PARECERES

TERRAS OCUPADAS PELOS SILVÍCOLAS — POSSE E DOMÍNIO — PARQUE NACIONAL DO XINGU

O art. 198 e seus parágrafos da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, não tem aplicação retroativa, tendo ressalvado o direito adquirido dos legítimos proprietários, que adquiriram o domínio, mediante ato jurídico perfeito.

PARECER

I

OS FATOS

1. Em 1959, o Dr. Armando Conceição adquiriu do Governo do Estado de Mato Grosso uma gleba de terra com a área de 4.940 hectares e 608 metros, no Município e Comarca de Barra do Garças, naquele estado, devidamente transcrita no competente registro de imóveis.

2. Cerca de dois anos mais tarde, o Decreto nº 50 455, de 14 de abril de 1961, criou o Parque Nacional do Xingu, fixando-lhe área poligonal de 22 mil quilômetros quadrados, que passou a abranger a referida gleba — e outras — englobando-as em seu perímetro.

3. O Decreto nº 50 455, tendo em vista a *legitimidade dos títulos* dos proprietários das terras abrangidas pela área do Parque criado, previu (art. 5º) a possibilidade das desapropriações indispensáveis àquela instalação, o que foi ratificado pelo art. 2º do Decreto nº 63 082, de 6 de agosto de 1968.

4. No entanto, as entidades competentes para a implantação do Parque, a saber, o Ministério da Agricultura, por intermédio do Serviço Florestal, e a Fundação Brasil Central, "autorizados a entrar em entendimentos com o Estado de Mato Grosso, com as Prefeituras locais e com os *legítimos proprietários, se eventualmente existirem*", bem como "a efetuar as desapropriações indispensáveis à instalação do Parque", mantiveram-se omissas, nem entrando em *entendimentos*, nem providenciando as *desapropriações*.

5. Ao contrário, as terras situadas na área, assinalada idealmente à instalação do Parque, foram tratadas como se fossem *terras de ninguém*, verdadeiras *Res Nullius*, desrespeitando-se os *direitos adquiridos* dos legítimos proprietários, em flagrante desobediência às leis brasileiras e aos próprios cânones constitucionais que sempre proclamaram o *direito de propriedade* como um dogma intocável de nosso regime, só vulnerável mediante o pagamento do Justo preço a quem de direito.

6. O Decreto nº 50 455, de 14 de abril de 1961, referindo-se ao vale do rio Xin-

gu, não só o considera a) *reserva florestal,* b) campo de estudo das *riquezas naturais brasileiras,* como também admite c) que "uma grande parte desta área é constituída de terras pertencentes aos índios" (*considerandos* do decreto) e outra, enfim, d) é ocupada por "legítimos proprietários", se eventualmente existirem" (art. 5º do decreto).

7. Ao mesmo tempo, o decreto mencionado determinou que o Ministério da Agricultura, com a cooperação do Ministério da Guerra e da Fundação Brasil Central, promovesse "a evacuação das áreas ocupadas indevidamente, tomando as medidas aconselháveis".

8. Em suma, o Decreto nº 50 455, de 14 de abril de 1961, que criou o Parque Nacional do Xingu, admitiu, como pacífica, a existência, na área assinalada, a) de terras pertencentes aos índios, b) de terras pertencentes a legítimos proprietários, c) de terras do domínio do Estado de Mato Grosso, e d) de terras do domínio das Prefeituras locais.

II

A LEGISLAÇÃO
(os grifos são nossos)

"Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem *permanentemente* localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las" (art. 129 da Constituição de 1934).

"Será respeitada aos silvícolas a posse das terras em que se achem localizados, em *caráter permanente,* sendo-lhes, porém, vedada a alienação das mesmas" (art. 154 da Constituição de 1937).

"Será respeitada aos silvícolas a posse das terras onde se achem *permanentemente localizados,* com a condição de não a transferirem" (art. 216 da Constituição de 1946).

"Considerando que *uma grande parte desta área* é constituída de *terras pertencentes aos índios,* segundo a legislação em vigor, e por isso mesmo insuscetíveis de alienação" (1º *considerando* do Decreto nº 50 455).

"Fica criado, no Estado de Mato Grosso, o Parque Nacional na região do Xingu, subordinado diretamente à Presidência da República" (art. 1º do Decreto nº 50 455, de 14 de abril de 1961).

"A região destinada a este Parque, situada no vale do rio Xingu, e ao longo deste, consistirá de um Polígono irregular, com a área aproximada de 22 mil quilômetros quadrados..." (art. 2º do Decreto nº 50 455, de 14 de abril de 1961).

"Ficam o Ministério da Agricultura, por intermédio do Serviço Florestal, e a Fundação Brasil Central autorizados a *entrar em entendimentos* com o Estado de Mato Grosso, com as prefeituras locais *e com os legítimos proprietários, se eventualmente existirem,* para o fim especial da obtenção de doações, bem como *a efetuar as desapropriações indispensáveis* à instalação do Parque" (art. 5º do Decreto nº 50 455, de 14 de abril de 1961).

"Deverá o Ministério da Agricultura, com a cooperação do Ministério da Guerra e da Fundação Brasil Central, *promover a evacuação das áreas ocupadas indevidamente,* tomando as medidas aconselháveis" (art. 6º do Decreto nº 60 455, de 14 de abril de 1961).

"A lei não prejudicará o *direito adquirido, o ato perfeito* e a coisa julgada" (§ 3º do art. 150 da Constituição de 1967 e do art. 153 da Emenda nº 1, de 1969).

"É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro" (art. 150, § 2º da Constituição de 1967 e art. 153, § 22 da Emenda nº 1, de 1969).

"Fica a Fundação Nacional do Índio autorizada a examinar os acordos, convênios, contratos e ajustes firmados pelo SPI (Serviço de Proteção aos Índios), CNPI (Conselho Nacional de Proteção ao Índio), e PNX (Parque Nacional do Xingu), podendo ratificá-los, modificá-los ou rescindi-los, *sem prejuízo ao direito adquirido por terceiros,* ao ato *jurídico perfeito* e à coisa julgada, nos termos do art. 150 e §§ 3º e 22 da Constituição do Brasil" (art. 10 do Lei nº 5 371, de 5 de dezembro de 1967).

"Fica a Fundação Nacional do Índio autorizada a *entrar em entendimentos* com o Estado de Mato Grosso, com as prefeituras locais *e com os legítimos proprietários, se eventualmente existirem,* para o fim especial de obtenção de doações, bem como *efetuar as desapropriações indispensáveis* ao cumprimento deste decreto" (art. 2º do Decreto nº 63 082, de 6 de agosto de 1968).

"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" (art. 198, *caput,* da Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969).

"Ficam declaradas a nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos de qualquer natureza que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação de terras habitadas pelos silvícolas" (art. 198, § 1º da Emenda).

"A nulidade e a extinção de que trata o parágrafo anterior não dão aos ocupantes direito a qualquer ação ou indenização contra a União e a Fundação Nacional do Índio" (art. 198, § 2º da Emenda nº 1, de 1969).

III

A CONSULTA

Em face dos fatos objetivamente relatados, e diante da Legislação, que disciplina o assunto, somos consultados sobre o que se segue:

a) antes da criação do Parque Nacional do Xingu pelo Decreto nº 50 455, de 14 de abril de 1961, a quem pertenciam as terras situadas naquela área?

b) ao proceder à implantação do Parque Nacional do Xingu, quais as providências que o Decreto nº 50 455 impôs às autoridades administrativas?

c) as autoridades administrativas procederam de acordo com o que preceituaram as leis concernentes à instalação do Parque Nacional do Xingu?

d) admitiu o Decreto nº 50 455 a eventual existêncial de legítimos proprietários, no vale do Xingu? Qual o tratamento jurídico que prescreveu a respeito?

e) com base no direito positivo pátrio, qual a solução jurídica recomendada para a solução, em concreto, da situação de fato, criada pelas autoridades que, arbitrariamente, se assenhorearam das terras, em questão, desobedecendo o que determinam as leis e decretos, em vigor?

IV

OS PRINCÍPIOS

Direito de propriedade

9. Embora nos dois últimos séculos a propriedade tenha adquirido função eminentemente social, a verdade é que sempre foi considerada como total sujeição jurídica de uma *coisa* a um *sujeito,* domínio completo do *proprietário* sobre um *objeto corpóreo* (Puchta), direito subjetivo do proprietário. A *propriedade* é adquirida,

desde que alguém, preenchendo os pressupostos exigidos pelo direito vigente, no momento da alienação-aquisição, é investido no *status* de proprietário.

10. Mediante contrato entre alienante e adquirente, consubstanciado em normas que incidam sobre objeto inatacável (lícito, determinado, possível), a *res in commercio* passa a integrar o patrimônio do adquirente, assim que se proceda ao registro do título no cartório competente.

11. Nas sete Constituições brasileiras, é garantido o *direito de propriedade* (Constituição de 1834, art. 179, § 22; Constituição de 1891, art. 72, § 17; Constituição de 1934, art. 113, § 17; Constituição de 1937, art. 122, § 14; Constituição de 1946, art. 141, § 16; Constituição de 1967, art. 150, § 2; Constituição de 1969, art. 153, § 22), salvo, é evidente, o *caso de desapropriação.*

Propriedade adquirida do Estado

12. A propriedade, no Brasil, ou é adquirida *do particular* ou é adquirida *do Estado.* Como se sabe, o Estado é detentor de bens privados, que o nosso Código Civil, art. 66, III, denomina *bens dominicais.* Tais *bens* são suscetíveis de compra e venda. Ao contrário dos bens havidos de particulares por particulares, que podem ser eivados de vícios, suscetíveis de desnaturar o contrato celebrado, os *bens* havidos do Estado trazem em si "a marca da origem", presumindo-se determinados, certos, possíveis, quanto ao projeto, até prova em contrário. A *presunção da verdade* matiza as operações de que participa o Estado.

Res in commercio e Res extra commercium

13. Desde os tempos de Roma, os bens classificavam-se em duas grandes categorias: os bens que estavam *no comércio* — coisas que podiam ser compradas, vendidas, permutadas — e os bens que estavam *fora do comércio* — coisas insuscetíveis, pela própria natureza, de transações comerciais ou civis.

Terras dos indígenas brasileiros

14. Quando os portugueses aqui aportaram, em 1500, as terras — não todas, mas as povoadas — eram habitadas pelos autóctones, desde tempos imemoriais. Tais direitos não foram respeitados pelos lusitanos. Tomando posse das terras descobertas, conforme a legislação romana, acolhida pelas Ordenações do Reino em vigor, os portugueses incorporaram as novas terras ao domínio da Coroa.

15. É nas Ordenações que se encontra a divisão dos bens públicos, postos em confronto com os privados, ao mesmo tempo que se enumeram as várias espécies de coisas, do domínio patrimonial real e do domínio privado.

16. A partir de 1934, dispositivo constitucional preciso ordenou fosse *respeitada* a posse de *terras dos silvícolas,* desde, porém, que os índios nelas se encontrassem *permanentemente* localizados. A imposição constitucional foi mantida nas Cartas Magnas de 37 e de 46.

O atributo da "permanência"

17. As Constituições de 1934, 1937 e 1946 outorgaram aos silvícolas a posse das terras que ocupassem, em caráter permanente, vedando-lhes, porém, a alienação daquele patrimônio.

18. Tais terras seriam "respeitadas", ou seja, nem o poder público, nem — e muito menos — os particulares poderiam ter a menor ingerência na *posse* das terras dos indígenas. Nem na *propriedade.*

19. Note-se, desde já, o pressuposto para a *posse*: *a permanência,* fato difícil de ser assinalado, já que é sabido o caráter quase sempre nômade do índio, influenciado pelas circunstâncias favoráveis ou não do meio — caça, pesca, regime das águas — e, nos últimos tempos, até *mercado de trabalho mais favorável.* Por isso, para evitar a *evasão,* e, pois, incrementar a *permanência,* a Funai está cogitando da "criação de um projeto socioeconômico com o objetivo de oferecer às tribos condições de *permanência*" (cf. *O Estado de S. Paulo,* 4 de março de 1977 p. 13).

20. De qualquer modo, todo *aldeamento indígena,* desde que habitado de maneira contínua e não abandonado, nestas últimas quatro décadas, está sob proteção constitucional. Nem os detentores da posse — os silvícolas — nem os particulares, nem o Estado podem alienar as terras ocupadas, em *caráter permanente,* pelos índios. Onde, porém, se encontram *agrupamentos indígenas,* com esse grau de estabilidade? Na região do vale do Xingu e, em especial, na área correspondente à implantação do Parque *jamais,* o que levou o próprio Governo a "encaminhar" os silvícolas para aquela área, mediante "tração".

O princípio da legalidade

21. O exercício da função administrativa é dominado pelo princípio básico, denominado *princípio da legalidade,* enunciado por Léon Duguit, nas *Léçons de droit public genéral,* p. 274, e resumido no adágio, verdadeiro dogma do direito constitucional moderno: "Suporta a lei que fizeste" (*patere legem quam fecisti*).

22. Por esse princípio, a própria Administração, editando uma norma, fica do mesmo modo que o particular, subordinada ao imperativo que introduziu no mundo jurídico.

Direito adquirido

23. *Direito adquirido* é situação jurídica que alguém incorpora ao seu patrimônio econômico ou moral de tal modo que nem *lei,* nem *fato* posterior pode alterá-la.

24. Merlin de Douai define como *adquiridos* os *direitos* "que entraram para o nosso patrimônio, que dele fazem parte, e que não mais podem ser tirados por aquele de quem os obtivemos" (cf. Pontes de Miranda. *Comentários à Constituição de 1946.* 2. ed. 1953. vol. 4, p. 99-100). O *direito adquirido,* "conseqüência de fato idôneo a produzi-lo, em virtude da lei existente no tempo em que este se realizou, tendo começado, antes de entrar em vigor a lei nova, a fazer parte do patrimônio da pessoa, ainda que esta não o tenha feito prevalecer por falta de oportunidade" (Pacifici Mazzoni, *Instituzioni di diritto civile italiano,* 1880. vol. 1, p. 73. Apud: Maximiliano, Carlos. *Comentários à Constituição brasileira de 1891.* ed. de 1918. p. 227, nota 200), sempre foi acolhido no direito brasileiro, erguendo-se mesmo como uma das barreiras à retroatividade da lei e do ato administrativo.

25. "Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo prefixo, ou condição preestabelecida inalterável a arbítrio de outrem (art. 6º, § 2º da Lei nº 3 238, de 1º de agosto de 1957).

Ato jurídico perfeito

26. Também o *ato jurídico perfeito* se ergue como barreira inarredável à retroa-

tividade, impedindo-lhe os efeitos. "Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou" (art. 6º, § 1º da Lei nº 3 238, de 1º de agosto de 1957).

27. Poderíamos dizer que o *ato jurídico perfeito* é condição *sine qua non* para a constituição *do direito adquirido*, porque, a não ser em casos raríssimos, só a partir do *ato perfeito* é que se adquirem *direitos*.

O Estado, tutor do direito

28. Ao Estado cabe a *tutela do direito*. Por isso se diz que todo e qualquer ato, proveniente do Estado, é perfeito. porque tem por si a *presunção da verdade*. Com efeito, como admitir que o poder público, fonte da juridicidade, produza atos injurídicos?

29. No Brasil, as pessoas jurídicas públicas, políticas, de existência necessária, ou seja, a União, os estados-membros e o município, editam leis e atos administrativos, ao mesmo tempo que celebram contratos com os particulares (ou entre si).

30. Se a lei é inconstitucional, a argüição de inconstitucionalidade é o *remedium juris* adequado para cortar-lhe os efeitos; se o ato administrativo é suscetível de anulação, a própria Administração, *sponte sua*, desfaz o ato, em virtude do instituto da autotutela. Ou o interessado vai ao judiciário e procura impugnar o ato ilegal. Se o ato é revogável, cabe à Administração desfazê-lo.

Alienações feitas pelo Estado

31. Se o Estado aliena *bem dominical estadual*, ou seja, *bem privado do Estado*, para pessoa física ou jurídica, tal bem *muda* de categoria, passando para a classe de *bem privado do particular*. Tal operação é comum, ocorrendo todos os dias, em virtude do caráter de disponibilidade, peculiar a esse tipo de *res*.

32. Consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou, o ato da compra é reputado perfeito e passa a integrar o patrimônio do adquirente, do qual só sairá, ou pela vontade de seu novo *dominus*, ou à força, pelo instituto jurídico da *desapropriação*, desde que o Estado cumpra o que determina a lei — *prévia* e *justa indenização*, em dinheiro.

V

APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS AO CASO CONCRETO

Criação do Parque Nacional do Xingu

33. Antes da criação do Parque Nacional do Xingu, as terras da região, agora abrangidas na área assinalada pelo Decreto nº 50 455, formavam um todo heterogêneo do qual — afirma o Decreto — "uma grande parte desta área é constituída de terras pertencentes aos índios". "Uma grande parte" é expressão *vaga* demais para ser considerada como ponto de referência. O decreto, porém, é de 1961, subseqüente, pois, a três Constituições que acentuam o traço da *Permanência* para caracterizar a *posse das terras dos silvícolas*, merecedora de respeito.

34. Quem conhece, mesmo superficialmente, a *índole nômade* do silvícola sul-americano, sabe que a *localização* é função direta de fatores ambientais, como, entre outros, a caça e a pesca. Nem mesmo malocas, localizadas num certo ponto, revelam com certeza a *permanência*, ao sabor de circunstâncias variáveis. Podem estar abandonadas. Jamais provam a habitabilidade. E muito menos a permanência.

35. A verdade é que, ao adquirir a gleba mencionada, do Governo do Estado de Mato Grosso, em 1959, antes da criação do Parque Nacional do Xingu, *ninguém* poderia dizer com certeza *quais as tribos dos silvícolas existentes, na região, em caráter permanente,* a fim de que se pudesse cumprir o preceito constitucional três vezes reafirmado ("será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizadas").

36. Repitamos, com o decreto: "considerando que uma grande parte desta área é constituída de terras pertencentes aos índios".

37. Por outro lado, o referido Decreto nº 50 455 não só não nega a existência, na região destinada ao futuro Parque, de pelo menos três tipos de glebas — as estaduais, as *municipais* e as *particulares* — como também se refere a entendimentos que, obrigatoriamente, terá com os *legítimos proprietários,* se eventualmente existirem, o que é reforçado com o emprego, em último caso, do instituto da desapropriação ("desapropriações indispensáveis à instalação do Parque"). Ora, como se sabe, as desapropriações, aqui, se dirigiriam à propriedade privada, reconhecida pela União como legítima, dentro da área.

38. Em suma, o Ministério da Agricultura (por intermédio do Serviço Florestal) e a Fundação Brasil Central foram autorizados a entrar em entendimentos com os legítimos proprietários, acaso existentes, para o fim especial de obtenção de doações. Em caso de malograrem os entendimento, só então, seriam efetuadas desapropriações indispensáveis à instalação do Parque. Isto quanto às áreas ocupadas por *proprietários legítimos,* o que o decreto reconhece.

39. E no caso de posseiros ou proprietários ilegítimos? Qual o procedimento que seria levado a efeito pelo Estado? Neste caso, sim, o mesmo Ministério da Agricultura, coadjuvado pelo Ministério da Guerra e pela Fundação Brasil Central, promoveria a Evacuação das áreas ocupadas indevidamente, tomando as medidas aconselháveis.

Tratamentos dispensados pelo Estado aos ocupantes

40. Deixando de lado as terras do Estado e das Prefeituras locais, o Decreto nº 50 455 reconhece, na região, duas modalidades de terras privadas: as ocupadas por *proprietários legítimos* e as ocupadas por *proprietários ilegítimos.*

41. No primeiro caso, o tratamento compreenderia duas fases: a) a preliminar, de entendimentos com a finalidade de obter doações para a instalação do Parque; b) a posterior, a das desapropriações em caso de recalcitrância dos proprietários. Nos dois casos, o pressuposto governamental é um só — o reconhecimento, pelo Estado, nestas glebas, de proprietários legítimos, aptos a defenderem seu direito diante dos Tribunais, em prol das terras que adquiriram conforme o que preceituam nossas leis.

42. No segundo caso, o tratamento compreenderia uma só providência por parte das autoridades — a evacuação das áreas ocupadas *indevidamente,* tomando as medidas aconselháveis. Ora, os *proprietários legítimos* foram tratados como *intrusos.*

43. Certos os dois tipos de tratamentos delineados pelo decreto. Absurdo, porque injurídico, seria, porém, invertê-los, considerando os *intrusos* como *proprietários,* ou estes como *intrusos.*

O objeto do ato jurídico

44. "A validade do ato jurídico requer agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei" (código civil art. 82). "Quando for ilícito, ou impossível, o seu objeto, é nulo o ato jurídico" (art. 145, II).

45. A perfeição do ato jurídico exige, além do sujeito e forma inatacáveis, a presença de *objeto lícito,* a saber, certo, determinado, possível.

46. Ora, os proprietários de terras situadas na área convencionada pelo Decreto nº 50 455 para ser o futuro Parque Nacional do Xingu adquiriram glebas do Estado, perfeitamente demarcadas, conforme escritura levada a registro. Adquiriram imóveis, *in commercio,* certos, determinados, possíveis.

47. Na época da aquisição, quando vigia a Constituição de 1946, o objeto do ato jurídico era lícito, pois não havia — e continuou não havendo — silvícolas localizados, de modo permanente, na região.

48. Por isso, o Estado de Mato Grosso pôs à venda aquelas glebas, celebrando contratos com os particulares adquirentes.

49. Se agora, atraídos por medidas governamentais para fixarem seu *habitat,* no Parque Nacional instalado, o fato, por si só, de modo algum vicia ou desnatura o objeto da compra e venda, que continua a caracterizar-se como *ato jurídico perfeito.*

Direito adquirido

50. Do mesmo modo, o *direito adquirido.* Completo o ciclo prescrito pela lei — agente, objeto e forma — levado a termo sem defeitos, aquele a quem se endereça o ato jurídico investe-se num *status* intangível, porque adquiriu direitos, imunes a qualquer fato, ato ou lei posterior.

51. Todos que adquiriram terras do Governo do Estado de Mato Grosso adquiriram direitos sobre essas terras. Contratos foram celebrados. Foi pago o preço ajustado. O título de propriedade, expedido pelo Governo, foi registrado. Concretizou-se, de modo definitivo, o *domínio.* Migrações silvícolas posteriores não desnaturam o objeto, porque destituídas do traço da *permanência,* já que *aleatórias.* Do contrário, rara a região brasileira que não tivesse sido habitada, no decorrer dos séculos, por alguma tribo autóctone.

52. A proteção constitucional de 1934, 1937 e 1946 é baseada no pressuposto da *localização permanente* dos silvícolas nas terras mencionadas.

53. Reafirmando pensamento de Carlos Maximiliano, o jurista Carlos Medeiros Silva ressalta que "dar efeito retoativo à proteção possessória, em favor dos silvícolas, não teria sentido *prático,* nem *razoável,* porque isto importaria, sem limite no tempo, na devolução de todo o território nacional aos seus primitivos habitantes" (*Parecer,* RDA, vol. 122, p. 384-5).

54. Desse modo, silvícolas *que tenham habitado,* mas *que deixaram de habitar,* bem como silvícolas *que passem a habitar* durante certo tempo uma área, estão fora da proteção constitucional, que se estende apenas aos naturais, em caráter permanente: que tenham habitado e que continuem a habitar de maneira ininterrupta uma dada região.

55. Pelo Decreto nº 68 909, de 13 de julho de 1971, "o Parque Nacional do Xingu é área reservada exclusivamente aos índios, na forma do art. 198 e seus parágrafos da Constituição" (art. 1º) e, para tais efeitos, "a Fundação Nacional do Índio *promoverá a tração dos grupos indígenas arredios,* localizados na área ex-

cluída ou nas regiões circunvizinhas, para o interior do Parque Nacional do Xingu" (art. 3º). E acrescenta: "...devolvendo à posse e domínio pleno da União as terras por eles habitadas".

56. Pois bem, antes desse decreto, os índios já eram *tangidos, impelidos, arrastados* para o Parque, deslocados das regiões onde estavam localizados, em *caráter permanente.* A partir da tração — para usar o termo do decreto — concretizada na localização, principia a decorrer o tempo, indispensável para a configuração da *permanência.* Observe-se, entretanto, que a *permanência* será *forçada.*

57. Note-se que a União desrespeitou o inciso constitucional referente à posse das terras dos silvícolas, retirando-os de áreas em que estavam localizados e transferindo-os para o Parque.

58. Compelidos a habitar o Parque, na região em questão, depois de sua criação, falta-lhes o atributo da *permanência* exigido para a proteção constitucional.

Prova da localização permanente

59. A *prova da posse mansipacífica,* difícil de ser feita pelo detentor do imóvel, auxiliado por amigos e advogados esclarecidos, nas hipóteses comuns de *usucapião* — quando o ocupante quer adquirir o domínio pelo preenchimento dos vários requisitos legais — aqui é dificílima — impossível mesmo, em alguns casos — porque a incapacidade relativa dos silvícolas (art. 6º, IV do Código Civil), sujeitos ao regime tutelar, como que desloca o *onus probandi* para as pessoas jurídicas encarregadas da proteção desse tipo de incapazes.

60. Pode-se provar que, num dado momento, o silvícola *está sediado* numa região, ou que *ficou sediado* em outra. Mas durante quanto tempo? Fácil, no presente, em caráter pontual — hoje está localizado aqui — difícil, senão impossível, em relação ao *termus ab quo.* O silvícola não tem noção exata do tempo passado, medindo-o em relação a fenômenos da natureza.

A Fundação Nacional do Índio

61. A Funai foi autorizada (art. 2º do Decreto nº 63 082/68) a entrar em *entendimentos* com os *legítimos proprietários* de glebas existentes no Parque, bem como a examinar acordos, convênios, contratos e ajustes firmados pelo SPI, CNPI e PNX, podendo ratificá-los, modificá-los e rescindi-los, sem prejuízo ao direito adquirido por terceiros (art. 10 da Lei nº 5 371, de 5 de dezembro de 1967).

62. A Lei nº 5 371/67 foi ratificada pela Lei nº 6 001, de 19 de dezembro de 1973, que preceitua, em seu art. 67: "É mantida a Lei nº 5 371, de 5 de dezembro de 1967".

63. A Funai não entrou em *entendimentos,* nem procedeu às *desapropriações,* conforme determinaram os Decretos nºs 50 455/61 e 63 082/68; ao contrário, invadiu a área, o que ofendeu o direito de propriedade de todos quantos eram proprietários legítimos de terras, na região destinada ao Parque.

64. Desconhecendo os preceitos legais, a Funai assenhoreou-se das terras dos legítimos proprietários deixando de entrar em *entendimentos* e de proceder às *desapropriações.*

Ofensa ao direito de propriedade

65. Os *legítimos proprietários* de terras, adquiridas do Governo de Mato Grosso, tiveram seus direitos de propriedade violados pelas entidades que os desalojaram da área reservada ao Parque Nacional do Xingu.

66. Quando o legislador manteve expressamente a Lei nº 5 371/67, mediante o art. 67 da Lei nº 6 001/67, sua intenção foi o resguardo do direito de terceiros, nos termos da Constituição de 1967, então em vigor, art. 150, §§ 3º e 22.

67. Ignorou-se a existência do instituto expropriatório direto. Recorreu-se à força, deixando-se de lado a lei. No mínimo, recorreu-se à *desapropriação indireta.*

Exegese ao art. 198 da Emenda nº 1 de 1969

68. Rompendo a tradição constitucional de 1934, 1937 e 1946 que colocava primeiro a *permanência,* depois as *conseqüências jurídicas* desta, a Constituição de 1967, art. 186, inverte a situação, assegurando aos silvícolas a posse permanente das terras *que habitam,* ou seja, os silvícolas que habitarem terras durante algum tempo — dias, meses — têm a posse dessas terras asseguradas. Do mesmo modo, a Emenda nº 1, de 1969, omitiu o atributo permanência, no *habitat,* ao assegurar aos silvícolas a posse permanente das terras habitadas, embora não permanentemente.

69. Por isso, o art. 198 e seus parágrafos não se aplicam ao caso concreto que examinamos. São hipóteses diferentes. Em 1946, o pressuposto para a inalienabilidade das terras dos índios era a habitação permanente. Agora, não. É a posse, mesmo fortuita. Assim, qualquer tribo que habite, mesmo por algum tempo, certa região, adquire a "posse permanente", do que se conclui que os dispositivos constitucionais — art. 186 da Constituição de 1967 e art. 198 e seus §§ 1º e 2º da Emenda nº 1, de 1969 — jamais têm efeito retroativo, não se referindo a terras adquiridas antes de 1967 e, pois, sob o impacto da Constituição de 1946. Por quê? Porque, em 1946 (como em 37 e em 34), o pressuposto em prol do índio era a localização permanente. Só com esta condição comprovada é que seria respeitada a posse (art. 129 da Constituição de 1934; art. 154, da Constituição de 1937; art. 216 da Constituição de 1946). O *respeito à posse* decorria da *localização permanente.*

70. Hoje, depois das duas últimas Cartas, a posse permanente é que decorre da habitação, mesmo *fortuita* ou *precária,* donde a inaplicabilidade retroativa da Constituição de 1967 e da Emenda nº 1, de 1969, ao caso concreto que examinamos. Tal aplicação retroativa seria subversão total a nossa ordem jurídica, pois iria contrapor a posse efêmera do índio ao direito adquirido dos legítimos proprietário, concretizado há quase 20 anos.

VI

O PARECER

Expostos os fatos, mencionada a legislação que os disciplina, enunciados os princípios dos diferentes institutos em jogo, firmada a nossa colocação já exposta em obras anteriores, estamos de posse das premissas indispensáveis para as respostas às várias indagações formuladas.

Primeira pergunta: Antes da criação do Parque Nacional do Xingu pelo Decreto nº 50 455, de 14 de abril de 1961, a quem pertenciam as terras situadas naquela área?

Resposta: As terras situadas na área assinalada ao Parque Nacional do Xingu constituíam, antes da criação do Parque, um todo heterogêneo, no qual cada porção tinha regime jurídico próprio. O que nos interessa, por ora, é que, dentro daquela área, estavam localizados bens pertencentes ao Estado de Mato Grosso, na qualidade de *bens públicos estaduais dominicais,* incluídos, depois da alienação, na categoria dos bens privados, quando

particulares os adquiriram do Governo daquele Estado, tornando-se seus *Proprietários legítimos.* As glebas porventura não alienadas pelo Governo do Estado de Mato Grosso conservaram a natureza de devolutas, outras eram, ou tinham sido, habitadas pelos silvícolas. Entre os *legítimos proprietários* das terras referidas está o Dr. Armando Conceição, a quem cabe o *domínio* da gleba que adquiriu e registrou, em 1959, no registro de imóveis da Comarca de Barra do Garças, naquele Estado, não obstante a *posse* lhe tenha sido esbulhada, em flagrante desrespeito *ao ato jurídico perfeito* e ao *direito adquirido.*

Segunda pergunta: Ao proceder à implantação do Parque Nacional do Xingu, quais as providências que o Decreto nº 50 455/61 impôs às autoridades administrativas?

Resposta: O Decreto nº 5 455/61 preceituou a tomada de várias providências, entre as quais a entrada em entendimentos com os *legítimos proprietários,* eventualmente existentes e a concretização das desapropriações indispensáveis à instalação do Parque (art. 5º). Nem *entendimentos* foram feitos, nem *desapropriações* decretadas e promovidas, a despeito de retificada a realização dessas iniciativas pelo art. 2º do Decreto nº 63 082/68, "sem prejuízo ao direito adquirido por terceiros e ao ato jurídico perfeito".

Terceira pergunta: As autoridades administrativas procederam de acordo com o que preceituaram as leis concernentes à instalação do Parque Nacional do Xingu?

Resposta: De modo algum. Desrespeitaram o direito de propriedade, quando se apoderaram das glebas. Não cumpriram o que os decretos governamentais recomendaram. Deixaram de lado o *jus,* preferindo a *força. O direito de propriedade,* garantido pelo nosso sistema jurídico, jamais esteve ao *arbítrio* do poder público, a partir da primeira Constituição do Império. Quando o Estado precisa da propriedade particular, por motivos de interesse público, a *justa indenização* é o meio normal de ressarcir o desapossado. Qualquer tipo de restrição ao *direito de propriedade,* em nosso direito, é precedido de providências jurídicas ou de entendimentos com o particular, cujo patrimônio, em hipótese alguma, pode ser desfalcado *sem justa causa.* Daí, os *institutos da desapropriação,* da *requisição,* da *ocupação temporária,* entre outros, barreiras jurídicas que se erguem contra eventuais arbitrariedades do Estado, tendentes a ameaçar o *direito de propriedade.*

Quarta pergunta: Admitiu o Decreto nº 50 455/61 a eventual existência de legítimos proprietários, no vale do Xingu? Qual o tratamento jurídico que prescreveu a respeito?

Resposta: O Decreto nº 50 455/61 admitiu expressamente a existência de *legítimos proprietários* na região que delineou para o Parque, como se pode ver pela leitura do art. 5º, ao mesmo tempo que prescreveu tratamento jurídico a respeito, em relação aos legítimos proprietários, a saber, numa primeira fase, *entendimentos* para a desocupação, numa segunda fase o emprego do *instituto expropriatório.* Nenhum desses procedimentos foi utilizado. Preferiu-se o uso da força, o que não se compadece com os dispositivos constitucionais vigentes e com as leis que regulam o assunto.

Quinta pergunta: Com base no direito positivo pátrio, qual a solução jurídica recomendada para a solução, em concreto, da situação de fato criada pelas autoridades que, arbitrariamente, se assenhorearam das terras em questão, desobedecendo o que determinam as leis e decretos em vigor?

Resposta: Dado que ocorreu o que, na técnica do direito público se denomina *desapropriação indireta,* ou seja, "o fato de a Administração apropriar-se dos bens de um particular, sem o emprego dos processos legais" (cf. nosso livro *Comentários às leis de desapropriação,* 2. ed. 1976. p. 32-3), cabe ao Estado conceder a respectiva indenização ao proprietário (cf. Bonnard, Roger, *Précis de droit administratif.* 1935. p. 459), conforme o que preceituam os Decretos nºs 50 455/61 e 63 082/68, as Leis nºs 5 371/67 e 6 001/73 e a Emenda Constitucional nº 1, de 1 969, art. 153 § 22.

Não se aplica, ao caso presente, o art. 198 e seus parágrafos, porque estas disposições não tratam de terras habitadas, em *caráter permanente,* pelos silvícolas. Aliás, este dispositivo é limitado, dentro da sistemática da própria Emenda nº 1, pelo art. 153, § 3º, que resguarda o *direito adquirido* e o ato *jurídico perfeito.* O art. 198 e seus §§ 2º e 3º não podem, pois, *retroagir* à data da aquisição das terras, em 1959, quando ainda nem se cogitava da criação do Parque Nacional do Xingu, nem se procedera à artificial "tração" ou "remoção" dos silvícolas para a área. No caso presente, não se configura a hipótese constitucional de domínio, posse ou ocupação de terras ocupadas pelos silvícolas, cujo pressuposto para qualquer dessas três hipóteses seria a da *habitabilidade continuada,* pelo que não há que falar-se aqui em nulidade e extinção de efeitos jurídicos, só aplicáveis, repetimos, em casos de ocupação ou posse destitulada, bem como de domínio irregular. Por fim, os adquirentes das terras não são meros "ocupantes", nem "posseiros", nem *domini,* sem título — e a estes é que se refere a Emenda nº 1. Sendo legítimos proprietários, e, nesse *status* se investiram na vigência da Constituição de 1946, em vigor, na época, estão fora do alcance do preceito constitucional proibitivo, protegidos por outro dispositivo da mesma Carta, já que, legítimos proprietários, têm *direito adquirido* advindo do *ato jurídico perfeito,* a que deram origem no instante da aquisição, completada pelo registro.

São Paulo, 7 de março, de 1977.

José Cretella Junior, Professor de Direito Administrativo da Faculdade de Direito de São Paulo.