

**AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0029586-43.2012.4.03.0000/MS**

2012.03.00.029586-3/MS

RELATORA : Desembargadora Federal CECILIA MELLO  
AGRAVANTE : Fundacao Nacional do Indio FUNAI  
ADVOGADO : FREDERICO ALUISIO CARVALHO SOARES  
AGRAVADO : OSMAR LUIZ BONAMIGO  
ADVOGADO : ARMANDO ALBUQUERQUE e outro  
PARTE RE' : Uniao Federal  
ADVOGADO : TERCIO ISSAMI TOKANO  
PARTE RE' : COMUNIDADE INDIGENA PYELITO KUE  
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 1 VARA DE NAVIRAI > 6ª SSJ> MS  
No. ORIG. : 00000328720124036006 1 Vr NAVIRAI/MS

Cuida-se de agravo de instrumento interposto pela Fundação Nacional do Índio - FUNAI contra a r. decisão do MM. Juiz Federal da 1ª Vara de Naviraí/MS, reproduzida às fls. 281/287, que nos autos da ação de manutenção de posse proposta por Osmar Luis Bonamigo em face da Fundação Nacional do Índio - FUNAI e da União Federal, deferiu o pedido de liminar para determinar a retirada imediata de silvícolas da Comunidade Indígena Pyelito Kue que se encontram estabelecidos na área da Fazenda Cambará no Município de Iguatemi/MS e, ainda, fixou multa diária no valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais) em caso de descumprimento, a ser suportada pela recorrente.

Alega a Fundação Nacional do Índio - FUNAI que a área em que se encontra localizada a Fazenda Cambará é objeto de estudo com vistas a identificar e delimitar as terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas desde 2008, época em que foi publicada a Portaria nº 790, o que significa que não se tem, até o presente momento, a confirmação de quem são os verdadeiros proprietários das terras.

Aduz que o Grupo de Trabalho já se pronunciou no sentido de que a Fazenda Cambará se encontra na região denominada Bacia Iguatemipeguá, área tradicionalmente ocupada pelos índios, situação que torna questionável as alegações do

autor da possessória de que é legítimo proprietário das terras.

Sustenta que a cadeia dominial apresentada pelo autor não deve ser encarada como verdade absoluta, vez que outros documentos demonstram que os índios foram expulsos de suas terras com o objetivo de favorecimento de interesses privados.

Assevera que existem agrupados, numa área de 10 (dez) mil metros quadrados e de reserva legal, cerca de 160 (cento e sessenta) índios, situação que não atrapalha em absolutamente nada a atividade da Fazenda Cambará, até porque a área total das terras é de mais de 760 (setecentos e sessenta) hectares.

Afirma que os índios estão desenvolvendo a caça, a pesca e a coleta na região, mantendo resguardada a integridade da vegetação nativa e os bovinos criados na Fazenda.

Salienta que o permanente estado de remoção da comunidade indígena na região, em decorrência das sucessivas decisões judiciais de reintegração de posse, tem despertado a indignação dos silvícolas, os quais ficam privados de condições mínimas de sobrevivência (habitação, segurança, alimentação, saúde), fato este que contraria a própria ordem constitucional.

Ressalta que não detém a tutela da comunidade indígena presente na região, não influencia no seu modo de vida, na sua cultura e nem mesmo foi responsável pela retomada da área em conflito e, portanto, não pode ser penalizada com a estipulação de multa em caso de descumprimento da ordem judicial.

Pugna pela atribuição de efeito suspensivo, a fim de que seja revogada a ordem de desocupação da área pelos índios, ou pelo menos até o término dos estudos técnicos e, ainda, pela revogação da ordem que determinou o pagamento de multa em caso de descumprimento.

É o relatório.

DECIDO.

O caso dos autos reflete, de um lado, o drama dos índios integrantes da Comunidade Indígena Pyelito Kue que, assim como outros tantos silvícolas brasileiros, almejam de há muito a demarcação de suas terras. E, de outro lado, o drama não menos significativo daqueles que hoje ocupam terras supostamente indígenas que, na maioria das vezes, adquiriram a propriedade ou foram imitados na posse de forma lícita e lá se estabeleceram.

Acrescente-se, ainda, que os indígenas se encontram em situação de penúria e de falta de assistência e, em razão do vínculo que mantêm com a terra que crêem ser sua, colocam a própria vida em risco e como escudo para a defesa de sua cultura.

Dessa forma, há notícias críveis de que a Comunidade Indígena Pyelito Kue resistirá até a morte à eventual ordem de desocupação.

A situação dos autos reflete, também, a total ausência de providências essenciais por parte do Poder Público, relativas à demarcação das terras indígenas, omissão essa que obriga o Poder Judiciário a emitir decisões impregnadas de cunho social. Sim, porque o que se apresenta é um conflito de relevância social indiscutível e não um embate sobre meros interesses contrapostos, não sendo competência do Poder Judiciário substituir o Estado para prover as necessidades de um segmento da população que não foi atendido pela falta de implantação de políticas públicas específicas.

O Poder Judiciário tem a típica função de julgar, que consiste na imposição da validade do ordenamento jurídico, de forma coativa, toda vez que se fizer necessário. O juiz tem a obrigação e a responsabilidade de decidir aplicando a lei a um caso concreto, que lhe é apresentado a partir de um conflito de interesses gerado entre os indivíduos.

Anote-se que, embora deva ter a equidade e a busca da Justiça como norte, não pode o Juiz desprezar a lei, na medida em que é o Poder Judiciário, dentro da estrutura do Estado, justamente aquele a quem cabe aplicá-la.

A segurança jurídica e a legalidade devem caminhar juntas, de mãos dadas, para que a Justiça aflore.

Entretanto, para apaziguar confronto desta grandeza, não posso ater-me exclusivamente aos limites do direito de propriedade ou à posse da área em conflito, mas devo, indiscutivelmente, atentar para os reflexos maiores desta conjuntura que podem colocar em risco valores e direitos cuja preservação deve ocorrer a qualquer custo, tal como determina o nosso ordenamento constitucional, quais sejam, a manutenção da vida e da ordem.

A propósito, a Colenda 2ª Turma desta Egrégia Corte já teve a oportunidade de se manifestar a respeito da relevância da questão aqui relatada, conforme se verifica do seguinte julgado:

"PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. ÍNDIOS QUE SE ENCONTRAM NA MARGEM DE RODOVIA. ALEGAÇÃO DE QUE, DESCUMPRINDO LIMINAR JUDICIAL, OS ÍNDIOS INVADIRAM A FAZENDA DO AUTOR. DECISÃO QUE DETERMINA AO CACIQUE QUE SE ABSTENHA DE INCENTIVAR A INVASÃO E QUE ORDENA À FUNAI A REMOÇÃO DOS ÍNDIOS "PARA LOCAL DISTANTE". AGRAVO CONHECIDO EM PARTE E PROVIDO PARCIALMENTE. (...) 3. Os conflitos possessórios entre fazendeiros e indígenas não podem ser resolvidos unicamente com os olhos voltados para a legislação civil comum, como se o problema fosse eminentemente patrimonial. A lei civil sabidamente não foi concebida para resolver a questão indígena, que abrange aspectos sociais, históricos e culturais bastante importantes e, exatamente por isso, tutelados pela Constituição Federal. 4. Não se mostra razoável a determinação, dirigida à FUNAI, para que promova, em dez dias, a remoção de índios instalados à margem de rodovia, levando-os

para "local distante" e não definido. 5. Agravo parcialmente conhecido e provido em parte."

(TRF 3ª Região - Agravo nº 0015611-32.2004.4.03.0000 - Relator Desembargador Federal Nelton dos Santos - 2ª Turma - j. 31/05/05 - v.u. - DJU 10/06/05)

Conforme já referido, o autor Osmar Luis Bonamigo apresenta documentação no sentido de ser proprietário de uma área de terras de mais de 762 (setecentos e sessenta e dois) hectares denominada Fazenda Cambará, localizada no Município de Iguatemi, no Mato Grosso do Sul. Por outro lado, a Comunidade Indígena Pyelito Kue se apega a fatos históricos para se dizer dona da área onde está situada a Fazenda Cambará, ou pelo menos de parte dela.

A ação possessória e, principalmente, este agravo de instrumento, não são vias processuais adequadas para discutir a propriedade das terras. O que irá ser apreciado neste recurso é a legitimidade ou não do ingresso dos índios em uma parte de terras localizada na Fazenda Cambará.

Segundo consta dos autos, a Fundação Nacional do Índio - FUNAI publicou a Portaria nº 790 no dia 14/07/08 para realizar estudos de identificação e delimitação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios Guarani Kaiowá e Nhandeva na região das bacias denominadas Amambaiepeguá, Dourados-Amambaiepeguá, Iguatemipeguá, Brilhantepeguá, Nhandevapeguá e Apapeguá, situadas no Mato Grosso do Sul. Posteriormente, a Fundação Nacional do Índio - FUNAI publicou a Portaria nº 179/09 para estabelecer os procedimentos a serem adotados pelos Grupos Técnicos criados a partir da Portaria nº 790/08. Por fim, no dia 01/10/12 a Fundação Nacional do Índio - FUNAI publicou a Portaria nº 1.244 para constituir Grupo Técnico com o objetivo de complementar os estudos de natureza fundiária e cartorial necessários à identificação e delimitação das terras tradicionalmente ocupadas pelos povos Guarani e Kaiowá, nas bacias denominadas Iguatemipeguá

(Portaria nº 790/PRES, de 10.07.2008) e Ñandevapeguá (Portaria nº 792, de 10.07.2008), localizadas nos municípios de Amambaí, Paranhos e Tacuru, no Estado do Mato Grosso do Sul.

A Comunidade Indígena Pyelito Kue, integrante da etnia Guarani Kaiowá, se estabeleceu em período pretérito na Bacia Iguatemipecuá que, segundo estudos preliminares e não conclusivos, está inserida na área da Fazenda Cambará. Esse fato, por si só, não rende aos índios o direito de invadir as terras. Entretanto, as ações que tratam de conflitos de índios com fazendeiros merecem atenção especial e equilíbrio do juiz para restabelecer a ordem e contribuir para a paz social.

Aliás, cabe ressaltar a maneira com a qual os eminentes Juízes Federais que atuaram na ação possessória em referência no Juízo da 1ª Vara Federal de Naviraí/MS conduziram o feito. Todos demonstraram preocupação com a questão e foram muito diligentes na prestação jurisdicional, o que é digno de admiração e respeito por parte desta Relatora.

Não obstante, fato é que há um procedimento administrativo de delimitação e demarcação de terras em curso na região onde está situada a Fazenda Cambará. A inércia do Poder Público e a morosidade do procedimento administrativo contribuem para provocar tensões e conflitos entre índios e fazendeiros, restando ao Poder Judiciário responder ao embate apresentado.

Assim, tenho que, salvo melhor juízo, a demanda não está próxima de ter um desfecho, não importando a favor de quem venha a ser decidida. O caminho reservado às partes pode ser longo e árduo, eis que o caso envolve, de forma ampla, a solução de um dos maiores conflitos sociais de nossa época, qual seja, a demarcação das terras indígenas brasileiras, além de, tecnicamente, envolver intrincado exame de matéria constitucional.

Retomando a particularidade do caso, certo é que os agravados não poderão ser desapossados das terras que ocupam apenas porque tais terras são objeto de processo

administrativo de demarcação, pois apenas a conclusão de todas as fases do procedimento é que poderá ensejar a alteração da respectiva titularidade.

Todavia, estando em risco valores que suplantam a necessidade de término do processo administrativo de demarcação - a vida e a ordem -, valho-me do poder geral de cautela conferido pelos artigos 798 e 799, ambos do Código de Processo Civil, os quais seguem transcritos:

*"Art. 798. Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação."*

*"Art. 799. No caso do artigo anterior, poderá o juiz, para evitar o dano, autorizar ou vedar a prática de determinados atos, ordenar a guarda judicial de pessoas e depósito de bens e impor a prestação de caução."*

O Professor Paulo Afonso Garrido de Paula, na obra *Código de Processo Civil Interpretado*, 3ª edição, 2.008, coordenador Antonio Carlos Marcato, Editora Atlas, páginas 2.482/2.484, explica de maneira singular as particularidades do poder geral de cautela conferido ao juiz, senão vejamos:

*"1. Poder geral de cautela do juiz. O dispositivo em apreço fundamenta o poder geral de cautela do juiz, hoje em consonância com a tutela preventiva prevista no art. 5º, XXXV, da Constituição da República, consistente na possibilidade de proteção jurisdicional a qualquer direito ameaçado de lesão."*

*"1. Alcance do poder geral de cautela. Trata-se de norma exemplificativa do alcance do poder geral de cautela do juiz, que não sofre qualquer limitação, de vez que eventual*

*restrição genérica importaria negação à efetivação da tutela preventiva prevista na Constituição da República. (...)*

*Indica a norma em questão que direitos fundamentais podem ser juridicamente relativizados quando em conflito com outros direitos básicos, desde que observada a garantia genérica do devido processo legal."*

O Egrégio Superior Tribunal de Justiça valoriza a aplicação do poder geral de cautela para resguardo de interesses maiores, conforme se verifica do seguinte acórdão, a título de exemplo:

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO POR TÍTULO EXTRAJUDICIAL. INSTRUMENTO PARTICULAR DE CONFISSÃO DE DÍVIDA. REEXAME DE PROVAS. INVIABILIDADE. MEDIDA CAUTELAR. RESGUARDO DO INTERESSE PÚBLICO. EFETIVIDADE PROCESSUAL. ADEQUAÇÃO DO PROVIMENTO JURISDICIONAL ÀS PECULIARIDADES DA DEMANDA. ARTIGO 798 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. CLÁUSULA GERAL. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. CONHECIMENTO DE OFÍCIO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO, COM BASE NO PODER GERAL DE CAUTELA. SITUAÇÃO EXCEPCIONALÍSSIMA. POSSIBILIDADE,

1. As medidas cautelares resguardam, sobretudo, o interesse público, sendo necessárias e inerentes à atividade jurisdicional. O artigo 798 do CPC atribui amplo poder de cautela ao magistrado, constituindo verdadeira e salutar cláusula geral, que clama a observância ao princípio da adequação judicial, propiciando a harmonização do procedimento às particularidades da lide, para melhor tutela do direito material lesado ou ameaçado de lesão.

2. A efetividade do processo exige tutela jurisdicional adequada, por isso o poder geral de cautela pode ser exercitado ex officio, pois visa o resguardo de interesses maiores, inerentes ao próprio escopo da função jurisdicional, que se sobrepõem aos interesses das partes.



(...)

6. Recurso especial não provido.”

(STJ - REsp 1.241.509 - Relator Ministro Luiz Felipe Salomão - 4ª Turma - j. 09/08/11 - v.u. - DJe 01/02/12)

Neste caso, por tudo quanto foi exposto, a melhor solução é circunscrever a permanência dos índios num espaço de 1 (um) hectare, ou seja, 10 (dez) mil metros quadrados, até o término do procedimento administrativo de delimitação e demarcação das terras na região. Os índios devem ficar exatamente onde estão agrupados, com a ressalva de que não podem estender o espaço a eles reservado em nenhuma hipótese.

Os índios não devem impedir a livre circulação de pessoas e bens no interior da Fazenda Cambará, tampouco estender plantações, praticar a caça de animais na fazenda e, ainda, desmatar áreas verdes consistentes em Reserva Legal. Índios, fazendeiros e demais indivíduos que se fizerem presentes na região devem conviver de maneira harmônica. Não será tolerado nenhum tipo de comportamento que quebre a ordem e não contribua para a paz social, princípio que deve se fazer presente no Estado Democrático de Direito.

A Fundação Nacional do Índio - FUNAI deve adotar todas as providências no sentido de intensificar os trabalhos e concluir o mais rápido possível o procedimento administrativo de delimitação e demarcação das terras. Aliás, cabe aqui uma ressalva. Embora cause estranheza a afirmação da Fundação Nacional do Índio - FUNAI no sentido de que *"não detém a tutela da Comunidade Indígena, não influencia na sua cultura, modo de viver e nem mesmo foi responsável pela retomada da área em conflito"*, deverá sim zelar pelo total cumprimento desta decisão, haja vista que na sua competência se insere exatamente a tutela e a guarda dos interesses dos índios.

Autorizo a Fundação Nacional do Índio - FUNAI e outros órgãos governamentais - especialmente a Agência de

Saúde - a adentrar na área *sub judice*, a fim de prestar toda e qualquer assistência que se fizer necessária à população silvícola ali alojada.

Revogo a multa estipulada em caso de descumprimento da decisão exarada pelo Juízo de origem, ante as considerações aqui realizadas.

Ante o exposto, concedo o efeito suspensivo ao agravo de instrumento, para determinar a manutenção dos silvícolas da Comunidade Indígena Pyelito Kue exclusivamente no espaço atualmente por eles ocupado, delimitado em 1 (um) hectare, ou seja, 10 (dez) mil metros quadrados, até o término dos trabalhos que compreendem a delimitação e demarcação das terras na região, com a ressalva de que tudo o que foi aqui estabelecido deve ser estritamente observado por todas as partes envolvidas.

A Fundação Nacional do Índio - FUNAI deverá atuar junto à comunidade indígena, no exercício de suas funções institucionais, esclarecendo às lideranças que a demarcação administrativa das terras não lhes garante a posse das mesmas de imediato, razão que desautoriza a ocupação de outras áreas que não sejam os 10 (dez) mil metros quadrados definidos.

Ao Ministério Público Federal, recomendo estar atento ao desenrolar das atividades na região de maneira a diligenciar, quando necessário, com a maior brevidade possível, visando resguardar a ordem e a legalidade. Recomendo, ainda, que harmonize a defesa dos direitos e interesses das populações indígenas com a defesa dos direitos e interesses do restante da sociedade, cumprindo assim, de fato, o que dispõe o artigo 127 da Constituição Federal.

Oficie-se ao Excelentíssimo Senhor Ministro de Estado da Justiça, Dr. José Eduardo Martins Cardozo, a quem está subordinada funcionalmente a Fundação Nacional do Índio - FUNAI, anexando cópia da presente decisão, para que determine, se julgar cabíveis, outras providências.

Oficie-se à Excelentíssima Senhora Presidenta da República, Dilma Vana Rousseff, anexando cópia da presente decisão, para fins de ciência da situação.

Cumpra a Subsecretaria o disposto no artigo 527, V, do Código de Processo Civil.

Dê-se ciência ao Ministério Público Federal.

Cumpram-se, ainda, todas as formalidades de praxe.

P.I.

São Paulo, 30 de outubro de 2012

CECILIA MELLO

Desembargadora Federal