

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL	
Data	1/1/
Cod.	GID00159

Nº 3897/92

EXMP SR. DR. JUIZ PRESIDENTE DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª
REGIÃO

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 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:

Nº 3899/92

fls. 02

HISTÓRICO

Em decisão proferida em ação cautelar proposta pela Empresa Sattin S/A Agropecuária e Imóveis a autoridade coatora deferiu medida liminar determinando a FUNAI que suspenda os trabalhos de demarcação da área indígena Sete Cerros (Processo nº 92.0002571-4 - 2ª Vara).

Sete Cerros foi reconhecida como terra de posse permanente indígena pela União Federal, que iniciou o processo de demarcação e desinstituição da área em obediência às normas Constitucionais (arts. 231 e DT, 67).

A Empresa Agropecuária Sattin Agropecuária e Imóveis, ajuizou ação cautelar visando a obstar os trabalhos que a União executa através da FUNAI, sustentando que se encontra na área há décadas, com títulos dominiais, inscritos no Cartório de Registro de Imóveis e que o procedimento administrativo relativo a demarcação foi abusivo, pois foi realizado sem a sua participação.

Conforme o que já se mencionou, foi concedida a medida liminar pleiteada.

DA ILEGALIDADE DA DECISÃO

O artigo 1º, § 1º da Lei nº 8437/92 assim dispõe:

Nº 3899/92

fls. 03

" § 1º. Não será cabível, no Juízo de primeiro grau, medida cautelar inominada ou a sua liminar, quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via de mandado de segurança, à competência originária de tribunal".

O ato que declarou Sete Cerros como de posse permanente indígena foi editado pelo Ministro da Justiça pela Portaria nº 602/92, determinando-se, no mesmo ato, a FUNAI, que procedesse à demarcação e interdição do local ao trânsito de não-índios.

É evidente o caráter mandamental da decisão cautelar pois suspende a execução do ato administrativo praticado pelo Ministro da Justiça.

Não ignorando esse fato sustentou a Eminente Magistrada que aquela norma proibitiva é inconstitucional pois veda o acesso ao Judiciário com o obstáculo que cria à concessão de medidas cautelares inominadas, retirando do jurisdicionado a possibilidade "de ter a questão reparada, nos casos de urgência, mediante a concessão de liminar, a implicar em violação frontal ao artigo 5º, XXXV da Constituição Federal" (v. fls. 06 da cópia anexa da decisão impugnada).

É evidente a fragilidade do fundamento de S. Exa. Ora, mantém-se, nesses casos, o acesso ao Judiciário pela via do mandado de segurança. Que interesse tutelaria a cautelar que não pudesse tutelar o mandamus em casos de vício formal de ato administrativo? Não tem o mandamus tutela para a

necessidade urgente do Jurisdicionado ante a ameaça de iminente lesão ao seu direito?

A eventual lesão de direito que sofra o Jurisdicionado poderá ser apreciada pelo Judiciário. Somente se quer evitar o uso indevido do processo cautelar, que, por via oblíqua, poderia ser usado como ação mandamental a compelir autoridade administrativa com prerrogativa de foro, a corrigir seus atos por ordem de quem não seja o juiz natural ou constitucional.

A norma, a rigor, quer fazer valer o princípio do Juiz Constitucional. E não constitui nenhuma novidade, pois a doutrina já se inclinava nesse sentido:

" Ademais, embora não se apliquem às ações cautelares as regras de competência absoluta por prerrogativas de função, específicas para o mandado de segurança, porque naquelas a pessoa da autoridade não está em causa, e sim o ato do ente público ou da pessoa jurídica por esta representada, ou responsável por seus atos, a verdade é que, quando a cautela consistir na suspensão do ato, as liminares no mandado e na ação cautelar terão o mesmo efeito e se dirigem diretamente contra a autoridade. Por este motivo, por coerência com o sistema constitucional e respeito ao princípio de harmonia dos

Nº 3899/92

fls. 05

poderes, não se admitirá, por exemplo, que juiz de 1º grau suspenda em ação cautelar ato do Presidente da República, embora possa decretar-lhe a nulidade em ação ordinária movida contra a União. Quando a autoridade de que emanou o ato merecer o privilégio de foro que a Constituição ou a lei lhe asseguram em face do mandado de segurança, esse mesmo privilégio servirá de óbice a eventuais cautelas suspensivas de Juízos Incompetentes para o remédio constitucional (Comentários ao Código de Processo Civil, Galeno Lacerda, 3ª edição, vol. III, Tomo I, p. 187/188).

DO ART. 19, § 2º DA LEI Nº 6.001/73

"Art. 19. As terras indígenas, por iniciativa e sob orientação do órgão federal de assistência ao índio, serão administrativamente demarcadas, de acordo com o processo estabelecido em decreto do Poder Executivo".

"§ 2º. Contra a demarcação processada nos termos deste artigo não caberá a concessão de interdito possessório, facultado aos interessados contra ela recorrer à ação petitória ou à demarcatória".

Nº 3899/92

fls. 06

Diante dessa norma a autoridade impetrada novamente sustenta que houve agressão ao princípio de inafastabilidade da atividade jurisdicional. Sustenta, também, que como na ação a posse é disputada com base no domínio, não se trata de uma ação meramente possessória, pois "conta com mesclagem de elementos dominiais" (fls. 08).

O último fundamento não faz nenhum sentido. O fato de se disputar a posse com base no domínio não dá nenhum caráter petitório a possessória. A exceção de domínio prevista no art. 505 do Código Civil e suprimida do artigo 923 do Código Processo Civil evidentemente não tem o sentido que lhe quer dar a Eminente Magistrada. A norma constitui verdadeira regra de julgamento a ser seguida em ações possessórias e não dá a essas ações nenhum caráter petitório.

A classificação da ação em petitória ou possessória atende ao critério do bem jurídico pleiteado pelo autor - o objeto mediato do pedido. São distintos esses objetos nas duas ações. Se o litígio possessório se fundamenta no domínio é evidente que a ação continua a ser possessória pois é proteção possessória que se pede. A sentença decidirá sobre a posse - não interessa que os fundamentos se refiram ao domínio e é essa questão que passará em julgado, pois o bem da vida que será garantido a um dos litigantes não é o direito de propriedade mas a posse.

Portanto, a ação possessória não tem caráter petitório, mesmo porque - ainda que se confunda os fundamentos da sentença com a sua parte dispositiva ou um dos elementos da causa de pedir com o pedido - a exceção de domínio

Nº 3899/92

fls. 07

constitui regra de julgamento que prejudica quem evidentemente não é proprietário e, portanto, não visa a favorecer a quem evidentemente o é (Código Civil, art. 505). (não se aborda aqui a tormentosa questão acerca da correta interpretação do discutidíssimo art. 505 do Código Civil, inclusive com posições no sentido de que foi revogado com a supressão do parágrafo do art. 923 do Código Processo Civil, pois não interessa ao deslinde deste litígio).

Também o art. 19 § 2º não veda ao jurisdicionado o acesso ao Judiciário. Antes, porém cabe fazer uma consideração sobre a escolha da ação cautelar.

Note-se que a ação em que se preferiu o ato coator é cautelar apenas no nome. A autora daquela ação proporá no futuro, conforme informou em sua petição inicial, ação ordinária de manutenção de posse cumulada com a de anulação de ato jurídico (para anular Portaria Ministerial).

Como não há possibilidade de cumular o rito especial, da possessória com o rito ordinário de ação de anulação de ato jurídico, foi proposta a cautelar para contornar os requisitos da cumulação de pedidos (art. 292, § 1º, III, Código Processo Civil). Sabe-se que a única diferença entre o rito de uma possessória e o rito ordinário é a fase para concessão liminar de interdito. A autora, desse modo, usou da cautelar, para, por via oblíqua, cumular os dois procedimentos em manifesta litigância de má-fé (art. 17, III). Não há interesse processual para se propor ação cautelar para proteção de posse com força nova, pois há um rito especialmente criado para esse fim. Evidentemente só se usou da cautelar para afastar o óbice legal para cumulação de ações com ritos procedimentais distintos.

N2 3099/92

fls. 08

Diante desse argumento a autoridade apontada coatora sustentou que " o artigo 292, III, do código de Processo Civil, somente veda a cumulação de vários pedidos quando deduzidos, num mesmo processo, não seja adequado o mesmo tipo de procedimento e, no caso em apreço, não há falar em um só processo, posto que trata-se de uma ação cautelar, e de indicação de propositura de uma ação de manutenção de posse, cumulada com declaração de nulidade da Portaria Ministerial, como ação principal.

De maneira que, nem sequer se tratam de pedidos diversos num só processo, mas de processos diversos, ligados, exclusivamente pela dependência, face um ter natureza acessória e outro contar com o caráter de ação principal, pelo que totalmente inaplicável o artigo 292, III, do Código de Processo Civil" (fls. 10/11).

é evidente que não se argumentou que havia cumulação de pedidos ilegal. Mas sim que a cautelar serviria a esse fim ante a concessão da liminar, pois permitiria a cumulação por via oblíqua.

Quanto ao fundamento de que o dispositivo é inconstitucional pois limita a atividade jurisdicional, também não procede,

Há uma razão para se obstar interditos possessórios nesses casos. É que conflitam interesses distintos, de um lado o interesse do particular encarnado na posse civil e de outro lado o interesse coletivo de uma comunidade no sentido de se lhe garantir um espaço para habitar e sobreviver.

NO 3899/92

fls. 09

A posse tem uma natureza patrimonial, sem dúvida. Constitui possibilidade de alguém exercer sobre determinada coisa - como poder de fato - as faculdades inerentes ao domínio. A noção econômica ou patrimonial predomina no instituto.

Na posse indígena, não. Aqui o que se garante é o habitat de um povo. Embora não se possa abstrair absolutamente do elemento econômico, não há dúvida de que sua importância aqui se reduz drasticamente e não apresenta nenhum caráter de predominância. É comum a citação das palavras do Ministro Victor N. Leal no sentido de que "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" (Referências das súmulas do STF, v. 25, 1970, p. 352/353).

Convém perceber que não se trata de dramatizar a questão, a fim de se obter um bom resultado emocional. É que tecnicamente não se pode confundir um instituto de caráter individualista (legítimo, é bem de ver, a expressão individualista não é usada pejorativamente) com um sistema jurídico criado para garantir um espaço físico ao remanescente de um povo.

Note-se bem o seguinte: é natural que eventualmente haja choque entre os dois institutos. Quem negaria, por exemplo que a autora apresentou indícios de ter posse civil? Contudo, na colisão entre a posse civil e a posse indígena, qual delas predominará? Nesse caso, quais os efeitos da posse civil?

NR 3899/92

Fls. 010

A resposta dessas questões depende obviamente da opção legislativa observada no ordenamento jurídico. Ninguém duvida que o status constitucional que se deu a posse indígena ocorreu justamente para contrastá-la com qualquer outro instituto e para firmar a sua predominância. Aqui se chegou ao cuidado de impedir que a posse civil gerasse os seus efeitos próprios. (Constituição Federal, art. 231, § 6º).

Normalmente se diz, contudo, que a posse indígena com esse caráter, deve ser atual ou recente, não se justificando a incidência das normas constitucionais em caso de posse muito antiga, já que a aplicação literal dos textos levaria à conclusão de que todas as propriedades hoje existentes são dos índios.

Esse é um argumento que normalmente impressiona, já que afinal constitui um sofisma nada desprezível. A conclusão não procede primeiro porque os silvícolas nunca ocuparam o país todo. Segundo, porque o que a Constituição protege são áreas que foram ocupadas por remanescentes das populações indígenas, que vivem nessas terras ainda hoje ou que - embora desalojados - ainda vivem nos arredores das terras que habitavam e a identificam como um pedaço seu, seja pela história, tradição ou pelos sinais físicos que essas áreas ainda apresentam atestando a ocupação indígena.

Ipanema e Copacabana, por exemplo foram habitadas, ao que parece, pelos Tamoyos. Mas não há ali posse indígena. E por quê? Porque não há vestígios dessa ocupação, nem testemunhos nesse sentido a autorizar a reocupação - e o mais importante: não há ali um remanescente dessas tribos a

NR 3899/92

fls. 011.

reivindicar a área da qual foram desalojados e que seria essencial para o seu habitat.

Não é o que ocorre com os Guarani no sul deste Estado. Há aqui um remanescente que identifica as áreas reconhecidas pela União como suas.

Dir-se-á: mas essa posse não é atual e já cessou há décadas, pelo que não há se falar em posse permanente indígena. Mais: como prejudicar alguém que está na área de boa fé, inclusive com justo título?

O primeiro ponto a ser destacado é que não há necessidade de haver posse atual e para essa conclusão basta ler o art. 231, § 6º da Constituição Federal:

" São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos algos nela existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé ".

Ora, se a norma se refere a ocupação e

Nº 3899/92

Fls. 012

boa fé, admite a possibilidade de ocupação atual por particular e consequentemente o fato de que os índios possam estar desalojados de suas terras.

Portanto, as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios podem estar sendo ocupadas por particulares, com base em títulos dominiais, com animus domini e de boa fé.

É o caso da autora, caso se admita posteriormente em ação principal, a procedência de suas argumentações. E que consequência jurídica decorre desses fatos? Os títulos são nulos e extintos e a posse não produz nenhum efeito, salvo o direito à indenização.

Note-se bem: A posse não produz o seu principal efeito que é o direito aos interditos, por força da Constituição.

Se não há direito a interditos, consequentemente nada de anormal ocorre com a norma do artigo 19, § 2º da Lei nº 6.001/73, cujo fim é justamente evitar concessão de interditos na demarcação de terras indígenas.

Portanto, a agressão às normas previstas no artigo 19, § 1º da Lei nº 8.437/92 e 19, § 2º da Lei nº 6.001/73 são as principais ilegalidades do ato coator.

DÓ PEDIDO DE LIMINAR

O fumus boni iuris está amplamente

Nº 3899/92

fls. 013

demonstrado. A decisão violou duas normas legais frontalmente, sob o fundamento de que são inconstitucionais. É evidente que numa análise preliminar isso basta para a demonstração de aparência do direito do impetrante, embora a conclusão definitiva acerca da inconstitucionalidade dessas normas dependa de uma análise mais acurada. Para efeito exclusivo de concessão de liminar, porém, basta a violação dessas duas normas para se falar em aparência de direito ou na relevância dos fundamentos apresentados pelo impetrante, para se usar a linguagem da lei (Lei nº 1.533, art. 7º, I).

DO PERICULUM IN MORA

Ao tratar do periculum in mora para conceder a liminar assim se manifestou a Douta Magistrado:

"Outrossim, o periculum in mora também afigura-se presente, principalmente em razão da iminência de um conflito na região, envolvendo prepostos da Autora e índios, pelo que a prudência reclama a suspensão dos trabalhos demarcatórios até que se defina claramente a caracterização das terras, se particulares ou públicas, bem como a vedação de ingresso, doravante, de novos indígenas no local".

Há evidentemente, como se vê, ameaças de conflito, como, aliás, em todos os procedimentos demarcatórios conforme relata a equipe da FUNAI deslocada para este Estado a fim de realizar os trabalhos (v. relato em, anexo).

Nº 3099/92

fls. 014

Outro aspecto a ser considerado, além desse relativo ao conflito entre os índios e os ocupantes particulares, é o relativo a demora natural do desenrolar do processo principal.

Há aqui um importantíssimo aspecto a ser considerado: Quem deve sofrer a ônus pela demora do processo? O interesse coletivo da Comunidade indígena ou o interesse privado da Empresa autora?

A própria Magistrada prolatora da respeitável decisão liminar reconhece que "trouxe a FUNAI elementos e dados colhidos por uma equipe, inclusive contando com antropólogo, que revela haver ocupação indígena em toda a região há séculos, e que, em decorrência do avanço da civilização, foram reduzindo o espaço ocupado pelos silvícolas Kaiová e Nandeva, até que muitos foram expulsos.

Verifica-se, portanto, que a questão fática depende da coleta de mais provas, para a formação de um juízo seguro a respeito da existência ou não da ocupação pelos índios dessa terra" (fls. 234).

Diante dessa dúvida que será futuramente resolvida, quem será mais severamente penalizado com a demora do processo que decidirá se é ou não indígena a área? Um povo em vias de extinção que precisa de um espaço para garantir seu habitat ou uma empresa que precisa desse mesmo espaço para desenvolver sua atividade econômica?

Nº 3899/92

fls. 015

Não se trata de dramatização da questão, já que o Direito Positivo Nacional fez opção no sentido de que os inconvenientes decorrentes da demora do processo não podem ser sofridos pela Comunidade indígena (Constituição Federal, art. 231, § 6º e Lei nº 6.001/73, art. 19, § 2º).

Estão, portanto, presentes os pressupostos para a concessão liminar do pedido.

Presentes, igualmente, os pressupostos para a ação de segurança: direito líquido e certo da Comunidade indígena, que o impetrante está autorizado por lei a postular em nome próprio (Constituição Federal, art. 232); ato ilegal da autoridade judicial não impugnável mediante interposição de recurso com efeito suspensivo; interposição de recurso cabível pelo impetrante obstando a preclusão da decisão.

Assim, pede o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL concessão liminar do pedido no sentido de suspender os efeitos do ato impugnado, ou, caso seja esse o entendimento do C. Tribunal, no sentido de dar efeito suspensivo ao agravo interposto contra a decisão liminar.

Anota-se que nada impede a correção do próprio ato em sede mandado de segurança, conforme ensina o Ministro Carlos Velloso:

"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

Nº 3899/92

fls. 016

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 2º). 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 ato. 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

NO 3929/92

fls. 017

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, portanto, 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

Nº 3899/92

fls. 018

Injunção, por vários autores, Coordenação do Ministro Sívio de Figueiredo Teixeira, 1990, pp. 85/86).

Ante o exposto, espera e pede o Ministério Público Federal concessão final de segurança a fim de desfazer o ato que concedeu a liminar, por desobedecer a literal disposição de lei, extinguindo-se o processo sem julgamento do mérito, por força dos dispositivos violados pelo ato coator.

Requer-se, finalmente, além da notificação da autoridade coatora, seja citada a autora 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.

Campo Grande, 24 de setembro de 1992.

JOÃO HELIOFAR DE JESUS VILLAR
Procurador da República

JHJV/PI