

**AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2005.04.01.052760–4/RS**

RELATOR : Juiz MÁRCIO ANTÔNIO ROCHA  
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
AGRAVADO : MUNICIPIO DE PORTO ALEGRE  
ADVOGADO : Jose Luiz Alimena  
INTERESSADO : COMUNIDADE INDIGENA KAIGANG DO MORRO DO OSSO DE PORTO ALEGRE RS  
ADVOGADO : Luiz Francisco Correa Barbosa  
INTERESSADO : FUNDACAO NACIONAL DO INDIO – FUNAI  
ADVOGADO : Luiz Fernando Villares e Silva

**EMENTA**

ACÇÃO POSSESSÓRIA. ALEGADO EMBATE ENTRE DIREITO AMBIENTAL E PRESERVAÇÃO DOS DIREITOS INDÍGENAS. LIMINAR. POSSE VELHA. PARQUE MUNICIPAL MORRO DO OSSO. ACAUTELAMENTO PROVISÓRIO DOS INTERESSES ENVOLVIDOS. RISCO DE PERIGO PREVALENTE À COMUNIDADE INDÍGENA KAINGANG

1. As decisões liminares devem observar o risco de lesão às partes, acautelando para que o julgador, sem exaurir toda a instrução probatória, em decisão provisória, possa impor a uma parte danos de difícil e impossível reparação.
2. A remoção da Comunidade Kaingang do chamado Morro do Osso, procedida para área que não se indica ser de anterior ocupação indígena, sem qualquer estudo de sustentabilidade da permanência da Comunidade, impõe severo ônus para a manutenção e sobrevivência da cultura indígena, o que não pode ser encampado pela decisão liminar.
3. Firmada a posse velha, e presente o perigo de danos aos interesses indígenas, incabível a desocupação determinada.
4. Arrefecido eventual perigo ambiental diante das circunstâncias da ocupação e a possibilidade de serem determinadas ações que evitem a ocorrência de danos.

**ACÓRDÃO**

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, dar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 19 de julho de 2006.

**Juiz Márcio Antônio Rocha**  
**Relator**

**AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2005.04.01.052760–4/RS**

RELATOR : Juiz MÁRCIO ANTÔNIO ROCHA  
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
AGRAVADO : MUNICIPIO DE PORTO ALEGRE  
ADVOGADO : Jose Luiz Alimena

## Inteiro Teor (1241413)

INTERESSADO : COMUNIDADE INDIGENA KAIGANG DO MORRO DO OSSO DE PORTO ALEGRE RS  
ADVOGADO : Luiz Francisco Correa Barbosa  
INTERESSADO : FUNDACAO NACIONAL DO INDIO – FUNAI  
ADVOGADO : Luiz Fernando Villares e Silva

### RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto contra decisão que deferiu em parte a antecipação de tutela para que o Município de Porto Alegre/RS seja reintegrado na posse das áreas do Parque do Morro do Osso e das vias públicas adjacentes ocupadas pela Comunidade Indígena Kaingang do Morro do Osso (fls. 561/622).

Sustenta o agravante, em síntese, que devem ser considerados os interesse envolvidos na demanda, o direito à posse sobre as terras indígenas tradicionais, as evidências que ligam a comunidade Kaingang ao passado do Morro do Osso, a busca de novos paradigmas. Alega que em razão da localização privilegiada do Morro do Osso, a área tem sido alvo de especulação imobiliária, que restará prejudicada se a terra for reconhecida como indígena. Ressalta o preconceito sofrido pelos índios que vivem no meio urbano. Assevera ser necessária a valorização da memória oral como prova da verossimilhança das alegações da comunidade indígena.

Por outro lado, argumenta que a permanência indígena no entorno do Morro do Osso não pode causar os alegados danos ao meio ambiente, na medida em que existem inúmeras residências, cujas construções não são consideradas ameaçadoras às espécies que formam o parque. Aduz que, embora a falta de infra-estrutura básica possa tornar inadequado o local ocupado pelo índios, essa carência não pode afastar seu direito de permanecer em local público. Refere que a presença nas proximidades do parque é temporária e tem objetivo definido, que é pressionar as autoridades públicas a realizar os atos destinados ao reconhecimento de terras indígenas.

Postula a suspensão dos efeitos da decisão agravada até que a FUNAI se pronuncie a respeito da tradicionalidade da terra ocupada no Morro do Osso, através de grupo técnico especializado criado especificamente para tanto, nos termos do art. 2º do decreto nº 1.775/96.

Inicialmente foi indeferido o pedido de efeito suspensivo (fls. 699/700).

Irresignado, o Ministério Público Federal postulou a reconsideração da decisão, ou alternativamente, fosse recebido o pedido como agravo regimental. Juntou cópia da ata de audiência de 13/12/2005 (fls. 667/668).

À fl. 172 foi reconsiderada a decisão anterior, a fim de suspender a ordem de imissão na posse do Município de Porto Alegre (fl. 699/700).

Intimado o município agravado apresentou contra-razões às fls. 710/715.

Solicitado à Secretaria do Meio-Ambiente do Município de Porto Alegre a realização de relatório do estado em que se encontra a área, este foi apresentado às fls. 749/776, apresentando-se também informação técnica do MPF (fls. 777/794).

Intimadas as partes, manifestaram-se sobre os documentos juntados (fls. 799/805 e 810/812).

É o relatório.

**Juiz Márcio Antônio Rocha**  
**Relator**

**AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2005.04.01.052760–4/RS**

RELATOR : Juiz MÁRCIO ANTÔNIO ROCHA  
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
AGRAVADO : MUNICIPIO DE PORTO ALEGRE  
ADVOGADO : Jose Luiz Alimena  
INTERESSADO : COMUNIDADE INDIGENA KAIGANG DO MORRO DO OSSO DE PORTO ALEGRE RS  
ADVOGADO : Luiz Francisco Correa Barbosa  
INTERESSADO : FUNDACAO NACIONAL DO INDIO – FUNAI  
ADVOGADO : Luiz Fernando Villares e Silva  
VOTO

Controverte-se sobre a ocupação indígena no Parque Municipal do Morro do Osso, situado na região sul do município de Porto Alegre/RS; existindo ação da Comunidade Indígena pretendendo o reconhecimento da área como indígena, e ação do município pretendendo a recuperação da posse local.

Em **12.07.2005**, o Município ingressou com ação possessória contra a Comunidade Indígena Kaigang do Morro do Osso de Porto Alegre, requerendo a retirada da Comunidade Indígena das proximidades do Morro do Osso, alegando ser legítimo proprietário da área ocupada, conforme matrícula nº 92.160 do Registro de Imóveis da 3ª Zona desta Capital.

Refere o município que a área foi desapropriada em julho de 1998 para a implantação do Parque Natural do Morro do Osso, criado pela lei complementar municipal nº 334 de 27 de dezembro de 1994, local com grande riqueza e biodiversidade, sendo área remanescente do bioma da Mata Atlântica.

A medida liminar foi assim deferida pelo MM. Juiz Federal, Dr. Cândido Alfredo Silva Leal Júnior (fls. 621/622):

[Tab]

*Por essas razões, com fundamento nos arts. 273–I e 924 do CPC e no art. 5º–XXXV e LXXVIII da CF/88, ratificando o que foi anteriormente determinado (item 4 de fls. 70–72), defiro parcialmente a liminar requerida pelo Município de Porto Alegre para determinar: (a) que o Município seja reintegrado na posse daquelas áreas do Parque do Morro do Osso e das vias públicas adjacentes ocupadas pela Comunidade Indígena Kaigang do Morro do Osso; (b) que em 30 dias a Comunidade Indígena Kaigang desocupe a área dentro e no entorno do Parque Natural do Morro do Osso, inclusive vias públicas, sob pena de ser compulsoriamente removida; (c) que o Município de Porto Alegre providencie no que for necessário para cumprimento dessa decisão judicial por Oficial de Justiça, disponibilizando os meios materiais e humanos necessários para transporte das pessoas e remoção de todos os bens, pertences e objetos existentes na área atualmente ocupada; (d) que o Município de Porto Alegre providencie na aquisição da área de terras de 10 hectares no Canta–Galo oferecida na petição de fls. 230 e na audiência de fls. 308, dotando–a da infra–estrutura necessária à acomodação da Comunidade Indígena Kaigang (infra–estrutura semelhante àquela da Lomba do Pinheiro, inclusive com água, luz e escola bilíngüe) e para lá providenciando o transporte e a remoção da Comunidade Indígena Kaigang do Morro do Osso, se essa não indicar, em*

*dez dias contados da intimação dessa decisão, outro local dentro de Porto Alegre para onde deseje e possa ser removida, com seus bens e pertences; (e) que o Município providencie, se o TRF4ªR reformar ou suspender o item anterior dessa liminar, uma outra área dentro do Município de Porto Alegre onde possa ser acomodada provisoriamente a Comunidade Indígena, com seus bens e pertences, com adequada infra-estrutura e o necessário para assegurar o mínimo existencial à comunidade, nos termos da fundamentação.*

Do exame dos autos, extrai-se que o embate ocorre porque não há, até o momento, o reconhecimento da área ocupada pela comunidade indígena como sendo terra *tradicionalmente ocupada*, nos termos do art. 231, § 1º da CF/88, bem assim, não houve, ainda, o devido processo de demarcação da terra indígena pela FUNAI.

Cumpre ressaltar que tramita perante o mesmo Juízo Federal da Vara Ambiental, Agrária e Residual de Porto Alegre a ação ordinária nº 2004.71.00.021504-0, ajuizada em **12/05/2004** pela Comunidade Indígena Kaingang do Morro do Osso contra o Município de Porto Alegre/RS, a FUNAI e a União Federal, visando ao reconhecimento da tradicionalidade da ocupação indígena Kaingang na referida área e à demarcação daquela terra em favor da Comunidade.

A questão foi profundamente analisada pelo Juiz Federal Cândido Alfredo Silva Leal Júnior, que firmando sua visão sobre os interesses envolvidos, em sede de cognição sumária, buscou solução ao litígio. Perquiriu evidências sobre a tradicionalidade da ocupação indígena Kaingang sobre a área, tendo, após vasta pesquisa sobre o tema e análise dos documentos acostados aos autos, concluído não haver, nesse momento, indícios de ocupação tradicional indígena Kaingang na área do Parque Nacional do Morro do Osso em Porto Alegre.

Em decisão proferida às fls. 699/700 assim me manifestei:

*Quando inicialmente despachei, convenci-me em muito com relação ao conflito de valores existentes, exposto no robusto despacho do Juiz Federal Cândido Alfredo Silva Leal Júnior, cuja profundidade da apreciação da causa faz por se antever certeza do belo trabalho que desenvolve neste, e nos demais processos da importante Vara Federal Ambiental. Li do despacho a seguinte passagem, sem prejuízo de todo o belo trabalho formulado "Dois interesses constitucionalmente relevantes entram em choque na ocupação indígena do Morro do Osso. De um lado, está a tutela do patrimônio ambiental, que é direito de todos (art. 225, caput da CF/88) e que tem nos remanescentes da Mata Atlântica um patrimônio nacional (art. 224-§ 4º da CF/88). De outro lado, estão a proteção ao patrimônio cultural nacional quanto à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira (art. 216, 217 da CF) e o reconhecimento do direito originário das comunidades indígenas às terras que tradicionalmente ocupam (arts. 231-232 da CF).*

*Assim diante desse conflito, impus ao feito decisão que atenderia à preservação de tais valores.*

*Ocorre que o conflito que admiti, talvez seja estabelecido mediante direcionamento do pensamento apenas sob uma forma de raciocinar a questão. Destarte, pensando em outros aspectos da lide, vejo que a ocupação da área data de 09.04.2004(fl. 416), e as providencias liminares nas ações de interdito proibitório e na ação ordinária, cuidaram de acautelar os interesses envolvidos, tanto no sentido da questão indígena quanto na questão ambiental, não permitindo no aspecto a ampliação de possíveis danos. Percebo Outrossim, que em regra não é a permanência de índios na área que resultará em dano ambiental, apenas se for o caso, afasta o acesso do cidadão residente no município, sem ofensa à preservação ambiental.*

Assim o fiz porquê, de fato, o suposto choque de interesses entre a defesa do meio ambiente e a defesa dos direitos indígenas não se mostra adequadamente fixado na **realidade** da lide.

Extraídos os preconceitos, a lide resume-se ao desejo de dois grupos distintos firmarem em definitivo a posse e o uso da área em litígio.

Pelo lado do "homem urbano", a demanda pela terra, encampada pelo Município, tem postulação pública através da Associação de Defesa do Morro do Osso, movimento iniciado pelos *moradores da Zona Sul de Porto Alegre. É graças a eles que o Parque Natural Morro do Osso existe, pois desde o início da década de 1980 aconteceram mobilizações para defender o morro de empreendedores que pretendiam lotear áreas particulares* (fls. 752).

De outro lado, a Comunidade Kaingang, remetendo-se à posse histórica, firma posse através de seus representantes no local.

Absolutamente nada difere esse conflito dos centenários conflitos estabelecidos ao longo da história da ocupação de terras indígenas, os quais, essencialmente pelo argumento da força (física e política), foram estabelecidos em detrimento dos interesses indígenas. Mudaram-se os argumentos (desenvolvimento, defesa ambiental, descaracterização das comunidades indígenas, etc.). Mudaram-se as armas, atualmente representadas por documentos, papéis, impressos, firmados pela nossa cultura, em processos administrativos ou judiciais, com apoio em estudos de doutos de toda ordem e com toda a espécie de convicção e interesse.

Destaco deste conflito dos autos, ilustrativamente, a resenha dos principais argumentos contrários à ocupação indígena, submetendo-os à reflexão, extraídos da manifestação da autoridade pública, quando da solicitação deste Relator para indicação da atual situação local. A manifestação, aqui representada pela Administração do Parque Natural do Morro do Osso (fls. 749/755), após detalhar o histórico da ocupação, destaca dos seguintes tópicos:

- 1. Mudança na realidade, mudanças na cultura (fls. 751)
- 2. Sustentabilidade dos usos de cipós (fls. 751)
- 3. Apoio Histórico da Comunidade do Entorno em Defesa do Meio Ambiente (fls. 752)
- 4. Relacionamento dos Caingangues com os Moradores do Entorno (fls. 752).

O resumo desses tópicos indicaria que: 1– *"ao conversar com os indígenas podemos concluir que eles desejam receber todas as estruturas para morar com conforto e infra-estrutura de abastecimento e saneamento (...) Porém a modificação ambiental ocorrida com a instalação dessa estrutura não é compatível com a preservação ambiental"* (fls. 752); 2– *"que não existem estudos sobre a sustentabilidade dos usos de cipós para a confecção de artesanato. Relevante ainda lembrar que as pequenas áreas preservadas não podem ser comparadas à vastidão de mata existente na época da colonização européia"*(fls. 752)"; 3 – *"Há uma situação de perigo na ocupação, que pode resultar em enfrentamentos entre a comunidade indígena e os moradores do entorno da área ocupada, por diversa vezes ocorreram manifestações dos moradores demonstrando não estarem satisfeitos com a presença do grupo ali. Isso não é positivo para o grupo indígena, assim como não é sadio para ninguém não ser querido pelos vizinho"* (fls. 752).

Deduzido, a modo indisfarçável, a interpretação da Administração: os indígenas desejam residir no local com "conforto e infra-estrutura", ocasionando danos ambientais, em área de vegetação que não poderá fornecer cipós suficientes para a manutenção da comunidade indígena através do artesanato, e que a comunidade indígena não é aceita pela população do entorno e isso não é sadio para o grupo indígena.

Eis aí a base da lide, novamente, a intolerância entre o homem civilizado e as comunidades indígenas. Tudo se repete como outrora. No entanto, há que se firmar, judicialmente, decisão provisória para o caso.

Inegável que se existe de fato confronto entre interesses preservacionistas ambientais e interesses indígenas, no momento, o interesse que periclita é de defesa da Comunidade Kaingang.

Segundo a Autoridade Administrativa, a preservação do Parque Municipal em questão apoia-se na Lei Federal 9.985/2000, que assegura à área, quando transformada em parque, a destinação especificada no artigo 11:

***" Art. 11. O Parque Nacional tem como objetivo básico a preservação de ecossistemas naturais de grande relevância ecológica e beleza cênica, possibilitando a realização de pesquisas científicas e o desenvolvimento de atividades de educação e interpretação ambiental, de recreação em contato com a natureza e de turismo ecológico."***

Todavia, a defesa do meio ambiente não afasta necessariamente o homem e muito especialmente o índio. Aliás, nos termos do artigo, a presença de pessoas é justamente incentivada como forma de conhecimento e preservação consciente. É verdade que a área em questão pode vir a ter todas essas finalidades ditas pela Lei 9.985/00, no entanto, nenhuma delas afastaria a presença dos índios no local. Ao contrário, a ocupação indígena no local, caso venha a ser confirmada pela sentença no processo iniciado pela Comunidade, não inviabilizaria as pesquisas científicas, atividades de educação e interpretação ambiental, nem a recreação em contato com a natureza e de turismo ecológico. Ao contrário se integraria a elas como vetor potencializador, caso harmonicamente estabelecido.

Aliás, apenas para estimular o debate, atualmente, que ensino ambiental se daria no local sem a solução da lide? Seriam as crianças ensinadas de que ali existia reivindicação indígena sobre a área, e os índios foram liminarmente retirados do local pela polícia e pelo Poder Judiciário à pedido da Comunidade do entorno? Seria essa uma lição válida ou essa lição histórica deveria ser omitida?

Mas pensarão as crianças, com a pureza que as autoridades perdem e que os interesses urbanos negam: – **mas na floresta, pensávamos, não seria lógico existirem índios?** Não é isso que vimos em desenhos animados e histórias?

E, de fato, a liminar, se mantida, caminha para esboroar de vez essa imaginária harmonia entre a mata e o homem-índio, impondo o encaminhamento de decisão integralmente contra os interesses da comunidade, que durante a longa permanência do processo, será privada, gravemente, da posse de bem que, conforme se vê à frente, pode de fato vir a lhe pertencer.

Ao contrário, a posse do município firma-se sobre a **ficção jurídica** do Parque Morro do Osso, o qual ainda não está estruturado segundo as finalidades definidas pelo citado artigo 11, da Lei 9.985/2000.

As recentes manifestações do Município indicam claramente que o *parque* não foi ainda objeto de integral formação, quer seja quanto aos elevados fins legais, nem quanto a sua integral desapropriação. Criado em 1994, apenas parte foi após quatro anos, desapropriada em 1998. Nos dados juntados não há sequer precisão da área desapropriada, havendo manifestação dúbia no sentido de que *dos 127 hectares previstos para a implantação do parque, 57 já foram desapropriados*. (fls. 753), existindo outra passagem afirmando que *"O território desapropriado pela Prefeitura de Porto Alegre para a implantação do parque ainda é pequeno, com cerca de 27 ha, correspondendo a aproximadamente a 1/4 da área prevista para a implantação"*(fls. 761).

Destarte, a área até o momento não cumpre os requisitos para ser considerado sob a proteção da Lei 9.985/2000, sendo apenas uma área preservada por ações de municípios, por algumas desapropriações, e muito pelas circunstâncias do mercado imobiliário que até outrora não logrou fatiá-lo. Não há prova nem indicativos de pesquisa científica no local(fl. 701/715), atividades permanentes de educação ambiental, ou

outra atividade prescrita pelo artigo 11, da citada Lei. A área, como qualquer obra pública, se vê está, portanto, ainda em implantação, sujeita à carência de verbas, projetos e infra-estrutura, e embora possa ser considerada de valor ambiental, como de fato é, não mereceu até o momento a real defesa e destinação eficiente pelo Município Agravado.

Nesse contexto, a assunção da posse pela Comunidade Indígena, caso não fosse autorizada pelos indícios de ocupação histórica, anterior ao movimentos preservacionista iniciado em 1980, não trás ofensa a posse que se possa classificar ambientalmente relevante. A qualidade da posse de ambos é, em análise apenas para esta fase processual, indiferente.

Porém, se a qualidade da posse do Município e da Comunidade Kaingang não se apresenta com grandes referenciais distintivos, a solução que até aqui é dada ao litígio é evidentemente ofensiva à Comunidade Indígena.

Não escapa à compreensão de qualquer um a demora e a complexidade das necessárias pesquisas antropológicas que o caso demanda. Tais pesquisas são inafastáveis, pois judicializada a decisão final sobre a área.

Ocorre que enquanto se realizam as pesquisas processuais, não há justificativa para que a Comunidade Indígena seja privada de sua posse local, sendo legada a aceitar sofregamente os ônus de nossas fórmulas processuais.

Dito ônus pode ser evidenciado, com a devida vênia, inclusive no teor da decisão agravada, determinando ao Município que :

**(d) que o Município de Porto Alegre providencie a aquisição da área de terras de 10 hectares no Canta-Galo oferecida na petição de fls.(...) e para lá providenciando o transporte e a remoção da Comunidade Indígena Kaingang do Morro do Osso, se essa não indicar, em dez dias contados da intimação dessa decisão, outro local dentro de Porto Alegre para onde deseje e possa ser removida, com seus bens e pertences;**

Já em primeira análise a matemática fala contra a decisão. A Comunidade reclama área que pode chegar a 127 hectares, e não a meros 10 hectares. E, ainda, não há como se admitir como sincera a possibilidade de a Administração cumprir o zelo do Meritíssimo Juiz, quando esclareceu que remoção se daria para tal local, *se em dez dias a Comunidade não indicar outro local dentro de Porto Alegre*. A inexistência dessa outra área é justamente parte da lide. Aliás, o processo informa que o município já devastou ou urbanizou todas as demais elevações de seu entorno.

Porém, e aí vejo outra gravidade, a remoção programada não leva em conta qualquer estudo antropológico, estudo de sustentabilidade de permanência, de adequação, etc., ou qualquer aspectos de defesa dos interesses da Comunidade Kaingang, pois a relocação não é feita para uma área *tradicionalmente ocupada* pelos índios, sustentável e adequada, mas para qualquer área, *desde que não seja o morro do osso*.

Esses aspectos não se deixam calar, e fazem questionar ainda mais o suposto discurso ambientalista, com a seguinte indagação: – E a nova área a ser ocupada não merece defesa ambiental ante possível dano pela ocupação indígena? A repetição cíclica do embate seria o mesmo. Somente terá fim quando se perceber que a preservação do bem estar das comunidades indígenas integra a interdisciplinariedade temática do Direito Ambiental.

Tratando-se de decisão provisória sobre o conflito, importante destacar que ao largo da grande desproporcionalidade entre o tamanho da áreas pretendidas e disponibilizadas pelo provimento antecipatório, hoje de fato a comunidade Kaingang está sujeita a sobreviver, essencialmente, da venda de artesanato, feito

com cipós, e talvez nenhuma das áreas, e em especial a indicada de 10 alqueires, lhe daria condições de sobrevida, segundo suas tradições e cultura.

Esse dado representa forte vetor impositivo da perda dos costumes e modos de vida indígenas, não por escolha, mas por necessidade de sobrevivência. Soam demagógicos até aqui, os discursos, pomposamente ilustrados às folhas e folhas, de que a preocupação do município *"abraça também a integridade da cultura indígena"* (fls. 765). Ao contrário, elegantemente, *"Preocupa-nos o fato de a população de porto-alegrenses que frequenta o Parque ser privada das atividades habitualmente realizadas no local, bem como do livre acesso a um dos poucos parques completamente preservado e fiscalizado dentro da malha urbana da cidade"* (fls. 763). Sem grandes análises, não há como, nesse momento, imputar tal falta de áreas verdes aos índios, devendo cada qual assumir os ônus de suas ações passadas.

Não tenho dúvidas, portanto, que até o momento os interesses indígenas estão integralmente relegados a plano nulo, sem sérias preocupações por parte do Município, cujos limites supostamente, segundo o debate processual, abarcou área de terceiros. Firme a certeza de prejuízos impostos à comunidade Kaingang na desocupação determinada, obrigando-me a manter a situação atual, com os arranjos que se possam ainda executar, enquanto outra solução mais adequada à comunidade seja provisionada, se for o caso.

Outrossim, enquanto o processo no primeiro grau não reúne premissas para solução definitiva, ensaio manifestar (CPC art. 125, II e IV) que o diálogo processual precisa ser restabelecido, no mínimo, para que se possa transpor as fases do processo até a decisão final.

No aspecto da permanência, percebe-se que a comunidade não está fazendo usos das águas naturais do local, utilizando-se de caminhões pipas e de banheiros químicos, não existindo curso d'água na área ocupada (fls. 779, 787/788). A situação local permite contingenciamento dos efeitos da ocupação. O diálogo pode propiciar mecanismos mitigadores ou até a eliminação dos riscos ambientais, conforme se verifica dos relatórios juntados.

Fosse a questão meramente ambiental, em termos de política preservacionista, sabe-se hodiernamente, quanto a comunidades potencialmente danosas, que a retirada pura e simples não é a medida mais acertada, mas sim o comprometimento de todos com a causa ambiental.

Esse comprometimento pode ser útil a todos os envolvidos na lide, e penso deva ser perseguido, pois capaz de trazer benefícios a todos os envolvidos. Em um exercício onírico, com o fim de auxílio, manifesto que pode eventual ocupação compartilhada atingir os mesmos ou maiores objetivos previstos na Lei 9.985/00. Os munícipes, estudiosos, alunos das escolas públicas, podem vir a ter interesse em não apenas ter um local preservado, mas entrar em contato com uma comunidade indígena, pacificamente estabelecida, ouvindo delas lições de vida, histórias, conhecimentos da natureza, danças, cantos, enfim tradições de uma cultura diversa. Isso, no meu sentir, pode ser construído, desde que trabalhados os diálogos, ampliadas as visões de ambos os lados. A comunidade indígena pode também vir a abrir-se para a sociedade, colhendo os benefícios disso. Certo que a comunidade indígena ao ocupar o local transforma-o e não necessariamente para pior. Aliás a ocupação indígena consolida talvez a espécie de ocupação menos danosa. Toda ocupação apresenta ganhos e perdas, que também existem nas demais ocupações essencialmente urbanas e na transformação de áreas verdes em parques, onde não raro, se tem, v.g. a impossibilidade de frequência da própria população, frente as mazelas da pobreza, conviventes com espaços noturnos depredados, mal mantidos, e perigosos, frequentados por toda sorte de delinquentes, toxicômanos, desocupados, tornando essas áreas, por vezes, de pouca frequência, duvidoso aproveitamento e onerosa preservação. A ocupação indígena, corretamente conduzida, pode justamente mitigar tais males. Portanto, no embate dos autos, penso, seja preciso ou permitido construir algo de novo, diferente da idéia de uns lá e outros cá. Sem exigir, se possível, que a comunidade indígena sobreviva em áreas que suas culturas rejeitam, que seus antepassados não frequentaram e que não fornecem sustentabilidade para sua sobrevivência.

Observe-se que segundo abalizados estudos antropológicos indicados nos autos, a cultura Kaingang não se estabelece em terras que seus antepassados não habitaram. Concito a todos os interessados na questão a reconhecerem, ainda que para argumentar, ou para exame do nosso agir, a reconhecerem a possibilidade de validade desse dado cultural: uma comunidade dessa nação não se estabelece fora das terras de seus antepassados. Admitida a concessão ao argumento, perceba-se o *periculum* e o esforço demasiado que se solicita da comunidade indígena. Como conviver, como prosseguir no futuro, tendo na mente, no "coração", o sentimento de que existe sim uma terra que pertenceu aos seus antepassados, e que é para lá que deveriam ir ou estar, mas a intolerância, os processos administrativos e judiciais do homem civilizado não o permitem. Repito, nesse contexto, melhor à consciência de todos que, ou provamos nós, especialmente para nós mesmos, e também aos índios, que esses não estiveram lá com seus antepassados, ou, na dúvida, abrimos mão(e isso nos é tão sofrido), como eles o fizeram em favor de nós até aqui, de disputar algo que em ultima análise, abstraídas as leis que criamos, não nos pertenceria. Esse aliás o conceito constitucional que permeia o reconhecimento dos direitos indígenas.

Ora, é direito dos índios ocupar as suas próprias terras, e não serem jogados à condição de nômades, de ciganos, de moradores de favor. A questão dos índios Kaingang, vejo, em pleno século XXI, ainda não se mostra resolvida, embora todo o conhecimento científico que procuramos demonstrar nas várias áreas de nossas ciências e universidades. O Município, enquanto ente público, tem o dever de preservar a Comunidade, o que importa dizer que, para remover compulsoriamente uma Comunidade de índios, ou o faz para as terras que comprove, em processo sujeito ao contraditório, serem as nominadas de ocupação tradicional, ou não opera com arbítrio na simples remoção.

Ao contrário, enquanto o homem civilizado e seus representantes públicos não alcançarem a compreensão da irrenunciabilidade do direito de sobrevivência dos remanescentes da cultura indígena, não procedendo antecipada e voluntariamente os estudos que a *nossa cultura* reclama para aceitar a presença indígena, têm as comunidades o direito de se estabelecer nas terras onde razoavelmente (como é o caso) se verificou a presença no passado. Não são as comunidades indígenas que devem aguardar nossos processos de ocupação de suas terras, nós é que devemos aguardar o resultado de nossos próprios processos administrativos e judiciais para afirmar que as comunidades não apresentam os direitos que alegam. Essa a regra a se estabelecer quando não existir riscos de graves lesões, como é o caso.

No plano meramente jurídico, a solução é a mesma. A ocupação da área pela comunidade indígena data de 09/04/2004 (fls. 416), sucedida de ajuizamento de ação declaratória pela Comunidade **em 12.05.2004**; a ação reintegratória pelo Município foi ajuizada **em 12/07/2005**, ou seja, mais de ano e dia após a ocupação pelos índios, tratando-se, assim, não mais de posse nova. Não sendo posse nova, há se de impor o rito ordinário, com o amplo debate probatório. Inviável a adoção do rito próprio das demandas possessórias, devendo ser observado o ordinário, forte no art. 924 do CPC, com o que o atendimento do pedido reintegratório liminar exige a presença dos pressupostos elencados no art. 273 do CPC, que não se mostra adequado no caso.

Não cabe nesta fase aferir se efetivamente houve ocupação indígena Kaingang no Morro do Osso em Porto Alegre. Tal questão será definitivamente analisada na ação ordinária proposta pela comunidade. No entanto, há nos autos indícios de que possa ter havido ocupação indígena Kaingang anterior no local, como se vê, por exemplo, dos depoimentos das testemunhas às fls. 679/696, professores de graduação da UFRGS especialistas em antropologia os quais demonstram existir dúvidas sobre a ocupação, sem afastar a tese da Comunidade.

Liminarmente não se pode também negar validade às características da cultura e tradição indígena, que no caso dos Kaingang, tem em sua memória oral, na lembrança coletiva do grupo, a base de sua história. Conforme termos da petição recursal, é conhecido que a cultura indígena Kaingang funda sua ligação com a terra em um vínculo espiritual entre a terra e a comunidade, que integra nexos culturais, ambientais, simbólicos, sagrados, além do uso social.

A área em referência, não é exatamente Mata Atlântica, mas vegetação de transição (fls. 778), o que não lhe retira de todo modo a importância. A ocupação se faz em suas extremidades, e pode merecer medidas mitigadoras de possíveis danos na ocupação atual, podendo o juízo, se for o caso, determinar interditos que julgar conveniente, que não ser respeitados inclusive por ambas as partes como suposto do diálogo processual.

Porém, a periclitção maior que se verifica neste momento, ponderados os interesses em jogo e tomadas as devidas providências afim de evitar-se outros danos, é a da situação indígena que, no caso em tela, precisa de tutela.

Diante do exposto, dou provimento ao agravo de instrumento, reformando integralmente a decisão agravada, e indeferindo o mandado de reintegração requerido pelo Município.

Comunique-se ao Juízo inclusive para que, se necessário, edite medidas para o acautelamento ambiental, sem a retirada da comunidade do local, até o julgamento final das ações, ressalvada qualquer composição amigável entre as partes.

É o voto.

**Juiz Márcio Antônio Rocha**  
**Relator**