Mandado de Segurança. Área Indígena — Declaração de Posse e Definição de Limites para Demarcação Administrativa — Portaria Ministerial Decorrente de Proposição da FUNAI — Interdição da Área — Título Dominical Privado — Constituição Federal, art. 231 — ADCT, art. 67 — Lei n. 6.001/73 — Decreto Federal nº 11/91 — Decreto Federal nº 22/91.

Suficientemente pré-constituida a prova das situações e fatos da impetração, ainda que complexos, mas incontrovertidos, fica desembaraçada a via processual do "mandamus" para a verificação da liquidez e certeza, para a correta aplicação da lei.

O direito privado de propriedade, seguindo-se a dogmática tradicional (Código Civil, arts. 524 e 527), à luz da Constituição Federal (art. 5º,

XXII, C.F.), dentro das modernas relações jurídicas, políticas, sociais e econômicas, com limitações de uso e gozo, deve ser reconhecido com sujeição à disciplina e exigência da sua função social (arts. 170, II e III, 182, 183, 185 e 186. C.F.). É a passagem do Estado-proprietário para o Estado-solidário, transportando-se do "monosistema" para o "polissistema" do uso do solo (arts. 5º, XXIV, 22, II, 24, VI, 30, VIII, 182, §§ 3º e 4º, 184 e 185, C.F.).

Na "área indígena" estabelecida a dominialidade (arts. 20 e 231, C.F.), a União é nua-proprietária e os índios situam-se como usufrutuários, ficando excepcionado o direito adquirido do particular (art. 231, §§ 6º e 7º, C.F.), porém, com a inafastável necessidade de ser verificada a habilitação ou ocupação tradicional dos índios, seguindo-se a demarcatória no prazo de cinco anos (art. 67, ADCT).

Enquanto se procede a demarcação, por singelo ato administrativo, ex abrupto, *a PROIBIÇÃO, além de ir e vir, do ingresso, do trânsito e da permanência do proprietário ou particular usufrutuário habitual, a título de INTERDIÇÃO, malfere reconhecidos direitos. A Inervenção, "se necessária", somente será viável nos estritos limites da legalidade e decidida pelo Presidente da República (art. 20, Lei 6.001/73).*

Não conferindo a lei o direito à "intervenção" (não está prevista na lei 6.001/73), unicamente baseada no Decreto nº 22/91, a sua decretação revela acintoso divórcio com a legalidade.

Sem agasalho legítimo a malsinada "interdição" da propriedade, anula-se o item III, da Portaria do Senhor Ministro da Justiça, fulminando-se o labéu flutuante, nessa parte, do ato administrativo ilegal.

Segurança parcialmente concedida.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Mandado de Segurança nº 1.835
Impetrantes: Rio Vermelho Agropastorial Mercantil S/A
Destilaria Miriri S.A.
Usina Central Nossa Senhora de Lourdes S.A.
Impetrado: Ministro de Estado da Justiça
Relator p/acórdão: Sr. Ministro MILTON PEREIRA

ACÓRDÃO

Vistos e relatados esses autos, em que são partes as acima indicadas:

Decide a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, retificando os termos da decisão proferida em sessão realizada em 15.12.92, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Cesar Rocha, concedendo a segurança, nos termos em que foi postulada, tornando insubsistente o ato impugnado, no que foi acompanhados pelos Srs. Ministros José de Jesus, Gomes de Barros e Peçanha Martins que retificou seu voto anterior, por maioria, conceder parcialmente o mandado de segurança para anular o item III da Portaria Ministerial, nos termos do voto médio proferido pelo Sr. Ministro Milton Pereira, acompanhado pelo

Sr. Ministro Pádua Ribeiro; vencidos, em parte, os Srs. Ministros César Rocha, José de Jesus, Gomes de Barros e Peçanha Martins, que concediam integralmente o mandado de segurança, e vencidos, também em parte, os Srs. Ministros Garcia Vieira (Relator), Hélio Mosimann e Demócrito Reinaldo que concediam em menor extensão, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Lavrará o acórdão o Sr. Ministro Milton Pereira. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Américo Luz.

Custas, como de lei.

Brasília, DF, em 11 de maio de 1993 (data do julgamento)

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Garcia Vieira: — Rio Vermelho Agropastoril Mercantil S/A e Outras impetraram mandado de segurança contra a Portaria de 01.06.92 do Exmº Sr. Ministro da Justiça que declarou como de posse indígena permanente, para efeito de demarcação, a área de Jacaré de São Domingos, localizada no Município de Rio Tinto, Estado da Paraíba, proibindo o ingresso, o trânsito e a permanência de pessoas ou grupos de não indígenas, dentro do perímetro indicado.

Alegam ser senhoras e possuidoras de parte das terras, objeto da referida Portaria Ministerial demarcatória, inclusive de propriedades agrícolas, devidamente cadastradas no INCRA.

Acrescentam, ainda, que já na vigência da Constituição de 1891 as terras reclamadas já não integravam o patrimônio dos indígenas, vez que haviam sido demarcadas como áreas particulares, que delas passaram a ter posse mansa e pacífica e domínio, há mais de setenta anos.

Pleiteiam a concessão de liminar para determinar a imediata suspensão da interdição, para que além delas (impetrantes), não sofram também dano irreparável, a população local e os erários estadual e municipal.

Indeferida a medida liminar, por não estarem configurados os requisitos do art. 7º, inciso II da Lei 1.533/51 (fls. 484).

As informações, por terem sido prestadas a destempo, foram juntadas por linha, sustentando a inadequação da via eleita, face a complexidade dos fatos reclamar dilação probatória, inexistido direito líquido e certo.

A douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo não conhecimento do *mandamus* (fls. 488/492).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Garcia Vieira (Relator): — Sr. Presidente: — Ao longo de uma extensa e bem elaborada Inicial de 49 páginas datilografadas alegam as impetrantes em resumo que:

"1º) são senhoras e possuidoras de parte da área que a FUNAI indicou ao Ministério da Justiça e foi interditada pelo Ministro da Justiça em cadeia dominical de no mínimo 72 anos:

2º) adquiriram estas terras de pessoas sem origem indígena;

3º) têm as impetrantes o domínio e a posse destas terras, em cadeia sucessória imemorial, desde a primeira constituição republicana de 1891;

4º) os índios não tinham a posse destas terras na data da promulgação da Constituição Federal de 1934;

5º) têm as impetrantes direito a estas terras adquiridas de acordo com os títulos constitucionais vigentes em 1824 e 1891;

Seu direito a estas terras remontam em alguns casos, ao século XIX e sempre anterior a 1920, quando realizaram as aquisições mais importantes por seus antecessores imediatos;

7º) têm direito de anular a Portaria de 01.06.92 do Ministro da Justiça que lhes feriu o seu direito líquido e certo de continuar ocupando suas terras e desenvolvendo ali as suas atividades;

8º) as terras interditadas pela citada Portaria Ministerial não são tradicionalmente ocupadas pelos índios que as deixaram há mais de um século, nelas ficando apenas aqueles que se titularam; e

9º) ser ilegal a referida Portaria em face do disposto no art. 8º parágrafo único do De-

creto nº 22/91, por ter interditado a área por tempo indeterminado, quando ela só poderia ser po tempo certo."

Pretendem seja declarada a ilegalidade da Portaria (doc. de fls. 108) que, de de acordo com a proposta da Fundação Nacional do índio-FUNAI, declarou como de posse permanente indígena, para fins de demarcação a área indígena JACARÉ DE SÃO DOMINGOS, com superfície aproximada de 4.500 hab. (item 1) e proibiu o ingresso, o trânsito e a permanência de pessoas ou grupos de não índios dentro dos limites traçados.

É inegável que estes fatos, extremamente complexos e controvertidos não podem ser comprovados no âmbito estreito de mandado de segurança onde a prova é pre-constituída e não admite dilação probatória. O mandado de segurança não é sucedâneo de ação possessória. Apesar da volumosa documentação acostada à Inicial, produzida unilateralmente e sem obedecer o princípio do contraditório, não é idônea para provar posse de particulares de índios e os limites das terras de um e de outros que só através de demarcatória poderiam ser estabelecidos. Persistem sérias dúvidas sobre as questões de fato, argüidas pelas impetrantes e elas só poderiam ser dirimidas através de um procedimento ordinário de maior amplitude, onde se pudesse produzir as provas necessárias, inclusive periciais.

A questão é bem conhecida de nossos Tribunais Superiores e o Colendo Supremo Tribunal Federal, em vários precedentes, já a examinou bastando lembrar os seguintes precedentes nos Mandados de Segurança nºs 20.575-DF, DJ de 21.11.86, quando entendeu que:

"Não é possível, no âmbito estreito do 'writ', onde a prova há de ser pré-constituída, espancarem-se as dúvidas quanto a serem as terras objeto do decreto atacado ocupadas ou não por indígenas. Da incerteza quanto aos fatos resulta a iliquidez do direito."

Outro precedente de nossa mais alta Corte de Justiça é a decisão plenária no Mandado de Segurança nº 20.556-DF. Relator Eminente Ministro Célio Borja. RTJ-120/570, com a seguinte ementa:

"Declaração de ocupação indígena.

Denega-se a ordem de desconstituição do decreto Presidencial, porque o deslinde da matéria depende da indagação probatória inviável em mandado de segurança.

Mandado de Segurança indeferido."

No Mandado de Segurança nº 20.722-DF. RTJ-128/627, em decisão plenária unânime, firmou o entendimento de que:

"Mandado de Segurança. Declaração de ocupação de área indígena. Direito de servidão de passagem de que se diz titular o impetrante, incomprovado. Elementos acostados aos autos que igualmente não comprovam não seja a área sujeita à interdição de imemorial ocupação dos silvícolas Zoró. Fatos controvertidos que demandam instrução probatória inviável na via mandamental a revelar a ausência de liquidez e certeza do direito reclamado.

Mandado de Segurança indeferido sem prejuízo das vias ordinárias e cassada a liminar anteriormente concedida."

Também no Mandado de Segurança nº 20.751-DF, em decisão plenária por unânimidade decidiu que"

"Mandado de Segurança, Decreto nº 94.603 de 14.04.87, que homologou a demarcação da área indígena Pancararu.

Saber se as áreas ocupadas pelos impetrantes são ou não terras indígenas para efeito de sua inclusão no decreto que homologou a demarcação da área indígena Pankararu é questão de fato que por ser controvertida não pode ser deslindada em mandado de segurança. Ausência de direito líquido e certo.

Observância das normas estabelecidas no artigo 2º do Decreto nº 88.118, de 23.02.73, sob cuja disciplina se realizou efetivamente o procedimento administrativo de demarcação.

Mandado de Segurança indeferido ressalvadas as vias ordinárias."

Também o TFR nas Apelações em Mandado de Segurança nºs 89.323-MT, DJ de 14.06.84 e 119.084-MT, DJ de 23.06.88, decidiu no mesmo sentido em acórdãos com as seguintes *ementas*:

"ADMINISTRATIVO, FUNAI — MANDADO DE SEGURANÇA. A MATÉRIA COMO ESTA POSTA NESTES AUTOS NÃO RENDE ENSEJO A CONCESSÃO DE SEGURANÇA. É QUE PARA VERIFICAR-SE

SE REALMENTE NA DEMARCAÇÃO DE ÁREAS OCUPADAS PELOS INDÍGENAS POR DETERMINAÇÃO DA FUNAI. HOUVE INVASÃO OU APOSSAMENTO PARCIAL DA PROPRIEDADE PERTENCENTE A IMPETRANTE. A VIA ELEITA NÃO SERIA PRÓPRIA, POIS O ESCLARECIMENTO DE TAIS FATOS SÓ PODERÁ SER OBTIDO COM A DILAÇÃO PROBATÓRIA, OU SEJA, MEDIANTE A AÇÃO ADEQUADA. APELAÇÃO DESPROVIDA, SENTENÇA QUE SE CONFIRMA."

"MANDADO DE SEGURANÇA — TERRAS INDÍGENAS — DOMÍNIO ORIGINÁRIO

— É PACÍFICO O RECONHECIMENTO DO DOMÍNIO DA UNIÃO SOBRE AS TERRAS OCUPADAS PELOS SILVÍCOLAS, RECLAMAÇÃO DE PARTICULARES. QUE SE DIZEM TITULARES DE GLEBAS ALCANÇADAS POR LIMITES DE RESERVAS INDÍGENAS, NULIDADE DE TÍTULOS IMOBILIÁRIOS PORVENTURA INCIDENTES SOBRE TAIS GLEBAS, MATÉRIA DE FATO INSUSCETÍVEL DE APRECIAÇÃO NOS ESTREITOS LIMITES DO "MANDAMUS".

— APELAÇÕES PROVIDAS, SETENÇA REFORMADA."

Esta Primeira Seção no Mandado de Segurança nº 116-DF, do qual fui Relator julgado no dia 29 de agosto de 1989, também à unanimidade firmou o entendimento de que:

"O Mandado de Segurança não é via adequada para o pleito em que é exigida produção de provas."

Neste caso examinamos questão muito parecida, onde a pretensão era também de desconstituir Portaria Ministerial sobre área de terras de grupo indígena declaradas por ela como de posse permanente dos índios Guajá, no Estado do Maranhão e onde vários proprietários de terras contidas na referida área declarada como de posse dos índios, detentores de títulos fornecidos pelo próprio Estado devidamente transcritos no registro de imóveis reclamavam seus direitos. As questões de fato neste e no citado precedente (MS nº 116-DF). Guardam muita semelhança.

Não assiste razão às impetrantes quando inquiram de ilegal a referida Portaria Ministerial por ter, em seu art. 8º interditado a área por tempo indeterminado. Este dispositivo legal nada tem a ver com o processo administrativo de demarcação como bem salientou a autoridade coatora em suas informações juntadas por linha que esclarece.

"Por derradeiro, não há qualquer ilegalidade quanto ao prazo da interdição.

O art. 8º e parágrafo único do Decreto nº 22/91 nada tem a ver com o processo administrativo de demarcação.

Tais normas cuidam da *interdição provisória* de terras como ato administrativo decorrente do *poder de polícia* — expessamente mencionado no Parágrafo único — para que se preserve comunidades de índios isolados, ou sob ameaça (parte final do art. 8º). Por tal razão a interdição obviamente *é por prazo certo prorrogável.*

Coisa diversa é o processo de demarcação de terra indígena, *etapa prévia e necesária do ato final de homologação* cujo escopo é a *definição* da terra indígena. Ora, por sua própria natureza o processo demarcatório *não pode sofrer solução de continuidade* com as investidas abusivas de terceiros, por isso corretamente proibido o seu ingresso, trânsito e permanência salvo especial autorização na área." (fls. 09/10)

Não conheço do presente mandado de segurança e ressalvo às impetrantes as vias ordinárias.

VOTO - VISTA

O Senhor Ministro Hélio Mosimann: Segundo o relatório do nobre Ministro Garcia Vieira, sintetizando a petição inicial, pretendem as impetrantes seja declarada a inconstitucionalidade e ilegalidade da Portaria datada de 1º.06.92, do Ministro da Justiça e, como tal, declarada insubsistente, ato esse que declarou como de posse indígena permanente, para efeito de demarcação, a área de Jacaré de São Domingos, no município de Rio Tinto, no Estado da Paraíba, proibindo o trânsito e a permanência de pessoas ou grupos de não indígenas, dentro do período indicado.

Tanto o parecer da Subprocuradoria-Geral da República como o voto do eminente relator, posicionaram-se pelo não conhecimento do pedido.

Recebi um segundo memorial das impetrantes.

Impressionou-me sobremaneira o aspecto da questão que encerra a ilegalidade do ato do Ministério da Justiça. Por isso, requeri vista dos autos.

A combatida Portaria, expedida por sugestão da Fundação Nacional do Índio, a FUNAI objetivando a definição de limites de uma área indígena com aproximadamente 500 ha., declarou essa área como de posse permanente indígena, para fins de demarcação (fls. 108, vol. I).

Quanto ao primeiro fundamento, para o ilustre relator, é inegável que os fatos, extremamente complexos e controvertidos não podem ser comprovados no âmbito estreito do mandado de segurança, que não admite dilação probatória e não é sucedâneo de ação possessória, não sendo ainda a volumosa documentação trazida, suficiente para provar a posse de particulares e de índios, bem como, os limites das terras de uns e de outros. Assevera ainda persistirem sérias dúvidas sobre as questões de fato, a serem dirimidas em sede própria.

Nesse sentido, a jurisprudência trazida à colação.

Na realidade, o tema é solúvel tão-somente no debate das vias ordinárias, sem que isso implique na decretação de falência do mandado de segurança. O próprio Supremo Tribunal Federal já afirmou, ao tratar da mesma matéria, nas decisões que reputo perfeitamente ajustáveis ao caso presente.

No mandado de segurança nº 20.722 (RTJ 128/627), por exemplo, em que se cuidou da declaração de ocupação de área indígena, concluiu-se serem *os fatos controvertidos*, que demandavam instrução probatória inviável na via mandamental, própria às vias ordinárias, a revelar a ausência ou liquidez e certeza do direito reclamado.

No outro (MS nº 20.751-RTJ 129/578), também ficaram ressalvadas apenas as vias ordinárias, porque, saber se as áreas eram, ou não, terras indígenas para efeito de sua inclusão no decreto que homologou a demarcação da área indígena era questão de fato que, *por ser controvertida*, não poderia ser deslindada em mandado de segurança.

Outras tantas decisões do Supremo no mesmo sentido, todas tratando da ocupação indígena: RTJ, 111/1.008; 120/576; 117/529 e 124/948. Desta última, que muito se assemelha à hipótese em exame, destaco a ementa:

"Mandado de segurança contra decreto do Senhor Presidente da República, que declarou de ocupação de indígenas, áreas de terras situadas no Município de Aripuanã, no Estado do Mato Grosso, onde a impetrante é proprietária da área.

O mandado de segurança pressupõe a existência de direito líquido e certo, *apoiado em fatos incontroversos*, e não em fatos complexos que reclamam produção e cotejo de provas. Ora, *a comprovação da inexistência de posse indígena não pode ser feita de plano*, exigindo a produção das provas técnica e penal, como perícias e investigação que não se compatibilizam com o rito do mandado de segurança. Além disso, o registro público de título aquisitivo de propriedade não representa por si direito líquido, certo e inquestionável, uma vez que está sujeito à impugnação. Os instrumentos de aquisição e o registro público correspondente constituem presunção *juristantum* e não *juris et de jure*.

Denegação do Writ, ressalvadas as vias ordinárias" (Tribunal Pleno, Min. Djaci Falcão em 10.02.88).

Idêntica orientação serviu para as decisões do extinto T.F.R. e deste S.T.J. (M.S. nº 119.084 e M.S. nº 116) — o domínio das terras indígenas e a nulidade de títulos imobiliários porventura incidentes sobre tais glebas, é matéria de fato insuscetível de apreciação no *mandamus*; exigida a produção de provas, é irrelevante a titularidade do impetrante, quando a controvérsia não se resolve por provas preconstituídas.

Como se vê, esse é o entendimento jurisprudencial prevalente. Quer dizer, não basta, é irrelevante a titularidade porque a controvérsia não se resolve por provas preconstituídas. É o caso dos autos.

Apesar da robusta prova documental procurando indicar o domínio das empresas, o que não comporta discussão neste pleito, não está evidenciada a posse, física ou não, como exercício do poder de fato sobre a coisa, prova a ser produzida normalmente no juízo possessório, ou mesmo peritório (demarcatória).

Nem se diga que a posse das impetrantes é pacífica, incontestada. Tanto que a FUNAI propôs a demarcação para dirimir as dúvidas principalmente se as terras são tradicionalmente ocupadas pelos índios, na definição do art. 231, § 1º, da Constituição Federal. Os autos oferecem elementos para essa conclusão. A começar pela descrição da inicial, ao dizer que da área de 4.500 ha., 3.324,79 pertencem às empresas (fls. 18). Aí já se registra a controvérsia. Depois, inquina-se de falho, de nulo, o processo de reconhecimento (que independe da demarcação — art. 25, Lei nº 6.001/73), feito pela FUNAI, visando a demarcação da área indígena, marcado de contradições, eivado de erros (fls. 29). Prossegue aí a controvérsia. Mais: o Parecer nº 2, da FUNAI, apesar de quase ilegível, fala na invasão do que sobrou da terra indígena — na terra apropriada e invadida por não-índios — até os anos 70, os Lundgren ocuparam, intensificando-se em os conflitos com a população indígena (fls. 116). A Comissão da FUNAI concluiu: ocupação de uma região *muito maior* que a atual demarcada em 1983 e interditada em 1989 (fls. 117). Finalmente, a Equipe Técnica instituída com a finalidade de promover a identificação da terra indígena Jacaré de São Domingos revelou, em 1988 (fls. 168/169): títulos dos índios foram extraviados, destruídos; os indígenas foram espoliados de todas as maneiras, vivendo hoje em péssimas condições; devido às invasões às terras dos Potiguara, a situação é muito conflituosa, envolvendo índios, lavradores e pequenos proprietários; não restam dúvidas quanto ao direito dos Potiguara sobre as terras que reinvindicam (4.500 ha.). Sobre a situação tensa, delicada, conflituosa na área, vejam-se ainda os documentos de fls. 183 e 207, assim como a descrição de fls. 187 (inclusive morte no local).

Tudo isso, evidenciando o litígio, a disputa de posse, a controvérsia, recomenda a necessidade das medidas tomadas pelo poder público (art. 231 da C.F.), e reflete que os desencontros devem ser resolvidos através do contraditório. Não pelo mandado de segurança, que é incompatível com a produção de provas. E assim se procede não pela complexidade da matéria, mas pela controvérsia existente, inegavelmente.

Sobre a proibição de trânsito pelo local, mencionado no item III, da questionada Portaria, referindo apenas parcialmente e de passagem na penúltima folha de petição inicial de 49 laudas, a par de o problema não ter sido diretamente atacado, não se afirma que foi negada qualquer autorização para acesso às instalações ou para a prática de atos possessórios. Não se demonstra, portanto, qualquer ato concreto a ferir direito líquido e certo. Isso sem falar na segunda parte do mesmo item III, que fez a ressalva dos direitos. A proibição ficou em termos abstratos.

Ainda se compreenderia que por decisão unipessoal do relator se concedesse — caso possível (art. 63, Lei nº 6.001/73) — a liminar, em caráter eminentemente provisório. Mas não na solução definitiva do mandado de segurança, como agora. Seria trazer para o mandado de segurança, sem necessidade, a discussão adequada às vias ordinárias. A controvérsia, se houver, poderá ser resolvida em 24 horas, com medida liminar em ação própria. Digo se houver porque a Portaria ressalva a presença e a ação de particulares na área.

Reputo, pois, com o relator, necessária, indispensável até, a produção de provas o que só será possível nas vias ordinárias.

O outro ponto do pedido diz respeito à fixação de prazo na discutida Portaria, por ter interditado a área por tempo indeterminado. O voto do relator, apoiado nas informações, considera que o art. 8º do Decreto nº 22/91 nada tem a ver com o processo administrativo da demarcação.

Tenho, entretanto, que o ato, neste é ilegal, *data venia*.

Analisando-se os termos da Portaria, desde o seu preâmbulo e seus considerandos, observa-se que o Ministro da Justiça se baseou no Decreto 22, declarou como de posse permanente indígena a área para efeito de demar-

cação. E determinou a demarcação para posterior homologação na forma do art. 9º do mesmo Decreto 22/91. Ora, se o ato vem apoiado no Decreto n. 22, seguindo todo o procedimento ali previsto, e se a demarcação deverá ser homologada, respeitado o processo administrativo, como manda o art. 9º do Decreto e se a ementa desse Decreto é clara — *dispõe sobre o processo administrativo de demarcação de terras indígenas* — não compreendo como se possa dissociar do contexto o art. 8º, que prevê a possibilidade da *interdição provisória*, complementando o parágrafo único que ela vigorará por *tempo determinado, prorrogável*.

Será que, sem qualquer ressalva, pode-se aplicar o art. 9º (trata da homologação) e excluir o art. 8º (sobre a interdição)? Creio que a resposta é negativa. Mesmo porque a interdição sem prazo assumiria o caráter de verdadeiro confisco de bens ou de restrição permanente de direitos. O que não pode é a área ficar interditada indefinidamente. Por isso, entendo deva ser o ato corrigido, sem reconhecer a contaminação da Portaria no seu todo. A característica específica da decisão em mandado de segurança é que a mesma expressa uma ordem, inserida em mandado judicial, que, não atendida, configura crime de desobediência (Min. Sálvio de Figueiredo, Rev. de Doutrina da A.M.B., nº 6/19). Assim se deverá proceder e a autoridade, com toda certeza, não se furtará à fixação de prazo razoável necessário à demarcação. E assim se procedeu na concessão dos 147% aos aposentados, deferindo-se a segurança não para anular as Portarias nºs 3.485 e 3.486/91, do Ministro do Trabalho, que admitiram o reajuste de 54%, para determinar o percentual de 147, calculado na forma do art. 58 do A.D.C.T.. Da mesma forma no caso dos T.D.As., acolhendo os pedidos de segurança tão-somente para incluir a correção do IPC de janeiro de 1989, mas não para anular as Portarias do Ministro da Agricultura. Idem, quanto à Portaria do Ministro da Aeronáutica, ao fixar a taxa de permissão de uso pela ocupação de apartamentos funcionais por militares inativos.

Em conclusão, concedo parcialmente a segurança, apenas para que seja fixado prazo, na forma do disposto no art. 8º, do Decreto nº 22/91.

É o meu voto.

RETIFICAÇÃO DE VOTO

O Sr. Ministro Garcia Vieira (Relator): — Sr. Presidente, ouvi atentamente o voto do Eminente Ministro Hélio Mosimann.

Penso que, realmente, o item III da Portaria é ilegal, porque essa interdição, embora possa parecer que fosse para perdurar apenas durante o processo de demarcação, isso não foi dito.

Esta Corte pode realmente anular esse item III, determinar que se fixe um prazo que não seja superior ao necessário para a demarcação. Consultaria o Eminente Ministro Hélio Mosimann se ele estaria de acordo.

O Sr. Ministro Hélio Mosimann: — Estou de acordo.

O Sr. Ministro Garcia Vieira (Relator): Sr. Presidente, ratifico, em parte, meu voto, para conceder a segurança, e o retifico para decretar a nulidade do item III da Portaria nº 28, de 1º de junho de 1992.

Entendo que esse item, como entendeu o Sr. Ministro Hélio Mosimann, é ilegal.

VOTO

O Exmo. Sr. Ministro Peçanha Martins: — Senhor Presidente, despachando ontem, em processo semelhante, deferi medida liminar para assegurar a posse da impetrante de mandado de segurança contra Portaria do Ministro da Justiça.

Já disse uma cantora e compositora baiana que o Brasil é terra de índio. Mas, a partir do momento em que os portugueses aqui se instalaram, trouxeram uma cultura e a implantaram, como conquistadores que foram, e, ao longo do tempo, essa civilização — e já podemos assinalar que temos uma civilização — vem se forjando dentro do rigor da lei, sob a égide da Constituição.

A última delas — repetindo, aliás, conceitos anteriores — resguarda a posse de índios,

e não precisaria mais que se dissesse que o índio, no direito brasileiro, é protegido pelo Estado. Mas a Constituição, a meu ver, não consagra o que se vem fazendo na prática, e corresponde a um total afastamento do direito de propriedade e de outras regras básicas da Constituição. Essa mesma Constituição, no art. 5º, garante a igualdade de todos perane a lei, garante o direito de propriedade, o direito de ir e vir, assegura o devido processo legal aos litigantes.

Estamos diante de um caso em que o próprio Poder Executivo, através de um órgão competente, estaria em dúvida, tanto que realizara demarcação, que não é senão um processo para que se dirimam dúvidas a respeito da área da posse ou dos contornos da propriedade. Não obstante essa dúvida da FUNAI, o Ministério da Justiça declara a interdição para que se processe a demarcação, proibindo às pessoas que lá estejam, brancas, negras, mamelucas, mestiças de brancos, índios e negros, enfim, de todas as raças, de permanecerem onde labutam em prol do seu sustento e da coletividade.

É o caso típico retratado nesse mandado de segurança, porque essas terras são dedicadas, desde os tempos imemoriais, à cultura da cana-de-açúcar. Ora, essas pessoas apossaram-se das terras, as beneficiaram, implantaram culturas. Então, pergunta-se: pode o Executivo, vigente o estado de direito em que vivemos, determinar, através de portaria, que pessoas que se encontram na posse dos seus bens sejam proibidas de lá permanecerem enquanto transcorre um processo de demarcação, ou seja, enquanto se dissipem as dúvidas em relação a essa mesma posse? Creio que não. Creio que o Decreto nº 22, em seu art. 8º, é absolutamente inconstitucional, e, por isso mesmo, a Portaria, editada pelo Ministro da Justiça, é absolutamente ilegal. Entendo que, enquanto não se configure o direito dos indígenas, não é possível limitar-se o exercício do direito pelo cidadão.

Voto, Sr. Presidente, deferindo o mandado de segurança, que tem apenas por objeto a defesa de direito. Não se pretende, no caso, que se diga quem é ou não proprietário, quem é ou não exercente da posse legítima; o que se pede é que se assegure o devido processo legal às pessoas, direito de cidadãos brasileiros que estão na terra, lavrando-a em benefício próprio e de todos, de nela permanecerem enquanto não forem dela retirados pela Justiça.

ESCLARECIMENTO

O Sr. Ministro Garcia Vieira (Relator): — Sr. Presidente, V. Exª me permite?

Pelo voto que proferi e pelo que o Eminente Ministro Hélio Mosimann acabou de proferir nesta Seção, o que se entendeu foi que a posse e domínio, principalmente a posse, não ficou provada no mandado de segurança. Este não é meio adequado para se discutir posse. Por isso não conhecemos do mandado de segurança; depois conhecemos parcialmente para decretar a nulidade do item III da portaria. Esse entendimento não é só desta Seção; é também do Supremo Tribunal Federal, que tem vários precedentes. Ninguém está negando o direito de quem seja proprietário ou não, de quem seja dono de terra, de visitar suas terras. Estamos dizendo que o mandado de segurança não é o meio adequado para isso.

ESCLARECIMENTO

O Exmo. Sr. Ministro Peçanha Martins: — Senhor Presidente, o que se busca assegurar no mandado de segurança é o devido processo legal; a possibilidade de ir e vir no trato da terra a que se dedicaram implantando benfeitorias que têm o direito de proteger. Por isso mesmo é que os impetrantes tiveram o cuidado de demonstrar o direito de propriedade nos termos em que se exige dos cidadãos, porque os títulos que se encontram instruindo esse mandado de segurança são legítimos títulos de propriedade e alguns deles são anteriores à Constituição de 1891, reconhecida a posse aos idos de 1860. Mais ainda; não é possível desconhecer a legitimidade do exercício desses direitos, porque são direitos fundamentais. Se o que se buscasse aqui fosse obter, em mandado de segurança, o simples reconhecimento da posse ou do direito de propriedade, também estaria a lhe negar provimento, mas o que se preten-

de é o exercício do direito de cidadania, o direito de ir e vir naquilo que julga ser seu e de manter sob sua guarda as construções e plantações até que o Judiciário se pronuncie em contrário. Essa é que é a questão. Sem dúvida nenhuma, quem planta ou quem conhece um plantio de cana-de-açúcar não há de duvidar que alguém implantou essa cultura. É o que acontece nestes autos —, e esse é um pressuposto básico para o exercício desses direitos, que são consagrados na Constituição e devem ser protegidos mediante mandado de segurança.

Senhor Presidente, no meu voto, e até porque temos um caso idêntico, disse inconstitucional o art. 8º do Decreto nº 22. Quanto à portaria há absoluta ilegalidade do item III, ou seja, entendo que não é possível estabelecer-se proibição qualquer aos impetrantes. Quanto à demarcação, é evidente que ela se processará, mas mantido, respeitado o direito do ocupante. Foi assim que deferi. A ilegalidade, em princípio, é quanto a proibição de manter-se a ocupação durante o levantamento; nem poderia, em mandado de segurança, reconhecer propriedade ou posse sobre a área dita indígena. Defiro a segurança para o efeito de declarar a ilegalidade do item III da portaria, adiantando que o art. 8º, do Decreto 22, é absolutamente inconstitucional, porque cria a possibilidade de uma intervenção que se me afigura abusiva e inconstitucional, em face dos direitos assegurados ao cidadão, neste País.

O Exmo. Sr. Ministro Garcia Vieira (Relator): — Então V. Exa. acompanha o Relator.

O Exmo. Sr. Ministro Peçanha Martins: — Mas, então, não estão deferindo parcialmente; estão admitindo o mandato de segurança para suspender os efeitos da portaria no que diz respeito à proibição de permanência na área; para declarar ilegal o item III. Se é assim, estamos deferindo por inteiro...

O Exmo. Sr. Ministro Garcia Vieira: — Por inteiro, não. É só para marcar prazo.

O Exmo. Sr. Ministro Peçanha Martins: — ...Porque, segundo me parece, não está pleiteada em nenhum momento a cessação do processo demarcatório, nem poderia estar; o que se pleitea é a manutenção do direito de permanecer na área enquanto se processe a demarcação.

O Exmo. Sr. Ministro José de Jesus: — V. Exª me permite uma intervenção? Estou verificando, em face do Estatuto dos Índios, que foi recepcionado pela Constituição e pela portaria, que as terras já estão demarcadas. Veja bem os termos da portaria:

"Considerando que a área indígena Jacaré de São Domingos, localizada no Município de Rio Tinto, Estado da Paraíba, ficou caracterizada como de ocupação tradicional e permanente indígena, nos termos do art. 231 da Constituição Federal e do art. 17 da Lei 6.001/73, de 19.12.73.

O que diz o Estatuto do Índio no art. 23: (lê)

"Art. 23. Considera-se posse do índio ou silvícola a ocupação efetiva da terra que, de acordo com os usos, costumes e tradições tribais, detém e onde habita ou exerce atividade indispensável à sua subsistência ou economicamente útil."

A Lei diz que está caracterizada como de ocupação indígena. Estão demarcando 4.500. Há uma dúvida entre mil e poucos hectares...

O Exmo. Sr. Ministro Peçanha Martins: — Parece-me que é um levantamento provisório. Tanto é assim que nas informações pelo menos foi o que disse o Ministro Hélio Mosimann — a FUNAI propõe a demarcação para dirimir dúvidas. Este processo de demarcação, parece-me, é fundamental. Se a própria FUNAI diz no levantamento que tem de demarcar, o que se vai fazer é um processo de demarcação. Sempre entendi que à demarcação, para o efeito de expropriação ou de constituição de servidão e, no caso, para a demarcação de terras indígenas, não há como se opor a ela. A parte deverá, porém, participar desse processo administrativo de demarcação. A portaria é nesse sentido e tanto é assim que é baseado no Decreto 22, que dispõe sobre o processo administrativo de demarcação das terras indígenas.

Diz o item II:

"Determinar que a Funai promova a demarcação da área indígena, ora declarada, para posterior homologação do Presidente."

Verifico na cópia da inicial do mandado de segurança que realmente pedem a inconstitu-

cionalidade e ilegalidade da portaria sem número, e, no particular, teriam razão o eminente Ministro Hélio Mosimann e o Ministro-Relator, Garcia Vieira, quando decretam a concessão parcial. Não inquino a portaria de viciada no seu todo.

Entendo que é legítimo que se faça o processo de demarcação. Como ele vai se processar, será objeto de discussões, no processo administrativo. Razão por que retifico o meu voto para determinar apenas a concessão parcial, ou seja, a exclusão do item III.

O Exmo. Sr. Ministro José de Jesus: — Senhor Presidente. Gostaria de dar uma contribuição modesta ao debate. O art. 6º do Decreto nº 22 diz que a demarcação das terras de domínio indígena, referida no art. 32 da Lei nº 6.001/73, será procedida com base nos respectivos títulos dominiais.

Diz o art. 32:

"Art. 32. São de propriedade plena do índio ou da comunidade indígena, conforme o caso, as terras havidas por qualquer das formas de aquisição do domínio, nos termos da legislação civil."

Pela minha experiência de muitos anos como juiz, examinando problemas de terras em Goiás, está faltando aqui a chamada ação discriminatória, que é para saber da legitimidade do direito dominial.

Agora, veja V. Exa. — não estou dando o meu voto, apenas contribuindo para a discussão — se a portaria diz que já está caracterizada como de ocupação dos índios, já está definida.

Veja no item II da portaria, para o qual o Sr. Ministro Garcia Vieira me chamou a atenção:

"Determinar que a FUNAI promova a demarcação da área indígena, ora declarada, para posterior homologação do Presidente."

Falta aqui o quê? Ação discriminatória, para depurar os títulos e saber se a terra é de particular ou da União. Se desta, pertence aos índios. Por quê? Porque se V. Exas. pegarem o art. 17 do Estatuto do Índio verão o que é terra de indígena:

"Art. Reputam-se terras indígenas:

I. as terras ocupadas ou habitadas pelos silvícolas, a que se referem os artigos 4º, IV, e 19 da Constituição;

II. as áreas reservadas de que trata o Capítulo III deste Título;

III. as terras de domínio das comunidades indígena ou do silvícolas."

O Exmo. Sr. Ministro Garcia Vieira (Relator): —

Gostaria de citar o art. 231, § 1º da Constituição...

O Exmo. Sr. Ministro José de Jesus: — Não. A Constituição recepcionou tudo isto. O art. 231 diz aqui:

"Art 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens."

"§ 1º. São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições."

.....

Isto é o que diz a Constituição. Não podemos dizer de pronto, como diz a portaria, "*já está caracterizada como permanente posse dos índios*". E a demarcação de que fala o art. 19 da Lei diz assim:

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

Nesta demarcação não cabe contenciosidade. Então, o processo de dizer se os títulos, dominiais das partes envolvidas nessa segurança, têm legitimidade, se são bons ou ruins, não existe mais. A portaria liquidou com o direito das impetrantes.

O Exmo. Sr. Ministro Américo Luz: — Ministro José de Jesus, o Senhor está antecipando o seu voto?

O Exmo. Sr. Ministro José de Jesus: — Não. Estou apenas trazendo luz para o debate. O meu voto será depois.

O Exmo. Sr. Ministro Américo Luz: — Penso que, com o pedido de vista do Sr. Ministro

Pereira, essa discussão poderia ser prorrogada para a continuidade do julgamento.

Exmo. Sr. Ministro José de Jesus: — Perfeito. Mas como o Sr. Ministro Peçanha Martins mudou o seu voto — ele concedia a segurança e depois acompanhou o Relator e o Sr. Ministro Hélio Mosimann quis trazer algumas luzes, o Ministro Milton Pereira, pois ele examinará neste campo, tenho certeza. Peço desculpas a V. Exa. de ter feito esta intervenção, que me parece oportuna.

O Exmo. Sr. Ministro Peçanha Martins: — Senhor Presidente, o Ministro Garcia Vieira trouxe processo idêntico à discussão, pelo que esclareço que, em verdade, não houve uma retificação do meu voto. Votei, a princípio, entendendo inconstitucional o art. 8º, do Decreto 22, e ilegal o inciso III da Portaria. Imaginei que o pedido se contivesse apenas aí, mas verifiquei, posteriormente, que, em verdade, o pedido pretendia que se inquinasse de ilegal toda a portaria. Entendo que não é cabível, em mandado de segurança, discutir a propriedade e a posse. No particular, admitimos os títulos de propriedade como prova da legitimidade da requerente para deferir direitos fundamentais das pessoas — o de ir e vir e de defender o que é seu enquanto o Judiciário não lhe retirar a guarda. É o devido processo legal.

Quanto aos meios ou à legalidade deste processo anterior de levantamento que a Funai tenha procedido ou não, disso se cuidará em outro processo, mas não neste mandado de segurança. É isso que defendo.

Na verdade, meu voto não é igual ao do eminente Min. Relator, porque eu não digo que se defira prazo à União; declaro a ilegalidade do item III da Portaria.

O exmo. Sr. Ministro Hélio Mosimann: — Só queria ponderar ao eminente Ministro José de Jesus, que sempre foi meu mestre e continua sendo, que a lei prevê a demarcação administrativa, mas não suprime da parte o acesso ao Judiciário para discutir a decisão. O art. 9º do Decreto e também a Lei previram a homologação pelo Presidente da República e, contra essa homologação, conforme a localização, conforme as linhas da demarcação, a parte, considerando-se prejudicada, pode se insurgir, como tem se insurgido por diversas vezes através dos mandados de segurança no Supremo, que tem insurgido por diversas vezes através dos mandados de segurança no Supremo, que tem sempre remetido às vias ordinárias. E ali é discutido se são 4.500ha. ou 2.000ha., se tem posse ou não, se tem ocupação indígena, se é aqui ou ali a área de ocupação. É perfeitamente cabível.

O Exmo. Sr. Ministro Peçanha Martins: — Nisso eu concordo com V. Exa. Não poderemos discutir aqui, no âmbito deste mandado de segurança, a propriedade ou a posse, embora admitindo a fumaça do bom direito para assegurar ao cidadão o direito fundamental de ir e vir e de defender o que julga de seu direito, enquanto dele não for destituído ou desapossado, consoante o devido processo legal.

Lembra-se o Ministro César Rocha que, na verdade, meu voto não é idêntico ao de V. Exa. e ao do Relator, porque quando inquino de viciado o inciso III isso não significa que ele deva ser reeditado para que se estabeleça prazo. Será ilegal a interdição com prazo ou sem prazo, enquanto se processa a demarcação.

Esse é o meu voto.

O Exmo. Sr. Ministro Garcia Vieira: — Aliás, nosso voto é o no mesmo sentido; o que se está interpretando é a ilegalidade do item III.

O Exmo. Sr. Ministro Peçanha Martins: — Em meu voto, pelo menos, não admito que se estabeleça prazo a essa interdição. Não há interdição.

O exmo. Sr. Ministro Américo Luz: — Indago dos eminentes pares se podemos encerrar essa questão, com o resultado já proclamado e concluindo com o pedido de vista do Ministro Milton Pereira.

O Exmo. Sr. Ministro Hélio Mosimann: — V. Exª. avança um pouquinho mais. Votei para que o Ministro da Justiça publique esse prazo. Defina o prazo, que não pode ser indeterminado.

O Exmo. Sr. Ministro Garcia Vieira: — Só entendi que era ilegal porque não marcou prazo. A ilegalidade é só por não ter marcado prazo.

VOTO

O Senhor Ministro Demócrito Reinaldo: Senhor Presidente, não tenho nenhuma obje-

ção em relação ao direito supletivo, não discuto sequer a existência do direito de propriedade ou da posse dos impetrantes; o que inadmito — com base na própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em que pontificou, por muitos anos, o eminente advogado dos impetrantes como um dos seus mais competentes Ministros — é que o mandado de segurança, como se tem reafirmado, não é remédio para todos os males, não protege direito, mesmo que seja líquido e certo, se, para efeito da postulação desse direito, houver na Lei Processual Civil, o procedimento adequado. O próprio Supremo Tribunal Federal, em reiterados pronunciamentos, tem proclamado que o mandado de segurança não é sucedâneo da ação possessória (e nem de domínio) e não substitui a ação de cobrança, e assim sucessivamente. Na hipótese, a controvérsia no pertinente ao domínio e à posse é evidente e manifesta; portanto, a via eleita do mandado de segurança é inadequada para a proteção desses direitos.

Com esses fundamentos e, com os adjutório trazidos pelo Sr. Ministro HÉLIO MOSIMANN, acompanho o voto do eminente Ministro Relator.

É como voto.

Aditamento ao Voto-vista (No Gabinete)

O Senhor Ministro Milton Pereira: — peço vênia aos Srs. Ministros para dar ênfase a esse ponto. O Decreto é inovador. Cria e extravasa. Houve, ou por engano ou por ludíbrio consciente, uma fuga à lei, e mais, um atentado ao silêncio da Constituição, que não cogita da interdição. O Estatuto do Índio, como demonstração, trata da intervenção decretadas, se outra alternativa não houver, pelo Presidente da República.

O Estatuto do Índio, no seu art. 2º, diz: "em caráter excepcional e por qualquer dos motivos adiantes enumerados". É exaustivo: "Poderá a União intervir se não houver solução alternativa em área indígena determinada a providência." Repito: "por decreto do Presidente da Presidente da República".

A inovação, desculpe-me o exagero, levou-me à irritação ao perceber que autoridade hierarquicamente inferior, valendo-se de um decreto ilegítimo, substituiu o Presidente da República, sem preocupação com solução alternativa, decretando a interdição, e, abusivamente, sem prazo.

A lei, não o decreto, prevê ato evidentemente de força, severo, drástico: a intervenção, mas em caráter de excepcionalidade, "quando não ocorrer uma solução alternativa". Logo, deve ser precedida de uma avaliação para aquela medida extrema, não obstante, volto a insistir, na luz do comodismo, por simples Portaria determinado foi: interdite-se e se interdita, retorno à leitura do voto.

VOTO-VISTA

O Senhor Ministro Milton Pereira: — confrontadas as soluções ditadas nos votos proferidos pelos Senhores Ministros que me antecederam, assaltado por dúvidas e, por isso, interpelado pela prudência, socorrendo-me da via regimental, solicitei vista dos autos, para deter-me nas questões que, à ocasião, atormentaram-me como julgador. Senhorio do conhecimento que me faltava, trago os motivos do convencimento formado.

Princípio pelo ato administrativo acoimado de ilegal — Portaria do Ministro da Justiça, editada em 1º.06.1992 —, com o seguinte conteúdo informativo:

"*O Ministro de Estado DA JUSTIÇA*, no uso de suas atribuições e tendo em vista o disposto no Decreto nº 11, de 18 de janeiro de 1991, combinado com o Decreto nº 22, de 19 de fevereiro de 1991 e diante da proposta apresentada pela Fundação Nacional do Índio — FUNAI, objetivando a definição de limite da Área Indígena JACARÉ DE SÃO DOMINGOS, constante do Processo FUNAI/BSB/1052/92.

CONSIDERANDO que a Área Indígena JACARÉ DE SÃO DOMINGOS, localizada no Município de Rio Tinto, Estado da Paraíba, ficou caracterizada como de ocupação tradicional e permanente indígena, nos termos do art. 231 da Constituição Federal e do art. 17 da Lei nº... 6.001, de 19 de dezembro de 1973;

CONSIDERANDO os termos do Parecer nº... 002/SUAF de 16 de março de 1992 e Despacho do Presidente nº 002/FUNAI de 16 de março de 1992, publicados no D.O.U. de 19 de março de 1992;

CONSIDERANDO que a declaração de ocupação indígena e definição dos limites propostos visam assegurar apoio e proteção ao grupo indígena Potiguara, conforme determinações legais, resolve:

I. Declarar como de posse permanente indígena, para efeito de demarcação, a Área Indígena JACARÉ DE SÃO DOMINGOS, com superfície aproximada de 4.500 ha. (quatro mil e quinhentos hectares) e perímetro também aproximado de 27 km (vinte e sete quilômetros, assim delimitada: NORTE: Partindo do Ponto "A" — Marco 100, da Área Indígena Potiguara, de coordenadas geográficas 06"41'28, 680"s e 35 "05' 42, 721" Wgr., local denominado Balanças, segue por uma linha reta confrontando com Área Indígena Potiguara, com azimute e distância aproximados de 125"51'27" e 7.450,00 metros, até o Ponto "P" de coordenadas geográficas aproximadas 06"43'50"s e 35"02'20" Wgr., situado no local denominado como Bico do Recanto da Ostra. LESTE: Do ponto antes descrito, segue por uma linha reta com azimute e distância aproximados de 212"00'00" e 4.900,00 metros, até o Ponto "C" de coordenadas gergráficas aproximadas 06"46'07"s e 35"03'42" Wgr., situado no local denominado como Caída do Córrego. SUL: Do Ponto antes descrito segue por uma linha reta com azimute e distância aproximados de 284"10"00 e 7.750,00 metros, até o Ponto "D" de coordenadas geográficas aproximadas de 06"45'02"s e 35"07'48" Wgr., situado nas proximidades do Rio Vermelho, de frente para a entrada de Jacaraú e no lado esquerdo da Rodovia BR-101 de sentido João Pessoa/Natal. OESTE: Do Ponto antes descrito; segue uma linha reta com azimute e distância aproximados de 33"11'39" e 7.600,00 metros até o Ponto "A" — Marco 100, da Área Indígena Potiguara, início do presente descritivo.

II. Determinar que a FUNAI promova a demarcação administrativa da Área Indígena ora declarada, para posterior homologação pelo Presidente da República, nos termos do Art. 19, § 1º, da Lei nº 6.001/73 Art. 9º do Decreto nº 22/91.

III. Proibir o ingresso, o trânsito e a permanência de pessoas ou grupos de não índios dentro do perímetro ora especificado, ressalvada a presença e a ação de autoridades federais bem como a de particulares especialmente autorizados, desde que sua atividade não seja nociva, inconveniente ou danosa à vida, aos bens e ao processo de assistência aos indígenas.

IV. Esta Portaria entra em vigor a partir de sua publicação" (fl. 108).

As Impetrantes, alcançadas pelos imediatos efeitos materiais do *ato*, pleiteando decisão *liminar*, negada, procurando demonstrar, no itinerário de cadeia sucessória perfeita, a legitimidade de aquisição dominial, como senhoras e possuidoras de significativa parte das terras indicadas administrativamente "como de ocupação tradicional e permanente indígena", pelas razões e fundamentos que aduziram — de todos conhecidos na via dos memoriais distribuídos, das sustentações orais realizadas em plenário e com a oitiva do relatório antecedente ao voto do eminente Ministro Relator, peticionaram:

"... ilegal a Portaria, em face do art. 8º, parágrafo único, do Decreto nº 22, de 04.02.1991, pois declara a *interdição* da área, definitiva e permanentemente, quando o Decreto apenas autoriza a interdição *provisória, por prazo determinado*, sendo, assim, *ilegal e insubsistente*. E ferindo o direito líquido e certo das impetrantes que, na área, têm propriedades agrícolas devidamente cadastradas no INCRA, e estabelecimentos industriais em funcionamento, e se vêem impossibilitadas, por ato ilegal do Ministro e com o início dos trabalhos da demarcação, de exercerem a atividade econômica para a qual se constituiram, com ofensa ao art. 170, parágrafo único, da Constituição" (fl. 47).

Concluiram:

"... afinal, deferido o mandado de segurança, e declarada a inconstitucionalidade e ilegalidade da Portaria s/nº, de 1.6.92, do Ministro da Justiça, publicada do D.O.U. de 2.6.1992, p. 6.922, e, como tal, declarada insubsistente" (fl. 49).

Como necessário intróito, feito esse comemorativo, movido pelo forte eco da prova documentária pré-constituída, no sulco de fascinante história da colonização da área, descortinando centenária cadeia sucessória, afirmando o domínio e a posse das *Impetrantes*, pelo seu vigor, não enfrentadas pela digna autoridade coatora (informações juntadas "por linha") ou pelo Ministério Público Federal, apenasmente argumentando quanto à inadequação do "writ" para o pleiteado deslinde judicial, ressai a conclusão de que, naqueles aspectos, as razões formuladas na inicial ficaram intangidas. Desse modo, pelo enleio de fatos históricos a partir das publicações na Europa, em 1502, do "Mapa do Cantino" e do "Mapa Terra Brasilis" de 1519, a tratar da presença dos índios Potiguaras em mais de 400 léguas do território litorâneo nordestino (fls. 133 *usque* 167), ainda que se admitisse a complexidade dos fatos, porém destacadas as provas incontestadas do domínio e posse das *Impetrantes*, sobrepaira que, a respeito, não reside a controvérsia, tanto que, no pertinente, a desditosa Portaria não acudiu, só cuidando de promover a demarcação administrativa. E diferente não poderia ser, uma vez que o § 6º, art. 231, da Constituição Federal, *per se*, evidencia a possibilidade da preexistência de título dominial e posse, diretriz seguida pela Lei nº 6.001/73 (art. 19), bem explicitada no Decreto nº 22, de 1991, art. 6º: "A demarcação das terras de domínio indígena, referido no art. 32 da Lei nº 6.001, de 1973, será procedida *com base nos respectivos títulos dominiais*" (grifei).

Nesse toar, o suficiente, preconstituída a prova das situações e fatos sustentatórios dos fundamentos da impetração, a meu ver, bisando, ainda que complexos, mas incontrovertidos, desarmado eventual óbice para o conhecimento do "mandamus", fica desembaraçada a via processual para a verificação da liqüidez e certeza, pressupostos timoneiros da constituição do direito invocado, permitindo a correta aplicação da lei.

Pelo vinco do exposto, apruma-se o pórtico para o exame da Portaria ensejadora da irresignação, na busca de fundamento para reconhecer a sua eficácia ou que está desconforme à lei e, portanto, sob controle judicial, inválida para os efeitos que ocasionou.

No leito, pois, dessa investigação processual, não é demasia memorar que, na ordem constitucional brasileira, para os atos, da Administração Pública, está fundado o princípio da legalidade (legatariedade) — art. 37, Constituição Federal —. Dessarte, na sombra do corpo informativo do ato sob exame (doc. de fl. 108), estampa-se que foi editado por *autoridade competente*, obedece à *forma*, atende à *motivação* e, no pertinente, a *finalidade* plasma-se na legislação de regência.

Não obstante estar emoldurado pelos requisitos gerais, a parla de promover da *demarcação* de área apontada como de *ocupação tradicional e permanente indígena*, conseqüentes às considerações justificadoras que traz como prólogo, servindo os seus itens I e II de explicitação da finalidade maior, reclama atenção o conteúdo drástico, inflexível e autoritário do seu item III:

"*Proibir o ingresso, o trânsito e a permanência de pessoas ou grupos de não índios dentro do perímetro ora especificado, ressalvada a presença e a ação de autoridades federais, bem como a de particulares especialmente autorizados, desde que sua atividade não seja nociva, inconveniente ou danosa à vida, aos bens e ao processo de assistência aos indígenas*" *(gr.)*.

Diante dessas severas limitações, certo de que o Estado não pode disciplinar mais do que o necessário à regularidade e à necessidade de ações para efetivação de obrigações estabelecidas na ordem jurídica, torna-se impositivo o exame da legislação de regência.

Em primeiro plano, seguindo-se a dogmática tradicional, a partir do vetusto e monumental Código Civil (arts. 524 e 527), passando-se à Constituição Federal (art. 5º, XXII), dentro das modernas relações jurídicas, políticas, sociais e econômicas, sob nova visão, deve ser reconhecido que o exercício do direito *privado* da propriedade, ora por disputa ideológica, seja pela disciplina e exigência da sua função social, sofreu modificações redutivas (arts. 170, II e III, 182, 183, 186 e 231, C.F.). É a passagem do Estado-proprietário para o Estado-solidário.

É fruto de permanente sede de justiça social, exigindo um constante domínio das paixões e vigilância atenta da lei, para ser inserido, em perfeição progressiva, o desfrute da propriedade à imagem dos anseios sociais. Procura-se a paz social por obra da justiça.

Notada, pois, a intervenção do Estado, transportando-se do "monossistema" para o "polissistem" do uso do solo (NATALINO IRTI, *in* "L'etá della decodificazione" — Milano, Giuffré, 1979 — *apud* Livro de Estudos Jurídicos, nº 3 — "Aspectos da Propriedade Privada na Ordem Constitucional, de GUSTAVO TEPEDINO, p. 313 a 324), sob esse prisma interpretativo, é que emolduro a análise do multicitado *ato* intervencionista — seu item III —.

Acautelador por essas idéias gerais e pela sua essencialidade na crítica, enfatizo que a Constituição Federal, em reconhecendo os direitos originários dos índios, perdeu sentido colocar-se a questão sob os auspícios do seu art. 170, II. Com efeito, dimana do sistema constitucional que a *propriedade privada* distanciou-se do seu conceito tradicional, não podendo confrontar-se com a nova disciplina ou determinação jurídica do poder público, limitando ou direcionando o seu uso e gozo (arts. 5º, XXIV, 22, I, 24, VI, 30, VIII, 182, §§ 3º e 4º; 184 e 185 C.F.) ou, como na espécie, estabelecendo a *dominialidade da União Federal* (art. 20, XI, C.F.), destinando aos indígenas a *posse* especial das terras por eles tradicionalmente ocupadas, com exclusivo usufruto (art. 231, ref.). A *União* é nua-proprietária e os *índios* situando-se como usufrutários. Assim diz a Constituição, ficando excepcionado o direito *adquirido* do particular (§§ 6º e 7º, art. 231, C.F.; Carlos Maximiano, Direito Intertemporal, 1955, p. 61 e 62 —; Eduardo Espínola e Eduardo Espínola Filho — Tratado de Direito Civil Brasileiro — vol. II, p. 187 e 188 —; Pontes de Miranda — Comentários à Constituição de 1967 — tomo V, p. 77 e 78 —; Bandeira de Mello — Princípios Gerais de Direito Administrativo, I, 1969 — p. 287 e 288 —).

Mas, há que ser considerada, à vista do art. 231, a prévia necessidade de ser verificada a habitação ou *ocupação tradicional* pelos índios, seguindo-se a demarcatória *no prazo de cinco anos* (art. 67, ADCT), somente após o respectivo processamento administrativo, promovendo-se o registro imobiliário com os limites das "terras indígenas" (Decreto nº 22, de 1991; Lei nº 6.001/73, art. 19, § 1º).

Ora, em sendo assim, por dependência de atos preparatórios e de execução até a individualização das terras, e, enquanto se procede a demarcação, *ex abrupto*, por singelo ato, *PROIBIR*, além do ir e vir, o ingresso, o trânsito e a permanência do particular usufrutuário habitual, ressoa forte a inadequação da providência administrativa, criando intolerável conflito normativo dentro da simetria constitucional. Omitir-se, com espectro teratológico, seria recuar no tempo, repentinamente voltando-se ao *statu quo* de 1500, quando o Brasil foi descoberto e os índios Potiguaras ocupavam "400 léguas do território litorâneo nordestino". Hoje, segundo o relatório da FUNAI, pelo menos na área questionada, com a possibilidade de "identificação étnica", são 292, formando 62 famílias (fl. 132).

Frente à realidade estampada no art. 231, C.F., irretorquivelmente, devem ser cumpridos os princípios destinados ao relacionamento com as nações indígenas, mas de modo a não semear a discórdia ou o desajuste social ou, com o sacrifício da cidadania, a duras lidas, semeada pela Constituição Federal.

De avante, por esses caminhos, se existe prazo para a demarcação, por si, projetando que preexiste um bem jurídico relacionado a terceiro e, portanto, também merecedor da tutela da ordem legal, devem ser compatibilizados os direitos concorrentes, até que sejam separadas as "terras indígenas", para o efeito exclusividade do domínio da União e do usufruto dos índios; pois,

"Se não se respeitam os direitos individuais do homem, não haverá necessidade de proclamar os direitos das minorias" (Alessandro Pizzorusso — *in* "Le Minoranze", p. 77 — n. 106).

Dessa forma, repercute que a *interdição*, no seu círculo de efeitos, malfere direito das Impetrantes — máxime, apesar da provisoriedade, sem prazo definido —, como se deflui das disposições contidas no art. 8º, parágrafo único, Decreto nº 22/91; *verbis*:

"A *interdição provisória* visará o exercício do poder de polícia previsto no inciso VII do art. 1º, da Lei nº 5.371, de 05 de dezembro de 1967 e vigerá *por prazo deteminado*, prorrogável" (grifei).

No pormenor da determinação do prazo, aliás, diferente não poderia ser à luz do art. 67, ADCT, que fixa prazo certo para a demarcatória.

Noutro eito, como medida protetiva, se necessária para preservar a integridade dos índios e aos respectivos territórios (art. 8º, Decreto nº 22/91), a *interdição* só se justificaria em restritivas e expressas hipóteses legais. *In casu*, face ao antigo e pacífico usufruto das terras, não se entremontra, nem por acenos, que a integridade dos índios esteja ameaçada, que o território questionado possa ser descaracterizado, ou, com importância, dificultada ou criados obstáculos à demarcação. Os aspectos culturais e o reconhecimento do direito dos índios à posse permanente das terras por eles habitadas, conforme o seu perfil atual, independem da ordenada *interdição*. As previsões para a *interdição* aludida no art. 20, parágrafos e alíneas, da Lei nº 6.001/73, não foram invocadas.

Por isso, a "interdição" *ad perpetuam rei memoriam* retrata ato "confiscatório" de elementares direitos, lesando o próprio exercício da cidadania, configurando constrição ilegal e desvio de finalidade. Se legal fosse, teria vida efêmera. Indeterminação de prazo, constitui ilegalidade.

Isto a lume, no meu pensar, seria fugidia de receptividade, inclusive, substituindo a atividade administrativa, abrir ocasião para a fixação de prazo procedimental para o provimento interditório, ultrapassando-se os limites da chamada "discricionalidade judicial" — que, segundo alguns doutrinadores, por faltar ao Juiz liberdade ampla no agir —, com diferenças fundamentais em relação à "discricionariedade administrativa".

Sem dúvida, parece-me, o exposto tem suficiência para banir a determinação de "interdição". Contudo, na persecutória faina, descoberta de inafastável consideração põe a "pá de cal" em qualquer tentativa de aproveitamento do ato sob exame. Sim, há mais. Como sementeira frutuosa para fazer, de vez, expirar os anêmicos suspiros de vida da abordoada "interdição", lanço ao conhecimento geral que o Estatuto do Índio (Lei nº 6.001/73), faz absoluto silêncio sobre a *interdição* (= embargo, impedimento, privação de certos direitos ou da regência de bens). Somente, *em caráter excepcional*, atualizando exaustivas hipóteses, contempla a *INTERVENÇÃO* (= imposição de medidas à mantença da integridade de bens, substituição do titular de direitos, interferência nos negócios de outro) — art. 20, parágrafos e alíneas, da Lei referida. A respeito, a Constituição é silente (art. 231; art. 67, ADCT). Diga-se, *interdição* decidida pelo Presidente da República (art. 20, Lei cit.). Pois bem, dita "interdição", via oblíqua, substituindo, fugiu da necessária decisão presidencial, cingindo-se à vontade do administrador, hierarquicamente inferior, num ludibrio à lei.

Nesse sulco, embora ontologicamente aproximadas, mas, quanto à sua natureza jurídica, dotadas de fins e fundamentos diversos, não conferindo a lei o direito à interdição, unicamente, premunindo a Administração Pública da cautelar *interdição* — repita-se, em *caráter de excepcionalidade* —, à toda evidência, a metamorfose de uma por outra ocorreu no Decreto nº 22, de 04/02/1991 (fls. 109 e 110), baseando-se a autoridade em *suposta* autorização contida na Lei nº 6.001/73 e, pasmem, na Constituição, que, a propósito, é silente, enquanto o relembrado texto legislativo especial, só cogita da *intervenção* (ver o prólogo do Decreto citado).

Mesmo sob a admoestação de estar bisando, colaciona-se que, no mencionado *prólogo*, foi suplicada base no art. 2º, IX, Lei nº 6.00.1/73. Ora, cuida o dispositivo de garantias aos índios, sem o grilhão da "interdição" ou, até mesmo da "intervenção". À sua vez, o Decreto nº 11, de 18 de janeiro de 1991, não apadrinha a pretensão e, no tocante à competência do Presidente da República, em nenhuma disposição, se lhe faculta agir como fez (art. 84 e incisos, C.F.; *antes*, art. 81 e incisos, C.F./67 e emendas). Clamar pela Lei nº 5.371/67 seria desperdiçar o tempo.

Dessarte, sobressaindo o acintoso divórcio da criticada provisão com a legaldade, às cla-

ras, extravasando o Decreto das lindes apropriadas às suas finalidades, consabido que, em situação inferior à lei, deve explicar e orientar, sem inovar, sem contrariar ou superar a norma hierarquicamente superior, sobeja que não tem agasalho legítimo a inserção do procedimento de *interdição*. Enfim, como invadiu as *reservas da lei*, ainda que a sua edição tenha sido para facilitar a aplicação da norma constitucional e da Lei nº 6.001/73, como são pode autonomamente substituí-las, tal provisão não pode prosperar.

Para não adejar dúvidas, deixo registrado que, fora a *interdição*, no meu entender, outros estorvos não existem para a execução procedimental da demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios ou por eles habitadas em caráter permanente (art. 231, C.F.).

Na medida e no contexto, cimentada a motivação, entendendo que o controle do ato judicial, no caso, homenageando o direito, dever ser apropriado à manutenção do equilíbrio diante do conflito dos interesses públicos e privados, demonstrada a ilegalidade da "interdição", seja pela omissão do prazo, quer porque, como salientado, gerada por decreto, sob o estigma de orfandade da lei, objetivamente, não alvorecendo a necessidade da *interdição*, como expressamente estabelecido na redação legal, só razoável em previstas situações de *excepcionalidade*, para desconstituí-lo, na sua parte vulnerável, debelando o labéu fluente do ato administrativo, parcialmente, *concedo a ordem*, anulando o item III, da Portaria atacada. Quanto aos demais ítens, até aqui, não afrontosos à legislação esmiuçada, continuam subsistindo, ficando anotada que, para discussão da demarcatória, como forma de proteção ao seu direito de propriedade, com amplo contraditório, reconheço às Impetrantes o uso de ação petitória ou possessória, se assim pretenderem.

É o meu voto-vista.

VOTO — VISTA

O Exmº Sr. Ministro César Rocha: — Reporto-me ao relatório feito pelo eminente Ministro GARCIA VIEIRA e relembro que Sua Excelência, após reformular o seu judicioso voto, entendeu, juntamente com os eminentes Ministros HÉLIO MOSIMANN e DEMÓCRITO REINALDO, conceder parcialmente a segurança para o fim de deteminar à autoridade apontada como coatora fixar o prazo da proibição de que trata o item III do ato impugnado, na forma do Decreto nº 22 de 1991 (Min. HÉLIO MOSIMANN, fl. 18 do seu voto), de sorte que esse prazo "não seja superior ao necessário para a demarcação" (Min. GARCIA VIEIRA, fl. 19).

Já os eminentes Ministros PEÇANHA MARTINS e MILTON PEREIRA, igualmente concederam parcialmente a segurança mas para declarar a ilegalidade do item III da Portaria atacada (fl. 39).

Dos votos antecedentes, nota-se realçado o argumento da impossibilidade de aferir-se o direito líquido e certo postulado pelos impetrantes face a complexidade da matéria fática exposta, cujo conhecimento, em toda a sua extensão, transbordaria os limites estreitos do mandado de segurança, só servível, como de curial saber, a apreciar a prova pré-constituída, já totalmente formada e trazida no instante mesmo de sua impetração.

Ouso todavia, e o digo com muita reverência, discordar de vozes tão autorizadas e de quem sempre recolhi e recolho os mais sábios ensinamentos.

O *punctum saliens* da causa está em saber se a Administração poderia declarar — como declarou — "como de posse permanente indígena" a área indicada na Portaria hostilizada.

Ressalto que a Portaria atacada já deu como certo ser, referida gleba de terra, de posse permanente indígena.

Daí a indagação que me fiz, ao ouvir os judiciosos votos antecedentes, se de toda prova documental e de origem inquestionavelmente sadia que foi trazida aos autos pelos impetrantes, tem-se ou não o ensejo de se aferir se realmente a área de que se cuida é tradicionalmente de posse indígena.

Por isso, para melhor examinar tudo quanto dos autos consta, é que pedi vista dos autos.

É certo que o art. 231 da CF reconhece aos índios "os direitos originários sobre as terras

que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens".

Todavia, para que tal demarcação ocorra, é indispensável a constatação de um pressuposto, qual seja a ocupação tradicional, vale dizer, a posse reconhecida, a habitação localizada e permanente dos silvícolas.

É preciso, pois, que a posse seja presente e tradicional, já que, se assim não fosse, todo o território nacional poderia ser demarcado por ter sido em certa época todo de ocupação indígena.

No caso, a autoridade impetrada não contesta, em nenhum momento, a posse e o domínio dos impetrantes. Só impugna a questão de direito, qual seja a que diz respeito em saber qual a extensão do disposto no art. 231 da CF.

Não contestando a matéria tática trazida na inicial, tão robustamente comprovada, acena com uma tese sedutora, a que somos extremamente receptivos todos os magistrados, qual seja a de que o deslinde da querela em exame levaria a que se penetrasse no campo proibido, terrivelmente proibido, em sede de mandado de segurança, de questões possessórias.

Todavia, na hipótese em debate, a matéria de fato se torna de menor importância sob o aspecto de que pode ser analisada sem que se busque os caminhos impenetráveis da dilação probatória, na medida em que os impetrantes demonstraram de forma irretorquível a mais não poder, que têm posse imemorial na área cogitada e a própria FUNAI já chegou a reconhecer como área não indígena, a que é objeto do presente feito.

Aliás, após a leitura de todas as peças processuais, não se deve estranhar o silêncio da própria autoridade impetrada no referente a não contestar a matéria fatica afirmada e comprovada pelos impetrantes. É que a própria FUNAI assumiu posições claudicantes no que diz respeito à real caracterização da área referenciada.

Por outro lado, tenho sempre em conta que o *writ* visa a desconstituir um ato que já deu a gleba em referência — reprise-se uma vez mais — como sendo tradicionalmente de ocupação indígena, estou em que, para ser feita tal afirmação, para se chegar a tal conclusão, de repercussões gravíssimas, pois atinge em cheio o sagrado e consagradíssimo direito de propriedade, teria a FUNAI, órgão informador de que resultou o ato em apreciação, trazer elementos absolutamente convincentes no referente a tal assertiva.

Ou esse argumento se impõe ou estaríamos a fragilizar o direito de propriedade, a desimportantizar os registros públicos imobiliários, base em que se sustenta aquele direito de propriedade, e, para reflexão dos processualistas, invertendo o ônus da prova. Quanto a este último aspecto, a admitir-se a inversão do ônus da prova, estaríamos a permitir que a FUNAI, em outra suposta hipótese, pudesse, descurando-se de tudo quanto consta nos registros imobiliários, declarar uma outra determinada área como sendo tradicionalmente de ocupação indígena. Aí, o proprietário, se quizesse, que procurasse os caminhos processualísticos ordinários, para provar que tal pedaço de chão lhe pertence...

Não, não foi e não é esse certamente o custo que pretendeu impor o legislador constitucional para proteger e preservar a civilização indígena remanescente, por mais sensível que tenha sido, como foi e como também sou, a tão delicada questão e sobre a qual todos devemos devotar as nossas maiores preocupações.

Assim, entendo que, remeter os impetrantes às vias ordinárias para defenderem a terra cujos domínio e posse são imemoriais, pois centenários, e comprovados com documentos públicos, com presunção de veracidade militando a seu favor, importa em perceber a questão por desviado enfoque. Ademais, mesmo que venha a ser reconhecida, nas vias ordinárias, referida gleba como sendo dos impetrantes, ainda assim precisaria, a posteriori, desconstituir referida Portaria na parte em que já a declarou — repito — como de posse permanentemente indígena.

Agora um argumento final e definitivo: poder-se-á, até, pairar dúvida quanto a que parte da gleba dos impetrantes está contida a terra já declarada como de posse indígena tradicional; mas, com convicção eu digo, depois de se ler tudo quanto dos autos consta, por-

tão enriquecida impetrada — é induvidoso que não é tradicionalmente indígena a posse sobre toda gleba já declarada como tal.

Apenas tal constatação já me levaria a ter por reparável a Portaria hostilizada. Somando-se a isso tudo quanto acima afirmei, não tenho outro caminho senão a, pedindo mais uma vez vênia aos eminentes Ministros prolatores dos judiciosos votos antecedentes, conceder a segurança, nos termos em que foi postulada, tornando insubsistente o ato impugnado.

VOTO - VOGAL

O Senhor Ministro Antônio de Pádua Ribeiro: — Sr. Presidente, ouvi atentamente os votos que, até aqui, foram proferidos e li, com todo cuidado, os memoriais que me foram trazidos pelo eminente advogado da impetrante. A esta altura, formei convicção sobre a matéria. A meu ver, considerando que, realmente, o mandado de segurança é uma via estreita, destina-se atacar ato de autoridade praticado com ilegalidade ou abuso de poder, a prova há de ser pré-constituída.

Creio que a discussão de propriedade ou posse exorbita do âmbito da impetração, uma vez que se trata de matéria de alta complexidade, não jurídica, mas probatória.

O ilustre Advogado, realmente, produziu um trabalho brilhante, até sob o aspecto probatório, a questão acha-se muito bem posta. Todavia, penso que este não é o momento próprio para se avaliar as provas, que deverão ser apreciadas com uma amplitude maior nas vias ordinárias, inclusive, se necessário, com a realização de perícia.

Todavia, não posso negar, de forma alguma, que o item III da Portaria viola o expresso dispositivo consubstanciado no parágrafo único do art. 8º do Decreto 22, de 04 de fevereiro de 1951, que dispõe sobre o processo administrativo de demarcação das terras indígenas e dá outras providências. Na verdade, o item III proíbe o ingresso, o trânsito e a permanência de pessoas ou grupos de não-índios dentro do perímetro ora específico — e essa especificação consta do item I da Portaria — ressalvada a presença e a ação de autoridades federais, como a de particulares especialmente autorizados, desde que a sua atividade não seja nociva, inconveniente ou danosa à vida, aos bens e ao processo de assistência aos indígenas. Esse dispositivo esté em confronto com o parágrafo único do art. 8º, antes mencionado, que diz que a interdição provisória visará o exercício do poder de polícia, previsto no inciso VII do art. 1º da Lei 5.371, de 5 de dezembro de 1967 e vigerá por prazo determinado, prorrogável. Creio que a falta de fixação deste prazo torna a Portaria ilegal neste ponto, porquanto está a atingir o direito de propriedade, sem considerar a restrição ao exercício do poder de polícia, consistente na fixação do prazo.

É por isso que concedo parcialmente a segurança, acompanhando o primeiro voto discordante nesse sentido.

VOTO (Vencido em Parte)

O Sr. Ministro José de Jesus Filho: — Sr. Presidente. Pedi os autos ao Sr. Ministro César Rocha, que os detinha para voto-vista, a fim de examinar a Portaria questionada que as impetrantes fizeram transcrever nas fls. 02, da Segurança. Vejam V. Ex.as — peço atenção para este detalhe: (lê)

"O Ministro da Justiça (D.O.U., Seção I, de 02.06.92, p. 6.922), adiante transcrita, pelos motivos que expõem, com pedido de *liminar*, que adiante (item XII), se explicará.

I.PRELIMINARMENTE

1. A competência para o julgamento deste mandado de segurança é deste Superior Tribunal de Justiça, nos termos expressos do art. 105, II, da Constituição, pois a Portaria impugnada é do Sr. Ministro da Justiça, como se vê do doc. 11.

2. Tempestiva é a impetração: o ato atacado (Portaria) é de 01 de junho de 1992, publicado a 02, dia seguinte, no "Diário Oficial" da União.

II.A PORTARIA

1. em 01.06.92 o Exmo. Sr. Ministro da Justiça baixou Portaria s/n do seguinte teor (doc. 11):

"Portaria de 1º de junho de 1992.

O Ministro de Estado da Justiça, no uso de

suas atribuições e tendo em vista o disposto no Decreto nº 11, de 18 de janeiro de 1991, combinando com o Decreto nº 22 de 19 de fevereiro de 1991 e diante da proposta apresentada pela Fundação Nacional do Índio — FUNAI — objetivando a definição dos limites da Área Indígena JACARÉ DE SÃO DOMINGOS, constante do Processo FUNAI BSB/1052/92.

CONSIDERANDO que a Área Indígena JACARÉ DE SÃO DOMINGOS, localizada no Município de Rio Tinto, Estado da Paraíba, ficou caracterizada como de ocupação tradicional."

Diz o Sr. Ministro: (lê)

"CONSIDERANDO os termos do Parecer nº 002/SUAF de 13 de março de 1992 e Despacho do Presidente nº 002/FUNAI de 16 de março de 1992, publicados no D.O.U. de 19 de março de 1992;

CONSIDERANDO que a declaração de ocupação indígena e definição dos limites propostos visam assegurar apoio e proteção do grupo indígena Potiguara, conforme determinações legais, resolve:

I. Declarar como de posse permanente indígena, para efeito de demarcação, a área Indígena JACARÉ DE SÃO DOMINGOS, em superfície aproximada de 4.500 ha. (quatro mil e quinhentos hectares) e perímetro também aproximado de 27 km (vinte e sete quilômetros), assim delimitada: NORTE: Partindo do Ponto "A" — Marco 100, da Área Indígena Potiguara, de coordenadas geográficas 0641º'28,680" S e 35º05'42,721" Wgr., local denominado Balanças, segue por uma linha reta confrontando com Área Indígena Potiguara, com azimute e distância aproximados de 125º 51'27" e 7.450 metros, até o ponto B de coordenadas geográficas aproximadas de 0,6º 43'50"S e 35º02'22"Wgr., situado no local denominado como Bico do Recando da Ostra. LESTE: do ponto antes descrito segue por uma linha reta com azimute e distância aproximados de 272º00,00" e 4.900,00 metros até o Ponto C de coordenadas geográficas aproximadas de 0,6º46'07"S e 35º0,3'42"Wgr., situado no local denominado como Caída do Córrego. SUL: Do ponto antes descrito, segue por uma linha reta, com azimute e distância aproximados de 284º10'00" e 7750,00 metros, até o ponto D de coordenadas geográficas aproximadas 0,6º45'02" S e 35º07'48"Wgr., situado nas proximidades do Rio Vermelho, de frente para a entrada de Jacaraú e no lado esquerdo da Rodovia BR 101 de sentido João Pessoa/Natal. OESTE: do ponto antes descrito, segue por uma linha reta com azimute e distância aproximados de 33º11'39" — 4.600,00 metros, até o ponto A º marco 100, da Área Indígena Potiguara, início do presente descritivo.

II. Determinar que a FUNAI promova a demarcação administrativa da Área Indígena ora declarada, para posterior homologação pelo Presidente da República, nos termos do Art. 19, § 1º, da Lei nº 6.001/73 e Art. 9º do Decreto 22/91.

II. Proibir o ingresso, o trânsito e a permanência de pessoas ou grupos de não índios dentro do perímetro ora especificado, ressalvada a presença e a ação de autoridades federais, bem como a de particulares especialmente autorizados, desde que sua atividade não seja nociva, inconveniente ou danosa à vida, aos bens e ao processo de assistência aos indígenas.

IV. Esta Portaria entra em vigor a partir de sua publicação".

Sr. Presidente. Tendo as impetrantes prova específica de domínio registrada em cartório e não tendo sido examinado o direito dessas, em face da garantia do direito de propriedade — o qual, por sua vez, é uma garantia da Constituição — não poderia, a meu sentir, a FUNAI levantar dados e o Sr. Ministro declarar, desde logo, como terra tradicionalmente ocupada pelos índios, porque é a própria Constituição que caracteriza o que é terra tradicionalmente ocupada pelos índios.

O art. 231, § 1º, diz: (lê)

"São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições."

Ora, se lá existe duas usinas gerando riqueza, se existem documentos em cartório, pro-

vando a propriedade dessas empresas, propriedades imemoriais, como declarar de permanente e tradicionalmente ocupadas pelos índios, sem ao menos examinar a legalidade ou não dessa titularidade dominial?

Os senhores poderiam argumentar que o § 6º do art. 231, diz assim:

"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 lagos nelas existente, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé."

Perguntaríamos: esse dispositivo teria aplicação de imediato se não houvesse nenhum registro em cartório de titularidade dominial? Seria prático. Mas existindo a prova do domínio como é que ficaria o direito de propriedade que é uma garantia prevista no art. 5º, inciso XXII, da atual Constituição? Não podemos considerar como legítima essa Portaria do Sr. Ministro sem examinar o direito de propriedade. Não é matéria processual, estamos discutindo a legitimidade dessa Portaria. Essa Portaria só se tornaria legítima se nessa área não houvesse ninguém explorando com titularidade dominial e sim garimpeiros ou outros exploradores sem nenhum título legítimo. Assim, poder-se-ia dizer: perfeita a Portaria do Sr. Ministro, mandando demarcar, de pronto, como terra tradicionalmente dos índios. Os índios não estão ocupando as áreas das usinas, as áreas de lavoura, as quais estão produzindo riquezas. Não podemos discutir esse direito sem levar em consideração essa titularidade dominial, repita-se, fartamente provada nos autos.

Penso, e disse aqui na última sessão em que se discutiu a matéria, que, em primeiro lugar, dever-se-ia examinar a legitimidade desses títulos em uma ação discriminatória. Para isso existem os instrumentos adequados, existe uma lei que disciplina a ação discriminatória, a qual está recepcionada pela Constituição e que deveria ter sido usada, para depois dizer se as terras pertencem aos particulares ou se pertencem aos índios.

Assim, em primeiro lugar, tenho para mim, dever-se-ia discutir na ação própria, a legitimidade dos títulos que foram apresentados, registrados em cartório como prova dominial, para depois cuidar-se da Portaria. A Portaria já está definindo que as terras são tradicionalmente de ocupação indígena, vamos demarcar os 4.500 ha. e o Presidente da República vai sancionar isso, sem ao menos pensar no direito de propriedade que é uma garantia da Constituição.

O Sr. Ministro César Rocha: — A propósito da sustentação de V. Exa., ressaltaria que toda essa documentação extraída do cartório de registro de imóveis foi informda diante de uma informação de um técnico da FUNAI, pois foi com base nessa informação que a ilustre autoridade coatora já declarou como de posse tradicionalmente indígena a área cogitada. Um mero relatório de um técnico da FUNAI está derrogando todos esses títulos, já seculares, extraídos do cartório registral imobiliário.

O Sr. Ministro José de Jesus Filho: — Vejam bem. Um técnico da FUNAI, sem o contraditório, sem ouvir os interessados, sem um exame pericial adequado, diz que esses documentos não têm valor jurídico e, diante disso, o Ministro, acatando o parecer desse técnico, lavra a Portaria, considerando que as terras são tradicionalmente de índios. Como fica o direito de propriedade nas mão de um técnico da FUNAI, que é altamente suspeito? *Data venia.*

O Sr. Ministro César Rocha: — Há ainda mais um aspecto: a FUNAI agora apenas demarcará a terra, ou seja, colocará os limites, o muro, na terra que ela disse ser tradicionalmente indígena, não fazendo a discriminatória, como desavisadamente se pode pensar. Já está delimitada a área, a FUNAI vai apenas cercá-la, na demarcatória.

O Sr. Ministro José de Jesus Filho: — Nisso é que consiste, no meu sentir, o arbítrio do Sr. Ministro da Justiça ao declarar, de pronto, numa Portaria, que toda essa documentação, legitimamente registrada em cartório, até prova em contrário, não tem nenhum valor jurídico.

A Constituição garante esse direito de propriedade até prova em contrário, não discuto detalhe de prova, mas discuto, em meu voto se podia o Sr. Ministro da Justiça, com base num parecer de um técnico da FUNAI, sem o contraditório, sem o exame adequado, sem a prova ou a contra-prova da legalidade desses títulos dizer que esses registros não têm nenhum valor jurídico? Aí constitui, o que chamo de abuso do poder.

Para resumir, Sr. Presidente, peço vênia aos demais Srs. Ministros, que apenas considerem irregular o inciso III da Portaria, para acompanhar o Sr. Ministro César Rocha, concedendo integralmente a segurança tal como foi pedida.

VOTO (Vencido em Parte)

O Exmo. Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros: Sr. Presidente, peço vênia aos demais Srs. Ministros para acompanhar o Sr. Ministro César Rocha, e pediria vênia para fazer apenas uns poucos registros.

O primiero registro é a lembrança daquela observação do saudoso Pedro Aleixo no sentido de que uma lei violenta é tanto mais perigosa quanto menos influente, teoricamente, a autoridade que a aplica. Assim, o Ato Institucional era perigoso, menos quando utilizado pelo Presidente da República, do que, quando aplicado pelo inspetor do quarteirão. Aqui se verifica, na prática, essa máxima.

Depois, parece-me ainda que o item I da Portaria afirma uma inverdade, declarando que os terrenos são de posse permanente dos índios, quando os autos mostram fartamente que ali existem plantações industriais administradas e exploradas por não-índios.

Lembro, a título de ilustração, de que aqui no Distrito Federal, por volta de 1964, tentou-se afirmar que não existia — com base na interpretação do art. 3º da Constituição de 1981 — propriedade privada. Semelhante assertiva fazia tábula reta dos resgistros públicos, relativos a vários domínios particulares.

Isso nos causou — e tenho experiência por ter sido Procurador do Distrito Federal — prejuizos, ainda hoje irreversíveis.

Por último, lembro que, no Brasil, adotamos o sistema do registro público e foi assim que o Supremo Tribunal Federal superou o impasse do Distrito Federal, afirmando que registro público gera a presunção de propriedade que só pode ser desconstituída através de declaração do Judiciário.

Com estes fundamentos, Sr. Presidente, acompanho o brilhante voto do Sr. Ministro César Rocha.

RETIFICAÇÃO DE VOTO

O Exmo. Sr. Ministro Peçanha Martins: — Mas pelo que está me parecendo — e volto a pedir esclarecimento ao eminente Ministro-Relator — não teria sido obedecido esse processo na identificação das áreas. A informação que nos traz o eminente Ministro César Rocha é a de que haveria apenas um parecer técnico de um funcionário da Funai. Ora, esse parecer está longe de configurar o processo a que se refere o Decreto nº 22. E, sendo essa a realidade do processo, não há que se levar em conta o pronunciamento da União em torno da matéria. Creio que seria de se declarar insubsistente toda a Portaria por ilegal, posto não ter sido obedecida a legislação mormente quanto à tramitação que deveria ter sido levada em conta, e a que estavam as autoridades obrigadas a cumprir.

Diante desse pressuposto e com essas considerações, retifico o meu voto para acrescentar, no particular, adesão ao voto do eminente Ministro César Rocha e declarar insubsistente toda a Portaria.

VOTO

O Exmo. Sr. Ministro Peçanha Martins: — Senhor Presidente, quando emiti o meu voto, logo após ao pronunciamento do eminente Ministro Hélio Mosimann, o fiz no pressuposto de que a União houvera procedido dentro do rigor estabelecido pelo Decreto nº 22, de 04 de fevereiro de 1991, que dispõe sobre o processo administrativo de demarcação das terras indígenas e dá outras providências.

Nesse Decreto, dispõe-se sobre o levantamento topográfico, à identificação da área dos índios, da qual imagino devam ter participado as pessoas que no local mantivessem culturas, inclusive os proprietários dos engenhos a que se referiu o eminente Ministro José de Jesus. Não tive oportunidade de compulsar os autos. Votei no pressuposto de que a Presidência da República, o Ministério da Justiça e a Funai, órgãos públicos, tivessem obedecido ao devido processo legal estabelecido, por isso mesmo que a posse dos índios não pode ser comparada àquela de vinte ou trinta anos. Trata-se de posse imemorial e, como já havia dito, esta era uma terra de índios. Presumindo que a autoridade pública tivesse percorrido todos os trâmites legais estabelecidos, ou seja, tivesse identificado a área e ensejado às pessoas a participação no processo administrativo, como inclusive se diz aqui, é que emiti uma opinião apenas pela nulidade do inciso III, tendo em vista que o Mandado de Segurança é uma via estreita, na qual se permite discutir propriedade ou posse.

Relator: Exmo. Sr. Ministro Garcia Vieira; Revisor: Exmo. Sr. Ministro; Presidente da seção: Exmo. Sr. Ministro Américo Luz; Subprocurador-geral da República: Exmo. Dr. José Arnaldo da Fonseca; Secretário. Bel. João Pereira Filho.

AUTUAÇÃO

Impte: Rio Vermelho Agropastoril Mercantil S/A; Impte: Detilaria Mariri S/A; Impte: Usina Central Nossa Senhora de Lourdes S/A; Advogado: Oscar Dias Corrêa; Impdo: Ministro de Estado da Justiça.

CERTIDÃO

Certifico que a Egrégia PRIMEIRA SEÇÃO ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

'Retificando os termos da decisão proferida em sessão realizada em 15.12.92 prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro César Rocha concedendo a segurança, nos termos em que foi postulada, tornando insubsistente o ato impugnado, no que foi acompanhado pelos Srs. Ministros José de Jesus, Gomes de Barros e Peçanha Martins que retificou seu voto anterior; a Seção, por maioria, concedeu parcialmente o mandado de segurança para anular o item III da Portaria Ministerial, nos termos do voto médio proferido pelo Sr. Ministro Milton Pereira, acompanhado pelo Sr. Ministro Pádua Ribeiro; vencidos, em parte, os Srs. Ministros César Rocha, José de Jesus, Gomes de Barros e Peçanha Martins, que concediam integralmente o mandado de segurança, e vencidos, também em parte, os Srs. Ministro Garcia Vieira (Relator), Hélio Mosimann e Demócrito Reinaldo que o concediam em menor extensão.

Lavrara o acordo o Sr. Ministro Milton Pereira.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Américo Luz.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 11 de maio de 1993.