

NO 1577/92

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL
Data ____/____/____
Cod. 61D00116

Exmo. Sr. Dr. JUIZ PRESIDENTE DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3a. REGIÃO.

"SE QUEREMOS QUE OS INDIOS SEJAM JUSTOS, É INDISPENSÁVEL QUE NÃO SEJAMOS, COMO SOMOS, INJUSTOS PARA COM ELES" (Mensagem de George Washington ao Congresso dos E.U.A., de 1795, denunciando os ultrajes e as crueldades praticadas pelos colonos contra os índios).

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, no uso de suas atribuições constitucionais de defensor dos direitos e interesses das populações indígenas (art. 129, V), pelo responsável pela Coordenadoria da Defesa dos Direitos Individuais, Difusos e Coletivos em Mato Grosso do Sul, vem impetrar o presente MANDADO DE SEGURANÇA contra ato da Exma. Juíza Federal da Segunda Vara da Seção Judiciária de Mato Grosso do Sul, pelas razões a seguir expostas:

Mandado de Segurança nº 92.03.13258-9
Relator: Juiz Pedro Rotta

Ref.: JAGUARI

SERPRO 7503.00/2548 AF. Nº 0208/01 05/91
SERPRO 7503.00/2548 AF. Nº 0208/01 05/91
SERPRO 7503.00/2548 AF. Nº 0208/01 05/91

HISTÓRICO DOS FATOS

Por portaria do Ministro da Justiça, publicada no Diário Oficial da União de 11 de outubro de 1991, pg. 22299, foi determinada a demarcação da área indígena JAGUARI, com a superfície de 338 (trezentos e trinta e oito) hectares, localizada no município de Amambai, Estado de Mato Grosso do Sul.

O ato administrativo, conforme determina o Decreto nº 22, de 04 de fevereiro de 1991, teve por base estudo do Grupo Técnico que, mediante estudos étnico-históricos, sociológicos, cartográficos e fundiários identificou a área como de ocupação tradicional indígena (cf. artigo 2º, parágrafos 1º e 9º, do Decreto nº 22/91).

Como consequência da Portaria que determinou à FUNAI que procedesse à demarcação da área, para posterior homologação pelo Presidente da República, ficou estabelecida a proibição do ingresso, trânsito ou permanência de pessoas ou grupos de não-índios dentro do perímetro especificado nesse ato ministerial.

Contudo, nos autos da Ação Cautelar proposta perante o Juízo Federal da Segunda Vara por CONSTÂNCIO DE ALMEIDA MORAES, MARIA CLARA DOS ANTONS MORAES, DELPILAR DE ALMEIDA MORAES, RAMONA DE ALMEIDA MORAES, JOSÉ SOARES DE MORAIS E MARIA ALMEIDA DE MORAIS, em face da UNIÃO FEDERAL e da FUNAI, Processo nº 91.11262-3, foi concedida liminar pela Autoridade Coatora, nos seguintes termos:

"Ante o exposto, defiro a liminar, com a finalidade de assegurar sejam os autores mantidos na posse da área, objeto do litígio, além de determinar sejam suspensos os trabalhos de demarcação administrativa, até final deslinde da controvérsia."

Os autores da Ação Cautelar se dizem proprietários de uma área de 2.768,5 ha (dois mil, setecentos e sessenta e oito hectares e cinco mil metros quadrados), dentro da qual se encontra a reserva Jaguari. Com base no título de domínio do imóvel propuseram a ação e obtiveram a decisão aqui impugnada (não se discute neste writ os efeitos desses títulos, embora não existam - Constituição Federal, art. 231, parágrafo 6º - mas somente a ilegalidade da decisão).

É evidente que a natureza da decisão liminar implica em concessão de interdito possessório. Inobstante ter sido proposta ação cautelar, houve, a bem da verdade, ação possessória, inviável nestes casos, ante a existência de expressa vedação legal.

DO ATO IMPUGNADO

O ato coator apresenta pelo menos duas ilegalidades manifestas que o tornam absolutamente nulo. A primeira ilegalidade respeita à não intimação, em momento algum, do Ministério Público Federal, e a segunda se refere à violação do disposto no artigo 19, parágrafo 2º, da Lei nº 6.001/73.

Não há explicação, nem justificacão para a não intimação do órgão incumbido pela Constituição de defender os direitos e os interesses das populações indígenas.

Já quanto ao óbice do artigo 19, parágrafo 2º, da Lei nº 6.001/73, foi afastado pela autoridade impetrada com base em dois fundamentos:

- a) a ação não tem natureza puramente possessória, vez que a posse é disputada com base no domínio, o que lhe dá um certo caráter petitório, circunstância que afasta a proibição do Estatuto do Índio; e
- b) inconstitucionalidade da norma do artigo 19, parágrafo 2º, da Lei nº 6.001/73, por ferir o princípio constitucional da intangibilidade da atividade jurisdicional, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

A partir daí, passou-se a análise das questões fáticas relativas à posse, sustentando-se que o ato ministerial feriu o devido processo legal, sem o qual ninguém deve ser privado de seus bens, vez que os autores da Ação Cautelar não foram chamados a participar do processo administrativo que culminou em portaria do Ministro da Justiça que determinou a demarcação da reserva Jaguari. Diante disso, entendendo a Magistrada prolatora da decisão aqui impugnada, que os títulos de domínio e os elementos fáticos colhidos naqueles autos evidenciavam a posse, deferiu liminarmente o pedido.

Convém analisar, separadamente, os dois pontos ilegais da decisão impugnada:

DA ILEGALIDADE DO ATO

A) NÃO INTIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL:

Antes da concessão da liminar, a autoridade impetrada proferiu o seguinte despacho:

"Ouca-se a União Federal e a Fundação Nacional do índio, no prazo de quarenta e oito horas, sobre o pedido de liminar constante da inicial, face os termos peremptórios do artigo 63 da Lei nº 6.001/73.

Após, retornem imediatamente conclusos.

Int.

C. Grande, 19.11.91"

Vê-se que o Ministério Público Federal não foi intimado para se manifestar sobre o pedido de liminar.

Ao conceder a liminar novamente não se verifica a intimação do MPF:

"Citam-se a União Federal e a Fundação Nacional do índio, para responderem aos termos da inicial, na forma facultada pelos artigos 802 e 803 do Código de Processo Civil, dando-se-lhes ciência, também, da concessão da liminar.

Intime-se.

Campo Grande, 26.11.91."

Assim dispõe o art. 129, V, da
Constituição Federal:

Art. 129. São funções institucionais do
Ministério Público:

V - defender judicialmente os direitos e
interesses das populações indígenas;

Já o artigo 232 prevê o seguinte:

Art. 232. Os índios, suas comunidades e
organizações são partes legítimas para
ingressar em juízo em defesa de seus direitos e
interesses, intervindo o Ministério Público em
todos os atos do processo.

Portanto, tratando-se de litígio que
envolva interesses indígenas, a intervenção do MPF é obrigatória,
sendo que a inobservância dessa determinação constitucional vicia
de forma absoluta o processo.

É inteiramente desnecessário, por
certo, ressaltar a distinção entre a representação judicial da
União e a atuação institucional do Ministério Público.

Proferindo ato que atingiu seriamente
interesses de uma comunidade indígena inteira, representada pela
tribo Kaiowa-Guarani da Reserva Jaguri, sem dar oportunidade ao
Ministério Público de se manifestar no Processo, evidentemente a
autoridade coatora praticou ato manifestamente ilegal, corrigível
via impetração de mandado de segurança.

Esse e. Tribunal em caso análogo, já decidiu que a não intimação do Ministério Público vicia a decisão, dando lugar à segurança aqui pleiteada (v. cópia em anexo).

B) DA VIOLAÇÃO DO ARTIGO 19, PARÁGRAFO 2º, DA LEI Nº 6.001/73:

É óbvio que o juízo formado pela autoridade impetrada acerca dos elementos fáticos colhidos naqueles autos para deferir a manutenção de posse não serão discutidos nesta ação. Posse é fato, cuja demonstração não se contenta com prova meramente documental.

O objeto da discussão a ser aqui delimitado, respeita à legalidade da decisão que obstruiu a atividade de demarcação a ser procedida pela FUNAI.

Essa decisão é ilegal, convém ressaltar, ante o disposto na Lei já referida. Os fundamentos apresentados na decisão atacada para afastar o óbice legal não procedem.

Convém analisá-los.

Segundo os fundamentos da decisão, o fato de a posse ser disputada com base no domínio, lhe dá um certo caráter petitório, o que afasta o óbice legal, vez que não haveria ação puramente possessória.

SEI Nº 7560.0072648 AF Nº 0208/91 05/91

SEI Nº 7560.0072648 AF Nº 0208/91 05/91

SEI Nº 7560.0072648 AF Nº 0208/91 05/91

A contradição da fundamentação é evidente. Se a ação é possessória, o que se tem que provar é a posse, e não o domínio. Não importa que a causa invocada para possuir seja a propriedade. Não existe ação possessória com caráter petitório, pois naquela disputa-se a posse, nesta a propriedade. O título na possessória nunca é a propriedade, mas sempre a posse, turbada, esbulhada, ou sob ameaça de esbulho ou turbação. O fato de na possessória um dos contendores se dizer dono, não transmuda o caráter da ação, cuja causa permanece sendo a posse.

É evidente o equívoco da interpretação. Agora, admitindo-se, para tentar entender o raciocínio da autoridade coatora, o caráter petitório da ação cautelar ajuizada perante a 2a. Vara Federal que obstruiu a ação da FUNAI, como então dar-lhe o rito especial exclusivo das Ações Possessórias (mantendo os autores na posse liminarmente)? Ou essa ação tem caráter petitório para afastar o óbice previsto no Estatuto do índio, e possessório para o fim de concessão da liminar? Ora, se tem caráter petitório, não há liminar (pois as petitórias seguem o rito ordinário), e se tem natureza possessória, como evidentemente acontece, a ação é inadmissível pela Lei.

Porém, houve também na referida decisão sustentação no sentido de que ainda que a ação fosse exclusivamente possessória, a ação seria admissível, pois o óbice legal previsto no Estatuto do índio, proibindo as possessórias contra demarcação das terras indígenas, seria inconstitucional, já que não pode a lei excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (CF, art. 5º, XXXV).



SERPRO 7560.0072648 AF, Nº 0208/91 05/91
 SERPRO 7560.0072648 AF, Nº 0208/91 05/91
 SERPRO 7560.0072648 AF, Nº 0208/91 05/91

Novamente há equívoco. A lei não excluiu a pretensão daqueles que se opõe à demarcação da área indígena. Apenas fecha a porta do rito especial das ações possessórias. E por que o faz? A fim de "impossibilitar medidas judiciais, de caráter urgente, capazes de obstaculizar a ação administrativa do Estado na execução dos serviços da demarcação sob a forma estabelecida em decreto do Poder Executivo. Quis com isso dizer o legislador que o ato de demarcar-se áreas consideradas indígenas ou as destinadas à posse e ocupação pelos índios "não constitui ato turbativo de posse, embora se faculte ao proprietário o uso das ações petitórias ou demarcatórias" (Ministro Moreira Alves, in RTJ, vol. 107, p. 804).

Ora, a lei tão-somente imprimiu rito ordinário ao litígio, tendo em vista o especial interesse social em jogo. É notório que a lide não envolve interesses puramente patrimoniais, a serem valorados a partir de conceitos exclusivamente civilistas.

Trata-se do interesse de um povo!

"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." (Ministro Vitor Nunes Leal, Referências das Sumulas do STF, v. 25, 1970, p.351/352, pronunciamento feito no MS 16443, de 1967.

Diante desses fatos nada mais natural que para a solução desses litígios, a lei estabeleça um rito mais formal, mais lento, obstruindo qualquer medida de antecipação de

direito ou de natureza cautelar, que poderia obstruir a ação estatal, em detrimento de um povo reconhecidamente em posição de fraqueza, para se beneficiar interesse puramente patrimonial, de caráter notadamente privado, numa visão individualista, historicamente superada pelo Direito.

"...a relação entre o indígena e suas terras não se rege pelas normas do Direito Civil. Sua posse extrapola da órbita puramente privada, porque não é e nunca foi uma simples ocupação da terra para explorá-la, mas base de seu habitat, no sentido ecológico de interação do conjunto de elementos naturais e culturais que propiciam o desenvolvimento equilibrado da vida humana. Esse tipo de relação não pode encontrar agasalho nas limitações individualistas do direito privado, daí a importância do texto constitucional em exame (art. 231, parágrafo 1º), porque nele se consagra a idéia de permanência, essencial à relação do índio com as terras que habita." (in "CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL POSITIVO", José Afonso da Silva, 6a. ed., pg. 720).

De se notar que tais medidas constituiriam o fim das demarcações das áreas indígenas neste Estado. São raras as áreas indígenas não tituladas. Haverá sempre a alegação de domínio em casos correlatos, a obstruir uma atividade fundamental do Estado, a repercutir, segundo as palavras de Sidney Possuelo, Presidente da FUNAI, "de forma negativa, nacional e internacionalmente", firmando a prevalência do interesse particular sobre o público.

DOS PRESSUPOSTOS PARA A IMPETRAÇÃO

São pressupostos constitucionais para a ação de segurança:

- a) direito líquido e certo;
- b) ato ilegal ou abusivo de autoridade; e
- c) em se tratando de ato judicial, firmou a doutrina o entendimento no sentido de ser necessária a interposição do recurso cabível para impugnar a decisão atacada.

Comprova-se pela documentação em anexo o cumprimento desses requisitos. Cabe ao Ministério Público Federal a defesa judicial dos interesses indígenas. Viola direito líquido e certo do órgão ministerial ato de autoridade ilegal que ofenda interesses dessa natureza. O ato ilegal está documentalmente comprovado. Dele se extrai a causa para a impetração do writ.

DOS PRESSUPOSTOS PARA A LIMINAR

Estão presentes os pressupostos para a medida liminar. A aparência do direito é evidente, ante a ausência da intimação do Ministério Público Federal para os atos

processuais e o disposto na Lei nº 6.001/73, artigo 19, parágrafo 2º.

O perigo na demora decorre da aflicção da comunidade Jaguari criada com a liminar concedida na ação cautelar, já que o desapossamento de suas terras implica em supressão do espaço que constitui a base de seu habitat.

Não é possível explicar a uma comunidade indígena que o governo lhe demarcou determinada área, mas que outro Poder Federal lhe impede que nela permaneça.

Não há nada mais lamentável neste Estado, do que a situação das comunidades indígenas. Em muito superou a problemática dos sem-terra. Primeiro porque terra eles têm, embora o Estado venha se omitindo vergonhosamente de reconhecê-las e demarcá-las. Quando, porém, o Executivo Federal reconhece suas terras, os desgraçados se iludem com a possibilidade de retornar ao seu TEKOKA, mas são obrigados a despertar para o pesadelo de uma batalha judicial interminável.

O perigo na demora de um processo que se arrastará por vários anos (em especial tendo em vista a natureza das provas periciais que deverão ser produzidas), apresenta um aspecto trágico neste caso. Afeta uma comunidade inteira, cujo signo neste Estado tem sido o extermínio, quando não o auto-extermínio, como vem ocorrendo em algumas comunidades Kaio-wá-Duarani, como tem sido noticiado na imprensa nacional ou não (v. documentos).

Com relação ao Jaguari, a comunidade indígena que habitava o local, simplesmente não tem onde morar, conforme comprova o estudo antropológico do projeto Kaiowá-Nandeva-PKN e as fotos que ilustram esse relatório (em anexo). O levantamento populacional feito nesse estudo demonstra que mesmo a área demarcada é exígua, além de que o desapossamento dessas terras tem consituído grave fator de desagregação da comunidade.

De se notar que hoje, passados três meses da expulsão dos índios do Jaguari não há um clima de guerra. Porém, a comunidade sabedora da decisão desse e. Tribunal que beneficiou a reserva Guasuty, procurou este órgão ministerial, juntamente com antropólogos do PKN, oportunidade em que foi relatada a dramática situação em que vivem os indígenas. Como seus irmãos do Guasuty também querem ocupar suas terras. Evidentemente a comunidade não suportará um processo que se arrastará por anos a fio. Prolongar-se a agonia dos Guaranis de Jaguari em nome da Justiça é um paradoxo que os índios não podem compreender. Só compreendem que o Jaguari lhes pertence, e que os fazendeiros que lá estão usurparam a terra de seus ancestrais.

A questão, ao que parece, não fosse o seu caráter de status constitucional, seria mais de misericórdia do que de técnica jurídica.

Mas não é assim. Talvez os sem-terra precisem de misericórdia ou de política social correta. Não os índios. Os índios, não é demais repetir, têm terras, e a constituição lhes garante a sua ocupação. Cabe somente cumprir o texto maior, ainda que se prevaleça sobre interesses privados (imediatamente, já que esses interesses, se legítimos, serão preservados em ação ordinária).

O que não se concebe é a inversão da ordem das coisas. Que um povo fraco, à beira do extermínio, quando finalmente tem o seu espaço garantido pelo Poder Público Federal, em razão de interesses de ordem puramente privatísticos, seja obrigado, após ser sumariamente expulso de suas terras, a suportar uma batalha judicial interminável.

É óbvio que o ônus da demora do processo deve ser suportado pelos fazendeiros. Eles não estão sob ameaça de extinção. Não estão sem teto, nem passam por necessidades. Essa é a razão pela qual a lei imprimiu rito ordinário aos processos que versem sobre esses litígios. Conceder interditos com base em conceitos inaplicáveis de Direito Civil, em prejuízo da posse indígena constitucional, implica em se esquecer que o processo instrumentaliza a Justiça.

Presentes, portanto, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* para a concessão da liminar.

DA LIMINAR

Pede, portanto, o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL seja deferida medida liminar que faça cessar de pronto as consequências lesivas do ato impugnado, com a suspensão dos efeitos da medida concedida pela autoridade coatora no processo cautelar (ou que se dê efeito suspensivo ao agravo interposto, como prefere a doutrina tradicional), restituindo-se a situação

SERPRO 7560.0072548 AF, Nº 0206/91 06/91

de fato ao estado anterior, desobstruindo a ação da FUNAI e restaurando-se os efeitos da Portaria do Ministro da Justiça que determinou a demarcação da área e proibiu o trânsito, ingresso e permanência de não-índios no local.

DO PEDIDO PRINCIPAL

Nada impede a correção e o exame total do ato impugnado em sede demandado de segurança contra ato judicial. Nesses casos, a segurança não é incabível. O fim do mandado de segurança contra ato judicial não é dar efeito suspensivo a recurso que não o tem (em que pese toda a tradição nesse assunto), pois se assim fosse o Tribunal estaria concedendo o que a lei nega expressamente. A atividade seria legiferante, e não jurisdicional. O mandado de segurança, em verdade, ataca o ato judicial como qualquer ato de autoridade ilegal ou abusivo, constituindo mero preconceito entender que o exame do ato só pode ser feito em sede recursal. O recurso é necessário para o fim de evitar a preclusão, fenômeno processual que por questão de segurança jurídica e garantia do regular andamento do processo, torna o ato judicial não impugnado por recurso, inatacável.

Esse entendimento, bem defendido por Barbosa Moreira em suas aulas na UERJ (não se tem aqui conhecimento de obra escrita desse autor nesse sentido), encontra eco no Ministro Carlos Veloso:

"A tese que perfilho, em tema de mandado de segurança contra ato judicial, está na linha do sustentado pelo Sr. Ministro Bueno de Souza. Se a lei concede, expressamente, efeito apenas devolutivo ao agravo, não vejo como seria possível deferir mandado de segurança contra a lei, a fim de emprestar-se efeito suspensivo a esse recurso.

Equaciono a questão da seguinte forma: tenho o mandado de segurança como uma ação constitucional, um remédio de Direito Constitucional, com pressupostos constitucionais, que são os seguintes: a) direito líquido e certo não amparado por habeas corpus; b) ato de autoridade ilegal ou abusivo de poder. (CF, artigo 153, parágrafo 21). Tratando-se de segurança contra ato judicial de que não caiba recurso com efeito suspensivo, se do ato resultar a possibilidade de dano irreparável, desde que ocorrentes os pressupostos constitucionais acima mencionados e desde que o recurso próprio tenha sido interposto a tempo e modo (porque o mandamus não é sucedâneo de recursos próprios e os atos e termos processuais não recorridos são apanhados pela preclusão), examino a segurança em toda a sua plenitude, vale dizer, examino o próprio atos. É que, reputo ocorrentes os pressupostos constitucionais da segurança, o periculum in mora da prestação jurisdicional, vale dizer, a demora da decisão a ser proferida nmo recurso sem efeito suspensivo faz nascer causa petendi de outro direito de ação, assim do direito ao mandado de segurança, distinto da ação em curso, conforme prelecionava nesta Casa, o eminente Ministro Pulo Távora. Em casos assim, protanto, repito a segurança deve ser examinada em toda a sua plenitude, examinando-se o próprio ato impugnado, a fim de que seja restabelecido o direito líquido e certo violado.

Esta é a tese que perfilho, tendo presente, primeiro que tudo, que o mandado de segurança é

garantia constitucional, que deve ser visualizada sem preconceitos. Considero, data venia, simplesmente preconceituosa a afirmativa no sentido de que se deve deixar o conhecimento do recurso interposto para o órgão incumbido de julgá-lo e, por isso, a segurança deve ser concedida apenas para emprestar-se efeito suspensivo ao agravo. Isto, repito, é mero preconceito. E o que é pior: leva-se a decidir contra a lei, vale dizer, a emprestar-se efeito suspensivo a um recurso de que a lei, expressamente, exclui esse efeito. E, no caso, data venia, emprestando-se efeito suspensivo ao agravo, está-se justamente esvaziando o julgamento do agravo, conforme já falamos". (In Mandados de Segurança e de Injunção, por vários autores, Coordenação do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, 1990, pp. 85/86).

Ante o exposto, espera e pede o Ministério Público Federal concessão final de segurança para o fim de decretar a nulidade do processo 91.11262-3, ante a não audiência do MPF para os atos nele praticados, ou para o fim de desfazer o ato que concedeu a liminar, por desobedecer a literal disposição de lei.

Requer-se, finalmente, além da notificação da autoridade coatora, sejam citados os autores da Ação Cautelar em cujos autos foi proferida a decisão impugnada, bem como a FUNAI e a União Federal, tendo em vista a regra do art. 19 da Lei nº 1.533/51, todos devidamente qualificados na cópia da peça inicial daquela ação.

Pede-se deferimento.

Campo Grande, 25 de fevereiro de 1992.

JOÃO HELIOFAR DE JESUS VILLAR
Procurador da República