
DOMÍNIO FUNDIÁRIO PÚBLICO ORIGINÁRIO E DOMÍNIO PRIVADO REGISTRAL

Joaquim Modéstio Pinto Júnior

*Advogado da União em exercício na Consultoria Jurídica junto ao Ministério do
Desenvolvimento Agrário. Pós-graduado em Direito Público*

SUMÁRIO: 1 Terras públicas atribuídas ope legis e terras privadas por transcrição; 2 Propriedade fundiária e distinção metodológica entre domínio público e privado; 3 Cadeia dominial e distinção metodológica entre origem e destaque; 4 Sustentação lógico-jurídica da primazia do domínio público sobre o privado; 5 Aplicação prática da orientação a casos concretos; 6 Distribuição do ônus da prova do destaque; 6.1 Terras privadas sem registro e ônus da prova do domínio; 6.2 Terras públicas sem registro e ônus da prova do domínio; 6.3 Ônus da prova do domínio das terras devolutas registradas por particular; 7 Encerramento.

1 TERRAS PÚBLICAS ATRIBUÍDAS OPE LEGIS E TERRAS PRIVADAS POR TRANSCRIÇÃO

Em tema de terras públicas, é do cotidiano das altas indagações de Direito Agrário e Administrativo de conotação fundiária o embate entre “*propriedade*” ilegal ou irregularmente constituída no registro público a benefício de pessoa de direito privado, e o domínio legal ou constitucional de ente público sobre o mesmo imóvel.

Esse embate, ordinariamente situado no âmbito acadêmico, amplia-se cada vez mais para segmentos jurisdicionais e administrativos, dinamizado pela cotidiana investida dos órgãos do Estado contra os processos de apropriação irregular de terras públicas, perpetrados nos interstícios entre legislações que buscaram cuidar dos interesses patrimoniais da União ou dos Estados sobre terras devolutas nunca arrecadadas ou registradas, fenômeno que alcança até mesmo terras efetivamente arrecadadas e registradas pelos entes públicos.

Desde sempre atento ao fenômeno, o legislador, que já em 1850 cuidara de tipificar criminalmente a prática de invasões de terras públicas (art. 2º da Lei Imperial nº 601/1850), reeditou a previsão no art. 20 da Lei nº 4.947/66 e fez publicar a Lei nº 6.739, de 5 de dezembro de 1.979, instrumento de contundente eficácia e presumida celeridade para coarctar os ilegítimos processos de apropriação dominial sobre terras públicas, possibilitando o imediato cancelamento dos registros assim obtidos, mediante simples requerimento aos Corregedores-Gerais de Justiça dos Estados, aos quais está afeta a missão de supervisionar e correicionar a atuação das serventias registrais.

Normativos como o acima referido inspiram-se na percepção de que o domínio fundiário público, principal (terras reservadas) ou residual (terras devolutas), dispensa registro público para atrair o *erga omnes*, o direito de seqüela ínsito ao direito de propriedade, opondo à retórica do registro público como único fundamento soberano de direitos reais imobiliários o postulado de sua inocuidade quando este concorra com o domínio fundiário público de base legal ou constitucional.

Tal percepção transita pela necessidade de concatenação sistemática de um argumento geral à defesa das terras públicas, que poderia ser articulado a partir de três linhas de demonstração.

2 PROPRIEDADE FUNDIÁRIA E DISTINÇÃO METODOLÓGICA ENTRE DOMÍNIO PÚBLICO E PRIVADO

A primeira vertente de sustentação do postulado acima dialoga com a distinção basilar segundo a qual - num plano abstrato - o domínio fundiário público e privado, ou é *ope legis* (decorre da lei), ou é *escritural* (constitui-se por registro público), o primeiro sendo sempre **originário** (*ex tunc*), e o segundo sendo sempre *derivado* (*ex nunc*), podendo ambos estar compreendidos pelo seguinte esquema lógico:

VISUALIZAÇÃO DO DOMÍNIO FUNDIÁRIO NO PLANO ABSTRATO	
DOMÍNIO OPE LEGIS	DOMÍNIO REGISTRAL
Público: faixa de fronteiras – terras indígenas – terrenos de marinha, etc.	Público: áreas adquiridas por ente público por compra, doação, etc.
Privado: terras de quilombos	Privado: propriedades privadas.

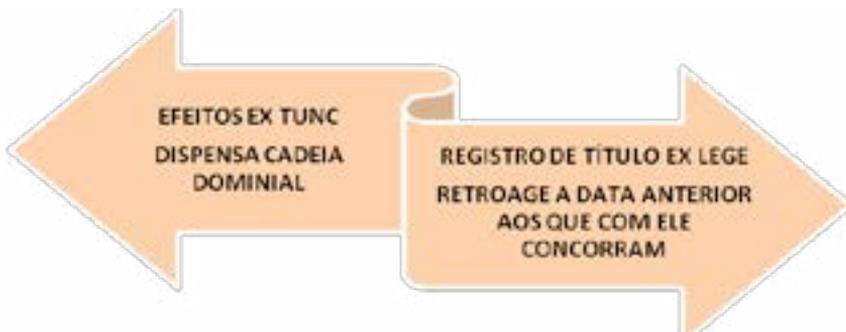
Daí estabelecer-se convencionalmente a dicotomia *título causal ope legis* (ex: art. 231 da CF – terras indígenas e art. 68/ADCT – terras quilombolas) e *título causal formal* (ex: escritura de compra e venda), assim visualizável:

VISUALIZAÇÃO DO DOMÍNIO FUNDIÁRIO NO PLANO CONSTITUCIONAL E LEGAL	
TÍTULO CAUSAL OPE LEGIS	TÍTULO CAUSAL FORMAL
Público: terras indígenas – Art. 231 da CF	Público: compra de terra por ente público, via escritura
Privado: terras de quilombos – Art. 68/ADCT	Privado: títulos de propriedades privadas, via escritura

O registro público só adquire existência substancial em função do título causal que ali ingressa, e, portanto, se o título causal é formal (ex.: escritura), o registro sempre tem efeitos *ex nunc* (a partir de), daí eventualmente a necessidade de cadeia dominial até a origem, visando identificar o momento *ex tunc* (originário) desse domínio, para que a cadeia dominial esteja também revestida de efeitos *ex tunc*:

VISUALIZAÇÃO DO DOMÍNIO FUNDIÁRIO NO PLANO DO REGISTRO PÚBLICO	
ORIGEM E DESTAQUE	REGISTRO PÚBLICO
Domínio público derivado: o ente público só pode adquirir de particular imóvel que na origem tenha sido destacado de ente público, pois, do contrário, pode estar pagando por algo que ainda seja público.	Domínio público de direito privado: domínio derivado sobre bem imóvel adquirido por ente público a fundamento de direito civil (e não constitucional, administrativo ou agrário).
Domínio privado derivado: o particular sempre adquire com certidão vintenária, o que lhe basta para assegurar-se que nenhum outro particular é dono, visto que com ou sem tal certidão nunca tem como resistir ao ente público, se ele for o verdadeiro dono na origem.	Domínio privado: domínio derivado sobre bem imóvel adquirido por particular a fundamento de direito civil.

Porém, se no registro ingressa um título causal *ope legis*, esse registro público passa automaticamente a adquirir efeitos *ex tunc*, isto é, retroage a data anterior à de qualquer outro título registrado sobre a mesma área, dispensando elaboração de cadeia dominial. Por essa razão, a coexistência entre registro público de particular e registro público de ente público ou de ente privado com domínio *ope legis* se equaciona pela prevalência do segundo, justamente por sua natureza *ex tunc*.



3 CADEIA DOMINIAL E DISTINÇÃO METODOLÓGICA ENTRE ORIGEM E DESTAQUE

A este passo, como uma segunda premissa de trabalho, insta consignar a distinção convencional a ser feita entre “*ORIGEM*” e “*DESTAQUE*”, não raras vezes utilizadas como sinônimas, quando caso a caso podem indicar idéias distintas.

Para compreender a distinção, é mister ter em mente a dicotomia “*título causal x título registral/registrário*”, aquele sendo o documento (escritura, título de terras, alvará, formal de partilha, etc.) que se leva a registro, visando atribuir a alguém domínio sobre um imóvel, este sendo o ato comprobatório do registro (transcrição, matrícula, etc.).

Nesse contexto, “*origem*” a rigor corresponderia à data em que pela primeira vez um título causal de terras ingressou no sistema registral/registrário. Como esse sistema só existe regulamentado nos moldes atuais desde 1924, a origem será encontrada quase sempre até 1924, salvo as exceções do sistema hipotecário, vigente entre 1863 a 1924.¹

Já “*destaque*” sempre corresponde à data em que um ente público expediu a um ente privado o primeiro título de terras, que se tornou antecessor de todos os atuais títulos privados incidentes

¹ A bem dizer, o registro público foi recriado pelo Código Civil de 1916, porque antes disso, embora com inspiração de direitos de garantia real, existia o regime de registro de hipotecas, regido pelos seguintes diplomas:

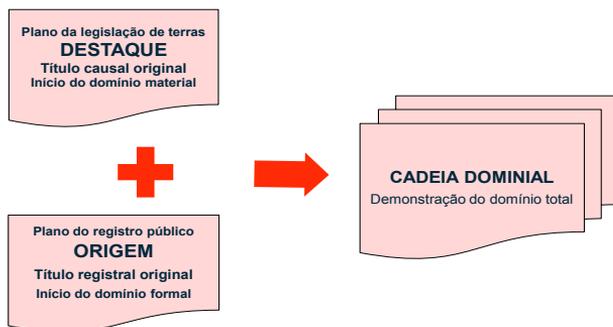
- Lei nº 1.237, de 24/09/1864 (Reforma a legislação hipotecária, e estabelece as bases da sociedade de crédito real);
- Lei nº 3.272, de 05/10/1885 (Altera diversas disposições referentes às execuções civis e comerciais)
- Decreto nº 169-A, de 19/01/1890 (Substitue as Leis número 1.237, de 24 de setembro de 1864 e 3.272, de 5 de outubro de 1885), regulamentado pelo Decreto nº 370, de 02/05/1890 (Manda observar o regulamento para execução do Decreto número 169 A, de 19 de janeiro de 1890, que substituiu as Leis número 1.237, de 24 de setembro de 1864 e 3.272, de 5 de outubro de 1885, sobre operações de crédito móvel).

A respeito, assim escreveu Tupinambá Miguel Castro do Nascimento, em “Introdução ao Direito Fundiário”, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1985, p. 98: [...] *A obrigatoriedade do registro, com fins constitutivos, apareceu indiretamente com a Lei nº 1.237, de 24 de setembro de 1864, que reformou a legislação hipotecária. Dizia seu art. 8: “A transmissão entre vivos por título oneroso ou gratuito dos bens suscetíveis de hipotecas (art. 2º, § 1º) assim como a instituição dos ônus reais (art. 6º) não operam seus efeitos a respeito de terceiro, senão pela transcrição e desde a data dela”. O artigo 2º, parágrafo 1º, relacionava entre os bens suscetíveis de serem hipotecados, os imóveis, e o artigo 6º indicava, como ônus reais, a servidão, o uso, a habitação, a anticrese, o usufruto e o foro (enfiteuse), afirmando o parágrafo segundo que “os referidos ônus reais não podem ser opostos aos credores hipotecários, se os títulos respectivos não tiverem sido transcritos antes das hipotecas”. Em resumo, o domínio e os direitos reais limitados, cognominados de ônus reais, só valiam contra terceiros, erga omnes, se devidamente transcritos. [...]*

sobre a mesma área, isto é, “*destaque*” evoca a data e a forma em que e pela qual uma terra pública foi privatizada, tenha ou não sido registrada.

É possível, pois, uma origem (primeiro título registral/registrário) ser muito mais recente do que um destaque (primeiro título causal). Daí utilizar-se a expressão “cadeia registral/registrária” (ou “*cadeia dominial em sentido estrito*”), para definir a sucessão retrojetiva de todos os títulos registrais – *busca da origem*, e “*cadeia dominial*” (em sentido lato) para definir a sucessão retrojetiva de todos os títulos registrais até o advento do registro público como atributivo de propriedade imobiliária, e, para além dessa data, buscando as sucessões anteriores ao tempo – 1924 - em que a obrigação de registro afastou a simples tradição como atributiva de domínio – *busca do destaque*.

O acima explanado pode ser visualizado no seguinte modelo gráfico:



4 SUSTENTAÇÃO LÓGICO-JURÍDICA DA PRIMAZIA DO DOMÍNIO PÚBLICO SOBRE O PRIVADO

Uma terceira vertente de sustentação do quanto postulado linhas atrás transita por uma linha de argumentação lógico-jurídica, que se inaugura no fato do conceito de domínio privado sobre bem imóvel, enquanto direito patrimonial de natureza real, historicamente ter migrado da simples *traditio* para a solenidade indispensável do registro público.

No entanto, o registro público é instituído por lei e regrado por lei, ou, para fixar a premissa, embora parta de lei constitucional, não é um instituto constitucionalizado.

Uma das - talvez a principal - finalidades do registro é dar publicidade ao vínculo, daí o efeito *erga omnes* que ele agrega ao título, e que se expressa no direito de seqüela, que, porém, só após a lavratura passa a favorecer o *dominus*, mediante aplicação da lógica “*prior in tempore, potius in jure*”.

Mas o registro público é sempre *ex nunc*, consequência mesma dos princípios que o orientam (anterioridade, continuidade, especialidade, etc), do que decorre que a propriedade imobiliária privada por transcrição é sempre *ex nunc*, pois que só adquire (efeitos) *erga omnes* mediante registro.

Embora o direito de propriedade - diferentemente do instituto do registro público - seja constitucionalizado (art. 5º, XXII, CF), e embora entre as formas de acesso à propriedade pública encontrem-se também as previstas na lei civil (compra, recepção em doação, permuta, etc), apenas a propriedade pública imobiliária é explicitamente constituída na própria Constituição (artigos 20 e 26 da CF), e nunca a propriedade privada imobiliária, que é sempre constituída por um registro público, e, por suposto, é - em regra - *derivada*.

Em contraponto, o título de propriedade do ente público, inclusive sobre suas terras ignotas (*in fieri*, i.e. devolutas), é quase sempre um diploma legal que lhas atribui de forma exclusiva e *originária*, tornando dispensável a exibição de título registral/registrário como pressuposto do direito de seqüela, e afastando - nesse âmbito - a aplicação do princípio “*prior in tempore, potius in jure*”.

Logo o *erga omnes* da propriedade pública sobre suas terras originariamente atribuídas nasce com o próprio Estado, pois mesmo este, por ficção jurídica, só nasce com a Constituição. Além disso, como a Constituição se presume ser o início da ordem jurídica formal, o domínio público imobiliário que com ela nasce, é, portanto, diferentemente do privado, *originário*, isto é, de natureza *ex tunc*.

Assim, a propriedade imobiliária privada é em regra *constituída* pelo registro, que é de base infraconstitucional. Logo, esta só pode ser

obtida por exclusão à propriedade pública, que em princípio sempre tem base constitucional, daí se dizer instituída, e sendo o ato registral/registrário sempre *ex nunc*, a propriedade privada é em regra *derivada*. Embora podendo ser tido por temerário, há que se dizer que a premissa aplica-se mesmo em relação à usucapião, pois, sendo vedada no Brasil a usucapião sobre bem público, a mesma só se faz possível sobre propriedade privada, e, se esta é por acepção sempre derivada, aquela - a usucapião - também sempre o será, pois o contrário implicaria admitir usucapião sobre terra pública grilada, e, por extensão, usucapião sobre bem público.²

Essa natureza constitucional da propriedade pública imobiliária de caráter originário faz com que qualquer registro público lhe seja: *i) inferior* quanto à eficácia - pois que o sistema registral/registrário é de ordem infraconstitucional, *ii) posterior* quanto à origem - pois que de ordinário o domínio público imobiliário é *ex tunc*, e *iii) subordinado* quanto à natureza jurídica - pois que tal domínio público é sempre originário e o domínio privado é sempre derivado.

Em palavras bem diretas: O registro de imóvel em nome de particular, sem derivação lícita do patrimônio fundiário público, por ato de ente competente para fazê-lo, é sempre inconstitucional, porque converte domínio público em domínio privado, à revelia da Constituição Federal.³

Nesse sentido, veja-se, por exemplo:

REsp 466.500/RS - Ministra DENISE ARRUDA - 1ª T. -
J. 09/03/2006 - DJ 03.04.2006 p. 227n RSTJ vol. 201 p. 102

2 Da última observação decorreria, por exemplo, que uma usucapião aperfeiçoada contra particular titular de registro inválido abrangente de terra pública não pode ser oposta ao ente público em prejuízo de quem teria sido lavrado o registro inválido, pois isso implicaria em usucapião indireta sobre bem público, aplicando-se ao caso a máxima: “[...] Quando se proíbe um fato, implicitamente ficam vedados todos os meios conducentes a realizar o ato condenado, ou iludir a disposição impeditiva. A regra prevalece até mesmo quando provenha de terceiro ação adequada a facilitar o que a lei fulmina. *Contra legem facit, qui id facit, quod lex prohibet: in fraudem vero, qui salvis verbis, sententiam ejus circumvenit: “procede contra a lei quem faz o que a lei proíbe; age em fraude da mesma o que respeita as palavras do texto e contorna, ilude a objeção legal”* (PAULO, no Digesto, liv. 1, tít. 3, frag. 29) (fls. 204) - “Se o fim é vedado, consideram-se proibidos todos os meios próprios para o atingir” (fls. 262) [...] “CARLOS MAXIMILIANO (*“Hermenêutica e Aplicação do Direito”*, 9. ed. 1979).

3 No caso dos terrenos de marinha, a lei é expressa em não admitir domínio público nas hipóteses enfocadas, in verbis: Decreto-Lei nº 9.760/1946: Art. 198. *A União tem por insubsistentes e nulas quaisquer pretensões sobre o domínio pleno de terrenos de marinha e seus acrescidos, salvo quando originais em títulos por ela outorgados na forma do presente Decreto-Lei.*

– [...] TERRENOS DE MARINHA E ACRESCIDOS. [...] QUALIFICAÇÃO DOS IMÓVEIS COMO TERRENOS DE MARINHA. [...] REGISTRO IMOBILIÁRIO: PRESUNÇÃO RELATIVA DO DIREITO DE PROPRIEDADE. [...] 7. *O registro do título translativo no cartório de imóveis não gera presunção absoluta do direito real de propriedade, mas relativa, vale dizer, admite prova em sentido contrário (CC/1916, art. 527; CC/2002, art. 1.231).* 8. As alienações realizadas pelo Município de Osório/RS, sem observar os limites objetivos da sentença proferida na ação de usucapião – que ressaltou, expressamente, os terrenos de marinha e acrescidos –, são nulas de pleno direito. Logo, *os títulos de domínio privado são inoponíveis à União, cuja titularidade, conferida por lei, tem natureza originária.*

REsp 615.881/ES - Ministro FRANCISCO FALCÃO - PRIMEIRA TURMA – J. 12/04/2005 - DJ 23.05.2005 p. 156 LEXSTJ vol. 190 p. 146 [...] II - Inexiste a suposta violação ao art. 198 do Decreto-Lei nº 9.760/46 quando o próprio acórdão recorrido deste dispositivo se vale para afirmar a *impossibilidade dos títulos registrados, apresentados pelos impetrantes, serem oponíveis à União, visto que, em face desta, somente se prestam a provar a propriedade os títulos provenientes de cadeia sucessória que dela mesma tenha sido originada.* Ausência de interesse recursal a este respeito configurada. [...]

5 APLICAÇÃO PRÁTICA DA ORIENTAÇÃO A CASOS CONCRETOS

Há não muito tempo (16/08/2010), o Conselho Nacional de Justiça fez profissão de fé do entendimento geral acima descortinado, ao proferir decisão no Pedido de Providências nº 0001943-67.2009.2.00.000, sendo requerente a Procuradoria Geral do Estado do Pará e outros e requerido o Tribunal de Justiça daquele Estado, com pleito de cancelamento administrativo de registro de matrículas irregulares realizadas em sobreposição a terras públicas de atribuição originária *ope legis*.

No Despacho que corporifica referida decisão, o Corregedor Nacional de Justiça desenvolveu a seguinte fundamentação:

[...] A doutrina, e majoritariamente a jurisprudência, vêm assentando a viabilidade de cancelamento administrativo de registros de imóveis, reservando-o, porém, a casos de irregularidade de forma do registro; para a sanatória da nulidade

(dita plena) dos registros, quando a causa é a dos títulos, caberia apenas a ação judicial.[...]

Os precedentes do Conselho Nacional de Justiça acima mencionados, nada obstante, adotaram indiscriminadamente a via administrativa e o fizeram, a meu juízo, corretamente, no pressuposto de sua manifesta adequação. Apesar disso, não deram eles a devida saliência aos fundamentos que lhe abonam a tese, não os explicitaram adequadamente, ou não os exploraram com a exigível profundidade, o que, penso, se deva aqui, por todos os motivos, expor e reiterar à exaustão.[...]

É que, apesar da doutrina e jurisprudência asseverarem a garantia de preservação dos registros cuja presunção de legalidade e de legitimidade só se desfaria mediante decisão judicial, *é preciso assinalar que há outros valores constitucionais derivados de outros princípios igualmente respeitáveis a merecer tutela equivalente e, nesse passo, por consequência, mitigatória das garantias inerentes aos registros.* Cabe aqui assinalar, portanto, a devida proporção constitucional.

Sabe-se, por exemplo, que o regime dos bens públicos (lançado no art. 20 e parágrafos da Constituição, para a União, e no art. 26, para os Estados), assentou, por óbvio, a *inequívoca titularidade destes tão só pela própria inserção constitucional.*

Nessa linha, a definição da titularidade de tais bens acarreta logicamente a proteção excepcional de seu regime, a significar que, ante eventual pretensão de particulares, *na dúvida, deve prevalecer a presunção de domínio público*, como era, aliás, de velhíssima jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, apesar de mais recentemente terem seus julgados abandonado essa tradicional exegese sobrevalorizando o viés privado e invertendo a presunção da dominialidade pública contra toda uma tendência histórica que se pode conferir dentre numerosíssimos precedentes (v.g. os acórdãos nos RE 61.890 Baleeiro; RE 52.331 Evandro Lins; RE 285.098 M. Alves; ACO 317 Ilmar Galvão; RE 72.020 Alckmin; RE 78.112 Djaci; RE 84.063 Leitão; RE 90.985 Rafael Mayer; RE 71.298 Barros Monteiro; RE 86.234 M. Alves; Rp. 913 Soares Munoz; RE 80.416 Cunha Peixoto; ACO 132 Baleeiro; RE 51.290 Evandro Lins). [...]

Ora, se as terras sem registro podem ser particulares por outro modo de aquisição que não o registro, a boa lógica manda que caiba

ao particular o ônus dessa demonstração (por exemplo: registro paroquial ou posse imemorial comprovada por qualquer meio ou registro; usucapião ou posse imemorial anterior ao código civil de 1916; legitimação de posse admitida pela administração, e assim por diante) e então conservar-se a *presunção natural (constitucional e legal) de que se a propriedade particular não se confirmar haverá de prevalecer a originária dominialidade pública.*

A proposição vertente de algumas decisões judiciais de que na falta dos registros supõe-se a ausência da dominialidade pública, parece assim não se sustentar como regra. A acreditar-se que ou são públicas ou são privadas as terras rurais existentes no Brasil (posto que não há fundamento legal ou constitucional para um terceiro gênero, p. ex. “terras de ninguém”), basta definir-se o modo de distinguir umas de outras.

Isto é, porque *as terras hoje tidas por devolutas foram conquistadas outrora em nome do Rei ou pelo Estado a cujo patrimônio se incorporaram originariamente, são públicas por princípio indiscutível* donde caberá sempre ao referido particular nos autos da ação em pauta a prova, a seu cargo, da legitimidade da derivação do seu título, o que significa afirmar e reconhecer logicamente a titularidade pública em caso de ausência de titularidade particular, do que a falta de registro é apenas um sinal.

É possível de fato sustentar, sistematicamente, que a ausência de registro pode não descartar a existência de propriedade particular, pois é possível ser ela revelada como dito mediante qualquer prova a cargo do particular. *A falta dessa prova, porém, repita-se, importa necessariamente na ocorrência natural da dominialidade pública.*

A Constituição nos preceitos definidores da dominialidade pública não indicou o modelo de apurá-la, coisa que deixou à lei infraconstitucional e como tal fez o legislador editar a dita lei federal da ação de discriminação judicial no exercício da competência legislativa da união (processo civil) e aí estabeleceu como padrão ser particular o ônus da prova de seu domínio quando questionado frente ao patrimônio público, reafirmando desse modo o *postulado lógico de serem sempre todas as terras, públicas na origem.*

E não poderia ser de modo diferente, eis que – pela história, pela doutrina mais consolidada e pela jurisprudência mais afeiçoada

ao espírito do regime jurídico constitucional dos bens públicos – *no Brasil o patrimônio público é anterior ao patrimônio particular*, e o Supremo Tribunal Federal assim já o disse seguidas vezes (v.g. no RE 51.290 e na ACO 132).

Por essa linha de raciocínio, portanto, é possível aceitar a afirmação do RE 72.020, Relator o Ministro Rodrigues de Alckmin (talvez o precedente mais expressivo, ou, ao menos, o mais citado) de que a falta de registro não comprova ou afirma o caráter devoluto das terras. A afirmação é verdadeira, mas não resulta dela a convicção de que também não são públicas ou devolutas.

Fixado o pressuposto legal de que ao particular é que cabe a prova de seu domínio, fica fácil demonstrar a assertiva técnica de constituir *presunção legal a dominialidade pública quando inexistir prova da propriedade particular pelo registro respectivo ou na falta dele por qualquer modo admissível em direito*.

Por isso, a despeito da falta de registro particular ou de demonstração formal do domínio público, *acaso não se verifique qualquer demonstração ou indicação da propriedade particular a conclusão lógica que se impõe é a da dominialidade pública residual*. Alguns especialistas em direito fundiário agrário em matéria de domínio público, interpretando o quadro jurídico constitucional mostrado, dizem que as terras devolutas são patrimônio *in fieri*, pois só se as conhece formalmente após o processo de exclusão das terras particulares regularmente destacadas de origens públicas. [...]

O legislador, de resto, ocupou-se desse tema na Lei nº 3.081, de 1956, que disciplinou o processo judicial da ação de discriminação das terras públicas, destinado a deslindar e separar as terras públicas/devolutas das de domínio particular, mais tarde alterada pela Lei nº 6.383, de 7 de dezembro de 1976. Embora endereçada às terras públicas da União, esta última revogou expressamente a anterior, parecendo que o fez no entanto apenas em face da União, e não dos Estados, so quais continuariam com legitimação para a ação de discriminação pela Lei 3.081/56.

De qualquer sorte, à luz da Carta maior, quando a legislação mencionada propiciou a conclusão lógica de que o ônus da prova é dos particulares, pressupôs formalmente que *os títulos sobre as*

terras particulares sempre derivaram da titulação pública das terras públicas (o título é a lei ou a Constituição). O método processual de apuração da existência de terras devolutas, via da ação de discriminação das terras devolutas, ali disciplinada, desse modo e em consonância com a lei maior, atribuiu corretamente tal ônus aos particulares.

Vale lembrar a viabilidade da mesma discriminação e observado o mesmo pressuposto legal, por via de procedimento no âmbito administrativo, isto é, de processo não judicial. A lei federal conhecida como Estatuto da Terra (Lei 4.504, de 1964) disciplinou o processo administrativo de discriminação das terras devolutas da União, retomando o rito da antiga lei geral de discriminação administrativa cujo processo foi estabelecido pelo Decreto-Lei nº 9.760/1946, e de alguma forma a velha fórmula dos tempos imperiais da Lei nº 601 de 1850, a famosa Lei de Terras.[...]

Apesar da possível opção pela via judicial ou administrativa, caminhos que obviamente não se excluem, não pode e *não deve o Estado abrir mão do título decorrente, pois as terras devolutas contidas nos seus limites territoriais lhe pertencem* (tanto antes da Constituição de 1891 – art. 64, como por disposições coloniais ou provinciais respectivas e que lhe antecederam), em virtude do que tem a obrigação legal de identificação e manutenção da integridade de seu patrimônio imobiliário, sobretudo em vista do axioma já seguidas vezes mencionado de ser ele, enquanto devoluto, merecedor das providências técnicas de deslinde cujo pressuposto legal é a *presunção de dominialidade pública*, cabendo aos particulares demonstrarem por qualquer título válido sua aquisição regular.[...]

O princípio inspirador é idêntico ao do processo judicial posto ser encargo procedimental dos interessados particulares a demonstração de sua propriedade, e mais do que isso, a *prova do regular desmembramento de suas terras do patrimônio público anterior. A falta ou a incompleta demonstração desse fato implica na recusa formal e substancial ao reconhecimento da legitimidade do domínio particular.*[...]

Diante de todo esse conjunto de considerações, pode-se extrair o corolário natural de que o regime jurídico-constitucional da administração nas terras públicas federais ou estaduais, aí incluídas as terras devolutas

antes ou depois do deslinde, estão sujeitas aos princípios e valores próprios do patrimônio público, além de se sujeitarem os particulares ao ônus de comprovar a legitimidade de sua posse ou propriedade.

Outra vez, por isso, antes de qualquer consideração calha ter presente o regime da prevalência das prerrogativas da supremacia do interesse público. E sendo certo que os bens públicos são vocacionados necessariamente ao fim público, isto é, em favor de todos os cidadãos e instituições, revela-se preponderante a extrema importância dos fatores de sua proteção. Donde a interpretação legal em face dos casos que nesse âmbito vierem a se apresentar ao julgamento, deve observar simetricamente a prevalência de tais valores, respondendo às indagações técnicas com argumentos capazes tanto de solver a questão quanto não desmerecer os referidos princípios.[...]

A fundamentação acima transcrita expressa exatamente o que este ensaio postula: O domínio fundiário privado, seja fundado em ato registral/registrário, seja fundado em fenômeno jurídico (v.g. usucapião) só prevalece sobre a presunção de domínio fundiário público se respaldado por demonstração de haver deste se destacado.

6 DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA DO DESTAQUE

O que leva a uma questão decorrente, sobre a quem incumbiria o ônus de provar a existência ou a ausência desse destaque. Para examinar esse aspecto, é preciso ter em mente pelo menos duas situações matrizes:

a) pretensão de domínio fundiário privado *sem* registro, resistido por pretensão de domínio fundiário público sem registro; e

b) pretensão de domínio fundiário privado *com* registro, resistido por pretensão de domínio fundiário público sem registro, porém registrável.

6.1 TERRAS PRIVADAS SEM REGISTRO E ÔNUS DA PROVA DO DOMÍNIO

A primeira situação (domínio privado sem registro) foi amplamente enfrentada pelo Conselho Nacional de Justiça, na acima transcrita decisão no Pedido de Providências nº 0001943-67.2009.2.00.000, ali não havendo dúvidas de que a orientação é pelo *onus probandi* do particular:

[...] Ora, se as terras sem registro podem ser particulares por outro modo de aquisição que não o registro, a boa lógica manda que caiba ao particular o ônus dessa demonstração (por exemplo: registro paroquial ou posse imemorial comprovada por qualquer meio ou registro; usucapião ou posse imemorial anterior ao código civil de 1916; legitimação de posse admitida pela administração, e assim por diante) e então conservar-se a presunção natural (constitucional e legal) de que se a propriedade particular não se confirmar haverá de prevalecer a originária dominialidade pública. [...]

Isto é, porque as terras hoje tidas por devolutas foram conquistadas outrora em nome do Rei ou pelo Estado a cujo patrimônio se incorporaram originariamente, são públicas por princípio indiscutível donde caberá sempre ao referido particular nos autos da ação em pauta a prova, a seu cargo, da legitimidade da derivação do seu título, o que significa afirmar e reconhecer logicamente a titularidade pública em caso de ausência de titularidade particular, do que a falta de registro é apenas um sinal.

É possível de fato sustentar, sistematicamente, que a ausência de registro pode não descartar a existência de propriedade particular, pois é possível ser ela revelada como dito mediante qualquer prova a cargo do particular. A falta dessa prova, porém, repita-se, importa necessariamente na ocorrência natural da dominialidade pública.

A Constituição nos preceitos definidores da dominialidade pública não indicou o modelo de apurá-la, coisa que deixou à lei infraconstitucional e como tal fez o legislador editar a dita lei federal da ação de discriminação judicial no exercício da competência legislativa da união (processo civil) e aí estabeleceu como padrão ser particular o ônus da prova de seu domínio quando questionado frente ao patrimônio público, reafirmando desse modo o postulado lógico de serem sempre todas as terras, públicas na origem. [...]

Fixado o pressuposto legal de que ao particular é que cabe a prova de seu domínio, fica fácil demonstrar a assertiva técnica de constituir presunção legal a dominialidade pública quando inexistir prova da propriedade particular pelo registro respectivo ou falta dele por qualquer modo admissível em direito.

Por isso, a despeito da falta de registro particular ou de demonstração formal do domínio público, acaso não se verifique qualquer demonstração ou indicação da propriedade particular a conclusão lógica que se impõe é a da dominialidade pública residual. Alguns especialistas em direito fundiário agrário em matéria de domínio público, interpretando o quadro jurídico constitucional mostrado, dizem que as terras devolutas são patrimônio *in fieri*, pois só se as conhece formalmente após o processo de exclusão das terras particulares regularmente destacadas de origens públicas. [...]

De qualquer sorte, à luz da Carta maior, quando a legislação mencionada propiciou a conclusão lógica de que o ônus da prova é dos particulares, pressupôs formalmente que os títulos sobre as terras particulares sempre derivaram da titulação pública das terras públicas (o título é a lei ou a Constituição). O método processual de apuração da existência de terras devolutas, via da ação de discriminação das terras devolutas, ali disciplinada, desse modo e em consonância com a lei maior, atribuiu corretamente tal ônus aos particulares. [...]

Apesar da possível opção pela via judicial ou administrativa, caminhos que obviamente não se excluem, não pode e não deve o Estado abrir mão do título decorrente, pois as terras devolutas contidas nos seus limites territoriais lhe pertencem (tanto antes da Constituição de 1891 – art. 64, como por disposições coloniais ou provinciais respectivas e que lhe antecederam), em virtude do que tem a obrigação legal de identificação e manutenção da integridade de seu patrimônio imobiliário, sobretudo em vista do axioma já seguidas vezes mencionado de ser ele, enquanto devoluto, merecedor das providências técnicas de deslinde cujo pressuposto legal é a presunção de dominialidade pública, cabendo aos particulares demonstrarem por qualquer título válido sua aquisição regular. [...]

O princípio inspirador é idêntico ao do processo judicial posto ser encargo procedimental dos interessados particulares a demonstração de sua propriedade, e mais do que isso, a prova do regular desmembramento de suas terras do patrimônio público anterior. A falta ou a incompleta demonstração desse fato implica na recusa formal e substancial ao reconhecimento da legitimidade do domínio particular. [...]

6.2 TERRAS PÚBLICAS SEM REGISTRO E ÔNUS DA PROVA DO DOMÍNIO

Em que pese o Conselho Nacional de Justiça, na acima transcrita decisão no Pedido de Providências nº 0001943-67.2009.2.00.000, não ter enfrentado explicitamente a distribuição do ônus da prova na segunda situação (domínio privado com registro), deixou claro que o deslinde da disputa entre domínio fundiário público e domínio fundiário privado pode dar-se tanto na via judicial, quanto na administrativa (correicional de registros):

[...] A doutrina, e majoritariamente a jurisprudência, vêm assentando a viabilidade de cancelamento administrativo de registros de imóveis, reservando-o, porém, a casos de irregularidade de forma do registro; para a sanatória da nulidade (dita plena) dos registros, quando é a dos títulos, caberia apenas a ação judicial.

É nessa linha de compreensão que se têm orientado as diversas instituições de controle dos serviços extrajudiciais a cargo do Poder Judiciário. E é com base nessas considerações que as deliberações administrativas, quando editadas em desfavor dos registros, têm sido atacadas e de regra desfeitas pelos tribunais ao argumento de reserva de jurisdição. Igual, não por acaso, as deliberações do Tribunal de Justiça do Estado do Pará seguiram a mesma linha de orientação.

Os precedentes do Conselho Nacional de Justiça acima mencionados, nada obstante, adotaram indiscriminadamente a via administrativa e o fizeram, a meu juízo, corretamente, no pressuposto de sua manifesta adequação. Apesar disso, não deram eles a devida saliência aos fundamentos que lhe abonam a tese, não os explicitaram adequadamente, ou não os exploraram com a exigível profundidade, o que, penso, se deva aqui, por todos os motivos, expor e reiterar à exaustão.

De fato, as deliberações da Corregedoria de Justiça das Comarcas do interior do Pará e as do CNJ relacionadas ao destaque acima estão, segundo entendo, perfeitamente afeiçoadas ao regime jurídico constitucional no trato do tema relacionado ao regime das terras públicas, particularmente quando ilícita ou nulamente apropriadas por particulares em prejuízo real do patrimônio da União ou dos Estados.

É que, apesar da doutrina e jurisprudência asseverarem a garantia de preservação dos registros cuja presunção de legalidade e de legitimidade só se desfaria mediante decisão judicial, é preciso assinalar que há outros valores constitucionais derivados de outros princípios igualmente respeitáveis a merecer tutela equivalente e, nesse passo, por conseqüência, mitigatória das garantias inerentes aos registros. Cabe aqui assinalar, portanto, a devida proporção constitucional.[...]

Porém, mesmo nesses casos de domínio fundiário privado registrado sob confronto com domínio fundiário público, o ônus da prova do destaque válido continua com o particular, pois, como sustentado linhas atrás neste ensaio, o registro do título causal *ope legis* do ente público retroopera efeitos a qualquer momento anterior ao mais antigo registro de título causal formal privado, daí porque ao particular colhido pelo fenômeno é que incumbe provar a supremacia do seu título causal, mediante a eventual demonstração de que ele se validaria justamente no título causal do ente público, porquanto dele teria sido destacado em algum tempo remoto.

Como exemplo, os casos dos terrenos de marinha e terrenos marginais, atribuídos à União diretamente na Constituição. Não sendo eles a rigor terrenos devolutos, e sim patrimônio federal originário, à União basta delimitar as respectivas linhas médias da preamar (LPM) e das enchentes ordinárias (LMEO), com elas identificando o polígono que, descrito via memorial técnico apropriado, vai a registro como domínio fundiário público, sobrepondo-se, mercê dos efeitos *ex tunc* desse registro, a todo e qualquer registro de área privada a ele incidente.

O aparente confronto registral/registrário que poderia daí surgir seria facilmente superável pelo mecanismo da Lei nº 6.739/1979, via do qual, mediante requerimento correicional do ente público, instruído com prova inequívoca (as peças técnicas da delimitação das referidas linhas), cancelar-se-iam, liminar e administrativamente, as matrículas e registros privados sobrepostos ao polígono delimitado pela LPM e LMEO, seguindo-se procedimento para o particular demonstrar o seu destaque válido do acervo fundiário do próprio ente público delimitante, com o que, sendo o caso, no mesmo processo se restauraria a sua matrícula, com as pertinentes retificações na matrícula do ente público.

E isso poderia fazer-se sem necessário desalojamento do interessado do espaço físico assegurado pelo registro, pois, no caso dos

terrenos de marinha e dos marginais, ainda que a matrícula serviente ao particular não seja revigorada, aproveitam-lhe os institutos da ocupação e do aforamento, aos quais tem sempre preferência, assegurando-se domínio direto, mediante contrapartidas à proprietária indireta, a União.

6.3 ÔNUS DA PROVA DO DOMÍNIO DAS TERRAS DEVOLUTAS REGISTRADAS POR PARTICULAR

E o que dizer do ônus probatório quanto às terras devolutas indevidamente levadas a registro por particular?

É mesma a situação, pois, se a doutrina e a jurisprudência postulam que terras sem registro não necessariamente seriam presumidas devolutas, hão de admitir também que, a uma, essa ausência registral igualmente não as desnatura da presunção de públicas, e que eventual presença registral servindo a particular não necessariamente as destituiria da condição de devolutas, pois terras privatizadas são somente aquelas que por título ou fenômeno jurídico válido se hajam destacado do patrimônio público em benefício de particular.

Logo, o que se tem de seguro é que a prova de um ato-fato positivo (o destaque) sempre deve ser buscada.

Como ao ente público que alega o não destaque é impossível produzir essa prova negativa, e como a prova positiva do destaque só interessa ao particular, é evidente que a ele a mesma incumbe.

Nesse caso, um dos exemplos seria o das terras devolutas em faixa de fronteiras, atribuídas à Nação na Lei Imperial de 1850, e reiteradamente asseguradas à União em todas as Constituições, desde a de 1891. Sabe-se, entretanto, que ao longo de décadas os Estados, sem autorização federal, as titularam em boa medida a particulares, fazendo-o, portanto, na condição de *non dominus*. Sabe-se, outrossim, que outras tantas foram ocupadas por posse, indo nessa condição a inventários, e, por via de partilhas, ingressaram em registros públicos.

A União, contudo, dispondo apenas do cadastro positivo das terras que efetivamente outorgou ao longo dos tempos, não tem como fazer a prova negativa do não destaque das que não titulou, podendo meramente estabelecer presunção de não destaque, via regressão até o primeiro registro em que conste, seja o título a *non dominus* do Estado, seja o alvará judicial

que inaugure a cadeia dominial. Daí por diante, ao particular incumbe provar, quer eventual usucapião anterior ao CC de 1916, que legitimasse a posse levada a registro, quer alguma autorização da União para o Estado titular como titulóu, quer um eventual título autônomo expedido por esta, ou até mesmo uma sesmaria confirmada antes de 1850, ou revalidada depois disso, segundo os regramentos da Lei de Terras de 1850.

7 ENCERRAMENTO

Com essas preliminares considerações, abstraídas por ora incursões sobre aspectos de mérito ínsitos aos regimes específicos das terras públicas, como o sesmarial, o da Lei de Terras de 1850, o da legislação fundiária em faixa de fronteiras, o do Decreto-Lei n° 9.760/1946, o do Estatuto da Terra (Lei n° 4.504/1964), o do Decreto-Lei n° 1.164/1971 e os vários modelos das legislações estaduais, este ensaio espera ter posto à discussão a magna questão que orbita o interminável embate entre a propriedade fundiária pública e privada, a partir da transição da *traditio* para o sistema do registro público.