



Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5037448-06.2019.4.04.0000/RS

AGRAVANTE: FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI

AGRAVADO: ARADO - EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS S.A.

ADVOGADO: LUCAS BRAGA EICHENBERG (OAB RS048756)

AGRAVADO: MOVIMENTO PRESERVA ARADO

ADVOGADO: DANIEL MOURGUES COGOY (DPU)

AGRAVADO: DALMÁCIO SOUZA

AGRAVADO: TIMÓTEO KARAY MIRIM DE OLIVEIRA

AGRAVADO: WILSON XAVIER

AGRAVADO: MICHELE RIHAN RODRIGUES

ADVOGADO: GUSTAVO NUNES RODRIGUES (OAB RS059182)

AGRAVADO: CELSIO GONÇALVES ACOSTA

AGRAVADO: ORLANDO KARAL ACOSTA

AGRAVADO: UILSON BATISTA XAVIER

ADVOGADO: DANIEL MOURGUES COGOY (DPU)

DESPACHO/DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI contra decisão proferida no Interdito Proibitório nº 50215993420194047100, que *acolheu a competência e deferiu o pedido liminar de reintegração de posse, determinando que os réus retirem-se da área contígua ao Rio Guaíba, a qual é parte integrante das terras inscritas na 3ª Zona do Registro de Imóveis de Porto Alegre, sob os números 165.411 e 164.808.*

Requer a reforma da decisão, formulando o seguinte pedido:

ANTE O EXPOSTO, é imperioso que seja deferido ou mantido o efeito suspensivo, no presente agravo de instrumento (art. 1019 do CPC/2015) , eis que demonstrada a verossimilhança das alegações, a probabilidade de provimento do presente recurso, e o risco de dano irreparável ou de difícil reparação, tal como já reconhecido no Agravo de Instrumento n. 5032952-31.2019.4040000, interposto pela DPU. Espera a FUNAI que, ao final, seja dado provimento ao presente agravo de instrumento, para que a r. decisão ora agravada seja modificada, de acordo com o que restar decidido quanto à tradicionalidade, de acordo com conhecimento técnico especializado, na forma do art 2º do Decreto 1775/96, e quanto à propriedade da área ocupada, de acordo com os critérios da lei e

da Constituição Federal.

Defende que a verossimilhança das alegações estão fundamentadas no disposto nos arts. 20, 26, 30, XI, 215, 216, 225, 231, 232 da CF, arts 8º, 114 e 115 do CPC, art. 2º do Decreto 1775/96, e no Decreto 7.747/2012.

Afirma, ainda: o dano irreparável e de difícil reparação está patente, porquanto o indeferimento do pedido de antecipação de tutela recursal ao presente agravo de instrumento poderia implicar em risco de danos irreparáveis. Eventual indeferimento do pedido de antecipação de tutela recursal poderia implicar em formação irregular do processo, em relação jurídica processual estabelecida de forma irregular, em sentença proferida sem contraditório, em sentença nula ou ineficaz por não ter havido integração de contraditório por litisconsortes necessários. Não se poderia deixar de salientar também o risco de haver remoção de indígenas adultos e crianças, em situação de vulnerabilidade, de área com possibilidade de vir a ser declarada de ocupação tradicional, e o risco de eventual reintegração de posse implicar em esbulho de posse da União ou do Estado do Rio Grande do Sul. Considera a FUNAI que eventual manutenção da a r. decisão ora agravada poderia aumentar o conflito social existente, especialmente considerando-se a existência de crianças na comunidade indígena que está a ocupar uma pequena faixa de terra (cerca de 0,323 hectares), nas margens do Guaíba. Considera a FUNAI que eventual manutenção da liminar de reintegração de posse somente agravaria o conflito social existente.

É o sucinto relatório.

No agravo de instrumento nº 50329523120194040000, interposto pela Defensoria Pública da União contra o deferimento liminar de reintegração de posse, proferi a seguinte decisão:

Inicialmente, não conheço do agravo de instrumento quanto ao pedido de intimação da União, do Estado do Rio Grande do Sul e do Município de Porto Alegre, para que se manifestem no feito, porquanto tal pedido não foi sequer examinado pelas decisões agravadas e, ainda que o fossem, não se trata de hipótese elencada no art. 1.015 do CPC, a ensejar a interposição de agravo de instrumento.

A respeito da tutela de urgência, dispõe o art. 300 do Código de Processo Civil:

Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

§ 1º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os

danos que a outra parte possa vir a sofrer; podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.

§ 2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.

§ 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

O Juízo da 9ª Vara Federal de Porto Alegre, MMª. CLARIDES RAHMEIER, assim se pronunciou (evento 41):

Trata-se de Ação de Interdito Proibitório ajuizada, na Justiça Estadual, por Arado - Empreendimentos Imobiliários S/A contra o Movimento Preserva Arado e outros em que se requer, liminarmente, seja expedido mandado proibitório com intimação dos réus para que se abstenham de invadir e ocupar ilegalmente o imóvel, sob pena de multa, a qual também seria devida em caso de turbação ou esbulho.

Narra ser proprietária de imóvel chamado Fazenda Arado, composto pelas áreas de matrículas 165.411 e 165.808 do Registro de Imóveis da 3ª Zona da cidade de Porto Alegre. Aduz que exerce sobre tais áreas a posse mansa, pacífica e ininterrupta ao longo de mais de 50 anos, pelos seus anteriores proprietários, a família Caldas. Informa que desenvolve atividade agropecuária, bem como exerce regularmente sua posse/propriedade através de funcionários que fazem a gestão e manutenção da área. Relata que nunca sofreu turbação ou esbulho, até que, na madrugada do dia 17 de junho de 2018, foi avisada por seus funcionários de que um grupo de 11 pessoas fixou acampamento na faixa de marinha de domínio público, lindeira a seu imóvel. Aduz que, num primeiro contato, o grupo lhe disse que, por incentivo da sua advogada, invadiu a propriedade sob alegação de que o imóvel não tinha dono. Arguiu que essas tentativas vêm acontecendo há mais tempo, já tendo se efetivado, noutra ocasião, a ocupação, com construção de barracos, inclusive. Articula que esse grupo, aparentemente de indígenas é composto também por crianças e idosos, vem sendo manipulado para alcançar objetivos pessoais da advogada Michele e de Wilson, assim como do Movimento Preserva Arado, barrando desenvolvimento de empreendimento no local. Salienta que as invasões são recentes e que há risco de novos esbulhos (ev.3. INICI, fls.2-137).

Ainda na Justiça Estadual, o Ministério Público Estadual defendeu que a competência era sim da Justiça Estadual, tratando-se de propriedade particular e não incidindo o art. 109, XI da CF pois não se tratar de disputa sobre direitos indígenas. Pontuou ainda ser vedado o uso de medidas atentatórias ao direito de propriedade, devendo o Movimento Preserva Arado se valer das vias legais. Opinou pela concessão da medida liminar de interdito proibitório (ev. 3, INICI, fls. 139-145).

O magistrado estadual acolheu parecer ministerial e deferiu pedido liminar de interdito proibitório, em decisão datada de 28.06.2018v (ev.3, INICI, fls. 146-148).

O Ministério Público Federal, em manifestação nos autos, narrou que, em 28.02.2018, fora instaurada Notícia de Fato cujo objeto era apurar o desenvolvimento do projeto de construção de condomínio de luxo em área conhecida como "Ponta do Arado", cuja demarcação como terra indígena é do interesse dos Mbyá-Garani. Salientou existir sítio arqueológico em tal área. Sustentou que a competência seria da Justiça Federal (ev.3, INIC1, fls.157-161).

Sobreveio manifestação da FUNAI, representada pela AGU, requerendo fosse assegurada passagem para que a comunidade indígena instalada na área em questão tivesse acesso ao mínimo necessário. Defendeu ser essencial a sua intervenção no feito, requerendo seu ingresso como terceiro interessado, com o deslocamento do feito para a Justiça Federal e com reconsideração da liminar concedida (ev.3, INIC1, fls.192-209).

Na sequência, o magistrado estadual reconheceu a incompetência absoluta da Justiça Estadual, declinando da competência (ev.3, INIC1, fls. 210-211).

A parte autora agravou de instrumento, mas o recurso não foi conhecido (ev.3, INIC2, fls.13-29 e fls. 32-38).

A FUNAI requereu que fosse assegurado direito de passagem para que a comunidade indígena tivesse acesso ao mínimo necessário: posto de saúde, medicação, alimentos, cobertas, roupas e demais ajudas humanitárias (ev.3, INIC2, fl. 230).

Em nova manifestação, o Ministério Público Estadual defendeu ser estadual a competência para o feito, articulando ser entendimento do STF que o marco temporal para direito à posse de terras aos indígenas foi a promulgação da CF/88 (ev.3, INIC2, fls. 48-52).

O Magistrado revogou a decisão anterior e manteve entendimento de competência da Justiça Estadual para o presente feito, ripristinando os efeitos da concessão da medida liminar de interdito proibitório (ev.3, INIC2, fls.53-56).

Em agravo de instrumento interposto pela empresa autora, fora negado provimento.

Foi requerido pela parte autora a ampliação dos efeitos da liminar deferida para expedição de mandado de manutenção da posse, em virtude da existência não mais de somente ameaça, mas sim de verdadeira turbacão por parte dos réus, consistente em invasão da propriedade (acarretando a morte de animais, a derrubada de árvores e a destruição de bens), ev. 3, INIC2, fls. 62-76.

A medida liminar foi ampliada, sendo determinada a reintegração de posse à autora (ev.3, INIC2, fl. 242).

O MPF ingressou com Incidente Positivo de Competência na JF, autuado sob o nº 5057669-84.2018.404.7100, tendo como requerido o Juízo da 1ª Vara Cível do Foro Regional da Restinga, em que se objetivou o reconhecimento da competência da Justiça Federal e que se determinasse ao Comandante da Brigada Militar

que se abstinhasse de qualquer ordem de reintegração de posse na referida área, até que o STJ julgasse o conflito positivo de competência. Postergou-se a análise do pedido de tutela antecipada e se determinou fosse oficiado o Juízo da 1ª Vara Cível do Foro da Restinga acerca dos termos da presente decisão (ev.3, INIC2, fls.250-254).

O magistrado estadual suspendeu a liminar e deu vista à autora e ao Ministério Público (ev. 3, INIC2, fl. 256).

O MPF interpôs correição parcial requerendo que se reconhecesse a ilegalidade de todas as decisões após o retorno dos autos da 2ª instância, oportunidade em que teria transitado em julgado a decisão que estabeleceu ser da competência da Justiça Federal o julgamento da presente demanda (ev. 3, INIC2, fls. 265-281).

A advogada Michele Rihan Rodrigues apresentou contestação (ev.3, CONTES3, fls.3-23).

Em decisão do Incidente Positivo de Competência, o juízo da 9ª vara Federal de Porto Alegre entendeu por suspender o presente feito até que sobreviesse o julgamento de mérito da Correição Parcial, processo CNJ nº 0293582-36.2018.8.21.7000 (ev.3, CONTES4, fls.52-55).

O réu Uilson Batista Xavier foi devidamente citado e apresentou contestação (ev.3, CONTES4, fls.63-68 e fl.74), por meio da Defensoria Pública Estadual.

Restou certificada no processo a citação dos réus Celsio Golçalves Acosta, Dalmacio Souza, Orlando Karal Acosta, Wilson Xavier e Timóteo Karay Mirim de Oliveira (ev.3, CONTES4, fl. 77) e do Movimento Preserva Arado (ev.3, CONTES4, fl.74).

A FUNAI peticionou no processo, postulando que fosse expedido ofício à polícia militar para que esta tomasse providências suficientes para a concretização da segurança da comunidade indígena ameaçada (ev.3, CONTES4, fl.78).

Sobreveio decisão da 18ª Câmara Cível no sentido de dar acolhimento à correição parcial, de forma unânime, declarando-se nula a decisão que reconheceu a competência da Justiça Estadual para o julgamento da presente lide, bem como de seus atos posteriores, determinando-se a remessa dos autos à Justiça Federal (ev.3, CONTES4, fls.87 e 91-104).

O feito foi remetido para Justiça Federal, sendo distribuído para 6ª Vara Federal de Porto Alegre (ev.1).

Foi determinada a intimação do MPF para manifestação (ev.5).

O MPF apresentou parecer, postulando o reconhecimento da incompetência absoluta da 6ª Vara Federal de Porto Alegre; o reconhecimento da competência absoluta do Juízo da 9ª Vara Federal de Porto Alegre e, mais especificamente, do Juízo Substituto da 9ª Vara Federal de Porto Alegre, em razão da prevenção operada em decorrência do ajuizamento, em

27.09.2018, do Incidente Positivo de Competência n.º 5057669-84.2018.4.04.7100, com o qual verifica-se conexão e; a imediata remessa dos autos ao Juízo Substituto da 9.ª Vara Federal de Porto Alegre, com o reconhecimento da conexão com o Incidente Positivo de Competência n.º 5057669-84.2018.4.04.7100, para julgamento conjunto de ambos os processos, em atendimento ao que previsto no parágrafo 1.º do art. 64 e no parágrafo 1.º do art. 55, ambos do CPC (ev.8).

A parte autora apresentou manifestação nos autos, postulando o reconhecimento da competência da justiça estadual para processamento e julgamento do presente processo, com encaminhamento dos autos para Vara Cível do Foro Regional da Restinga. Sucessivamente, requereu a confirmação da medida liminar deferida, com a determinação de reintegração de posse da área à autora (ev.10).

Foi declinada a competência e o feito redistribuído a este juízo (ev.12).

Foi determinada a intimação das partes e do MPF para ciência da redistribuição do feito e para manifestação sobre a competência federal (ev.17).

Procedeu-se a inclusão da FUNAI no feito como terceira interessada e determinou-se a sua intimação para ciência da redistribuição do feito e para, querendo, manifestar-se sobre a competência federal (ev.21).

O MPF apresentou manifestação, postulando o reconhecimento da fixação da competência da Justiça Federal para o julgamento da causa; o deferimento de uma servidão de passagem, por dentro da propriedade dos autos, para viabilizar o trânsito dos indígenas da Ponta do Arado, pela estrada principal da área, a fim de não prejudicar a propriedade, mas permitir que o o grupo tenha um acesso seco a cidade; e o deferimento da imediata entrada na área para prestação dos serviços de saúde, água e assistência social (ev.27).

A parte autora postulou, em caráter de urgência, o reconhecimento da competência da justiça estadual para processamento e julgamento do presente processo e, caso não seja este o entendimento desse juízo, requereu fosse confirmada a medida liminar deferida, com a determinação da reintegração da posse da área à autora (ev.30).

Foi determinada a intimação do MPF e da parte autora para que se manifestassem com urgência, no prazo de 5 dias, acerca da localização da área em que estão situados os indígenas, se caracterizada como área contígua à propriedade da Arado Empreendimentos Imobiliários S/A, ou se caracterizada como área integrante das matrículas dos imóveis pertencentes a empresa Arado (ev.33).

A FUNAI reiterou seus pedidos anteriores para que os indígenas sejam mantidos na área atualmente ocupada, bem como que seja garantido a eles o acesso por terra para fornecimento de suprimentos necessários para a manutenção e sobrevivência dos

réus (ev.37).

O MPF informou não ter certeza sobre a localização da área que os indígenas estão ocupando. Disse que solicitou a Secretaria Estadual de Desenvolvimento Rural, Pesca e Cooperativismo do Rio Grande do Sul uma vistoria técnica na referida área no escopo de observar se os indígenas estavam situados em terreno marginal, ou dentro da propriedade privada. Contudo, alega que não foi possível a realização de serviço de topografia, devido a suspensão da autorização dada pelos representantes do proprietário da área. Referiu que para elucidar essa questão que o MPF oficiou a Secretaria de Obras e Habitação, mas que ainda não recebeu resposta. Ressaltou, ainda, que os indígenas demandados estão sem representação nos autos. Postulou a intimação da Defensoria Pública da União para que promova a defesa dos réus (ev. 38).

A parte autora apresentou manifestação acerca da localização da área que os indígenas estão ocupando. Postulou a reintegração da posse da área, com a determinação de expedição de mandado de manutenção de posse/reintegração em antecipação de tutela (ev.39).

Essa é a síntese da demanda.

Passo, a seguir, a análise do pedido liminar.

FUNDAMENTAÇÃO

a) Da competência da JFRS

Conforme análise dos argumentos explicitados pelas partes e documentos anexados aos autos, verifica-se que o MPF e a FUNAI peticionaram ao Juízo da 1ª Vara Cível do Foro da Restinga, processo nº 001/1.18.0064314-5 requerendo a remessa dos autos à Justiça Federal.

De acordo com a Constituição Federal, art.109, XI, compete à Justiça Federal julgar as disputas sobre direitos indígenas. Noticiado nos autos pelo MPF a existência de litígio que envolve interesse de grupo indígena (Mbyá-guarani), evidencia-se a necessidade de intervenção da FUNAI na lide, nos termos do art. 63 da Lei nº 6.001/73.

Tem-se que no presente feito a FUNAI manifestou interesse em integrar a lide e requereu a sua inclusão no processo como terceira interessada (ev.3, INICI, fls.192-207).

Destarte, tratando-se a FUNAI de pessoa jurídica de direito público, compete à Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença da referida entidade no processo, conforme preleciona a Súmula 150 do STJ.

Nesse sentido:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. OCUPAÇÃO POR GRUPO INDÍGENA. NECESSÁRIO O INGRESSO DA FUNAI NO PROCESSO. REMESSA DOS AUTOS

À JUSTIÇA FEDERAL. SÚMULA 150 DO STJ. Evidenciada a existência de interesse de grupo indígena, necessária a manifestação da FUNAI, na esteira que determina o art. 63 da Lei nº 6.001/73. Tratando-se a FUNAI de pessoa jurídica de direito público, compete à Justiça Federal avaliar a efetiva existência de interesse jurídico da mesma no processo, conforme enunciado 150 da Súmula do STJ, bem como o disposto art. 109, inciso I, da Constituição Federal. COMPETÊNCIA DECLINADA, DE OFÍCIO. (Agravo de Instrumento Nº 70077061364, Décima Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marlene Marlei de Souza, Julgado em 06/06/2018).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. GRUPO INDÍGENA. INGRESSO DA FUNAI NO PROCESSO, POR MEIO DA ADVOCADIA-GERAL DA UNIÃO. REMESSA DOS AUTOS À JUSTIÇA FEDERAL. SÚMULA 150 DO STJ. O ingresso da pessoa jurídica de direito público nos autos, alegando interesse indígena, altera a competência para o julgamento da causa, nos termos do art.109, inc.I, da CF, ainda que se trate de demanda possessória relativa a área de terras de propriedade privada. Competência da justiça federal para decidir sobre a existência de interesse jurídico da FUNAI que justifique a sua presença no feito ou sobre a existência de direito indígena(art.109, XI, CF) a ser tutelado. NEGADO SEGUIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO. (Agravo de Instrumento Nº 70068355361, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Mylene Maria Michel, Julgado em 19/02/2016).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. INTERESSE DE INDÍGENAS. FUNAI. REMESSA DOS AUTOS À JUSTIÇA FEDERAL. Trata-se de ação de reintegração de posse decorrente de invasão por parte de indígenas de Faixa de Domínio da RS 343, km 32, próximo ao Município de Cacique Doble. Considerando que a Fundação Pública Nacional do Índio (FUNAI) é tutora legal dos indígenas e em sendo esta uma Autarquia Federal, compete à Justiça Federal a avaliação ou não de interesse capaz de justificar a presença daquela entidade no feito. Aplicação da Súmula nº 150 do e. STJ. Precedentes jurisprudenciais. NEGADO PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO, EM DECISÃO MONOCRÁTICA. (Agravo de Instrumento Nº 70066423500, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eduardo João Lima Costa, Julgado em 09/09/2015).

Analizando com vagar os autos, entendo existir interesse jurídico que justifique a presença da FUNAI no feito; o que não significa reconhecer a titulação da área objeto da lide aos indígenas.

b) Da revelia dos réus citados e que não apresentaram contestação

Verifica-se que os réus Celsio Golçalves Acosta, Dalmacio Souza, Orlando Karal Acosta, Wilson Xavier e Timóteo Karay Mirim de Oliveira (ev.3, CONTES4, fl. 77) e o Movimento Preserva Arado (ev. 3, CONTEST4, fl. 74), conquanto devidamente citados não apresentaram contestação; sendo, portanto, tecnicamente revéis.

Não se aplicam todavia os efeitos da revelia aos demandados, haja

vista que os réus Uilson Batista Xavier (ev.3, CONTES4, fls.63-68 e fl.74 - pela DPU) e Michele Rihan Rodrigues (ev.3, CONTES3, fls.3-23) apresentaram contestação.

Ademais, nos termos do § 1º do art. 554, do CPC, verifica-se a necessidade de intimação da DPU, para atuação na qualidade de 'custos vulnerabilis' dos indígenas, bem como para prosseguir na defesa do réu Uilson Batista Xavier, eis que o referido apresentou contestação por intermédio da Defensoria Pública da União.

c) Do pedido liminar

Cumprе esclarecer que inicialmente a demanda foi proposta como interdito proibitório, sendo posteriormente requerida a ampliação da tutela liminar para que fosse expedido mandado de imissão de posse/reintegração de posse, em virtude de não mais existir somente ameaça a direito, mas turbação/esbulho da posse com a invasão da propriedade.

Os requisitos para o deferimento de medida liminar de reintegração de posse estão presentes nos artigos 1.210 do Código Civil e 561 do Código de processo Civil.

Destarte, para que haja o deferimento da pretensão de reintegração de posse faz-se necessário que a parte autora demonstre a sua posse, o esbulho existente, a data do esbulho e a perda de sua posse (art. 561, do CPC).

Cabe ressaltar que a área em que estão localizados os indígenas trata-se de terreno marginal, nos termos do Dec. 9.760/46. Tem-se que referida área não configura terreno de marinha, pois não sofre a influência das marés. Os documentos juntados ao processo indicam que a parte autora é titular do domínio e da posse da área invadida (ev.3, INIC2, fls.131-135 e fl. 292). Evidencia-se que a parte autora exerce sua posse em relação a todo seu imóvel, incluindo à área que margeia o Rio Guaíba, eis que assim que os índios chegaram ao local, foram visualizados e questionados pelos funcionários da Fazenda Arado e foi lavrado Boletim de Ocorrência (BO nº 2128/2018), o qual deu origem a presente demanda

Os elementos apresentados no processo demonstram a existência dos requisitos previstos no art. 561, do CPC. A posse anterior se encontra presente diante da prova da propriedade dos imóveis objetos da lide, conforme se extrai das matrículas atualizadas juntadas (ev.3, INIC2, fls.131-135). Outrossim, além da prova da propriedade, tem-se que os contratos de zeladoria e de atividade de agropastoril e pagamento de tributos indicam que a posse da área de 426 hectares vem sendo exercida há longa data pela parte autora (ev.3, INIC1, fls.31-108).

No que tange à turbação/esbulho, as imagens acostadas, reportagem indicadas, declarações e boletins de ocorrência (ev.3, INIC1, fls. 7-13, fl.110 e fls.112-114) dão conta que realmente os requeridos estão acampados em área que margeia o Rio Guaíba, objetivando acampar dentro do núcleo da Fazenda Arado, propriedade privada da autora, o que implica efetiva turbação, a qual juridicamente deve ser impedida.. Ainda, tem-se que essa área

contígua que faz margem com o Rio Guaíba também pertence a parte autora (estando inclusa nas matrículas) e da qual a referida foi esbulhada. No caso em tela, tem-se que pequena parte da propriedade foi esbulhada (área que faz margem com o Rio Guaíba) e que o restante da propriedade está sendo turbada constantemente.

No que se refere ao pedido de liminar, entendo que deve ser acolhido. A posse da parte autora é inegável e merecedora de tutela, no presente processo.

Resta inconteste a posse nova e o esbulho desta posse, estando presentes os requisitos para concessão da liminar de reintegração. Ademais, inexistente comprovação de que as terras sejam tradicionalmente ocupadas por índios. Os índios vieram ocupar o imóvel recentemente, presumindo-se ilegal a sua permanência. O perigo de dano irreparável verifica-se na hipótese de não conferir a reintegração à parte autora, perpetuando a ocupação indígena.

Como mencionado, ao que tudo indica, a referida área não é tradicionalmente ocupada por indígenas, considerando o conceito de tradicionalidade da ocupação no entendimento do Supremo Tribunal Federal (Relator Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, DJe-181 DIVULG 24-09-2009 PUBLIC 25-09-2009), que versou sobre a demarcação de terras indígenas, nos seguintes termos:

O conteúdo positivo do ato de demarcação das terras indígenas

78. Passemos, então, e conforme anunciado, a extrair do próprio corpo normativo da nossa Lei Maior o conteúdo positivo de cada processo demarcatório em concreto. Fazemo-lo, sob os seguintes marcos regulatórios:

*I - **o marco temporal da ocupação.** Aqui, é preciso ver que a nossa Lei Maior trabalhou com data certa: a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988), como insubstituível referencial para o reconhecimento, aos índios, "dos direitos sobre as terras que tradicionalmente ocupam". Terras que tradicionalmente ocupam, atente-se, e não aquelas que venham a ocupar. Tampouco as terras já ocupadas em outras épocas, mas sem continuidade suficiente para alcançar o marco objetivo do dia 5 de outubro de 1988. Marco objetivo que reflete o decidido propósito constitucional de colocar uma pá de cal nas intermináveis discussões sobre qualquer outra referência temporal de ocupação de área indígena. Mesmo que essa referência tivesse sido grafada em Constituição anterior. É exprimir: a data de verificação do fato em si da ocupação fundiária é o dia 5 de outubro de 1988, e nenhum outro. Com o que se evita, a um só tempo: a) a fraude da subitânea proliferação de aldeias, inclusive mediante o recrutamento de índios de outras regiões do Brasil, quando não de outros países vizinhos, sob o único propósito de artificializar a expansão dos limites da demarcação; b) a violência da expulsão de índios para descaracterizar a tradicionalidade da posse das suas terras, à data da vigente Constituição. Numa palavra, o entrar em vigor da nova Lei Fundamental Brasileira é a chapa radiográfica da questão indígena nesse delicado tema da ocupação das terras a demarcar pela União para a posse permanente e usufruto exclusivo dessa ou daquela etnia aborígene. Exclusivo uso e*

fruição (usufruto é isso, conforme Pontes de Miranda) quanto às "riquezas do solo, dos rios e dos lagos" existentes na área objeto de precisa demarcação (§ 2º do art. 231), devido a que "os recursos minerais, inclusive os do subsolo", já fazem parte de uma outra categoria de "bens da União" (inciso IX do art. 20 da CF);

II - o marco da tradicionalidade da ocupação. Não basta, porém, constatar uma ocupação fundiária coincidente com o dia e ano da promulgação do nosso Texto Magno. É preciso ainda que esse estar coletivamente situado em certo espaço fundiário se revista do caráter da perdurabilidade. Mas um tipo qualificadamente tradicional de perdurabilidade da ocupação indígena, no sentido entre anímico e psíquico de que viver em determinadas terras é tanto pertencer a elas quanto elas pertencerem a eles, os índios ("Anna Pata, Anna Yan": "Nossa Terra, Nossa Mãe"). Espécie de cosmogonia ou pacto de sangue que o suceder das gerações mantém incólume, não entre os índios enquanto sujeitos e as suas terras enquanto objeto, mas entre dois sujeitos de uma só realidade telúrica: os índios e as terras por ele ocupadas. As terras, então, a assumir o status de algo mais que útil para ser um ente. A encarnação de um espírito protetor. Um bem sentidamente congênito, porque expressivo da mais natural e sagrada continuidade etnográfica, marcada pelo fato de cada geração aborígine transmitir a outra, informalmente ou sem a menor precisão de registro oficial, todo o espaço físico de que se valeu para produzir economicamente, procriar e construir as bases da sua comunicação lingüística e social genérica. Nada que sinalize, portanto, documentação dominial ou formação de uma cadeia sucessória. E tudo a expressar, na perspectiva da formação histórica do povo brasileiro, a mais originária mundividência ou cosmovisão. Noutros termos, tudo a configurar um padrão da cultura nacional precedente à do colonizador branco e mais antiga a do negro importado do continente africano. A mais antiga expressão da cultura brasileira, destarte, sendo essa uma das principais razões de a nossa Lei Maior falar do reconhecimento dos "direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam". O termo "originários" a traduzir uma situação jurídico-subjetiva mais antiga do que qualquer outra, de maneira a preponderar sobre eventuais escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de não-índios. Termo sinônimo de primievo, em rigor, porque revelador de uma cultura pré-européia ou ainda não civilizada. A primeira de todas as formas de cultura e civilização genuinamente brasileiras, merecedora de uma qualificação jurídica tão superlativa a ponto de a Constituição dizer que "os direitos originários" sobre as terras indígenas não eram propriamente outorgados ou concedidos, porém, mais que isso, "reconhecidos" (parte inicial do art. 231, caput); isto é, direitos que os mais antigos usos e costumes brasileiros já consagravam por um modo tão legitimador que à Assembléia Nacional Constituinte de 1987/1988 não restava senão atender ao dever de consciência de um explícito reconhecimento. Daí a regra de que "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 existentes, ressalvado interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar; não gerando a nulidade e a extinção direito de indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei,

quanto a benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé". Pelo que o direito por continuidade histórica prevalece, conforme dito, até mesmo sobre o direito adquirido por título cartorário ou concessão estatal.

Pois bem, a partir da fundamentação exposta no voto proferido pelo Relator da Pet. 3.388/RR, Ministro Carlos Ayres Britto, conclui-se que as terras objeto da presente demanda não são terras tradicionalmente ocupadas por indígenas, conclusão essa que acarreta o deferimento da liminar de reintegração de posse.

Por fim, tem-se que os referidos "dados arqueológicos" não são alegação apta a afastar esta constatação. Eventuais marcas de ocupação anterior não são suficientes à demonstração de ocupação tradicional pelos indígenas. Vale lembrar o entendimento manifestado pelo Supremo Tribunal Federal no sentido de que terras que tradicionalmente ocupam não são aquelas que os indígenas venham a ocupar, tampouco as terras já ocupadas em outras épocas, mas sem continuidade. O termo "originários" se deve a uma situação "mais antiga do que qualquer outra, de maneira a preponderar sobre eventuais escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de não-indios", nas palavras do Ministro Relator. Não é a situação dos autos.

Importa aqui registrar que este Juízo reconhece, especialmente em relação aos índios, que a questão da terra é crucial, possuindo um valor de sobrevivência física e cultural. Todavia, isso não pode implicar a utilização do art. 231 da CF/88 para casos em que a questão fundiária encontra-se assentada a favor de terceiros não indígenas desde longa data, mais precisamente antes da CF/88, como soem ser, em regra, as terras localizadas na Região Metropolitana de Porto Alegre. Sendo assim, a garantia de assentamento de famílias indígenas, em condições adequadas, na Região Metropolitana de Porto Alegre, deve ser buscada mediante a realização de desapropriação por interesse social.

DECISÃO

Diante do exposto, acolho a competência e defiro o pedido liminar de reintegração de posse, determinando que os réus retirem-se da área contígua ao Rio Guaíba, a qual é parte integrante das terras inscritas na 3ª Zona do Registro de Imóveis de Porto Alegre, sob os números 165.411 e 164.808.

Concedo o prazo de 45 dias para que os réus, com o apoio da FUNAI, desocupem a área.

Decorrido este prazo de 45 dias, proceda-se a expedição de laudo de constatação, a ser cumprido por Oficial de Justiça, para certificar sobre o cumprimento da ordem ora decretada.

Cadastrem-se os réus Celsio Golçalves Acosta, Dalmacio Souza, Orlando Karal Acosta, Wilson Xavier, Timóteo Karay Mirim de Oliveira e Uilson Batista Xavier.

Intime-se a DPU para atuação na qualidade de 'custos

vulnerabilis' dos indígenas, bem como para prosseguir na defesa do réu Uilson Batista Xavier, eis que o referido apresentou contestação por intermédio da Defensoria Pública da União.

Intimem-se e expeça-se mandado de reintegração de posse para retirada dos indígenas.

Em sede de embargos declaratórios, o MM. MARCELO DE NARDI, proferiu a seguinte decisão (evento 61):

Embargos de declaração (e54). *A Defensoria Pública da União opôs embargos de declaração contra a decisão do e41 apontando omissões que assim descreveu:*

- *o imóvel cuja posse se pretende reaver é terreno de marinha pertencente, no mínimo, ao Estado do Rio Grande do Sul (e54d1p2);*
- *o imóvel em questão é área tradicionalmente indígena e sítio arqueológico guaranítico, sendo necessário laudo antropológico da FUNAI (e54d1p4);*
- *há impacto ambiental e sociocultural, devendo-se providenciar intimação da FEPAM e do IPHAN (e54d1p7).*

Com tais razões requereu (e54d1p8) suspensão da ordem de restituição da posse, intimação da União, do Estado do Rio Grande do Sul, e do Município de Porto Alegre para que se manifestem acerca de eventual propriedade sobre a área, intimação da FUNAI, e intimação da FEPAM e do IPHAN. Requereu apreciação urgente.

No corpo do requerimento a Defensoria Pública da União refere a pendência da ação civil pública 50414878620194047100 proposta pelo Ministério Público Federal insurgindo-se contra a morosidade da FUNAI e da UNIÃO em iniciar os procedimentos destinados à identificação e delimitação referente à Comunidade Guarani em Ponta do Arado, haja vista o vínculo de pertencimento histórico-cultural que os indígenas possuem com a área (e54d1p4).

No e56 a Defensoria Pública da União insiste na urgência do exame de seus requerimentos.

A autora respondeu aos embargos de declaração (e59, § 2º do art. 1.023 do CPC) refutando haver omissões na decisão recorrida, e requerendo o prosseguimento dos atos de desocupação.

É importante destacar que a Defensoria Pública da União não se opõe à localização do imóvel, sua descrição ou condições peculiares. Não há debate sobre as questões físicas, mas somente sobre a situação jurídica do bem.

O imóvel é, pela descrição que está no processo, margem do Lago Guaíba. É notório que o Lago Guaíba não sofre influência das marés marítimas, daí incidindo a desconexão da parte final da al. a do art. 2º do D 9.760/1946. Não há terrenos de marinha cometidos aos Estados da Federação, e o inc. I do art. 26 da Constituição atribui aos Estados da Federação a titularidade das águas superficiais ou subterrâneas e não os terrenos que lhe sejam lindeiros, tampouco os que forma fundo de seus acúmulos ou fluxos. A questão foi expressamente enfrentada na decisão embargada de declaração no quarto parágrafo do item c) Do pedido liminar. Não há omissão a emendar.

A hipótese de o imóvel ser área tradicionalmente indígena e sítio arqueológico guaraníco não tem qualquer influência para o deslinde deste processo. Como ressaltado na decisão embargada de declaração, a parte autora exerce sua posse em relação a todo seu imóvel, incluindo à área que margeia o Rio Guaíba, eis que assim que os índios chegaram ao local, foram visualizados e questionados pelos funcionários da Fazenda Arado e foi lavrado Boletim de Ocorrência (BO nº 2128/2018), o qual deu origem a presente demanda. Outros elementos foram referidos na decisão embargada de declaração, notadamente a prova de propriedade da área em questão. A posse da autora, pois, está satisfatoriamente demonstrada nos limites do conteúdo do pedido e do objeto possível neste processo. Não há omissão a emendar.

Quanto ao impacto ambiental e sociocultural, a decisão embargada referiu que a posse da parte autora é inegável e merecedora de tutela, no presente processo, que inexistente comprovação de que as terras sejam tradicionalmente ocupadas por índios, e que os índios vieram ocupar o imóvel recentemente, presumindo-se ilegal a sua permanência. O risco ambiental e sociocultural está presente pela permanência do esbulho, ocupação irregular e descontrolada, que pode produzir contaminação ambiental inerente à ocupação humana de qualquer forma (especialmente a desordenada, sem recursos de saneamento, e sem limites para extrativismo), e pode também conduzir à destruição de indícios arqueológicos mencionados no e54d3 em manifestação do IPHAN. Restituir a posse à autora é o melhor meio de proteger ambientalmente e socioculturalmente o imóvel reclamado. Não há omissão a emendar.

Não há razão, pois, para suspender as ordens de desocupação já expedidas na decisão do e41.

Quanto ao requerimento de intimação da União, do Estado do Rio Grande do Sul, e do Município de Porto Alegre, como visam a indicação de propriedade sobre o imóvel e neste processo se está a discutir posse, revela-se inapropriado diante do que está no parágrafo único do art. 557 do CPC.

A FUNAI já está integrada ao processo na qualidade de interessada, e foi intimada da decisão do e41 (e44).

A intimação da FEPAM e do IPHAN não é necessária ou pertinente, pois o pedido neste processo é exatamente de proteção da posse para que o imóvel em questão seja preservado como está há mais de cinquenta anos (conforme a narrativa da autora),

evitando-se modificações incontroláveis e não fiscalizáveis pelos esbulhadores. Quanto ao ponto vale reiterar o quanto esclarecido ao responder ao argumento de impacto ambiental e sociocultural acima.

Pelo exposto, conheço dos embargos de declaração do e54 e nego-lhes provimento, mantida a decisão do e41 como proferida; indefiro os requerimentos adicionais deduzidos na petição do e54d1.

Prossiga-se com o cumprimento do mandado do e49.

Analizando o conjunto probatório até então presente nos autos, tenho por reformar a decisão agravada.

Inobstante a ação originária trate exclusivamente de discussão possessória, a questão envolvida diz com interesse de comunidade indígena que reputa como tradicionalmente indígena as terras denominadas Ponta do Arado, objeto da demanda. Tanto que, consoante informa o Memorando nº 336/2019/DPT-FUNAI, de 13/06/2019, há reivindicação fundiária indígena da Comunidade Guarani em Ponta do Arado, autuada sob o Processo FUNAI nº 08620.012906/2018-19 (evento54, memorando2).

Também foi acostado aos autos o Ofício nº 548/2018 no qual o Superintendente do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional - RS (IPHAN-RS) informa que tramita naquele instituto o Processo Administrativo de nº 01512.001438/2011-69, cujo Assunto/Descrição faz referência ao Licenciamento Cultural/Relatório Técnico de Diagnóstico Arqueológico – Parcelamento do Solo Empreendimentos Urbanísticos Ponta do Arado, Bairro Belém Novo, Porto Alegre/RS e que tal processo objetiva a obtenção de manifestação do IPHAN em processo de licenciamento ambiental do empreendimento e observa o procedimento estabelecido pela Portaria nº 230, de 17 de dezembro de 2002, dispositivo que compatibilizou as fases de obtenção de licenças ambientais com os estudos preventivos de arqueologia, objetivando o licenciamento de empreendimentos potencialmente capazes de afetar o patrimônio arqueológico. (evento54, ofic3)

No mesmo documento, foi informado, também, que no ano de 1999 restou identificado sítio arqueológico pela pesquisadora Patricia Gaulier o qual está registrado no Cadastro Nacional de Sítios Arqueológicos (CNSA) sob o nome “Sítio Ponta do Arado”, tendo como outras denominações o código “RS.JA-16”. No CNSA, recebeu o código de identificação RS02265. O sítio arqueológico cadastrado naquele momento localiza-se na margem do lago Guaíba, na península denominada “Ponta do Arado Velho”. Posteriormente, em 29/08/2016 foi protocolado o “Relatório de Diagnóstico Arqueológico Interventivo para o terreno do antigo Haras do Arado, Belém Novo – Município de Porto Alegre/RS”, o qual apresentou levantamento e caracterização mais detalhada do patrimônio arqueológico da área. (...) Na península onde fora registrado o sítio em 1999, o relatório apontou haver abundância de vestígios pré-coloniais, e identificou outras áreas de ocorrência,

apresentando no relatório quatro pontos de coleta de evidências. No Morro do Arado, a lesta da península e em porção mais elevada do terreno, apontou o relatório a ocorrência de vestígios arqueológicos pré-coloniais em dois locais. Considerando as informações do relatório, à exceção da denominada "Área 09 - Mata Nativa" os vestígios arqueológicos pré-coloniais encontram-se predominantemente na porção mais ao sul do terreno, em Área de Proteção do Ambiente Natural – APAN. As evidências arqueológicas identificadas são características de ocupações Guarani pré-coloniais e compreendem fragmentos de vasilhas de cerâmica e artefatos líticos polidos, tais como lâminas de machado e “quebra-coquinhos”, nome atribuído a artefatos em pedra polida com depressões esféricas. (evento54, ofic3)

Acresça-se que o Ministério Público Federal noticia, em seu parecer (evento 8), o ajuizamento da Ação Civil Pública nº 50414878620194047100 (distribuída por dependência à ação possessória originária) em que busca seja determinado à FUNAI e à União que iniciem os procedimentos destinados à identificação e delimitação referente à Comunidade Indígena Guarani de Ponta do Arado. Naquela demanda foi formulado pedido de antecipação de tutela para que fosse iniciado estudo antropológico de identificação e, caso necessário, fosse designado grupo técnico especializado com a finalidade de realizar estudos complementares de natureza etno-histórica, sociológica, jurídica, cartográfica, ambiental e o levantamento fundiário necessários à delimitação (art 2º, § 1º, Decreto nº 1.775/96)

Ora, tais circunstâncias estão a indicar a complexidade do litígio e dos interesses envolvidos, fazendo-se necessária a adoção de maior cautela, a permitir a ampliação da cognição antes de se determinar a reintegração da posse, se for o caso.

Deste modo, defiro o efeito suspensivo ao presente recurso, a fim de revogar a decisão liminar prolatada na origem (eventos 41 e 61).

*Do exposto, **conheço em parte do agravo de instrumento e defiro o pedido de antecipação da tutela recursal.***

Intimem-se, sendo a parte agravada para os fins do disposto no art. 1.019, II, do Código de Processo Civil.

Comunique-se ao juízo de origem.

Sob os mesmos fundamentos, defiro o efeito suspensivo ao presente agravo de instrumento.

Do exposto, **defiro o pedido de antecipação da tutela recursal.**

Intimem-se, sendo a parte agravada para os fins do

disposto no art. 1.019, II, do Código de Processo Civil.

Documento eletrônico assinado por **ROGERIO FAVRETO, Desembargador Federal Relator**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **40001327259v3** e do código CRC **c3e4527e**.

Informações adicionais da assinatura:
Signatário (a): ROGERIO FAVRETO
Data e Hora: 3/9/2019, às 18:28:14

5037448-06.2019.4.04.0000

40001327259 .V3