratado das terras do Brasil*. v. 1. Rio de Janeiro: Alba, 1960. p. 135.

“...são inúmeros os atos do Governo que mandam extinguir os aldeamentos de índios, vender as respectivas terras ou dar-lhes outro destino. São exemplos disso: o Aviso de 21 de outubro de 1850; o Aviso de 16 de janeiro de 1851; Ord. n. 44, de 21 de janeiro de 1856; e Avisos de 21 de abril de 1857 e 21 de julho de 1858. Acrescente-se o Decreto n. 2.672, de 20 de outubro de 1875; a Ord. de 18 de dezembro de 1852; os Avisos de 20 de maio de 1869; Aviso de 16 de agosto de 1858; art. 11, § 8^a da Lei n. 1.114, de 27 de setembro de 1860 etc. ... Em 1878 nada menos de três Avisos de 8 de abril, 17 de maio e 21 de maio, ainda tratavam de extinguir aldeamentos de índios...”

Examinando-se os atos citados, verifica-se que, efetivamente, pelo primeiro deles, mandou o Ministro dos Negócios do Império, Visconde de Mont’Alegre, *“incorporar aos Próprios Nacionaes as terras dos Índios, que já não vivem aldeados, mas sim dispersos e confundidos na massa da população civilisada”* (...), *“as quais se devem considerar como devolutas, e como taes aproveitadas na forma da Lei n. 601, de 18 do mez findo”*.

Já pelo Aviso de 16.01.1851, comunicou a referida autoridade ao Governador do Ceará que o Imperador mandou declarar que

“...nenhuma providência se torna necessária relativamente às terras habitadas pelos Índios da Povoação de S. Benedicto, visto que, estando os mesmos Índios de posse dellas... não lhes he extensivo o sequestro e a incorporação aos Próprios nacionaes, ordenadas pelo Aviso de 21 de Outubro do citado anno, o qual somente comprehende as terras que forão dos Índios, e que não estiverem occupadas”.

Pelo Aviso n. 100, de 21.07.1858, dirigido às autoridades da Província de Pernambuco, declarou-se à Tesouraria da Fazenda da referida Província que as terras de uma extinta aldeia de Índios no lugar denominado — Baixa Verde — Município de Villa Bella, *“são Nacionaes no sentido de devolutas, para serem applicadas na conformidade da Lei n. 601, de 18 de Setembro de 1850...”*

O Aviso n. 243, de 20.05.1869, de sua vez, advertiu competir ao Ministério da Agricultura, Commercio e Obras Públicas a *“legalização, administração e arrecadação das rendas provenientes dos aforamentos instituídos nas terras... que, tendo pertencido aos antigos aldeamentos, se achão occupadas por pessoas não descendentes dos Índios primitivos.”*

A Lei orçamentária n. 1.114, de 27 de setembro de 1860, autorizava o Governo a aforar ou vender os terrenos pertencentes às antigas aldeias que estivessem abandonadas.

Pelo Decreto n. 2.672, de 20.10.1875, o Barão de Cotegipe mandou executar Resolução da Assembléa Geral, segundo a qual, “*O Governo fica autorizado para alienar as terras das aldeãs extinctas...*”

Vê-se, portanto, que somente foram arrecadados, como terras devolutas, os aldeamentos extintos ou as reservas abandonadas, permanecendo o remanescente das terras da primeira espécie como de domínio dos índios e, as da segunda, como terras públicas afetadas a um objetivo de interesse público.

6. A CONSTITUIÇÃO DE 1891. TERRAS DEVOLUTAS QUE PASSARAM AOS ESTADOS.

A Constituição de 1891, no art. 64, sentenciou:

“Art. 64. Pertencem aos Estados as minas e terras devolutas situadas nos seus respectivos territórios, cabendo à União somente a porção de território que for indispensável para a defesa das fronteiras...”

Resta insofismável que, ao dispor desse modo, não transferiu a primeira Constituição republicana, aos Estados, os aldeamentos indígenas que não se encontravam extintos e que, portanto, pertenciam aos índios e nem, tampouco, as terras das reservas indígenas, terras públicas que continuaram integrando o patrimônio da União, afetadas ao usufruto deles, visto sobre elas não haver incidido a norma do referido art. 64.

Muitos, entretanto, assim não entenderam, gerando toda sorte de abusos a visão equivocada de que as terras indígenas eram devolutas e que essas pertenciam aos Estados.

Já em 1902, em conferência na Sociedade de Etnographia e Civilização dos Índios, o renomado Professor **João Mendes Jr.**¹³ deixava bem claro essa questão, afirmando que:

“Aos Estados ficaram as terras devolutas; ora as terras do indigenato, sendo terras congenitamente possuídas, não são devolutas,

¹³ MENDES JÚNIOR, João, *op. cit.*, p. 62.

isto é, são originariamente reservadas, na forma do Alvará de 1^o de abril de 1680 e por dedução da própria Lei de 1850 e do art. 24, parágrafo 1^o, do Decreto de 1854.”

Em lance seguinte (p. 64), reitera o insigne jurista, que empresta o nome a um dos mais importantes fóruns da Paulicéia, o mesmo entendimento, ao incluir entre os títulos originários de propriedade, no Brasil, **in verbis**:

“O das terras possuídas por hordas de selvagens collectivamente organisadas, cujas posses não estavam sujeitas à legitimação, visto que o seu título não era a ocupação, mas o indigenato (Alvará de 1^o de abril de 1680)”.

Segundo a conceituada antropóloga, também de São Paulo, **Manuela Carneiro da Cunha**¹⁴,

“Houve, de maneira geral, uma confusão que se disseminou a partir de 1891, e, durante algum tempo, pensou-se que as terras indígenas como um todo houvessem passado ao domínio dos Estados. Na realidade, o que passou aos Estados foram as terras devolutas (artigo 64 da Constituição de 1891), entre as quais, como vimos, se contavam, desde 1887, as terras dos aldeamentos extintos. Mas nem as terras dos aldeamentos não extintos, nem as terras imemoriais indígenas podiam ser consideradas devolutas...”

Embora sem amparo legal, em muitos casos começaram-se a tratar... as terras indígenas como terras devolutas, prática que será reprovada com todas as letras no Decreto n. 736, de 6 de abril de 1936, que incumbe ao Serviço de Proteção aos Índios de “impedir que as terras habitadas pelos silvícolas sejam tratadas como se devolutas fossem” (art. 3^o, a).

Transcreve, a seguir, trecho de obra de **José Maria de Paula**, onde afirma o eminente estudioso dos direitos dos índios, que

“...passando ao domínio privado dos Estados as terras devolutas que recebera do governo imperial, é claro que somente transferiu a esse domínio as terras que realmente eram devolutas; subsistindo em toda a sua plenitude os direitos legalmente definidos ou adquiridos sobre a propriedade territorial, nos regimes anteriores. A incorporação, por

¹⁴ CUNHA, Manuela Carneiro da. **Os direitos dos índios**. São Paulo: Brasiliense, 1987. p. 74-77.

parte dos Estados, ao seu domínio privado, como terras devolutas, das terras dos índios, que indiscriminadamente tinham recebido da União, **ex vi** da Constituição Federal de 1891, constituiu 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 dispor, mediante processos administrativos estabelecidos pelas respectivas legislações”.

Entendimento análogo, sustenta **Gilmar Ferreira Mendes**¹⁵.

De acentuar, ainda, que as terras dos aldeamentos que foram extintos a partir de 1891 permaneceram no domínio da União, como, aliás, reconhecido pelo Decreto-Lei n. 9.760/1946, que, em seu artigo 1º, **h**, considerou incluídas entre os bens imóveis integrantes do patrimônio federal

“...as terras dos extintos aldeamentos de índios... que não tenham passado, legalmente, para o domínio dos Estados, Municípios e particulares.”

Não foi por outro motivo que a Lei n. 6.001, de 09.12.1973 (Estatuto do Índio), dispôs, no art. 21:

“Art. 21. As terras espontânea e definitivamente abandonadas por comunidade indígena ou grupo tribal, reverterão... à posse e domínio da União.”

Na verdade, o Decreto n. 736/1936, no art. 3º, **a**, havia atribuído ao Serviço de Proteção aos Índios o dever de promover

“...os atos mais convenientes:

a) para impedir que as terras habitadas pelos silvícolas sejam tratadas como se devolutas fossem...”

7. AS CONSTITUIÇÕES DE 1934, 1937, 1946, 1967 E 1969

A Constituição de 1934, a primeira a fazer referência aos índios, dispôs, no art. 129, nestes termos:

¹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. Terras ocupadas pelos índios. In: **Revista de Direito Público**. n. 86, p. 120-121.

“Art. 129. Será respeitada a posse da terra por indígenas que nela se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-la”.

Observa **Pontes de Miranda**¹⁶, comentando esse artigo:

“...respeita-se a “posse” do silvícola, posse a que ainda se exige a localização permanente... Desde que há a posse e a localização permanente, a terra é do nativo, porque assim o quis a Constituição”.

A Carta de 1937 manteve o dispositivo com pequena modificação do texto, **in verbis**:

“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”.

Sobre esse artigo, diz **Antônio Figueira Almeida**, transcrito por **Manuela Carneiro da Cunha**¹⁷:

“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” (**A. F. Almeida**. “A Constituição de 10 de novembro explicada ao povo”. Rio de Janeiro, 1940, DIP, p. 122).

A Constituição de 1946 reproduziu a norma, conquanto com outras palavras, no art. 216:

“Art. 216. Será respeitada aos silvícolas a posse das terras onde se acham permanentemente localizados, com a condição de não a transferirem.”

Ainda segundo a conceituada antropóloga, acima referida¹⁸, assim comentou o dispositivo **Carlos Maximiliano**:

“Governos estaduais concederam título de domínio de terras públicas ocupadas por indígenas; espertalhões compraram-nas por irrisó-

¹⁶ MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1934**. Rio de Janeiro: Guanabara, 1937. p. 348-349.

¹⁷ CUNHA, **op. cit.**, p. 90.

¹⁸ CUNHA, **op. cit.**, p. 92.

rias quantias e expulsaram os ingênuos silvícolas. Providencialmente, portanto, o estatuto de 1946 assegurou a permanência da posse, apenas, e assim mesmo com a vedação da transferência”.

E acrescenta, ela própria¹⁹:

“O ponto importante nos textos que precedem e que deve ser aqui salientado é que se trata do reconhecimento da posse imemorial dos índios, de seus títulos anteriores aos de quaisquer outros ocupantes, e não uma proteção transitória, apenas assegurada aos índios enquanto o exigisse seu estado de vulnerabilidade. Ou seja, pela facilidade com que podem ser lesados, os índios são protegidos pela tutela, na medida em que são fundamentados na sua condição de seus primeiros donos. É o que fica claro no comentário que **Themístocles Cavalcanti**, o futuro autor do Estatuto do Índio (Lei n. 6.001, de 19 de dezembro de 1973), faz sobre o artigo 216 da Constituição de 1946:

“A Constituição assegura aqui o **uti possidetis** das terras ocupadas pelos índios, com a condição de que não a transfiram. É o reconhecimento da posse imemorial dos donos da terra, dos sucessores daqueles que primeiro a povoaram... O princípio é auto-executável, reconhece um direito cuja medida e extensão dependem apenas da prova quando contestada judicialmente” (**T. Cavalcanti** – “A Constituição Federal comentada”, Rio de Janeiro, 1951).

Pontes de Miranda²⁰, comentando o referido art. 216, adverte:

“O texto respeita a posse dos silvícolas, posse a que ainda se exige o pressuposto da localização permanente”.

Segundo, ainda, **Manuela Carneiro da Cunha**²¹,

“Em 1966, o Brasil promulga com o Decreto n. 58.824, de 14 de julho de 1966, após aprovação pelo Decreto Legislativo n. 20, de 30 de abril de 1965, a “Convenção n. 107 sobre a Proteção e Integração das Populações Indígenas e outras Populações Tribais e Semitribais de Países Independentes”, da Organização Internacional do Trabalho, adotada

¹⁹ CUNHA. *op. cit.*, p. 93.

²⁰ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1996*. v. 5. São Paulo: M. Limonad. 1953. p. 35.

²¹ CUNHA. *op. cit.*, p. 94.

em Genebra em 26 de junho de 1957, e da qual era signatário. O artigo 11 da Convenção n. 107 estipula: “O direito de propriedade, coletivo ou individual, será reconhecido aos membros das populações interessadas sobre as terras que ocupam tradicionalmente”.

Não obstante essa regra de Direito internacional, a Constituição de 1967 atribuiu o domínio das terras dos índios à União, ao assentar no art. 14:

“Art. 14. Integram o Patrimônio da União:

(...)

— as terras ocupadas pelos silvícolas.”

Na verdade, as terras permanentemente habitadas pelos índios, conforme já se viu, não foram transferidas aos Estados, como devolutas, pela Carta de 1891. Desse modo, no momento em que a Constituição Federal de 1934 definiu o indigenato como posse, ao mandar respeitar “*a posse das terras por indígenas que nelas se achem permanentemente localizados*”, a rigor, considerou tais terras como de domínio da União.

A explícita declaração de que tais terras integravam o patrimônio da União, feita pela Carta de 1967, foi corretamente considerada por **Manoel Gonçalves Ferreira Filho**²² como destinada a

“...impedir que os Estados disponham dessas terras, alienando-as a civilizados, em detrimento dos indígenas.”

Nesse mesmo sentido **Gilmar Ferreira Mendes**²³:

“...mesmo antes do advento da Constituição de 1967, já não subsistia dúvida de que as terras ocupadas pelos silvícolas integravam o patrimônio da União.”

(...)

Inegável, portanto, que o ato-fato de ocupação plenamente produzia, já no sistema constitucional vigente antes de 1967, dois efeitos jurídicos de capital importância: a) atribuía aos indígenas a posse sobre os imóveis ocupados, com todos os seus consectários; b) outorgava à União o domínio sobre as terras ocupadas pelos indígenas...”

²² FERREIRA, FILHO. *Comentários à Constituição Brasileira*: Emenda Constitucional. n. 1, de 17 de outubro de 1969. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1972. p. 65.

²³ MENDES, *op. cit.*, p. 123.

Diante dessas conclusões, há de se admitir que as disposições contidas nos arts. 198 e 4^o, IV, da CF de 1967/1969 apenas explicitam princípios integrantes do nosso Direito Constitucional positivo...”

8. TERRAS INDÍGENAS INTEGRANTES DO DOMÍNIO DA UNIÃO.

Não é, entretanto, qualquer posse indígena que há de ser considerada para o fim de caracterização do patrimônio público federal.

O saudoso Ministro **Victor Nunes Leal**, em voto proferido no RE n. 44.485, esclarecendo a importante questão, adverte:

“Não está em jogo, propriamente, um conceito de posse, nem de domínio, no sentido civilista do vocábulo; trata-se do **habitat** de um povo.

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

Miguel Reale, comungando nesse entendimento, ensina que muito embora o art. 186 tenha substituído a expressão “posse de terras de silvícolas que nela se acham permanentemente localizados” por esta outra — “posse das terras que habitam” —, é evidente que só integram o patrimônio da União aquelas glebas que podem ser consideradas “habitadas pelos indígenas, nelas se localizando com todas as características de uma tribo, sedentária, ou não”.

No art. 186, foi assegurada, aos índios, pela Carta de 1967,

“...a posse permanente das terras que habitam e reconhecido o seu direito ao usufruto dos recursos naturais e de todas as utilidades neles existentes.”

Assim, o **uti possidetis**, gravado pela inalienabilidade, da Carta de 1934, foi substituído, na de 1967, pelo usufruto, instituto que conferia aos índios maior proteção.

A EC n. 01/1969 manteve as terras ocupadas pelos índios entre os bens da União e sob o regime de usufruto, nestes termos:

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

Segundo Victor Nunes Leal²⁴

“Não está envolvido, no caso, uma simples questão de direito patrimonial, mas também um problema de ordem cultural, no sentido antropológico, porque essas terras são o **habitat** dos remanescentes das populações indígenas do País. A permanência dessas terras em sua posse é condição de vida e de sobrevivência desses grupos, já tão dizimados pelo tratamento recebido dos civilizados e pelo abandono em que ficaram.”

9. AS TERRAS INDÍGENAS NA CARTA DE 1988

Nova alteração veio com a Constituição de 1988: no art. 20, XI, foi explicitado que o domínio da União é

“...sobre as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios”;

e, no art. 231, reconheceu a nova Carta, aos índios,

“...os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam”;

aduzindo o § 2º que

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

Por fim, no § 4º, ficou dito serem

“...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...”

Explicitou-se, portanto, que as terras habitadas pelos índios consideradas de domínio da União são aquelas por eles tradicionalmente habitadas e sobre as quais têm posse permanente.

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 16.443. In: Revista Trimestral de Jurisprudência.

Esse, aliás, o entendimento do STF, ainda sob a égide da EC n. 01/1969, conforme mostram os seguintes acórdãos:

ACO n. 278/MT

“Desapropriação indireta de imóvel para integrar o Parque Nacional do Xingu.

Verificado que nas terras em causa não se achavam localizados, permanentemente, silvícolas (art. 216 da Constituição de 1946), à época em que o Estado de Mato Grosso as vendeu ao autor (1959), pois que foram levados para elas depois da criação do Parque Nacional do Xingu (1961), válidos são os títulos de propriedade do suplicante, e a União não poderia ter-se apropriado do imóvel sem prévia desapropriação. Fazendo-o, como o fez, por livre conta, praticou esbulho e deve ser compelida a ressarcir as respectivas perdas e danos. Ação cível originária julgada procedente.”²⁵

ACO n. 297/MT

“Desapropriação indireta de imóveis pela criação da Reserva Indígena dos Kayabi.

Não consideradas as terras possadas pela Funai **habitat** imemorial dos Kayabi, tendo-lhes a propriedade o Estado de Mato Grosso ao vendê-las ao autor e seus antecessores, legítimos os títulos de domínio do Autor, não podendo a União apropriar-se deles sem prévia desapropriação.

(...)”²⁶

Certo, portanto, que as terras indígenas consideradas integrantes do domínio da União e sobre as quais passaram os índios, com a Carta de 1937, à qualidade de usufrutuários são aquelas objeto de ocupação permanente.

10. MARCO TEMPORAL DIVISÓRIO

Mister, entretanto, estabelecer, no tempo, um marco divisório dessa ocupação, com vista à composição de eventuais conflitos de posse e, conseqüentemente, de propriedade.

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Cível Originária. n. 278. Relator Ministro Soares Muñoz. 1983.

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Cível Originária n. 297. Relator Ministro Oscar Corrêa. 1985.

A tarefa não é difícil. Com efeito, se as terras dos índios, por não serem devolutas, não passaram para o domínio dos Estados com a Carta de 1891 e se a sua desafetação, após a promulgação da referida Carta, não teve por efeito senão sua incorporação ao domínio da União, logicamente, não pode ser outro o marco a ser fixado a não ser o advento da primeira Constituição republicana, sendo fora de dúvida que as terras então ocupadas pelos índios, seja por ocupação originária, seja por efeito da instituição de reserva, não decaíram do domínio da União.

Somente os aldeamentos que, então, se achavam extintos e que, por isso, já anteriormente passaram à categoria de terras devolutas, conforme acima demonstrado, foram transferidos ao domínio dos Estados.

A Lei n. 6.001/1973 (Estatuto do Índio), por isso mesmo, assentou, obviamente em relação aos aldeamentos e reservas extintas após a CF/1891:

“Art. 21. As terras espontânea e definitivamente abandonadas por comunidade indígena ou grupo tribal reverterão... à posse e ao domínio pleno da União.”

11. DEMARCAÇÃO DAS TERRAS FEDERAIS QUE ESTÃO, OU ESTIVERAM, OCUPADAS PELOS ÍNDIOS.

O que resta fazer, presentemente, é a demarcação dessas terras, como, aliás, prevê a Constituição de 1988 (art. 231), ato esse que não tem efeito constitutivo, mas simplesmente declaratório, como, de resto, estabelece o art. 25 da mencionada Lei n. 6.001, **in verbis**:

“Art. 25. O reconhecimento do direito dos índios e grupos tribais à posse permanente das terras por eles habitadas... independerá de sua demarcação e será assegurado pelo órgão federal de assistência aos silvícolas, atendendo à situação atual e ao consenso histórico sobre a antigüidade da ocupação, sem prejuízo das medidas cabíveis que, na omissão ou erro do referido órgão, tomar qualquer dos Poderes da República.”

Para tanto, faz-se necessário verificar se se está diante de terras ocupadas permanentemente por indígenas, isto é, que hajam sido objeto de ocupação originária por eles ou de reserva instituída antes da Carta de 1891, como, aliás, se depreende do texto do próprio art. 25 da Lei n. 6.001/1973, acima transcrito.

Se assim é, obviamente, não há considerar terra de índios aquelas em que se encontrem eles, em dado momento histórico, em caráter eventual ou por efeito de deslocamento recente.

O índio, na verdade, não está investido do poder de transformar em terra pública federal aquela em que vai pondo os pés, por efeito de eventuais perambulações, como se fossem os reis Midas dos tempos modernos, numa versão indígena e fundiária.

Extremamente valiosos, a propósito, os ensinamentos do mestre **Miguel Reale**, de que o nomadismo ou a mobilidade dos silvícolas não autoriza a União Federal a estender **ad libitum**, por ato unilateral de puro arbítrio, a área que o art. 4º, IV, da Emenda Constitucional n. 1, de 1969, lhe confere.

12. AUDIÊNCIA DOS ESTADOS E DOS PARTICULARES NO PROCESSO DEMARCATÓRIO. OBRIGATORIEDADE. CONCLUSÃO.

De invocar-se, ainda, a advertência do saudoso Ministro Décio Miranda, em voto proferido no MS n. 20.215, julgado à luz da Carta de 1969, **in verbis**:

“O mau uso da utilização das benesses facultada pelo art. 198 da Constituição Federal desestabiliza toda a base de sustentação em que se fundamenta a sociedade brasileira — respeito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade — isto porque a falta de critério ou gabarito no estabelecimento das reservas ou modificações destas, com adoção de soluções simplistas, pretendendo desconhecer direitos legitimamente tutelados e desprezando princípios consagrados pela Constituição Federal, no que concerne a direitos e garantias individuais. O problema é tão alarmante que a segurança dos títulos dominiais, princípio que norteia a estabilidade social, mormente quando expedidos pelo Poder Público — União, Estados e Municípios — torna nulas face às malsinadas e constantes ampliações de reservas, eis que um título até então válido, justo título, passa, por arte de simples decreto, a se enquadrar nas condições previstas no art. 198, § 1º da Constituição Federal e, por mera propositura do órgão tutelar dos silvícolas, é encampada pela autoridade maior do Poder Executivo, nem sempre bem informada da real situação da área.”

Daí, a necessidade de os atos demarcatórios de tais terras serem precedidos de audiência dos Estados e dos particulares, confrontantes da área

demarcanda, a fim de virem, se for o caso, defender o seu direito, sendo irrecusável que antes do afastamento das eventuais dúvidas suscitadas não poderá haver homologação da demarcação, visto não se poder falar em homologação de litígio e nem, tampouco, em composição de controvérsia por meio de homologação, porquanto, conforme elementar lição de processo, “a homologação é ato com que o Estado confere eficácia ao que se deliberou, quanto à lide, no negócio jurídico processual”²⁷. Se há conflito de interesse sem acordo, não há falar em homologação.

De outra parte, não é possível, em nosso sistema jurídico, privar os litigantes, ainda que em processo administrativo, do contraditório e da ampla defesa, não havendo, ademais, como despojar o pretense proprietário de imóveis de seus bens sem o devido processo legal que, no caso, não é o processo administrativo, mas o judicial, dado ser a propriedade direito constitucionalmente assegurado, sendo representado, no caso de imóveis, pela transcrição do respectivo título no registro imobiliário que, no Brasil, goza da presunção de veracidade (art. 859 do CC), somente afastável a requerimento do interessado — mediante audiência do Ministério Público e desde que não resulte prejuízo a terceiro —, ou por sentença judicial definitiva (arts. 213 a 216 da Lei n. 6.015/1973).

Não foi por outro motivo que a Exposição de Motivos Interministerial n. 62, de 16.06.1980, editada com a finalidade de “estabelecer uma sistemática capaz de melhor operacionalizar e agilizar a análise de glebas destinadas a grupos indígenas”, recomendou, no item III.1, que se procedesse à “declaração de inexistência e ao cancelamento da matrícula e registro dos imóveis vinculados aos títulos que, incidentes em terra de posse imemorial dos índios, são nulos de pleno direito... face à presunção do art. 859 do Código Civil e pela Lei n. 6.015 de 1973, que dispõe sobre os registros públicos”, recomendando, ainda, que “...a declaração de posse imemorial dos silvícolas sobre determinada área deverá ser precedida de cuidadosos estudos, pela Funai, tendo em vista as conseqüências que essa declaração acarreta em relação aos civilizados acaso instalados nessas áreas”.

²⁷ MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 1978. p. 32.