

INTERDITO PROIBITÓRIO Nº 2005.71.00.023683-6/RS

AUTOR : MUNICIPIO DE PORTO ALEGRE
ADVOGADO : JOSE LUIZ ALIMENA
ASSISTENTE : ASSOCIACAO DOS MORADORES DO BAIRRO SETIMO CEU -
AMSC
ADVOGADO : MARILIA DE OLIVEIRA AZEVEDO
RÉU : COMUNIDADE INDIGENA KAIGANG DO MORRO DO OSSO DE
PORTO ALEGRE RS
ADVOGADO : LUIZ FRANCISCO CORREA BARBOSA
ASSISTENTE : FUNDAÇÃO NACIONAL DO INDIO - FUNAI

SENTENÇA**SENTENÇA 0262/2007**

Vistos etc.

1. RELATÓRIO:

OBJETO DA AÇÃO. Trata-se de ação possessória (interdito proibitório) ajuizada entre as partes acima referidas em que discutem sobre atos de turbação e esbulho que teriam sido praticados pela Comunidade Indígena Kaigang do Morro do Osso de Porto Alegre em relação ao Parque Natural do Morro do Osso.

PETIÇÃO INICIAL. Na petição inicial (fls. 02-08), acompanhada de documentos (fls. 09-14), o Município alega que é legítimo proprietário da área ocupada, onde implantou o Parque Natural do Morro do Osso, criado por lei complementar municipal. Diz que a comunidade indígena ocupa indevidamente a área, recusando-se a sair e construindo edificações no local. Diz que os limites do parque foram invadidos, que não são respeitados os agentes públicos municipais, que há constante ameaça de invasão e construção de outras edificações dentro do parque. Diz que é cabível interdito proibitório com base na legislação processual civil. Pede a concessão de liminar para "*que o(s) réu(s) e demais ocupantes que possam se encontrar no local quando cumprida a medida, se abstenham de quaisquer atos turbativos ou esbulhativos no imóvel do autor, anteriormente descrito, podendo ser demolidas as construções feitas dentro do Parque Natural do Morro do Osso*" (item A de fls. 07). Pede a procedência da ação, "*com a confirmação do mandado liminar, e a condenação do(s) réu(s) ao pagamento das custas processuais, honorários de advogado e perdas e danos a serem apurados em liquidação de sentença*" (fls. 08). Junta documentos (fls. 09-14).

EMENDA E RECEBIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL. No despacho inicial (fls. 15-16), esse Juízo determinou distribuição por dependência ao processo 2004.71.00.021504-0 e intimação do Município para emendar a petição inicial e justificar previamente o alegado. Em emenda à petição inicial (fls. 19-20), acompanhada de outros documentos (fls. 21-41), o Município mostrou a situação fática existente na área e requereu providências para a retirada imediata da Comunidade Indígena do local e imediato desfazimento das construções realizadas. Em despacho de recebimento da petição inicial (fls. 43-46), esse Juízo entendeu que o Município veiculava pretensão de interdito proibitório e de reintegração na posse, assim recebendo a petição inicial. Também entendeu que estavam presentes circunstâncias especiais, que recomendavam que a medida liminar somente fosse examinada após a resposta da parte ré, a manifestação da FUNAI e o parecer do Ministério Público Federal.

CITAÇÃO DO RÉU, INTERVENÇÃO DA FUNDAÇÃO NACIONAL DO

ÍNDIO - FUNAI - E EXAME DE MEDIDA LIMINAR URGENTE. A Comunidade Indígena foi citada (fls. 48). Intimada como representante da FUNAI, a Procuradoria Regional Federal da 4ª Região informou que havia encaminhado a intimação à Procuradoria da FUNAI (fls. 49). Posteriormente (fls. 63-67), a FUNAI alegou que a Comunidade Indígena se encontra instalada no local desde o início desde 2004, que não se trata de posse nova e que a FUNAI tem interesse em intervir, requerendo então o indeferimento da liminar e sua intervenção como assistente da parte ré. Em petição de reconsideração (fls. 51-53), com outros documentos (fls. 54-59), o Município alegou urgência na apreciação da medida liminar, especificou a situação fática existente e requereu reconsideração quanto ao imediato exame da liminar. Em decisão de reconsideração (fls. 68-73), esse Juízo determinou que a FUNAI esclarecesse sobre sua representação processual; conheceu parcialmente do pedido de reconsideração feito pelo Município; e, considerando a situação de urgência agora comprovada nos autos, deferiu parcialmente medida liminar em favor do Município tão-somente para: "(a) impedir que novas construções sejam feitas ou edificadas no interior do Parque do Morro do Osso ou no local atualmente ocupado pela Comunidade Indígena que ocupa o pólo passivo; (b) determinar àquela Comunidade Indígena que se abstenha de fazer novas construções ou edificações naquelas áreas, sob pena das mesmas serem compulsoriamente removidas; (c) determinar a retirada e remoção da construção localizada no interior do Parque do Morro do Osso (aquela casa solitária da foto de fls. 54, marcada com uma seta vermelha, na parte inferior da foto, distante da cancela), a ser cumprida por Oficial de Justiça passadas pelo menos 48 horas da intimação da parte ré quanto à presente decisão, com fornecimento dos recursos e dos meios materiais necessários pelo Município de Porto Alegre e com requisição de força pública se assim se fizer necessário, respeitando-se as normas legais e constitucionais vigentes para essa espécie de medida; (d) fixar multa diária de R\$ 100,00 por dia de descumprimento do interdito proibitório aqui determinado, caso sejam feitas novas construções pela Comunidade Indígena no interior ou no entorno do Parque do Morro do Osso" (item 4 de fls. 71-72). Foram feitas as intimações necessárias (fls. 76-79). A Procuradoria Regional Federal da 4ª Região prestou esclarecimentos sobre sua atuação no processo e alegou que não representa a FUNAI em questões indígenas (fls. 80-81). O Município requereu diligências para vistoria do local ocupado (fls. 86-87). A Comunidade Indígena, em carta manuscrita, informou que cumpriu a liminar e retirou a construção do interior do Parque (fls. 90-91).

ANDAMENTO DO PROCESSO E EXAME DE QUESTÕES PENDENTES.

Em despacho de saneamento (fls. 92-96), esse Juízo reconheceu cumprida a liminar quanto à retirada da construção; indeferiu o pedido de vistoria feito pelo Município; e oficiou ao Ministério Público Federal quanto à ausência de representação da FUNAI no Estado do Rio Grande do Sul. Foram feitas as intimações e comunicações necessárias (fls. 98-108). Decorreu o prazo sem contestação pela parte ré (fls. 109-v). O Ministério Público Federal requereu prorrogação de seu prazo (fls. 110), o que foi deferido (fls. 113). O Município requereu fosse requisitado à FUNAI o laudo realizado sobre a área do Morro do Osso (fls. 112). A FUNAI peticionou (fls. 114-119 e 121-126), tecendo considerações sobre o art. 231 da CF/88, sobre o processo demarcatório de terras indígenas e sobre as providências que teria adotado quanto ao Morro do Osso, requerendo ao final o indeferimento da liminar e a improcedência da ação.

CONTESTAÇÃO DO RÉU. Em contestação intempestivamente apresentada (fls. 127-129 e 227-v), com documentos (fls. 130-131), a Comunidade Indígena comunicou o cumprimento da liminar desse Juízo e reportou-se ao que já havia apresentado e alegado na ação ordinária, contestando por negação os fatos imputados pelo Município e requerendo a assistência judiciária gratuita.

PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Foi apresentado parecer pelo Ministério Público Federal (fls. 132-180), com juntada de documentos (fls. 181-226), em que alega que nenhuma liminar possessória poderia ser deferida contra a Comunidade Indígena sem prévia audiência da União Federal. No mérito, alega que a ação deve ser julgada improcedente porque a ocupação indígena na área deve ser mantida, como vem ocorrendo desde abril de 2004, sendo que "*tal reivindicação encontra fundamento mormente pela existência de um cemitério*

indígena na área, bem como por relatos de antepassados que noticiam a ocupação indígena naquele local" (fls. 141). Reporta-se ao que foi apresentado por Analista Pericial em Antropologia e por Estagiário em Antropologia do MPF sobre a territorialidade vista da perspectiva das comunidades indígenas. Diz que a posse indígena não se confunde com a posse civil, já que aquela possui características próprias e constitucionalmente previstas. Examina textos constitucionais, doutrina, jurisprudência e tratados internacionais. Fundamenta seu parecer em direitos fundamentais, na dignidade da pessoa humana e nas conclusões apresentadas pelos trabalhos antropológicos realizados pelo Núcleo de Antropologia das Sociedades Indígenas e Tradicionais - NIT - da UFRGS. Especialmente quanto a esses últimos, que junta como documentos, diz que os mesmos são suficientes para comprovar a natureza indígena da área e o direito da Comunidade Indígena a nela permanecer. Diz que é imprescindível que a FUNAI realize um estudo demarcatório para verificar se a área do Morro do Osso constitui efetivamente terra tradicionalmente ocupada pelos índios nos termos do art. 231 da CF/88, concluindo que *"não se pode de modo algum se determinar a retirada da Comunidade Indígena Kaingang do local sem antes ter-se segurança jurídica para tanto. E se realmente o Morro do Osso constitui terra indígena de acordo com os ditames constitucionais? Em se verificando posteriormente que para tal questionamento a resposta é afirmativa, ao proceder-se ao despejo dos integrantes da Comunidade Indígena no local, no presente momento, estar-se-ia cometendo-se uma atrocidade sem proporções, tolhendo-se um direito fundamental. Ao despejá-los sem um mínimo de prova contrária aos seus anseios, sem ao menos verificar se a permanência àquela terra teria respaldo em ocupação tradicional, estaria se negando vigência ao texto constitucional"* (fls. 170). Diz que somente a FUNAI poderá realizar o processo demarcatório para investigar a natureza indígena da área ocupada. Diz que o relatório preliminar elaborado pela FUNAI (Informação n. 18/CGID, de 29/06/05), que não logrou uma posição conclusiva sobre a tradicionalidade da ocupação indígena, não pode ser aceito porque: (a) não encontra respaldo no ordenamento jurídico porque não está previsto na regulamentação da FUNAI; (b) não se baseou *"nos elementos etnográficos, arqueológicos e na questão da ancestralidade consubstanciada na presença de cemitério indígena, os quais foram avaliados pelo Núcleo de Antropologia das Sociedades Indígenas e Tradicionais - NIT da UFRGS"* (fls. 173); (c) é precário e não foi realizado por um grupo técnico e multidisciplinar; (d) foi realizado em viagem de poucos dias a Porto Alegre, atendendo apenas a demandas governamentais e desatendendo à autodeterminação dos povos indígenas (fls. 173-177). Diz que a liminar possessória não poderá ser deferida porque a ocupação já ocorre a mais de ano e dia, e a posse da Comunidade Indígena é velha para os fins do Código de Processo Civil. Pede a intimação da União, a designação de audiência, o indeferimento do restante da liminar e a improcedência da ação. Junta documentos, entre os quais relatório antropológico complementar pelo NIT-UFRGS (fls. 181-197), correspondência para a FUNAI assinada por Ana Elisa de Castro Freitas (fls. 199-201), nota técnica de relatório arqueológico assinado por Sérgio Baptista da Silva (fls. 202-206) e atas de reunião do MPF (fls. 207-226).

ANDAMENTO E SANEAMENTO DO PROCESSO. Foi apresentada petição pelo Município (fls. 229-231), juntando documentos (fls. 232-268), dentre os quais o relatório preliminar feito pela FUNAI quanto à ocupação indígena no Morro do Osso (Informação nº 18/CGID, de 29/06/05 - fls. 242-268). Também alegou que houve descumprimento da liminar e pediu providências quanto à imediata desocupação da área e reintegração do Município na respectiva posse. Em despacho de saneamento (fls. 288-294), esse Juízo deferiu a intervenção da FUNAI como assistente simples da Comunidade Indígena; manteve nos autos a resposta da Comunidade Indígena e deixou de lhe aplicar os efeitos materiais da revelia; determinou a intimação da União Federal como havia requerido o MPF; indeferiu o requerimento do MPF quanto à aplicação do art. 928-§ único do CPC; determinou a intimação da Comunidade Indígena para que se manifestasse sobre as alegações de descumprimento da liminar; e designou audiência para tentativa de conciliação. Foram adotadas as providências e feitas as comunicações necessárias (fls. 295-306).

AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO E TENTATIVA DE CONCILIAÇÃO. Em 06/10/05 foi realizada audiência de tentativa de conciliação (fls. 307-310), em que compareceram e se manifestaram as partes, a FUNAI e o Ministério Público Federal. O Município manteve a proposta que havia extrajudicialmente apresentado, nesses termos: *"que mantinha a*

proposta de desapropriação de uma área de 10 hectares no Canta Galo para que a Comunidade fosse ali provisoriamente alojada, dotando-a de infra-estrutura semelhante a da Lomba do Pinheiro, com construções e escola bi-língue para a comunidade; que a aceitação dessa área não implicaria desistência quanto a ação ordinária ajuizada pela Comunidade; que a aquisição dessa área estaria em negociação e somente poderia ser realizada pelo Município, por envolver desapropriação, se houvesse acordo nessa ação possessória, com desocupação total da área do Morro do Osso" (fls. 308). A Comunidade Indígena, por seu procurador e pelo seu Cacique, manifestou-se na audiência, não aceitando os termos da proposta e preferindo aguardar o julgamento da ação ordinária. A FUNAI e o Ministério Público Federal também puderam se manifestar. Também foi apresentada petição pela Comunidade Indígena, manifestando não aceitar a proposta do Município e juntando nota para a opinião pública que havia divulgado em junho de 2005. Foi assegurado o acesso às partes e interessados aos autos, determinando que os mesmos permanecessem até às 18h de 10/10/05 na Secretaria da Vara, à disposição dos interessados. A União peticionou (fls. 316-318), informando que não tinha interesse em intervir no processo. Foram encaminhados a esse Juízo e juntados aos autos manifestação do Instituto Gaúcho de Estudos Ambientais (fls. 272-287 e 319-332), dando conta de danos ambientais que causados ao Parque Natural do Morro do Osso, e manifestação da Associação dos Moradores do Sétimo Céu (fls. 333-393), dando conta da inconformidade dos moradores do bairro com a ocupação indígena no local. O Município peticionou (fls. 394), reiterando seus pedidos quanto ao deferimento de liminar possessória e alegando que estão sendo causados prejuízos ao meio ambiente e aos moradores de Porto Alegre. A Comunidade Indígena também peticionou (fls. 395-396), alegando não estar descumprindo a liminar e requerendo o desentranhamento de documentos e manifestações dos autos.

DEFERIMENTO DA MEDIDA LIMINAR. O despacho de fls. 398-459 deferiu parcialmente medida liminar possessória em favor do 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 Kaingang do Morro do Osso; **(b)** que em 30 dias a Comunidade Indígena Kaingang 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 Kaingang (infra-estrutura semelhante àquela da Lomba do Pinheiro, inclusive com água, luz e escola bilíngue) 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; **(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. Expedidas as comunicações da decisão, o réu apresentou embargos declaratórios contra a decisão (fls. 471-472), que não foram conhecidos (fls. 480-483). Também o Ministério Público Federal apresentou embargos declaratórios contra a decisão (fls. 473-478), que foram conhecidos e parcialmente providos para determinar que a expedição e o cumprimento do mandado de reintegração na posse do imóvel está condicionado ao Município de Porto Alegre comprovar nos autos o atendimento ao item 3-D de fls. 458 (salvo se a Comunidade Indígena indicar outra área ou se o TRF4ªR determinar o contrário) (fls. 480-483). O réu interpôs novos embargos declaratórios (fls. 493-496), que não foram conhecidos (fls. 564-567). A FUNAI informou o endereço de sua representação processual no Rio Grande do Sul (fls. 498). O MPF requereu providências para o eventual cumprimento da liminar (fls. 600-606). O Município requereu o cumprimento da liminar (fls. 613).

AGRAVO DE INSTRUMENTO RELATIVO À LIMINAR. O MPF

comunicou a interposição do agravo de instrumento nº 2005.04.01.052760-4 (fls. 502-562). O TRF4ªR comunicou o indeferimento do efeito suspensivo no agravo de instrumento (fls. 571-575). Posteriormente, o TRF4ªR comunicou a reconsideração de sua decisão e o deferimento do efeito suspensivo nesse agravo (fls. 608-610). Esse Juízo determinou que se cumprisse a decisão do TRF4ªR (fls. 615-616). A Comunidade Indígena comunicou a interposição de agravo de instrumento e informou que não tinha mais provas a produzir (fls. 623-647). O TRF4ªR deu provimento ao agravo de instrumento do Ministério Público Federal, cassando a decisão que havia deferido a liminar (fls. 1304-1325). Não foi interposto recurso e o acórdão do TRF4ªR restou precluso (fls. 1326).

ANDAMENTO, ASSISTÊNCIA E INSTRUÇÃO PROBATÓRIA. Trasladou-se para essa ação possessória o termo de audiência de instrução realizada no processo 2004.71.00.021504-0, onde foram inquiridas testemunhas arroladas pela Comunidade Indígena e pelo Ministério Público Federal (fls. 580-598). O Município de Porto Alegre requereu a produção de prova testemunhal (fls. 650-651). A Associação dos Moradores do Bairro Sétimo Céu requereu sua intervenção como assistente do autor e arrolou testemunhas (fls. 670-679 e 758-759), juntando documentos (fls. 680-700). O MPF requereu a realização de prova pericial (fls. 701-722). Em despacho saneador (fls. 727-732), esse Juízo indeferiu o pedido do réu para suspensão do processo; reconheceu a regularidade da tramitação do processo; relegou o exame da prova testemunhal; concedeu prazo para as partes se manifestarem sobre o pedido de intervenção; e relegou o exame da prova pericial. Feitas as intimações, as partes puderam se manifestar sobre o pedido de assistência e sobre as provas requeridas (fls. 751-754, 761 e verso, e 771). Em despacho (fls. 772-777), foi deferida a assistência requerida, foi indeferida a perícia requerida pelo MPF e foi deferida a prova testemunhal requerida pelo autor e pelo assistente. O MPF interpôs o agravo de instrumento nº 2006.04.00.027347-0 contra a decisão que deferiu a assistência (fls. 781-788). A Comunidade Indígena requereu a requisição de cópia do expediente encaminhado pelo TRF4ªR ao MPF (fls. 809-810), o que foi indeferido (fls. 822). A audiência de inquirição de testemunhas foi realizada (fls. 824-842 e 846-860). Não houve acordo entre as partes quanto à conciliação (fls. 859). Foi deferida a requisição de documentos e foram indeferidos outros requerimentos das partes (fls. 859). O Município de Porto Alegre juntou documentos, entre eles o plano de manejo do parque e o processo administrativo relativo àquele parque (fls. 866-1117, 1121-1230 e 1232-1240). Foi encerrada a instrução e concedido prazo para memoriais escritos pelas partes e assistente (fls. 1242-1243).

MEMORIAIS ESCRITOS DO MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE (autor).

O autor Município de Porto Alegre apresentou memoriais escritos (fls. 1248-1262), requerendo a procedência da ação e alegando, em síntese: (a) os invasores estão em "final de rua" inserida dentro dos limites do parque, devendo ser desocupado por conta do prejuízo que causa à natureza e à cidade; (b) a ocupação causa degradação ambiental ao parque natural; (c) ocorrem também agressões aos servidores municipais que trabalham no parque e a moradores e pedestres; (d) as negociações para desapropriação de outras terras para o parque estão suspensas até que se decida o futuro da área; (e) não se trata de terra tradicionalmente indígena protegida pelos arts. 231-232 da CF/88; (f) somente a FUNAI teria competência para demarcação das terras indígenas e ela já reconheceu que não se trata de terra tradicional indígena; (g) os réus invadiram área que nunca habitaram, sendo "*apenas invasores de área pública*" (fls. 1256); (h) a prova produzida nessa ação dá conta de que não houve ocupação tradicional kaingang naquela área.

MEMORIAIS ESCRITOS DA ASSOCIAÇÃO DOS MORADORES DO BAIRRO SÉTIMO CÉU (assistente do autor). A assistente Associação dos Moradores do Bairro Sétimo Céu apresentou memoriais escritos (fls. 1266-1279), requerendo a procedência da ação e alegando, em síntese: (a) a invasão pela Comunidade Indígena coloca em risco a área de preservação ecológica do Morro do Osso e afeta diretamente a vida dos moradores locais; (b) a questão não pode ser tratada apenas da perspectiva antropológica, mas deve também considerar as regras pertinentes à ordenação dos espaços urbanos e das cidades (art. 182 da CF/88); (c) não há nenhuma possibilidade de aplicação do art. 231 da CF/88 ou do Estatuto do Índio àquela área urbana, que é uma unidade integral de conservação; (d) os direitos de todos os cidadãos devem ser assegurados e resguardados,

e não apenas dos integrantes da Comunidade Indígena; (e) os moradores do bairro adquiriram os imóveis e fizeram as construções com observância das regras vigentes, devendo ser assegurado o respeito ao seu direito; (f) as associações comunitárias e o Poder Público vêm lutando em prol da manutenção do equilíbrio ambiental, não tendo a especulação imobiliária atingido o Morro do Osso na parte destinada ao parque natural; (g) a ocupação da área vem causando danos ambientais graves ao ecossistema local, principalmente pela intensa retirada de cipós e por outras intervenções dos invasores, prejudicando a composição florística e a estrutura da área.

MEMORIAIS ESCRITOS DA COMUNIDADE INDÍGENA (réu). A ré Comunidade Indígena Kaingang apresentou memoriais escritos (fls. 1293-1295), requerendo a improcedência da ação e alegando, em síntese: (a) reportar-se ao que já alegou nos autos, reiterando essas alegações; (b) a pretensão do autor já se esgotou com a retirada das casas construídas dentro da área do parque, não tendo mais objeto da presente ação de interdito proibitório e devendo serem resolvidos na ação ordinária os demais pontos discutidos pelas partes; (c) esse Juízo teria feito nela incluir a FUNAI para que fosse mantida a competência da Justiça Federal, repetindo o réu que esse Juízo é absolutamente incompetente (fls. 1294).

MEMORIAIS ESCRITOS DA FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO (assistente do réu). A assistente FUNAI apresentou memoriais escritos (fls. 1301-1303), alegando que: (a) a demarcação de terras indígenas passa por um longo processo, desde a descoberta do grupo indígena ou solicitação de regularização, com identificação do território, até a demarcação propriamente dita; (b) esse procedimento observa procedimentos próprios, conforme os arts. 20-XI e 231 da CF/88, art. 67 do ADCT/88, arts. 17 e 19 da Lei 6.001/73 e Decreto 1.775/96; (c) a FUNAI instaurou processo administrativo para levantar indícios e provas que atestassem a tradicionalidade da ocupação da área, mas o relatório preliminar não encontrou elementos que pudessem amparar a demarcação da área; (d) *"a resistência da Comunidade Kaingang à pretensão do Município está amparada numa expectativa de legitimidade sob a área em comento, estando os mesmos embuídos de boa-fé sob o enfoque de fortalecimento de seus vínculos sociais e culturais"* (fls. 1303).

PARECER FINAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. O Ministério Público Federal apresentou seu parecer final (fls. 1328-1338), opinando pela improcedência da ação e alegando, em síntese: (a) a área em questão é terra indígena como definida no art. 231 da CF/88, cabendo aos índios o usufruto exclusivo dela; (b) reporta-se ao que foi apresentado pelo MPF no agravo de instrumento; (c) a prova testemunhal produzida na ação ordinária perante essa Vara dá conta de que a área é de ocupação tradicional indígena, conforme consta das declarações das testemunhas Rodrigo Venzon, Ana Freitas e Sérgio Baptista da Silva, que são antropólogos formados pela UFRGS e estudiosos dos índios kaingangs; (d) *"reconhecida certa área como de tradicional ocupação indígena, cabe à comunidade à qual a terra acha-se vinculada o usufruto exclusivo dela, inclusive sendo quaisquer outros títulos eventualmente legitimadores de outras formas de ordenação deste espaço nulos e sem valor jurídico, na conformidade com o disposto no artigo 231 da CF/88. No caso dos autos, estando a premissa comprovada com o material probatório acostado aos autos, a conclusão é de rigor"* (fls. 1338).

CONCLUSÃO. Não havendo mais provas a serem produzidas, vieram os autos conclusos para sentença.

É o relatório. Decido.

2. FUNDAMENTAÇÃO:

QUANTO ÀS PRELIMINARES. Sobre a preliminar de incompetência suscitada pela ré em seus memoriais escritos (fls. 1293-1295), a FUNAI intervém como assistente da Comunidade Indígena na presente ação possessória. A questão já foi resolvida por esse Juízo, nesses

termos: "Sobre a intervenção da FUNAI, a petição da FUNAI de fls. 114-119 e 121-126 parece que resolve o problema de sua intervenção no processo, efetivamente assumindo a posição de assistente da parte ré, como havia anteriormente requerido (fls. 63-67). Não houve oposição das outras partes quanto a isso. Existe previsão legal para a intervenção da FUNAI na defesa das comunidades indígenas, sendo inclusive isso indispensável para que o processo esteja regularmente constituído. Por isso, defiro a intervenção da FUNAI na condição de assistente da parte ré" (fls. 290). Há base legal para essa intervenção. Não foi esse Juízo quem determinou a assistência, tendo apenas cumprido o que lhe cabia ao receber a petição inicial: dar ciência à FUNAI da existência da ação, que interessava (porque atingia diretamente) a Comunidade Indígena contra quem o pedido é dirigido. Havendo interesse de comunidade indígena, a FUNAI cumpriu o papel que lhe cabia, ingressando no processo na qualidade de assistente simples do réu. Não cabia à FUNAI vir como parte no processo, apenas como terceiro. Como terceiro, o que lhe cabia era a intervenção enquanto assistente simples do réu. A FUNAI não recusou essa posição processual. Ao contrário, participou do processo e apresentou suas manifestações, como facultava a lei processual. Havendo presença de autarquia federal como assistente no processo, está firmada a competência federal por força do art. 109-I da CF/88. Logo, essa Vara Federal é competente para processar e julgar essa ação. Não é caso de competência da Justiça Estadual, mas da Justiça Federal (art. 109-I da CF/88). Por isso, **rejeito a preliminar de incompetência absoluta.**

Sobre a preliminar de perda de objeto da ação suscitada pela ré Comunidade Indígena em seus memoriais escritos (fls. 1293-1295), foi dito pela ré que a pretensão do autor já se esgotou com a retirada das casas construídas dentro da área do Parque, não tendo mais objeto da presente ação de interdito proibitório e devendo ser resolvidos na ação ordinária os demais pontos discutidos pelas partes. Entretanto, como já dito por esse Juízo quando do recebimento da petição inicial, a pretensão do Município de Porto Alegre não se limitava ao interdito proibitório ou à retirada de algumas casas da área interna ao Parque, mas envolvia a reintegração de posse do Município em relação à área ocupada pela Comunidade Indígena dentro ou no entorno do Parque Natural do Morro do Osso de Porto Alegre. É o que constou de forma clara e inequívoca no despacho de 19/07/2005 (fls. 43-46), nesses termos:

"RELATÓRIO. Trata-se de interdito proibitório ajuizado pelo MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE contra COMUNIDADE INDIGENA KAIGANG DO MORRO DO OSSO DE PORTO ALEGRE, representada por seu Cacique Jaime Alves Kentág, com pedido de liminar para "que os réus e demais ocupantes que possam se encontrar no local quando cumprida a medida, se abstenha de quaisquer atos turbativos ou esbulhativos no imóvel do autor, anteriormente descrito podendo ser demolida as construções feitas dentro do Parque Natural do Morro do Osso" (sic, item A de fls. 07). A petição inicial é acompanhada de documentos (fls. 09-14).

Em 12/07/05, o processo foi distribuído por dependência a esse Juízo Federal Ambiental, por força de aqui tramitar a ação ordinária 2004.71.00.021504-0 (fls. 02).

Em 13/07/05, antes de receber a petição inicial e existindo dúvidas sobre os fatos alegados, esse Juízo determinou que o Município-autor justificasse o alegado, devendo apresentar planta gráfica do parque e de seu entorno, juntar fotografias das áreas ocupadas e prestar outros esclarecimentos que o Juízo entendeu relevantes (fls. 15-16).

Em 13/07/05, o Município-autor foi intimado por mandado (fls. 18) e, em 15/07/05, apresentou petição de emenda (fls. 19-20), acompanhada de documentos (fls. 21-41), prestando as informações solicitadas e ratificando seu pedido de "imediata concessão do mandado proibitório em regime de urgência para cumprimento por Oficial de Justiça Plantonista para que os réus se

abstenham de quaisquer atos turbativos ou esbulhativos no imóvel do autor com ordem de desfazimento das construções feitas dentro do Parque Natural Morro do Osso" (fls. 20). Vieram os autos conclusos. É o relatório. Decido.

FUNDAMENTAÇÃO. Sobre a natureza fungível da tutela possessória, a lei processual estabelece a fungibilidade da tutela possessória, prevendo que "a propositura de uma ação possessória em vez de outra não obstará a que o juiz conheça do pedido e outorgue a proteção legal correspondente àquela, cujos requisitos estejam provados" (art. 920 do CPC). Portanto, não importa aqui o nome que o autor deu à ação, mas a tutela possessória que postula.

Sobre a tutela possessória buscada nessa ação, examinando atentamente a petição inicial e a emenda à petição inicial que apresenta a parte autora, bem como cotejando os argumentos trazidos pelo Município-autor com os fatos que estão provados nos autos dessa ação e também do que consta do processo 2004.71.00.021504-0 (em que os réus buscam o reconhecimento do Parque Natural do Morro do Osso como terra indígena para os fins do art. 231 da CF/88), parece a esse Juízo que o Município-autor não postula apenas interdito proibitório (arts. 932-933 do CPC), mas pretende também reintegração na posse do imóvel atualmente ocupado (arts. 926-931 do CPC).

Isso porque o interdito proibitório se limitaria a permitir que o juízo "segure [o autor] da turbção ou esbulho iminente, mediante mandado proibitório, em que se comine ao réu determinada pena pecuniária caso transgrida o preceito" (art. 932 do CPC). Essa proteção possessória somente seria eficaz para aquelas situações em que ainda não houve turbção ou esbulho, quando então serve como medida preventiva que impediria tais ocorrências. Quando já houve o esbulho, isto é, quando o imóvel já se encontra invadido ou ocupado pelo réu, o caso não é mais de interdito proibitório, mas de reintegração na posse: "o possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbção e reintegrado no de esbulho" (art. 926 do CPC). A lei civil distingue as três modalidades de proteção da posse: "o possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbção [ação de manutenção de posse], restituído no de esbulho [ação de reintegração de posse], e segurado de violência iminente [ação de interdito proibitório], se tiver justo receio de ser molestado" (art. 1210-caput do Código Civil, acrescentaram-se as expressões entre colchetes).

Ora, o Município-autor não se contentará apenas com a cominação do preceito proibitório (não turbar, não esbulhar), pretendendo também sejam desfeitas as construções já edificadas pelos réus dentro da área do Parque Natural do Morro do Osso: "... podendo ser demolida as construções feitas dentro do Parque..." (item A de fls. 07) e "... com ordem de desfazimento das construções feitas dentro do Parque..." (último parágrafo de fls. 20). A própria indicação das construções feitas e sua respectiva localização não estava suficientemente esclarecida na petição inicial, tendo havido a emenda de fls. 19-20, acompanhada das fotos de fls. 21-35 e dos mapas de fls. 36-41, que deixam claro que: **(a)** existem construções edificadas dentro da área de proteção ambiental; **(b)** a ocupação está sendo feita de forma desordenada e sem observância das normas ambientais vigentes; **(c)** o Município-autor não pretende apenas o interdito proibitório, mas a remoção das construções e de seus ocupantes daquela área, esteja dentro ou fora do Parque. Portanto, na presente ação possessória caberá a esse Juízo examinar tanto o pedido de interdito proibitório como o de reintegração na posse.

Sobre a liminar possessória, aparentemente o art. 928 do CPC não deixaria a esse Juízo outra opção entre deferir a liminar ou determinar a justificação prévia

pelo Município-autor: "estando a petição inicial devidamente instruída, o juiz deferirá, sem ouvir o réu, a expedição do mandado liminar de manutenção ou de reintegração; no caso contrário, determinará que o autor justifique previamente o alegado, citando-se o réu para comparecer à audiência que for designada" (art. 928-caput do CPC). Entretanto, o caso dos autos guarda peculiaridades que, no entender desse Juízo, afastam a aplicação imediata dessa opção limitada do Juízo. É que não parece conveniente examinar a liminar possessória requerida sem assegurar o exercício do contraditório e da ampla defesa à parte ré, porque: **(a)** isso tornaria satisfativa e irreversível a medida liminar eventualmente deferida, porque então estaria a parte ré sendo removida sem prévia audiência e sem que lhe fosse assegurado o direito constitucional de ampla defesa; **(b)** existe uma ação ordinária entre as partes, ajuizada pela Comunidade Indígena contra o Município-autor, onde se discute sobre a propriedade da área e onde foi indeferida antecipação de tutela à Comunidade Indígena, sendo conveniente que se lhe assegure o contraditório mínimo antes de decidir sobre a remoção compulsória; **(c)** há uma situação de tensão e conflito entre as partes envolvidas, de ambas as partes não havendo disposição ao diálogo e já tendo inclusive ocorrido agressões mútuas (agressões físicas, agressões ao patrimônio público, agressões ao meio ambiente, etc), conforme narrado nos autos e amplamente divulgado pela imprensa; **(d)** é prudente que uma decisão com a envergadura de uma liminar possessória satisfativa, deferindo ou indeferindo a tutela postulada, seja precedida de observância das garantias mínimas do devido processo legal, assegurando-se manifestação dos réus, da FUNAI e do MPF; **(e)** não há nenhum fato novo relevante que justificasse a urgência desse Juízo em examinar a tutela liminar postulada, com atropelo às garantias constitucionais dos demandados, especialmente considerando que a ação ordinária foi ajuizada em 12.05.2004, desde lá existindo a ocupação daquela área pela Comunidade Indígena, e essa ação possessória só foi ajuizada em 12.07.2005; **(f)** o próprio Ministério Público Federal, incansável na defesa dos interesses ambientais e indígenas, deu-se por vencido no acompanhamento extrajudicial da questão, que vinha sendo feito através do procedimento administrativo 153/2004 (fls. 594 e seguintes da ação ordinária 2004.71.00.021504-0), encaminhando a esse Juízo a íntegra do procedimento administrativo para que fosse juntado à ação ordinária "tendo em vista a necessidade de acompanhamento judicial dos fatos que ultimamente têm envolvido a Comunidade Kaingangue e a Prefeitura Municipal de Porto Alegre, sendo que depreende este Ministério Público Federal, em razão de tais fatos e dos documentos que integram o presente procedimento administrativo, que a solução amigável para a questão é praticamente impossível" (fls. 593 da ação ordinária).

DESPACHO. Por essas razões, decide esse Juízo Federal **receber a ação possessória** nos moldes acima indicados (inclusive quanto à petição de emenda da inicial de fls. 19-41) e **relegar o exame da liminar possessória** para momento posterior ao cumprimento das diligências que aqui são determinadas, nos termos da fundamentação.

Expeçam-se mandados de: **(a) intimação** do Município-autor dos termos dessa decisão; **(b) citação do réu** para apresentar sua resposta ao pedido possessório veiculado nessa ação, com prazo de 15 dias para resposta (arts. 297 e 931 do CPC); **(c) intimação da FUNAI** para que fique ciente da presente ação e manifeste seu interesse em intervir voluntariamente no processo, em cinco dias.

Após, decorridos os prazos, **remetam-se ao MPF** para parecer em cinco dias.

Após, **venham conclusos** para: (a) exame da liminar possessória; (b) exame do

que tiverem requerido as partes, interessado e MPF" (fls. 43-46).

Ou seja, o objeto da ação possessória não ficou restrito ao interdito proibitório nem apenas à retirada de algumas das construções feitas dentro da área da unidade de conservação. O objeto da lide alcança também a permanência da Comunidade Indígena na área que ocupa, localize-se essa dentro ou no entorno do parque. A Comunidade Indígena foi citada em 20/07/2005 (fls. 48-v), posteriormente e com base naquele despacho. Logo, tinha ciência do exato objeto do processo e do despacho de fls. 43-46 desse Juízo, que recebeu a petição inicial e explicitou qual era o objeto da ação. Logo, não há como ser acolhida a alegação de que a ação possessória perdeu seu objeto porque a Comunidade Indígena já tivesse atendido (em cumprimento à primeira liminar de fls. 68-73) o que era pretendido pelo Município-réu. Por isso, **rejeito a preliminar de perda de objeto da ação.**

QUANTO AO MÉRITO: INTRODUÇÃO. No mérito, cabe a esse Juízo examinar os pedidos e as defesas apresentadas, decidindo a lide possessória e resolvendo o objeto da disputa entre as partes, conforme despacho que recebeu a petição inicial (fls. 43-46). Para tanto, é preciso examinar não apenas o direito aplicável e os fatos provados, mas também os argumentos e apresentados e provas produzidas pelas partes no curso do processo para concluir se devem ou não ser providos os pedidos apresentados pelo Município de Porto Alegre contra a Comunidade Indígena Kaingang que ocupa o Morro do Osso em Porto Alegre.

Quando esse Juízo proferiu a decisão que deferiu parcialmente a medida liminar às fls. 398-459 (em 17/10/2005), a relação processual já estava formada porque o réu já tinha sido citado (em 20/07/2005 às fls. 48-v) e havia contestado (em 25/08/2005 às fls. 127-129). A FUNAI já havia se manifestado no processo (em 25/08/2005 às fls. 121-126). O Ministério Público Federal já havia se manifestado (em 09/09/2005 às fls. 132-180). Então, os fundamentos e defesas trazidos pela petição inicial do autor e pela contestação do réu já constavam dos autos, tendo sido expressamente examinados e considerados por ocasião daquela decisão que deferiu parcialmente a medida liminar.

Instruído e processado o feito, esse Juízo verifica que a instrução do processo não alterou o que havia considerado como razão de decidir naquela ocasião (questões de fato e de direito), entendendo que aqueles fundamentos continuam representando o melhor direito aplicável à questão posta nos autos, cabendo agora repetir a interpretação fática e jurídica que havia anteriormente apresentado naquela decisão, apenas acrescentando o exame de fatos e argumentos posteriores à decisão, que envolveram: (a) a decisão do TRF4ªR no agravo de instrumento (fls. 1304-1325); (b) a instrução probatória nessa ação possessória, especialmente a inquirição de testemunhas (fls. 824-842 e 846-860) e a juntada de documentos no curso do processo; (c) a produção de prova testemunhal na ação ordinária nº 2004.71.00.021504-0 (fls. 580-598); (d) os argumentos que apresentaram as partes e assistentes nos memoriais escritos e o Ministério Público no parecer final.

Examinados esses novos elementos de prova e explicitados os motivos de convicção desse Juízo, cabe então decidir sobre os pedidos apresentados nessa ação possessória, tudo como segue.

QUANTO AO MÉRITO: FUNDAMENTOS DE FATO E DE DIREITO DESSE JUÍZO. Examinando os autos, esse Juízo conclui que a ação possessória deve ser julgada procedente pelos seguintes fundamentos de fato e de direito:

Primeiro, porque no entendimento desse Juízo, como já foi dito anteriormente e é reafirmado nessa sentença, continuam válidos os elementos de convencimento afirmados por ocasião do deferimento parcial da medida liminar (fls. 398-459), reportando-se esse Juízo àquilo que já havia explicitado nos autos e adotando esses fundamentos que seguem como razão de decidir nessa sentença, nos termos que seguem:

"Sobre os interesses envolvidos, 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. 225-§ 4º da CF/88). De outro lado, estão a proteção ao patrimônio cultural nacional quanto à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira (arts. 215-216 da CF/88) e o reconhecimento do direito originário das comunidades indígenas às terras que tradicionalmente ocupam (arts. 231-232 da CF/88). Sociedade e natureza, meio ambiente e cultura se entrecroçam nessa disputa pelo que representa a área onde se localiza o Parque Natural do Morro do Osso dentro da zona urbana de Porto Alegre.

De um lado, existe um grupo de pessoas lutando pela preservação de sua cultura e de sua memória Kaingang. Buscam espaços para continuarem a reproduzir suas práticas vivenciais e religiosas, defendendo suas crenças e suas necessidades espirituais, históricas, coletivas. Essas pessoas compõem a Comunidade Indígena Kaingang que figura no pólo passivo dessa ação, provenientes do Espaço de Sustentabilidade na Lomba do Pinheiro. Buscam um espaço para sobreviver e ter uma esperança de futuro. Essas pessoas mantêm suas tradições imemoriais e suas práticas xamânicas, próprias de sua cultura (CRÉPEAU, Robert R. A prática do xamanismo entre os Kaingang do Brasil Meridional: uma breve comparação com o Xamanismo Bororo. In: Horizontes Antropológicos. Porto Alegre, ano 8, nº 18, pp. 113-129, dezembro de 2002; SILVA, Sergio Baptista da. Dualismo e cosmologia Kaingang: o xamã e o domínio da floresta. In: Horizontes Antropológicos. Porto Alegre, ano 8, nº 18, pp. 189-209, dezembro de 2002; SILVA, Sergio Baptista da. Etnoarqueologia dos Grafismos Kaingan: um modelo para a compreensão das sociedades Proto-Jê meridionais. Tese de doutorado apresentada ao PPGAS da FFLCH da USP. São Paulo, junho de 2001), necessitando desses espaços para preservação de seus conhecimentos e reprodução de sua cultura (arts. 215-216 e 231 da CF/88). Percorreram um longo caminho até chegar à Lomba do Pinheiro, e de lá resolveram ir adiante, reivindicando a terra que acreditam lhes pertencer histórica e espiritualmente. Foram conduzidas ao Morro do Osso por seus guias espirituais, por seus líderes políticos e pelos grupos sociais que lhes dão apoio, como por exemplo o Conselho Indigenista Missionário (CIMI) e o Núcleo de Antropologia das Sociedades Indígenas e Tradicionais da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (NIT-UFRGS). Mesmo depois de retirados de dentro do Parque Municipal pela Prefeitura Municipal de Porto Alegre em 2004, continuam nos limites do Parque, em via pública, onde inclusive ergueram construções e casas, insistindo em reivindicar aquela terra como sendo originária e tradicionalmente sua. Esse empenho em buscar terra e espaço para se preservarem culturalmente é inerente ao grupo Kaingang, cuja história é pautada por lutas e enfrentamentos com os colonizadores brancos (BECKER, Ítala Irene Basile. O que sobrou dos índios pré-históricos do Rio Grande do Sul. In: Arqueologia Pré-Histórica do Rio Grande do Sul. 2ª edição. Porto Alegre: Editora Mercado Aberto, 1997, p. 334-337) e entre os próprios grupos internos aos Kaingangs (INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. Enciclopédia dos Povos Indígenas do Brasil. Verbete "Kaingang", p. 18. Obtido em: www.socioambiental.org/pib/epi/kaingng. Acesso em: 18.07.2005). As terras tradicionais são importantes para esse grupo indígena, que continua partilhando um registro mitológico comum e compartilhando crenças e práticas acerca de suas experiências rituais, mesmo que os grupos tenham se dispersado: "o profundo respeito aos mortos e o apego às terras onde estão enterrados seus umbigos são expressões incontestáveis do valor estruturante da cosmologia para estes índios" (INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. Enciclopédia dos Povos

Indígenas do Brasil. Verbete "Kaingang". Obtido em: www.socioambiental.org/pib/epi/kaingng. Acesso em: 18.07.2005). O culto relacionado com os mortos, que depende dessas terras tradicionais, "é a expressão mais saliente da cultura espiritual dos Kaingang", com grande influência na vida do grupo (BECKER, Ítala Irene Basile. O índio Kaingáng no Rio Grande do Sul. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 1995, p. 263). O lugar onde estão enterrados os antepassados desempenha papel relevante na vida dessas comunidades porque "o lugar do enterramento significa a porta invisível que liga um dos planos do mundo Kaingang a outro; o nível terreno e mortal ao subterrâneo, nível mítico do mundo dos ancestrais" (VEIGA, J. Cosmologia e práticas rituais Kaingang. Tese de doutorado apresentada na UNICAMP, 2000, p. 227). Ou seja, essa luta pelas terras ancestrais é importante para a comunidade indígena porque delas dependem seus cultos e suas práticas, contribuindo para o fortalecimento de sua cultura e preservação de sua identidade.

De um outro lado, existem pessoas interessadas na preservação do Morro do Osso como Parque Natural, conforme sua destinação por lei municipal. O primeiro desses interessados é o atual proprietário da área, o Município de Porto Alegre, que figura como autor nessa ação possessória. Mas moradores de Porto Alegre e do entorno, e também os ambientalistas defendem a preservação daquele local como unidade de conservação. A motivação dessas pessoas se prende à riqueza e à biodiversidade lá existentes, sendo aquela área remanescente do bioma Mata Atlântica, constitucionalmente protegida como patrimônio nacional (art. 225-§ 4º da CF/88), com uma peculiaridade importante: localiza-se dentro da cidade, é um "santuário dentro da cidade". É suficiente passar os olhos pela publicação feita anos atrás pela Prefeitura Municipal de Porto Alegre (MIRAPELHETE, Simone Rodrigues (coord. e org.). Flora e Fauna do Parque Natural Morro do Osso. Porto Alegre: SMAM, 2001) para se compreender os motivos do empenho dessas pessoas. O lugar é rico e tem uma biodiversidade relevante para ser pesquisada, explorada e preservada. Não é à-toa que essa área é tida como "santuário cercado pela cidade" (Atlas Ambiental de Porto Alegre. Porto Alegre: Editora da Universidade/UFRGS, 1998, p. 80).

São esses interesses constitucionalmente relevantes, mas contrapostos, que fazem tão-discutida a questão da permanência indígena Kaingang na área do Parque Natural do Morro do Osso em Porto Alegre.

Sobre o equacionamento jurídico da questão indígena no Morro do Osso, são duas ações judiciais que tramitam nesse Juízo Federal, discutindo a permanência indígena Kaingang no Morro do Osso.

A primeira delas, ajuizada em 12/05/2004 e redistribuída a essa Vara Ambiental em 20/05/2005, é o processo 2004.71.00.021504-0. Trata-se da ação ordinária ajuizada pela Comunidade Indígena Kaingang do Morro do Osso de Porto Alegre contra o Município de Porto Alegre, contra a Fundação Nacional do Índio e contra a União Federal. É uma ação de cunho reivindicatório, em que a comunidade indígena postula o reconhecimento da tradicionalidade da ocupação indígena Kaingang na área do Morro do Osso e a demarcação daquela terra em favor da Comunidade. O processo foi saneado por esse Juízo e se encontra pendente de apreciação das provas requeridas pelas partes, sendo que provavelmente se irá determinar o início da instrução probatória naquela ação. Havia pedido de antecipação de tutela pela Comunidade Indígena, postulando que fosse liminarmente reconhecido seu direito à permanência naquela área até julgamento final da ação. Isso foi indeferido pelo Juízo da Vara onde

inicialmente tramitou o processo e, posteriormente, a decisão de indeferimento foi ratificada nessa Vara Ambiental quando da redistribuição.

A outra ação, ajuizada em 12/07/2005, é o presente processo (nº 2005.71.00.023683-6). Trata-se da ação possessória ajuizada pelo Município de Porto Alegre contra a Comunidade Indígena Kaingang do Morro do Osso de Porto Alegre. A FUNAI intervém como assistente simples da Comunidade Indígena. É uma ação de cunho possessório, em que o Município postula a imediata retirada da Comunidade Indígena do Morro do Osso, inclusive em sede liminar. Esse processo teve a liminar parcialmente apreciada e deferida tão-somente naquilo que era urgente resolver (item 4 de fls. 70-72). O restante da medida liminar (a retirada da Comunidade Indígena e de suas construções do local) ficou para ser definida depois que fosse assegurada ampla defesa e contraditório ao réu, e depois que a Fundação Nacional do Índio, a União Federal e o Ministério Público Federal se manifestassem. Tudo isso foi observado e agora - antes de iniciar a fase de instrução probatória dessa ação possessória - cabe a esse Juízo decidir o restante da medida liminar postulada, isto é, se a Comunidade Indígena pode ou não permanecer no local ocupado até julgamento final da ação ordinária em que postula o reconhecimento do domínio definitivo da área. É disso que tratará essa decisão.

É preciso salientar que o processo envolve o tempo. O devido processo legal envolve o tempo. Até chegarmos a uma decisão final, é preciso que se percorra um determinado caminho procedimental, sendo justamente esse percurso o que legitima a decisão, permitindo a manifestação dos interessados, a produção de provas sobre os fatos relevantes e a discussão dos argumentos de cada uma das partes. O Juiz ouve as partes, examina seus argumentos, pesa o que cada uma traz ao processo e então decide de forma fundamentada, atendendo a pretensão da parte que lhe parecer mais acertada segundo o direito e a justiça.

Tudo isso demanda tempo. Mas nem sempre é possível que o Juiz decida apenas no final do processo. Às vezes, existem questões urgentes surgidas ainda antes ou no curso do processo, que devem ser provisoriamente resolvidas pelo Juiz antes do processo percorrer todo aquele caminho procedimental que conduz à sentença de mérito. Nesses casos, não é possível aguardar. É preciso resolver imediatamente alguma questão urgente. São as então ditas decisões liminares, em que o Juiz examina a questão a partir de uma perspectiva fragmentária e sumária, decidindo provisoriamente com base naquilo que foi produzido até aquele momento e sem prejuízo de posteriormente reexaminar o que foi decidido, quando da sentença final. A equação entre os interesses em conflito será resolvida pelo Juiz ao final, na sentença, mas isso não impede que no curso do processo examine provisoriamente algumas questões urgentes, decidindo sumariamente em favor de uma das partes e contra a outra. A presente decisão sobre liminar possessória é uma dessas hipóteses. As partes não podem ficar sem jurisdição enquanto discutem e produzem provas no processo. Pelas razões que esse Juízo adiante explicita no tópico referente ao periculum in mora, não será possível aguardar o pronunciamento judicial final, após a conclusão de toda instrução probatória. É necessário decidir antes disso. Essa decisão é provisória e envolve a liminar de reintegração na posse requerida pelo Município contra a Comunidade Indígena.

Essa decisão não esgota a causa, não exaure o exame da pretensão das partes. Decide precariamente com base no que consta até esse momento nos autos (aparência do direito). Não impede que os estudos antropológicos prossigam, que seja produzida perícia, que testemunhas sejam ouvidas. Não impede que posteriormente se autorize eventual retorno da Comunidade Indígena àquelas

terras do Morro do Osso, se novos elementos probatórios forem trazidos aos autos na instrução probatória. A presente liminar apenas enfrenta de forma sumária e provisória as questões trazidas, procurando preservar ambos os interesses até a decisão final. Essa decisão urgente se justifica porque há uma situação de hostilidade no local da ocupação (conflitos dos ocupantes com a vizinhança e com os agentes públicos municipais) e há uma situação de fragilidade no local da ocupação (impactos produzidos pela ocupação humana sobre a fauna, a flora e o ecossistema local). Tudo isso conduz esse Juízo a enfrentar imediatamente os pedidos de liminar postos nessa ação possessória, mesmo que de forma precária e sumária, sem ainda ter sido realizada toda a instrução probatória.

Sobre as dificuldades para decidir a questão do Morro do Osso, essa não é liminar fácil de ser examinada. Não se trata apenas de interpretar o art. 231 da CF/88 e atribuir o direito respectivo a uma das partes. Não se trata apenas de apreciar questões jurídicas relativas à interpretação de textos normativos. É preciso que o Juiz vá além, fazendo um juízo de probabilidade (de verossimilhança) sobre a ocupação indígena no Morro do Osso, buscando a existência de evidências a favor ou contra a alegada tradicionalidade da ocupação indígena Kaingang sobre aquela área.

Se pudesse optar por isso, esse Juízo gostaria de decidir a respeito apenas na sentença final de mérito, após a produção de todas as provas das partes e de amplo debate sobre as questões fáticas postas pelas partes. Mas, como já dito, isso não é possível. Há um pedido de liminar, que já foi postergado por esse Juízo porque necessitava ouvir a outra parte e os demais agentes que atuam no processo (FUNAI, União, Ministério Público Federal). Foram ouvidos esses interessados, puderam produzir suas alegações e trouxeram alguns elementos probatórios sumários aos autos. E agora é necessário que esse Juízo decida a respeito da liminar, porque há uma situação de perigo na ocupação, que pode resultar em enfrentamentos entre a comunidade indígena e os moradores do entorno da área ocupada, e também existem impactos ambientais causados pela ocupação humana na área do Parque Natural do Morro do Osso.

Além das partes não terem esgotado suas provas nas duas ações (a instrução probatória está apenas iniciando nas duas ações e talvez seja demorado produzir prova a respeito, que envolve estudos antropológicos, etnológicos, arqueológicos, históricos, etc), outras dificuldades são divisadas por esse Juízo.

Por exemplo, está esse Juízo ciente das limitações dos estudos arqueológicos a respeito da ocupação pré-histórica do Rio Grande do Sul: "nosso estado é conhecido, do ponto de vista arqueológico, apenas nos últimos vinte anos. As pesquisas desenvolvidas tiveram que ultrapassar obstáculos pouco conhecidos dos arqueólogos dos países mais desenvolvidos, pois são escassos tanto os recursos financeiros como os humanos. Os limites impostos pela nossa realidade explicam a lentidão inicial das pesquisas" (KERN, Arno A. Introdução. In: *Arqueologia Pré-Histórica do Rio Grande do Sul*. 2ª edição. Porto Alegre: Editora Mercado Aberto, 19997, pp. 09-10).

Também há o problema da destruição dos sítios arqueológicos, sem que tivessem sido previamente identificados e estudados, como acontece quando se constroem represas de hidrelétricas, se plantam lavouras de monocultura, se constroem estradas e outras práticas semelhantes sem consideração pelo aspecto arqueológico: "Temos, igualmente, a necessidade de conscientizar-nos da proteção destes riquíssimos arquivos documentais que são os sítios arqueológicos, fonte imprescindível para as nossas reconstituições históricas. De

maneira preconceituosa e sem a menor consciência, a nossa sociedade investe contra seu próprio passado, ao destruir de maneira irrefletida o seu patrimônio cultural e artístico, histórico ou arqueológico. Insensível e irrefletidamente, aniquilamos seus últimos vestígios e os de sua participação em nossa história. (...) A implantação de redes de estradas de rodagens, a abertura de canais de irrigação, a derrubada das florestas e sua substituição por áreas agriculturáveis, a instalação de barragens e imensos lagos para a produção de energia elétrica, são alguns dos fenômenos antrópicos que têm reduzido a fauna e a flora, modificado o relevo e transformado o clima. (...) Na voragem dessa destruição incontrolável, em flagrante desrespeito às leis de proteção ambiental e patrimonial, estão rapidamente desaparecendo os sítios arqueológicos, ou seja, os arquivos do solo onde se depositaram no passado os vestígios da cultura material de nossos antepassados, tenham sido eles indígenas, negros ou brancos" (KERN, Arno Alvarez. *Antecedentes Indígenas*. Porto Alegre: Editora da Universidade/UFRGS, 1994, pp. 128-130).

Isso foi constatado em estudo específico sobre as ocupações indígenas pré-históricas no Município de Porto Alegre: "como foi possível verificar em diversos bairros, um grande sítio pode desaparecer em um dia de trabalho de uma ou duas retro-escavadeiras que extraem solo para aterros. Verificamos, através de investigação e de informações de terceiros, que desde o início da urbanização de Porto Alegre foi comum a retirada de terra das encostas dos morros para aterrar as grandes extensões de várzeas alagadiças por onde atualmente se espraia vários bairros. De acordo com diversos funcionários da Prefeitura Municipal, a prática mais freqüente era a retirada de lâminas de terra com espessura média de 70 cm, em áreas que com o passar dos anos alcançaram até vários milhares de metros quadrados, justamente nas áreas onde é maior a freqüência dos sítios arqueológicos" (NOELLI, Francisco S. e outros. O mapa arqueológico parcial e a revisão historiográfica a respeito das ocupações indígenas pré-históricas no Município de Porto Alegre, Rio Grande do Sul. In: *Revista de História Regional*. Ponta Grossa, volume 2, nº 1, verão de 1997, p. 217, grifou-se).

Até pouco tempo atrás, não havia cuidado com nossa pré-história, preocupando-se a historiografia tradicional apenas com a ocupação européia do território, como se tudo que tivesse existindo antes não merecesse ser conhecido nem preservado: "a história tradicional, apesar dos matizes ideológicos tão diversos que separam seus autores, ignorou sempre, sob as mais variadas explicações, o genocídio praticado indiscriminadamente contra as culturas indígenas que povoaram nosso estado e a região platina na qual ele se insere. O início do povoamento é sempre apresentado com a chegada dos primeiros açorianos e a partir de uma data limite, a da fundação da cidade de Rio Grande, no estratégico local em que a Laguna dos Patos joga as suas águas no mar. Oculta-se desta forma a existência dos períodos anteriores a esta 'história lusa', relativos tanto à ocupação dos grupos de caçadores, coletores, pescadores e horticultores (de 13.000 anos aproximadamente de duração) como ao domínio espanhol instalado aqui nos sécs. XVII e XVIII. Atualmente, a ação antrópica, provocada pelo desenvolvimento de nossa sociedade, está destruindo rapidamente os sítios arqueológicos destas etapas iniciais, sem nenhuma consideração para com um patrimônio histórico que pertence à nação. Isto significa que, após a destruição física dos grupos indígenas que aqui viviam, estamos agora destruindo os últimos vestígios da cultura material que permaneceram. O esforço dos arqueólogos será em vão, na tentativa de recuperar este passado e preservá-lo, se a própria sociedade não impedir a sua destruição indiscriminada" (KERN, Arno A. Introdução. In: *Arqueologia Pré-Histórica do Rio Grande do Sul*. 2ª edição.

Porto Alegre: Editora Mercado Aberto, 1997, pp. 10-11, grifou-se).

Isso se agrava em relação à ocupação pré-histórica de Porto Alegre e seus arredores: "as fontes arqueológicas oferecem pouquíssimos dados sobre a ocupação indígena em Porto Alegre e redondezas. O assunto nunca despertou grande interesse nos pesquisadores, porém, a escassez dos dados não reflete a real presença de sítios de ocupação indígena. A maioria dos pesquisadores presumiu que os sítios indígenas pré-históricos tinham sido destruídos e não desenvolveu projetos na área, conseqüentemente, o Município de Porto Alegre não se beneficiou de projetos arqueológicos sistemáticos, até o início da década de 1990" (GAULIER, Patrícia Laure. *Ocupação pré-histórica guarani no município de Porto Alegre: Considerações preliminares e primeira datação do sítio arqueológico [rs-71-c] da Ilha Francisco Manoel*. Revista de Arqueologia da Sociedade de Arqueologia Brasileira. São Paulo, nº 14/15, 2001-2002, p. 58).

Se em relação aos índios guaranis sua arqueologia é mais fácil de ser escrita (SCHMITZ, Pedro Ignácio. *Migrantes da Amazônia: a Tradição Tupiguarani*. In: *Arqueologia Pré-histórica do Rio Grande do Sul*. 2ª edição. Porto Alegre: Editora Mercado Aberto, 1997, p. 295), o mesmo não se pode dizer quanto à história dos índios kaingangs, sobre os quais muitas dúvidas ainda persistem: "difícilmente os Kaingang seriam capazes de reconstituir a sua história como nós a esboçamos. Este relato, cheio de incertezas e escrito com o uso de uma fantasia controlada por longa experiência de arqueólogo teórico e prático, ainda está longe da verdade sobre o modo de vida e a evolução do grupo, mas representa a formulação mais exata que os dados atuais permitem. Nossa esperança é que novos arqueólogos voltem com novas técnicas e novos métodos aos inumeráveis sítios da Tradição Taquara e construam uma história mais verdadeira e mais útil para a população indígena e branca do estado" (SCHMITZ, Pedro Ignácio; BECKER, Ítala Irene Basile. *Os primitivos engenheiros do planalto e suas estruturas subterrâneas: a Tradição Taquara*. In: *Arqueologia Pré-histórica do Rio Grande do Sul*. 2ª edição. Porto Alegre: Editora Mercado Aberto, 1997, p. 279). Felizmente, muitos estudiosos gaúchos recentemente empreenderam estudos a respeito e lançaram novas luzes sobre o conhecimento dos Kaingans (SILVA, Sergio Baptista da. *Etnoarqueologia dos Grafismos Kaingan: um modelo para a compreensão das sociedades Proto-Jê meridionais*. Tese de doutorado apresentada na USP. São Paulo, junho de 2001; DIAS, Jefferson Luciano Zuch. *A Tradição Taquara e sua ligação com o índio kaingang*. Dissertação de mestrado apresentada na UNISINOS. São Leopoldo, 2004; BEBER, Marcus Vinícius. *O sistema de assentamento dos grupos ceramistas do Planalto Sul-brasileiro: o caso da Tradição Taquara/Itararé*. Tese de doutorado apresentada na UNISINOS. São Leopoldo, março de 2004; ROGGE, Jairo Henrique. *Fenômenos de fronteira: um estudo das situações de contato entre os portadores das tradições cerâmicas pré-históricas no Rio Grande do Sul*. Tese de doutorado apresentada na UNISINOS. São Leopoldo, 2004, para citar apenas alguns trabalhos acadêmicos a que esse Juízo teve acesso), mas nada se trouxe de concreto relativamente à constatação da presença Kaingang nos arredores de Porto Alegre em tempos remotos, o que muito contribuiria para o equacionamento jurídico dessa liminar.

De tudo isso, repetindo a conclusão de um arqueólogo gaúcho, "não ignoramos, entretanto, as limitações do atual estágio em que se encontram as ciências da História e da Arqueologia, tendo em vista que trabalhamos com apenas amostras das informações arqueológicas e históricas possíveis, e com teorias e modelos que ainda estão sendo testados e substituídos por outros mais eficientes, na medida em que a pesquisa se desenvolve" (KERN, Arno Alvarez. *Antecedentes*

Indígenas. Porto Alegre: Editora da Universidade/UFRGS, 1994, p. 127). Mesmo frente àquelas limitações e a outras que sequer são conhecidas por esse Juízo, se deve reconhecer a qualidade do trabalho que pesquisadores e estudiosos vêm realizando nos últimos tempos nas Universidades e instituições gaúchas, buscando redescobrir o Estado e a história de sua gente.

Sobre a responsabilidade do Judiciário, tudo isso foi para dizer que esse Juízo ainda não tem certeza sobre a alegada tradicionalidade da ocupação indígena Kaingang no Morro do Osso. Talvez existam estudos científicos que ainda não vieram aos autos e aos quais esse Juízo não teve acesso pela limitação de seu conhecimento. Talvez novos estudos venham a ser feitos para lançar novas luzes sobre a questão. Talvez os modelos em que esse Juízo se baseia estejam superados por novos estudos e nova produção acadêmica. Tudo isso são possibilidades e esse Juízo não tem certeza conclusiva sobre os fatos que irá decidir, ao menos nesse momento, antes da conclusão da instrução probatória nas duas ações.

Mesmo com essas dificuldades e sem a certeza definitiva - o que esse Juízo é honesto em admitir -, o Poder Judiciário não pode se eximir de decidir as questões urgentes trazidas aos autos pelas partes. A necessidade da decisão, mesmo diante da incerteza, é própria da atividade jurisdicional, que busca resolver conflitos concretos surgidos entre as partes e muitas vezes tem que se basear apenas na probabilidade das aparências para decidir (liminares). É por isso que o art. 126 do CPC estabelece que "o juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei" e o art. 5º-XXXV da CF/88 eleva à garantia de direito individual a garantia de acesso à justiça, prevendo que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". Esse é o drama do juiz que nas liminares, mesmo ainda não convencido plenamente da certeza de alguns fatos, precisa decidir naquele momento com base na aparência das coisas e na verossimilhança do direito. Ao contrário dos pesquisadores e estudiosos, que podem postergar a conclusão e realizar mais estudos, o Judiciário precisa decidir (mesmo que provisoriamente) no instante em que os conflitos estão postos, mesmo correndo o risco da História depois provar seu erro. Talvez daqui a alguns anos ou décadas, novos arqueólogos ou antropólogos lancem novas luzes sobre a ocupação humana no Morro do Osso, concluindo de forma diferente daquela que esse Juízo hoje concluiu nessa liminar. Embora isso então prove que esse Juízo estava errado a respeito dos fatos da causa, não significa que a decisão tenha sido equivocada porque a presente liminar não pode se deter diante das múltiplas possibilidades do futuro ou da incerteza do conhecimento sobre o passado, precisa prover para o presente. Precisa equacionar o momento presente, onde um conflito social e um drama humano de graves proporções está instaurado a partir da ocupação indígena no Morro do Osso, com enfrentamentos entre ambientalistas, comunidade local, agentes públicos municipais e comunidade indígena que ali se instalou há mais de um ano. É preciso decidir a respeito agora, pensando no presente e assegurando o futuro para ambas as partes, mesmo que exista o risco desse Juiz ser desmentido futuramente por novos estudos científicos, aos quais então se curvará se isso ainda estiver ao seu alcance (arts. 462 e 463 do CPC).

Esse Juízo está tranquilo para decidir porque os interesses estão adequadamente representados e as partes estão bem acompanhadas. O Município de Porto Alegre conta com zelosos e diligentes procuradores, experientes e conhecedores das vicissitudes das demandas coletivas pela posse da terra urbana. Também conta com Secretários Municipais (Meio-Ambiente e Cidadania) que conhecem seus deveres para com a população porto-alegrense e, principalmente, se

empenham na solução do problema decorrente da ocupação. A Comunidade Indígena Kaingang, por sua vez, tem a felicidade de contar com um dos mais habilidosos advogados gaúchos, que já integrou a magistratura, que já integrou o Poder Executivo e que, como poucos, conhece a política e os caminhos do devido processo. Também se percebe, pela leitura das atas de reunião havidas no Ministério Público Federal (fls. 207-226), que a Comunidade Indígena é apoiada por diversas instituições da sociedade civil, dentre as quais se destaca o reconhecido Núcleo de Antropologia das Sociedades Indígenas e Tradicionais da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (NIT-UFRGS), que encaminhou diversas manifestações a respeito da ocupação indígena no Morro do Osso (fls. 181-206), mostrando um louvável comprometimento com a defesa da causa indígena, assim expressado em suas próprias palavras: "Enquanto órgão de uma Universidade Federal, o NIT tem assumido tais tarefas principalmente porque as comunidades indígenas reconhecem em nosso trabalho competência e real comprometimento com a causa pública, entendida pelos parâmetros pluriétnicos e multiculturais promulgados pela Constituição Federal de 1998. A necessidade de assumir o compromisso de produzir este documento sobrecarrega nossa rotina de trabalho, sobretudo quando se constata que isto acontece em decorrência da falta de comprometimento e inoperância das instâncias federais oficialmente responsáveis pela condução administrativa da regularização das terras indígenas" (fls. 182). Há também o trabalho incansável do Ministério Público Federal, através do Ofício das Comunidades Indígenas e Minorias Étnicas, manifestando-se de forma fundamentada e efetiva nos autos. Tudo isso leva esse Juízo a concluir que a Comunidade Indígena e o Cacique Jaime não estão sós na sua luta, ao seu lado estando o conhecimento antropológico proporcionado pelo NIT-UFRGS, a habilidade do advogado que os representa e a operosidade do Ministério Público Federal. Isso deixa esse Juiz tranquilo (art. 125-I do CPC) porque seus erros certamente serão apontados pelos prejudicados pela decisão e serão corrigidos pelo duplo grau de jurisdição no TRF4ºR.

Esse Juízo fala em erros porque existem limites à cognição judicial no caso dos autos. Esses erros podem provir, quem sabe, da singularidade inerente ao objeto da lide, que apresenta dificuldades relativas às limitações do conhecimento e da pesquisa arqueológica, antropológica, etnológica, histórica, como já foi antes apontado. Podem provir da má-interpretação da ciência e dos conhecimentos técnicos por esse Juízo, que não é antropólogo, não é sociólogo, não é arqueólogo, não é historiador. Podem provir de preconceitos inconscientes desse Juiz, como aponta o documento do NIT-UFRGS: "a disputa em torno do Morro do Osso se configura como mais um exemplo de construção ideológica pretensamente ambientalista, mas que tem por motivação o preconceito étnico e o interesse privado sobre espaços de ocupação tradicional indígena, que vêm sendo gradativamente transformados em área urbana" (fls. 182). Esse Juiz não tem interesse privado sobre a área em questão, mas é possível que sua visão de mundo esteja inconscientemente contaminada por algum desses preconceitos apontados, ou talvez pelo preconceito de acreditar que o Judiciário deve ser imparcial, deve se manter equidistante das partes, e deve decidir os fatos segundo o direito aplicável, sem que sobre muito espaço para legislar segundo a vontade do julgador.

Se o Juiz pode cometer erros, é preciso deixar espaço para que as partes corrijam esses erros, produzindo alegações e apresentando recursos. O primeiro cuidado esse Juízo já observou quando relegou o exame da liminar para momento posterior à resposta do réu e à intervenção da FUNAI, da União e do Ministério Público Federal. Permitiu que fosse exercida ampla defesa pela

Comunidade Indígena, evitando uma liminar sem audiência da parte contrária (salvo naquilo que era imprescindível para reduzir o conflito no local, com a retirada de uma construção dentro da área do parque, o que foi cumprido espontaneamente pela própria Comunidade Indígena numa demonstração da forma honesta como vem deduzindo em juízo sua pretensão reivindicatória). Para a população diretamente interessada na retirada imediata da Comunidade Indígena do Morro do Osso talvez pareça exagero desse Juízo não ter ainda decidido a liminar quando a ação possessória foi ajuizada em julho de 2005. Afinal, já se está em outubro de 2005, passaram-se mais de três meses, e o Judiciário ainda não decidiu a liminar. Mas o próprio Município de Porto Alegre demorou mais de um ano para ajuizar a ação possessória e esse Juízo não poderia decidir uma questão com tantas implicações culturais e urbanas sem assegurar o direito de resposta ao réu e sem ouvir, ao menos, o Ministério Público Federal e a Fundação Nacional do Índio. Esse foi o primeiro cuidado que esse Juízo tomou para decidir: observou o devido processo legal e respeitou os direitos constitucionais do réu, dando-lhe oportunidade de se manifestar.

O segundo cuidado deve ser tomado agora, ao decidir. É preciso assegurar o direito de acesso ao duplo grau de jurisdição ao vencido nessa liminar. É preciso permitir que o recurso que contra ela possa ser interposto possa ter um resultado útil, a tempo de evitar o cumprimento da ordem judicial se ela tiver sido reformada pelo Tribunal. Para isso, é preciso fundamentar adequadamente a decisão, explicitando todos os elementos de que se valeu esse Juízo para a decisão, e é preciso assegurar um prazo razoável para o cumprimento da eventual decisão de reintegração. Esta se explica por si mesma: não é viável o cumprimento imediato da decisão, sem prazo útil para interposição de agravo de instrumento pelos interessados. Aquela consiste na fundamentação honesta da decisão, permitindo que a parte vencida saiba o que motivou a decisão do Juiz e, principalmente, possa controlar eventuais equívocos, preconceitos ou distorções que a visão de mundo do Juiz e as limitações de seu conhecimento tenham causado à parte vencida.

A interpretação do art. 231 da CF/88 e a decisão sobre o pedido de liminar veiculado nessa ação possessória são atribuições constitucionais desse Juízo (art. 109 da CF/88). Seus erros podem ser corrigidos pela juntada de elementos probatórios adequados na instrução ou então mediante o recurso para o TRF4ªR. Esse Juízo tentará da forma mais honesta e completa possível fundamentar sua decisão e explicitar as premissas em que se baseou. Se estiver equivocado, fica tranquilo porque certamente será corrigido pelos estudiosos e pesquisadores que acompanham a Comunidade Indígena nessa ação.

Sobre a liminar em ação possessória, a posse da Comunidade Indígena sobre a área municipal ocupada no entorno do Morro do Osso data de mais de ano e dia. Essa posse já existia quando do ajuizamento da ação ordinária (processo 2004.71.00.021504-0), em 12/05/2004. Portanto, quando ajuizada a ação possessória pelo Município de Porto Alegre, em 12/07/2005, a Comunidade Indígena já tinha posse velha. O art. 924 do CPC estabelece que: "regem o procedimento de manutenção e de reintegração de posse as normas da seção seguinte, quando intentado dentro de ano e dia da turbção e do esbulho; passado esse prazo, será ordinário, não perdendo, contudo, o caráter possessório" (grifou-se). Isso quer dizer que o Município de Porto Alegre, investindo contra posse velha da Comunidade Indígena, não poderia contar com o deferimento da liminar do art. 928-caput do CPC, que prescinde da audiência da parte contrária e da comprovação de qualquer situação de risco. Por isso, não foi examinada de plano toda a liminar possessória por esse Juízo quando do

recebimento da petição inicial.

Isso não significa, entretanto, que na ação possessória contra posse velha não possa ser deferida medida liminar. O art. 924 do CPC não impede a concessão de liminar nessa espécie de possessória, apenas determina que observe o procedimento ordinário (aquele previsto no art. 274 do CPC, que permite o deferimento de liminar de antecipação de tutela do art. 273 do CPC). A diferença entre aquela providência do art. 273 do CPC (antecipação de tutela, cabível na ação possessória contra posse velha) e a do art. 928 do CPC (liminar possessória, cabível na ação possessória contra posse nova) é que esta se contenta apenas com o exame da verossimilhança do direito possessório, enquanto aquela exige junto disso a demonstração de uma situação de urgência ou risco iminente (art. 273-II do CPC).

Portanto, para exame da medida liminar possessória pedida pelo Município de Porto Alegre contra a Comunidade Indígena, esse Juízo deve examinar o duplo requisito do art. 273 do CPC, a saber: a verossimilhança do direito alegado pelo Município de Porto Alegre (*fumus boni juris*) e a possibilidade de ocorrência de dano irreparável ou de difícil reparação aos interesses envolvidos na discussão (*periculum in mora*). É isso que passa a ser examinado.

Sobre o *fumus boni juris*, interessa aqui e agora a aparência do direito. Mais do que a aparência, a verossimilhança do direito: quem parece nesse momento da liminar que vencerá a ação? A resposta a essa questão dispensa o exame das outras normas constitucionais relativas à cultura (arts. 215-216 da CF/88) e ao meio ambiente (art. 225 da CF/88), porque o direito dos índios às terras que tradicionalmente ocupam tem autonomia constitucional (art. 231 da CF/88) e se sobrepõe aos demais direitos constitucionalmente reconhecidos. O art. 231-§ 2º da CF/88 não deixa dúvidas quanto a isso, dizendo que "as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nela existentes". Então, examinando a verossimilhança do direito, esse Juízo deve se preocupar em analisar se a área do Morro do Osso parece ser uma terra tradicionalmente ocupada pelos índios Kaingang que a reivindicam.

Para isso, é imprescindível interpretar o art. 231-§ 1º da CF/88, que contém uma definição para as terras indígenas sujeitas à especial proteção constitucional: "são terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultura, segundo seus usos, costumes e tradições". O exame do texto constitucional e de doutrina autorizada permite concluir que "a base do conceito acha-se no art. 231, § 1º, fundado em quatro condições, todas necessárias e nenhuma suficiente sozinha, a saber: 1) serem por eles habitadas em caráter permanente; 2) serem por eles utilizadas para suas atividades produtivas; 3) serem imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar; 4) serem necessárias a sua reprodução física e cultural, tudo segundo seus usos, costumes e tradições, de sorte que não vai se tentar definir o que é habitação permanente, modo de utilização, atividade produtiva, ou qualquer das condições ou termos que as compõem, segundo a visão civilizada, a visão do modo de produção capitalista ou socialista, a visão do bem-estar do nosso gosto, mas segundo o modo de ser deles, da cultura deles" (SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 23ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 835, grifou-se).

Esse Juízo concorda com essas conclusões doutrinárias, sendo necessário que as

quatro condições estejam presentes e devendo o exame ser feito a partir da cultura indígena, e não da cultura européia ou ocidental. Fosse exigida a visão do colonizador branco, do qual somos descendentes, não estaria havendo reconhecimento de uma sociedade multicultural, como preconizam os arts. 215-216 da CF/88. Estar-se-ia privilegiando a perspectiva das concepções de Brasil de apenas um dos grupos formadores da sociedade brasileira, e estar-se-ia permitindo que um dos outros grupos (indígenas) fosse julgado pela perspectiva daquele (europeus).

Mas isso não significa que o auto-reconhecimento que se deva assegurar às comunidades indígenas chegue a ponto de permitir que escolham as terras que irão ocupar e aqueles que necessitam, como parece decorrer da leitura que doutrina autorizada faz da norma constitucional: "O tradicionalmente refere-se, não a uma circunstância temporal, mas ao modo tradicional de os índios ocuparem e utilizarem as terras e ao modo tradicional de produção, enfim, ao modo tradicional de como eles se relacionam com a terra, já que há comunidades mais estáveis, outras menos estáveis, e as que têm espaços mais amplos pelo qual se deslocam etc. Daí dizer-se que tudo se realize segundo seus usos, costumes e tradições" (SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 23ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 836, grifou-se).

A ocupação tradicional não pode estar condicionada apenas ao auto-reconhecimento e à ocupação futura das terras pelos indígenas. É preciso que exista um vínculo entre passado e futuro, que consista numa relação concreta entre algo efetivamente ocorrido no passado naquela terra em relação à comunidade indígena que a reivindica e a necessidade de ocupação dessa terra como garantia de um futuro para mesma comunidade indígena.

Ou seja, é imprescindível que a terra reivindicada tenha uma relação com o passado da comunidade, seja por ali terem sido feitas práticas culturais, seja porque ali tenham habitado em caráter permanente, seja por existirem vestígios de ocupação imemorial, etc. Mas é preciso também que tenha uma relação com o futuro da comunidade, seja porque dela dependem, seja porque nela podem continuar a reproduzir sua forma de vida e suas tradições, etc.

Os dois elementos (passado e futuro) são necessários para esse reconhecimento no presente. Do contrário, estar-se-ia dando um salvo-conduto para que qualquer área pudesse ser reivindicada por comunidades indígenas a partir da simples alegação de que aquela área interessaria à sua subsistência física, sobrevivência cultural ou manutenção de vínculos comunitários. Bastaria que uma determinada comunidade indígena escolhesse uma dada área do território nacional e então se auto-atribuísse aquela área. Mesmo sem ter nenhuma relação com aquela área, poderia a Comunidade Indígena Kaingang reivindicar para si o Parque Natural do Morro do Osso porque, por exemplo, se trata de área de Mata Atlântica, capaz de fornecer matéria-prima para seu artesanato e permitir suas práticas religiosas e tradicionais.

Isso não parece suficiente a esse Juízo. A necessidade ou desejo de futuro não são suficientes para assegurar a tradicionalidade de uma terra indígena. É preciso existir também um elo com o passado, algo que ligue a comunidade indígena à área reivindicada. No caso dos autos, por exemplo, seria necessária a comprovação da existência de cemitério indígena Kaingang na área do Parque Natural do Morro do Osso, onde estariam enterrados os ancestrais da comunidade indígena que reivindica a terra e que poderia permitir o restabelecimento do contato com seus guias espirituais e suas práticas religiosas.

É indiscutível que a terra é importante para os índios, seja qual for a etnia a que pertençam porque "a questão da terra se transforma no ponto central dos direitos constitucionais dos índios, pois, para eles, ela tem um valor de sobrevivência física e cultural. Não se ampararão seus direitos se não se lhes assegurar a posse permanente e a riqueza das terras por eles tradicionalmente ocupadas, pois, a disputa dessas terras e de sua riqueza (...) constitui o núcleo da questão indígena hoje no Brasil" (SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 23ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 834, grifou-se).

No caso dos índios Kaingang, a vinculação à terra e a luta por sua conservação, aliado às suas crenças e rituais xamânicos, é característica de sua forma de ser enquanto indígenas. Os Kaingangs tentam "sua sobrevivência como grupo conservador de vários dos antigos traços culturais a um preço bastante elevado", sendo que "o sentimento de religiosidade ou crença (...) parece continuar fortemente apoiado no passado; o velho Xamã Kaingang continua como mediador entre os espíritos que consulta e o homem que a ele recorre, tanto para respostas a situações pessoais como para fatos ligados à situação do grupo. O Xamã pode apontar um local favorável de caça como pode revelar o resultado de uma iniciativa que envolve o grupo" (BECKER, Ítala Irene Basile. O índio Kaingáng no Rio Grande do Sul. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 1995, pp. 21 e 27, respectivamente).

Esse empenho em buscar terra e espaço para se preservar como cultura é inerente aos grupos Kaingangs, cuja história é pautada por lutas e enfrentamentos com os colonizadores brancos e mesmo conflitos internos entre os diversos grupos, sendo que "o resultado final da colonização para os Kaingáng foi colocá-los numa situação mais ou menos igual à dos períodos iniciais, isto é, a necessidade de continuar a luta pela posse, de fato, das suas terras, frente a entidades econômicas de interesses vários" (BECKER, Ítala Irene Basile. O que sobrou dos índios pré-históricos do Rio Grande do Sul. In: Arqueologia Pré-Histórica do Rio Grande do Sul. 2ª edição. Porto Alegre: Editora Mercado Aberto, 1997, pp. 332-343, estando o trecho citado na p. 337).

Considerando essa leitura que faz do art. 231 da CF/88, o que é conhecido e o que foi provado até esse momento, esse Juízo só encontra uma conclusão possível quanto à aplicação do direito no caso concreto: não existem evidências de vínculo passado entre a área do Morro do Osso e a Comunidade Indígena Kaingang que a ocupa desde 2004. Se não existem ainda provas evidentes desse vínculo da Comunidade Indígena com o passado daquela área de terras, parece que ela não pode ser tida como "terra tradicionalmente ocupada" para os fins do art. 231 da CF/88, não tendo sustentação sua pretensão de permanecer na área. Essa conclusão desse Juízo se baseia nos elementos a seguir indicados e analisados:

Primeiro, porque não foi assegurada a permanência da Comunidade Indígena na ação ordinária (nº 2004.71.00.021504-0), ali tendo sido indeferida a antecipação de tutela postulada e sendo depois indeferido o pedido de reconsideração. Ou seja, nem na presente ação possessória, nem na outra ação ordinária, foi ainda reconhecido jurisdicionalmente o direito da Comunidade Indígena permanecer ocupando aquela terra do Morro do Osso.

Segundo, o argumento trazido pelo MPF no seu parecer, de que a forma como as comunidades indígenas encaram a territorialidade justificaria uma leitura diferente do art. 231 da CF/88 (fls. 141-144), não é suficiente para convencer

esse Juízo de que ali devam ou possam permanecer. Mesmo que as comunidades indígenas vejam a terra a partir de uma perspectiva diferente daquela dos institutos do direito civil, isso não significa que bastasse desejarem uma área para que esta passasse a lhes pertencer. O art. 231 da CF/88 continua em vigor e ali está dito que não basta desejar uma garantia para o futuro, mas é preciso também uma relação com o passado da comunidade para que seja legítima sua pretensão àquela terra específica, como já mencionamos. É preciso que algo pretérito relacione a comunidade àquela terra que deseja para futuro. Se aceitássemos uma argumentação diferente dessa, estaríamos reconhecendo às comunidades indígenas um direito maior que a própria Constituição, permitindo que a auto-determinação dessas comunidades pudesse desconstituir a propriedade que o direito civil reconhece. O art. 231-§ 6º da CF/88, que prevê nulidade e extinção de pleno direito de alguns títulos dominiais, não alcança toda e qualquer pretensão indígena, mas apenas aquela referida às terras tradicionalmente ocupadas, as quais - no entendimento desse Juízo - necessitam de um vínculo com o passado da comunidade indígena. Só isso já é suficiente para não acolher a pretensão da Comunidade Indígena pelos critérios puramente etnológicos ou por aquilo que entenda necessitar para sua reprodução física e cultural. É preciso mais do que isso, é preciso um vínculo concreto da comunidade indígena com o passado daquela terra.

Terceiro, não há dúvida que a posse indígena não se confunde com a posse civil, possuindo aquela características que a diferenciam desta (parecer do MPF às fls. 144). Mas qual é a posse indígena que a Comunidade Indígena Kaingang que ocupa a área do Parque Natural do Morro do Osso possui? Não é posse indígena, porque ocorre apenas desde 2004 e decorreu de uma ocupação de área urbana do Município de Porto Alegre. A "posse indígena" que é diferente da "posse civil" não é qualquer posse por comunidade indígena, mas uma posse qualificada que atenda as condições do art. 231 da CF/88. Somente as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios geram os efeitos do art. 231 da CF/88, o mesmo não ocorrendo com qualquer outra posse de terras por indígenas. A propriedade privada continua sendo um direito individual constitucionalmente assegurado (art. 5º-XXII da CF/88) e somente as condições do art. 231 da CF/88 asseguram um tratamento constitucional distinto. Precisaria existir nos autos uma prova razoável de que a posse da Comunidade Indígena Kaingang no Morro do Osso atende aos requisitos do art. 231 da CF/88 para que ela merecesse o tratamento qualificado que a norma constitucional assegura aos indígenas. Não existem nos autos quaisquer evidências de que a posse seja qualificada e atenda às condições do art. 231 da CF/88, não cabendo então o tratamento especial dispensado à posse indígena qualificada.

Quarto, o art. 231 da CF/88 não pode também ter o efeito de se voltar indefinidamente ao passado, para devolver as terras aos primeiros ocupantes do território nacional, porque não teríamos como encontrar o "Adão Brasileiro", aquele que foi o primeiro a ocupar o território nacional e seus descendentes, que então fariam jus à terra se adotássemos esse regresso ao primeiro ocupante. Toda a história do uso da terra sempre envolveu conflito entre povos, fazendo isso parte do destino das pessoas e das civilizações: "os portugueses e os espanhóis não foram os primeiros conquistadores da América. Astecas e Incas estavam organizados militarmente e controlavam impérios no México e no Peru, dominando outros grupos indígenas, transformados em seus tributários e dominados. Muitos séculos antes da dominação colonial ibérica, os grupos Tupis e Guaranis realizaram uma intensa atividade de conquista e povoamento de uma enorme área situada no litoral leste do Brasil e em grande parte da região do rio da Prata. (...) Sabe-se que os Guaranis faziam continuamente expedições

guerreiras, atacando os povos vizinhos para devorá-los em cerimônias de canibalismo. Isso aconteceu em relação aos grupos pampeanos Charrua e Minuano, bem como aos Jê do planalto" (KERN, Arno Alvarez. *Antecedentes Indígenas*. Porto Alegre: Editora da Universidade/UFRGS, 1994, pp. 104-106). O avanço guarani sobre outros povos que ocupavam o território gaúcho antes da chegada dos europeus dá uma idéia de como seria infrutífero buscar um regresso aos primeiros habitantes e seus descendentes para lhes assegurar a posse das terras: "A vida dos povos caçadores-coletores que circulavam pelo Sul seguia tranqüila havia milênios. Cerca de 2.000 anos atrás, essa paz relativa começou a ser destruída: uma marcha migratória gigantesca e arrasadora, iniciada na Amazônia, desceu o Rio Paraná e alcançou os territórios do Paraguai, Uruguai, Argentina e Rio Grande. Pelos rios Ijuí e Jacuí, chegou até a região de Porto Alegre. Eram os indígenas da Tradição Tupi-guarani. Foi uma devastação. Eles migraram por problemas ecológicos ou de superpopulação, mas sempre em busca da 'terra sem males' de sua mitologia. Vieram invadindo tudo, com seus tacapes, lanças e flechas, e apavorando o inimigo com seus rituais antropofágicos. Como uma horda bárbara, chegaram às margens do Guaíba entre os séculos IX e X. No caminho, destroçaram os grupos do Planalto gaúcho. Foram os primeiros povos a se fixar na região de Porto Alegre" (HISTÓRIA ILUSTRADA DE PORTO ALEGRE. Os habitantes da região do Grande Lago (3.000 aC 1680 aC). Porto Alegre: Já Editores, 1997, p. 3, grifou-se). O que a norma constitucional quis foi preservar o que ainda deve ou pode ser preservado, e não restaurar indefinidamente o passado. A norma constitucional busca a reparação possível de erros do passado, mas não quer vingança nem recompensa. Quer apenas garantir a reprodução da cultura, preservar a biodiversidade humana, seus valores, suas tradições, suas crenças, a memória de todos os grupos formadores da sociedade brasileira atual.

Quinto, a norma constitucional do art. 231 da CF/88 não pode ser interpretada isoladamente, como se arqueólogos e antropólogos se transformassem em "caçadores de tesouros": achando um sítio arqueológico, desapropriar-se-ia a terra e ali se colocariam outras pessoas que seriam descendentes dos anteriores habitantes do local. Não é isso que a norma constitucional quer. Ela busca a harmonia, a preservação, o diálogo entre o que aconteceu no passado e seus reflexos no presente, buscando a construção de um futuro. É preciso que exista um reflexo atual do passado no presente para que se busque aquela terra como futuro. Numa das reuniões promovidas pelo Ministério Público Federal para tentar equacionar a questão do Morro do Osso (em 05.02.2004), o Procurador da República Marcelo Beckhausen, cujo trabalho é respeitado por todos aqueles que militam com grupos indígenas e minorias étnicas, afirmou que não basta que um sítio arqueológico seja identificado para que as comunidades indígenas possam reivindicar a respectiva terra: "O Dr. Marcelo afirmou [sobre o Morro do Osso] que aquela é uma área de proteção ambiental, e não há estudo ou laudo antropológico que comprove a presença indígena ancestral. Também afirmou que a existência de sítio arqueológico não é suficiente para garantir a posse pela referida comunidade indígena, considerando que o ordenamento jurídico não prevê tal possibilidade" (fls. 225).

Sexto, não existem vestígios da ocupação pré-histórica ou histórica de Porto Alegre e seus arredores por comunidades indígenas Kaingang, que pudessem justificar a ocupação do Morro do Osso em decorrência de ali terem se estabelecido seus antepassados antes da ocupação portuguesa. É certo que a história tradicional nunca deu muita importância ao conhecimento da contribuição indígena para a formação do Rio Grande do Sul, não dispensando muita atenção aos períodos pré-históricos dessa ocupação: "a história

tradicional, apesar dos matizes ideológicos tão diversos que separam seus autores, ignorou sempre, sob as mais variadas explicações, o genocídio praticado indiscriminadamente contra as culturas indígenas que povoaram nosso estado e a região platina na qual ele se insere. O início do povoamento é sempre apresentado com a chegada dos primeiros açorianos e a partir de uma data limite, a da fundação da cidade de Rio Grande", ocultando-se "desta forma a existência dos períodos anteriores a esta 'história lusa', relativos tanto à ocupação dos grupos de caçadores, coletores, pescadores e horticultores (de 13.000 anos aproximadamente de duração) como ao domínio espanhol instalado aqui nos sécs. XVII e XVIII" (KERN, Arno A. Introdução. In: Arqueologia Pré-Histórica do Rio Grande do Sul. 2ª edição. Porto Alegre: Editora Mercado Aberto, 1997, pp. 10-11).

Entretanto, recentemente os estudiosos voltaram sua atenção às comunidades indígenas pré-colombianas, procurando lançar luzes sobre sua dinâmica e sua contribuição, concluindo que no período anterior à chegada dos portugueses o território gaúcho foi povoado dessa maneira: "na origem da ocupação pré-histórica da região platina oriental, caçadores-coletores se estabelecem nas paisagens abertas dos pampas, caçando com arcos, flechas e boleadeiras os animais, nestas extensas coxilhas sem horizontes que ligam a Patagônia Argentina ao sul do Brasil e aos campos de Vacaria, de Lages e de Curitiba. Outros grupos de caçadores-coletores se instalam nas florestas subtropicais da encosta do Planalto Meridional, subindo pelos vales encaixados até atingir pouco a pouco as matas de araucária. No litoral, grupos de pescadores e coletores se instalam nos sambaquis, numa outra forma de adaptação cultural à planície litorânea e aos recursos marinhos. Somente muitos séculos depois estas tradições sócio-culturais serão modificadas pelo aporte de inovações tecnológicas importantes e pela chegada de grupos de horticultores que migram para nossa região. Um limiar parece ser gradualmente transposto. Ao sul, os grupos de antepassados dos Charrua e Minuano passam a utilizar a cerâmica - aparentemente sem nada conhecer da domesticação das plantas - na cocção de peixes que pescam em seus sítios litorâneos. O vale do Rio Uruguai, a Depressão Central, o vale do Jacuí e o litoral coberto de florestas subtropicais são os espaços onde os antepassados dos atuais Guaranis instalam as suas aldeias. No alto do planalto, os antepassados dos Kaingang se organizam em aldeias de casas subterrâneas, em meio aos bosques de araucária" (KERN, Arno A. Introdução. In: Arqueologia Pré-Histórica do Rio Grande do Sul. 2ª edição. Porto Alegre: Editora Mercado Aberto, 1997, p. 09, grifou-se).

Mesmo quando recorremos aos relatos da história e dos primeiros europeus que ocuparam o território gaúcho, não encontramos relatos da presença Kaingang na região de Porto Alegre (CESAR, Guilhermino. Primeiros cronistas do Rio Grande do Sul - 1605-1801. 3ª edição. Porto Alegre: Editora da Universidade/UFRGS, 1998; NOAL FILHO, Valter Antonio, e FRANCO, Sérgio da Costa. Os viajantes olham Porto Alegre: 1754-1890. Santa Maria: Editora Anaterria, 2004).

Ao contrário, existe registro histórico de que os primeiros povoadores de Porto Alegre não eram Kaingang, mas indígenas pertencentes a outros grupos: "A consulta meticulosa de fontes históricas de vala referentes ao Rio Grande do Sul deixa perfeitamente evidenciado que a vasta superfície do nosso glorioso Estado foi outrora ocupada por numerosas tribus de indígenas. Documentos preciosos, de procedências diversas, nos dizem por onde vieram 'Patos', 'Charruas', 'Guanacús', 'Tapes' e 'Minuanos', os seus usos e costumes e o papel que tiveram em cometimentos importantes, tais como a fundação dos sete povos de Missões,

onde se reuniu a maior parte das populações indígenas do Rio Grande do Sul. Infelizmente, são muito lacônicas, quase não existem mesmo informações no tocante as tribus moradoras na grande área que hoje é ocupada pela capital do Estado. Sabe-se que Porto Alegre deu morada, durante o século 16 e 17, a vários grupos de selvagens; conhece-se até alguns detalhes a respeito, mas não são tão numerosos que permitam uma resenha histórica completa. O que se sabe, ao certo, já pelo testemunho eloqüente de diversos documentos escritos, já pela tradição, é que nas proximidades da Capela de Viamão, da Várzea do Gravataí, de Santa Teresa, e mesmo no local onde existe o centro de movimento da cidade, se encontraram outrora 'tabas' diversas de 'tapes' e 'minuanos'. As vastas ruas, nas quais atualmente se deparam os mais variados estigmas do progresso, eram, naqueles tempos, ora verdejantes colinas ora espessas matas salpicadas aqui e acolá de ocas e juraus, ou alpendrados onde residiam indígenas e eram depositados os seus gêneros alimentícios, armas, objetos de uso doméstico, etc. Na encosta das colinas, mais tarde chamadas morro de Santana, Cascata e Cristal, grandes plantações de mandioca e inhame contribuíram para demonstrar a existência de seres humanos nestas paragens. Essas tribus viviam em contínuo movimento terrestre e fluvial, este feito em numerosas 'pirogas', que se encontravam às dezenas, às centenas, pelas margens do Guaíba, até Itapuã e Gravataí. Os indígenas aqui domiciliados pertenciam à grande nação 'Tape-Minuano', e, mais tarde estabelecido, o domínio português, foram conhecidas sob denominação genérica de 'Guaranys', porque todos falavam a mesma língua. 'Tapes' e 'Minuanos' tinham as suas tabas ou aldeias disseminadas pela grande superfície que vem de Itapuã à Capela de Viamão, estendendo-se mesmo a pontos mais distantes. (...) Nos últimos anos do século 18, ainda existiam em Porto Alegre velhos 'guaranys', que tinham notícias seguras da existência dessas tabas e da vida dos 'tapes' e 'minuanos'" (FILHO, Coruja. Os Fundadores de Porto Alegre. Boletim Municipal. Porto Alegre, vol. VI, ano V, 1943, pp. 216-217, grifou-se).

Também encontramos que "a área em que assenta o hodierno município de Porto Alegre, antes da descoberta do Brasil estava povoada pelos índios charruas que foram, aos poucos, e depois da ocupação e povoamento de Santa Catarina pelos portugueses, impelidos mais para o sul, tomando os seus lugares os arachanes, também conhecidos por índios patos" (SPALDING, Walter. Município de Porto Alegre. Boletim Municipal. Porto Alegre, vol. VI, ano V, 1943, p. 389, grifou-se). Num apêndice a esse texto, o historiador ainda responde a algumas perguntas sobre "devassamento do território", por solicitação da Prefeitura Municipal da época: "4. É conhecida a existência atual, no Município, de tribus indígenas, ou há somente tradição de terem elas aí existido? Na afirmativa, quais as tribus e pontos do território em que estão ou estiveram localizadas? Atualmente não existem tribus indígenas na zona ocupada pelo Município. Era, porém, antes da descoberta do Brasil até meados do segundo século provavelmente, habitada por índios Charruas que foram, aos poucos, e depois da ocupação e povoamento de Santa Catarina, pelos portugueses, impelidos mais para o Sul, pelos Arachanes, também conhecidos por índios Patos por terem negociado com os portugueses espanhóis, nesse palmide bravio, abundante em toda aquela zona e costa do Rio Grande do Sul. Vestígios dessas tribus ainda são encontrados pelo Município, especialmente na ilha Francisco Manuel, na ponta dos Coatís, que foi verdadeiro depósito de artefatos indígenas infelizmente desaparecidos, mas de que vimos fragmentos regulares em mãos de particulares e escavados naquela ilha. É provável que ainda muita cousa se encontre não só naquela ilha como em outras zonas, pelas margens dos arroios e riachos. Pelos fragmentos do Mound da ilha Francisco Manuel, notamos que os indígenas da zona eram de cultura inferior globular liso, própria dos charruas. Esses indígenas foram cada vez mais para o

Sul, pacíficos que eram, fugindo dos novos conquistadores, instalando-se, por fim a Sudoeste do Rio Grande do Sul, e Noroeste do Uruguai, especialmente. Outras tribus, consta, terem habitado a zona, como os rachanes e Tapes, cooperando para a fuga dos Charruas. Há tradição, colhida por Sebastião Leão, de que os Tapes (?) apareceram em Porto Alegre, quando ainda o branco não existia na zona, vindos do outro lado do Guaíba, o que comprova terem os Arachanes de Santa Catarina descido pela costa marítima instalando-se nas margens do Rio Grande que recebeu, em homenagem a esses índios, o nome de Lagoa dos Patos, pelo apelido que lhes foi dado, como vimos, por negociarem com o pato bravo (pato arminho). 5. Se já não existem tribus no Município, sabe-se em que ano ou época se verificou o desaparecimento da última delas? É bem difícil fixar-se o ano do desaparecimento dos índios da zona do atual Município. Pode-se, porém, afirmar que seu desaparecimento data do aparecimento dos colonizadores. Primeiro - os Arachanes ou patos expulsaram em parte os charrua; Segundo - os lagunistas e portugueses mais longe os jogaram, distribuindo-os por diversas zonas do Sul, sudoeste, e noroeste da República do Uruguai, locais onde, desde fins do século XVII, como vimos, iam procurá-los, aos charruas, para negociar em gado, as frotas de lagunenses e paulistas. Conclue-se daí, que foi em meados do século XVII, em consequência do exposto e da fama dos predadores de índios de S. Paulo que eles se tenham internado, deixando livre toda a costa do Rio Grande, onde são encontrados objetos indígenas, desde Torres ao Chuí, e a zona de Porto Alegre, seguindo o curso dos Rios dos Sinos, Jacuí, Gravataí, Caí, Taquari, etc, deixando apenas, de sua passagem traços que apenas dão para identificá-los" (SPALDING, Walter. Município de Porto Alegre. Boletim Municipal. Porto Alegre, vol. VI, ano V, 1943, pp. 412-413, grifou-se).

Mesmo que algumas correções devam ser feitas quanto aos grupos indígenas mencionados nesses relatos (NOELLI, Francisco S. e outros. O mapa arqueológico parcial e a revisão historiográfica a respeito das ocupações indígenas pré-históricas no Município de Porto Alegre, Rio Grande do Sul. In: Revista de História Regional. Ponta Grossa, volume 2, nº 1, verão de 1997, pp. 210-212), ainda assim não surgirá evidência da presença de Kaingangs em Porto Alegre, mas apenas de Tapes, Minuanos e Guaranis.

Isso se confirma em trabalho relativamente recente, sobre a revisão historiográfica a respeito das ocupações indígenas pré-históricas no Município de Porto Alegre, que procurou traçar um mapa arqueológico (mesmo que parcial) a respeito disso, mostrando que "em meados do século XVIII a região abrangida por Porto Alegre e adjacências não estava mais ocupada pelos Guaraní ou outras etnias, como se pode constatar nas cartas de Gomes Freire de Andrada à Coroa portuguesa (1927, 1928, 1929). Os únicos indígenas mencionados por Gomes Freire foram os Minuanos na região de Rio Grande e os 'Tape' no Planalto-Sul-Riograndense e tropas de Guaraní missioneiros acampados na região do salto do Jacuí. Os sesmeiros que ocupavam Porto Alegre e arredores desde a década de 1730, interrogados por Gomes Freire, não deram nenhuma notícia de indígenas na região (Andrada, 1928, 1929). Os únicos indígenas descritos em Porto Alegre e arredores após 1750 foram os 2.500 transmigrados a força das sete cidades missioneiras e instalados na Aldeia dos Anjos, atual cidade de Gravataí (AHRGS, 1990). Posteriormente, estes habitantes de Gravataí foram se dispersando e alguns podem ter vindo para Porto Alegre como deve ter sido o caso do Guaraní Vicente, relatado em 1875 por José Antonio Vale Caldre e Fião (1943). Muitos outros descendentes dessa comunidade transmigrada vieram para Porto Alegre, para servir no Regimento de Dragões e posteriormente devem ter ido habitar diversas partes do município

em expansão. Os poucos historiadores que trataram da ocupação indígena em Porto Alegre especularam sem fundamentação histórica, etnográfica e arqueológica. Estabeleceram erroneamente, desprovidos de uma perspectiva histórica, que teria havido uma concomitância de ocupações por parte dessas distintas populações, excetuando Nicolau Dreyes ([1839] 1961: 154-159), um dos primeiros cronistas rio-grandenses, que descreveu corretamente a localização das populações indígenas" (NOELLI, Francisco S. e outros. O mapa arqueológico parcial e a revisão historiográfica a respeito das ocupações indígenas pré-históricas no Município de Porto Alegre, Rio Grande do Sul. In: Revista de História Regional. Ponta Grossa, volume 2, nº 1, verão de 1997, pp. 211, grifou-se).

Essa descrição feita por Nicolau Dreyes, dito acima como um dos primeiros cronistas rio-grandenses que teria descrito corretamente a localização das populações indígenas, é a seguinte: "Das cinco nações indígenas que entre si repartiam o território da província do Rio Grande, no tempo da colonização, hoje [1839] não se depara senão com os guaranis, confinados na extensão do antigo país das Missões, que já descrevemos. Os patos desapareceram, não deixando de si se não o nome que comunicaram à grande lago no redor da qual habitavam. Os charruas que ocupavam o Sul da província desde a vizinhança da Lagoa Mirim até o Rio da Prata; os minuãos, em cujo poder estava o terreno de Oeste até as margens do Uruguai, acabaram nas fileiras de Artigas, em favor do qual tinham pegado em armas; os diminutos restos daquelas duas nações passaram o Uruguai e se estabeleceram no país de Entre Rios; todavia, alguns indivíduos talvez ficassem nos domínios de seus antepassados, incorporados com a população local. Os guaianás que freqüentavam os campos da Vacaria, acima da serra, ainda existem nas mesmas paragens, escondidos nos extensos matos da vizinhança, onde saem inopinadamente para hostilizar os brancos, como já o fizemos ver no decurso de nossas descrições. A nação guarani mesma não é representada ali senão por uma subdivisão a que os primeiros exploradores deram o nome de tapes, e essa mesma tribo dos tapes, que com o tempo deixou substituir seu nome particular pelo apelido genérico, não existe hoje senão reduzida a uma fração de pouca importância em comparação de sua existência anterior, pois os povos indígenas, pertencendo à grande confederação guarani, cobriam antigamente a parte oriental da América do Sul, até o Amazonas ao Norte e até a embocadura do Madeira, a Oeste, seguindo no interior uma linha que, do Rio da Prata, procurava as águas do Amazonas, passando pelas nascentes do Paraguai e atravessando a serra transversal que liga as duas cordilheiras do Brasil e do Peru" (DREYS, Nicolau. Notícia descritiva da Província do Rio Grande de São Pedro do Sul. 4ª edição. Porto Alegre: Editora da PUCRS, 1990, pp. 117-118, grifou-se). Os Kaingang foram denominados no passado como Guaianã, grafado de várias formas (NOELLI, Francisco S. e outros. O mapa arqueológico parcial e a revisão historiográfica a respeito das ocupações indígenas pré-históricas no Município de Porto Alegre, Rio Grande do Sul. In: Revista de História Regional. Ponta Grossa, volume 2, nº 1, verão de 1997, p. 213).

Também já foram realizadas pesquisas arqueológicas na zona sul de Porto Alegre, dando conta da existência de evidências robustas da ocupação guarani no local, nada sendo dito quanto aos Kaingangs: "este artigo apresenta os primeiros resultados das pesquisas sobre a ocupação de grupos Guarani pré-históricos no município de Porto Alegre-RS, Brasil. As prospecções concentraram-se na zona sul da cidade, onde projetos anteriores de prospecções evidenciaram zonas potenciais. Um primeiro sítio foi encontrado e registrado na Ponta do Arado e um segundo sítio na ilha Francisco Manoel foi parcialmente

escavado. Os dois sítios, nas margens do rio Guaíba, evidenciaram uma ocupação por grupos Guarani. Foi possível obter a primeira datação de ocupação pré-histórica indígena da região. Os dados ainda parciais oferecem elementos sobre as características ambientais e determinam áreas potenciais para as pesquisas" (GAULIER, Patrícia Laure. Ocupação pré-histórica guarani no município de Porto Alegre: Considerações preliminares e primeira datação do sítio arqueológico [rs-71-c] da Ilha Francisco Manoel. In: Revista de Arqueologia da Sociedade de Arqueologia Brasileira. São Paulo, nº 14/15, 2001-2002, pp. 58-73, grifou-se).

Em resumo, não se encontrou registro da ocupação Kaingang na região de Porto Alegre e adjacências, existindo entretanto menção à existência de outros grupos indígenas ocupando essa área, que não os Kaingangs. Se não há vestígios dessa ocupação pré-histórica Kaingang, não haveria como reivindicar a existência de um cemitério indígena Kaingang na área do Morro do Osso, pelo menos a partir do conhecimento que se tem até agora.

Sétimo, os estudiosos mencionam que as comunidades indígenas Kaingangs ocupavam área distinta, na região do planalto e nas florestas de araucárias, longe da região de Porto Alegre e da Lagoa dos Patos. Poderia esse Juízo mencionar diversas referências a isso, mas parece suficiente reportar-se às conclusões de Ítala Irene Basile Becker, que reuniu em "O índio Kaingang no Rio Grande do Sul" o que existia a respeito da disposição geográfica deles no Estado do Rio Grande do Sul desde o século XVI até a atualidade, concluindo que eles ocupavam a região do planalto, tendo como limite sul a Bacia do Rio Caí (BECKER, Ítala Irene Basile. O índio Kaingáng no Rio Grande do Sul. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 1995, pp. 11-31). Portanto, a localização de um cemitério indígena Kaingang na região de Porto Alegre não encontraria evidências naquilo que atualmente se conhece da distribuição territorial do grupo Kaingang através do tempo. Aliás, a localização desse cemitério indígena Kaingang seria um achado arqueológico, capaz de alterar toda a compreensão que se tem da dinâmica e localização dos grupos de primeiros povoadores do Estado.

Oitavo, parece que se existir um cemitério indígena no Morro do Osso, esse cemitério não seria Kaingang, mas Guarani. Embora não tenham ainda sido feitas pesquisas arqueológicas mais detalhadas a respeito, há indicação de que o Morro do Osso seria um local apropriado para escavações e pesquisas arqueológicas em busca de respostas sobre os primeiros habitantes de Porto Alegre: "a estratégia oportunística também apresentou resultados positivos, apesar das dificuldades geradas por inúmeras pistas falsas e pelo tempo gasto para encontrá-las. Nesta não fizemos prospecções sistemáticas, apenas aleatórias, sem resultados positivos no Morro do Osso e na Restinga. A confirmar, com prospecções sistemáticas, temos informações oportunísticas obtidas para a Lomba do Pinheiro (próximo a Via do Trabalhador), Ponta do Arado, Belém Novo, Lageado, Ponta do Cego, Restinga, Morro do Osso, Vila Mapa, Campo Novo, Vila Nova, Ilhas do Delta do Jacuí, Lami, Ponta dos Coatís e Espírito Santo" (NOELLI, Francisco S. e outros. O mapa arqueológico parcial e a revisão historiográfica a respeito das ocupações indígenas pré-históricas no Município de Porto Alegre, Rio Grande do Sul. In: Revista de História Regional. Ponta Grossa, volume 2, nº 1, verão de 1997, pp. 216-217, grifou-se).

E o que se tem até agora a respeito de achados arqueológicos ou registro histórico a respeito do Morro do Osso dá conta de que ali teria havido um cemitério indígena guarani em tempos imemoriais. Encontramos dois relatos históricos a respeito.

Um deles consta de artigo de CORUJA FILHO sobre aqueles que teriam fundado a cidade de Porto Alegre. Após discorrer sobre os indígenas que habitavam Porto Alegre e suas adjacências, numa nota de rodapé ele menciona a existência de um cemitério indígena no Morro do Osso: "Os 'tapes', seguidamente, referiam aos habitantes de Porto Alegre várias lendas relativas à tribu dos 'minuano', mas conservavam segredo absoluto sobre as tradições de sua gente. Mais de uma vez, contaram eles fatos extraordinários, ocorridos no Morro dos Ossos, em Santa Teresa, onde os 'minuanos' tinham o seu cemitério; nunca, porém, ninguém conseguiu saber o local onde estavam enterrados os 'tapes' de Porto Alegre" (FILHO, Coruja. Os Fundadores de Porto Alegre. Boletim Municipal. Porto Alegre, vol. VI, ano V, 1943, p. 217, nota 2, grifou-se).

O outro relato foi escrito em 1875, por JOSÉ ANTÔNIO DO VALE CALDRE E FIÃO, tendo sido o texto republicado com "notas da redação", atualizadas à época da nova publicação, em 1943. Pela importância do relato para a presente ação e pela dificuldade em obter o referido documento, transcrevemos o referido relato, sublinhando as passagens que interessam à presente ação possessória: "Si perguntásseis ao caray Vicente, àquele índio velho (avatuchá) da raça guarani, que ainda existia em 1760 quando José Marcelino resolveu estabelecer aqui a sede da governança, e que morava num rancho no lugar que é hoje o quartel do 8º, tendo em outro tempo servido o lugar de guarda do potreiro de Nossa Senhora, como se chamava o sítio povoado que hoje denominam, Passo-da-Arêia, ele vos diria que noutras épocas era conhecido por Ibicuí-retã e repetiria a tradição guardada e transmitida por seu pai. A nosso turno vamos expô-la para vosso conhecimento: Diziam os velhos da tribu que do lado d'além do Guaíba viera em pequenas pirogas uma tribu de Tapes estabelecer-se nas terras d'aquém (o Viamão) e que aí, depois de alguns anos, tomara o nome de Tapís dividindo-se em dois magotes dos quais o maior, que levantara toldos ou tabas nos lugares onde hoje estão as freguezias de Viamão e Belém, tomou o nome de Tapiácú, e a menor que se apoderou dos morros e plainos de Ibicuí-retã (passo da arêia) tomou o nome de Tapi-mirim. Os tapi-mirins, pois, corriam no vale do Gravataí desde a sua foz até as lagoas de Xicolomão [Também conhecidos por 'Banhados do Gravataí', e onde tem sua nascente o referido rio, no município atual de Santo Antonio da Patrulha] e vinham nas montanhas que olham para a grande lagoa do Guaíba [O Rio Guaíba era denominado, outrora, 'Lagoa do Viamão' e 'Lagoa do Guaíba' e daí Rio Guaíba] tão povoada de pitorescas ilhas; e ainda que inimigos mortais de seus irmãos tapiacús, serviam-lhes de guarda avançada contra os coroados que habitavam os serros e matas de Itacolomím [Itacolomim ou Itacolomi - (Menino de pedra), lugar na freguezia de N. S. dos Anjos (Gravataí) que em 1791 foi dado em sesmaria a Sebastião Manuel de Santiago] e se estendiam pelos vales de Itapuí [Itapuí (rio da pedra de sino) foi o nome antigo do atual rio dos Sinos que também se denominou Cururuai (mapa de 1758 de José Custodio de Sá e Faria) rio que é lugar do sapo 'cururú', e que parece a origem do nome 'Sinos' pelo coxar do sapo] onde estridula a araponga e solta seu gemebundo canto o tristonho urutau. Ibicui-retã era o lugar da taba dos tapi-mirins. Aquelas ruivas areias que ali alvejam, que rolam do leito do arroio pelos sulcos da estrada e que vão atirar-se nas águas da lagoa para depois irem ao grande-rio (o mar) onde está a voz atroadora do Tupã, foram testemunhas dos feitos, do ódio e do amor de uma geração que passou e que a que lhe sucedeu, tão estranha a ela, nem o nome lhe guardou, nem comemorou a sua gloriosa ainda que curta existência. Ibuisui-retã era um baluarte, os seus guerreiros destemidos e sociáveis não deixaram passar para a grande lagoa as selváticas tribus do sertão mas facilmente se tornaram amigos dos primeiros viajantes (caraís) que aí vieram e lhe deram armas e roupas. É certo que nas

viagens por terra de São Paulo ou Curitiba até a Colônia ou Rio da Prata, as partidas militares eram engrossadas por tapís que com fidelidade as acompanhavam defendendo-as dos ataques dos Minuanos e Charruas. O caracter do tapí era dócil como o do guarani, e seus costumes pouco diferiam dos daquele - eram estáveis, habitavam a taba e tinham pequenas, ainda que rudimentares, indústrias domésticas. A fabricação de vasos era adiantada e quase perfeita, e prova disso temos no cemitério conhecido deles, no Morro do Osso desta cidade, alem de Santa Tereza, onde se achavam, ainda há bem pouco tempo, grandes painéis contendo cadáveres secos ou ossos dos homens (tapís) de tempos remotos. Em Ibiucui-retã (no passo da areia) não se sabe onde era o cemitério, mas os velhos ainda viram a cerca da taba, trançada de comboim e cambará bem alta e bem defendida ficando as primeiras ocas bem à vista e no lugar onde está uma venda (hoje mora aí o interessante e industrioso cidadão Manuel Luiz Corrêa), e distendendo-se pela margem do arroio. O regime político das tribos tapís era simplíssimo. Toda a lei era o alvitre do conselho dos maiores ou mais velhos da tribo que julgava as contendas e determinava o castigo ou recompensa da gente da taba: é porisso quenão reconheciam cacique algum. Elegiam anualmente um guerreiro para chefe de guerra, o qual rara vez era reeleito; escolhiam sempre o mais valente dos mancebos e a sua investidura era solene e perante o conselho dos velhos. Tinham muitos jogos públicos - Como eram as tabas circulares e formavam no centro vasta praça era aí que eles se faziam nos dias solenes presididos pelo conselho e pelo Pagé (sacerdote) que dele também fazia parte. As raparigas eram aí igualmente recompensadas quando primavam pela agilidade e graça, com cocares de penas de papagaios, e enfeites de pedras coradas e finas. Conta uma lenda da tribo dos tapi-mirins que uma formosa donzela enamorada do chefe dos guerreiros se finara em pranto por ter sido vencida nos jogos públicos por outra não menos formosa e mais feliz - e que Tupã, arrebatando-a para a morada dos imortais, transformara no arroio gemedor que ali corre, as lágrimas da moça sensível, cujas águas quase divinas são remédio para as saudades das que amaram guerreiros mortos em combate. Ibiucui-retã é um sítio agradável e fresco, salubre e de boas águas, e as chácaras que por aí demoram são aprazíveis porque estão em terras muito férteis. A uma légua de distância de Porto Alegre, devendo em poucos anos ser alcançada pelos carros de bondes, o que importa transporte fácil, breve comunicação com o coração da cidade, pode oferecer uma vivenda fácil, cômoda e sadia para os negociantes e empregados públicos. A divisão das suas terras em pequenas chácaras ou terrenos seria cousa conveniente para a atualidade em que se vai sentindo a necessidade de disseminar-se a população aglomerada da cidade que porisso já sofre enfermidades endêmicas. Ibiucui-retã tem hoje próxima uma capela destinada ao culto de São João Batista - mas fora de desejar que no próprio lugar da antiga taba se erigisse algum templo que deve servir de sede da freguesia que aí se creará inevitavelmente visto ser já muito populoso e extenso o 2º distrito (freguezia de Nossa Senhora do Rosário) desta cidade. Já existem no lugar aulas de ensino primário para ambos os sexos" (CALDRE E FIÃO, José Antônio do Vale. Ibiucui-retã. Boletim Municipal, 6(15): 418-421. Porto Alegre, 1943, grifou-se).

Numa nota da redação a esse texto, acrescentada na época da republicação do texto no Boletim Municipal (em 1943), foi dito o seguinte: "É o atual Morro do Osso (125mts) no arrabalde da Tristeza. Aliás, na ilha Francisco Manuel foram encontrados muitíssimos fragmentos de cerâmica indígena de cultura rudimentar guarani. Em junho do corrente ano além do Morro do Osso, no Morro do Espírito Santo, junto ao balneário de igual nome no rio Guaíba, o sr. João Maliveno encontrou uma moeda de prata, espanhola e uma urna funerária, contendo fragmentos de ossos humanos. Essa urna que foi entregue ao Museu

Julio de Castilhos é, também, guarani, de cultura rudimentar. Damos, a seguir, algumas notas da reportagem então feita pelo Correio do Povo no local (15-6-1943): 'Há poucos dias, quando abria buracos para plantar algumas arvores frutíferas, o sr. João ouviu um ruído metálico ao bater com a enxada no solo. Numa rápida busca ele constatou que se tratava de uma moeda de prata, com os seguintes dizeres: 'Hispania Rum, Rex R. S. 2 C. N - 80 - Carolus'. A moeda estava revestida de espessa camada de ferrugem, indicando achar-se muitos anos enterrada'. 'Quando prosseguia na abertura dos buracos para desenvolver o plantio de árvores frutíferas, o agricultor bateu com a ponta da enxada num objeto que ofereceu resistência. Bateu com mais violência e, com surpresa, verificou que havia partido um vaso de grandes proporções. Afastando a terra que caiu para dentro do vaso, o agricultor chamou seu empregado e pessoas de sua família, para ver o estranho achado. Com carinho, foi cavado em redor do vaso de barro, conseguindo, em poucos minutos, retira-lo quase inteiro, pois somente a tampa estava partida' - (N. da R.)"

Como se vê, o cemitério indígena não seria kaingang, mas guarani. Isso coincide com o que se conhece da arqueologia guarani: "os mortos eram acomodados em velhas urnas e depositados num cemitério próximo das casas" (SCHMITZ, Pedro Ignácio. Migrantes da Amazônia: a Tradição Tupiguarani. In: Arqueologia Pré-histórica do Rio Grande do Sul. 2ª edição. Porto Alegre: Editora Mercado Aberto, 1997, p. 306, grifou-se) e "o cemitério ficava perto das casas. Os mortos eram colocados nas igaçabas (urnas de cerâmica), em posição fetal, porque na crença guarani o primeiro homem havia sido retirado de um recipiente de cerâmica por um personagem mítico. Os guaranis de Porto Alegre habitavam, em tempos diferentes, quase todas as regiões do que é hoje o município - das várzeas do Rio Gravataí, na zona norte (incluindo o Passo da Areia e as ilhas do delta), às praias de Ipanema, Belém Novo e Lami, na zona sul, até cruzar a divisa com Viamão, em Itapuã" (HISTÓRIA ILUSTRADA DE PORTO ALEGRE. Os habitantes da região do Grande Lago (3.000 aC 1680 aC). Porto Alegre: Já Editores, 1997, pp. 5-6, grifou-se).

Ao contrário dos guaranis, os Kaingangs não enterravam seus mortos em urnas cerâmicas. Adotavam um comportamento bem diferente, enterrando os mortos em valas, com a sepultura coberta por terra em forma piramidal (BECKER, Ítala Irene Basile. O índio Kaingáng no Rio Grande do Sul. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 1995, pp. 264-265). Em recente dissertação de mestrado foram resumidos os ritos funerários dos Kaingangs (DIAS, Jefferson Luciano Zuch. A Tradição Taquara e sua ligação com o índio kaingang. Dissertação de mestrado apresentada na UNISINOS. São Leopoldo, 2004, pp. 135-141), comparando a Tradição Taquara com o índio Kaingang quanto ao modo de enterrar os mortos: "outro item que utilizamos comparativamente entre a tradição Taquara e o índio Kaingang é maneira de enterrar os mortos. A tradição Taquara dispunha de duas maneiras para enterrar seus mortos, uma registrada mais freqüentemente ao longo das pesquisas, no interior de abrigos sob rocha e outra que vem sendo recentemente explorada em regiões em que parece haver menos grutas, sendo os enterros feitos em campo aberto, formando estruturas circulares (montículos), mais ou menos similares em suas dimensões. Já o índio Kaingang conforme os registros indicam, erguia túmulos (montículos) em locais pré-determinados nas matas onde habitava. A pesquisa arqueológica dá conta de que, no primeiro caso, os corpos seriam depositados no interior dos abrigos sob rocha, diretamente sobre o piso rochoso, sem maiores cuidados, quando muito sobre uma esteira feita com fibras vegetais. Em outros casos, o corpo era coberto por pequeno aterro feito com vegetais e terra" (DIAS, Jefferson Luciano Zuch. A Tradição Taquara e sua ligação com o índio kaingang. Dissertação de mestrado

apresentada na UNISINOS. São Leopoldo, 2004, p. 168, grifou-se).

Afastando qualquer dúvida a respeito, a excelente tese de doutorado de SERGIO BAPTISTA DA SILVA aborda as representações sobre a morte e padrões de sepultamento dos Kaingangs (SILVA, Sergio Baptista da. *Etnoarqueologia dos Grafismos Kaingan: um modelo para a compreensão das sociedades Proto-Jê meridionais*. Tese de doutorado apresentada ao PPGAS da FFLCH da USP. São Paulo, junho de 2001, pp. 141-162), trazendo fotos de sepulturas e de objetos cerâmicos encontrados junto às mesmas, mas nada mencionando sobre a deposição dos cadáveres dentro de urnas funerárias semelhantes àquela encontrada no Morro do Osso em 1943.

Ou seja, aquele achado arqueológico nas proximidades do Morro do Osso (uma urna funerária) não seria evidência da existência de um cemitério indígena Kaingang no local, embora pudesse indicar um cemitério guarani.

Ora, não bastaria apenas a existência de um cemitério indígena no local para que a terra pudesse ser reivindicada pelos Kaingangs. Se o cemitério for guarani, não se pode presumir que existisse vínculos dos Kaingangs com aquela terra. Não se pode dizer que o art. 231 da CF/88 desconsidera a diversidade existente entre as etnias e grupos indígenas, assegurando a terra indiscriminadamente a todo e qualquer grupo indígena. A ligação que deve existir com a terra não se refere genericamente à terra indígena, mas é preciso uma ligação da comunidade indígena que a ocupa ou reivindica com a área reivindicada. Sem evidências antropológicas conclusivas, não poderia esse Juízo presumir que a possibilidade de um cemitério indígena guarani no local permitisse relações da comunidade Kaingang com aquela área.

Nono, há também a informação nº 18/DCGID, de 29/06/05, apresentada por NADJA HAVT BIRNDÁ, Coordenadora Geral de Identificação e Delimitação da Fundação Nacional do Índio - FUNAI (fls. 242-268). Embora a impugnação veemente do Ministério Público Federal e do NIT-UFRGS contra esse documento, esse Juízo entende que a informação técnica não contém nenhum vício ou nulidade, merecendo ser valorado como prova. Embora não prevista expressamente a elaboração da informação preliminar, não parece ilegal a conduta da FUNAI, determinando que seja realizado um estudo preliminar a respeito da ocupação indígena de determinada terra, para então decidir se instaura ou não o processo demarcatório. A FUNAI não está obrigada a instaurar o processo demarcatório diante de toda e qualquer pretensão indígena. Parece que fica reservado um mínimo de discricionariedade, que permite não instaurar o processo demarcatório quando nada indicar a existência da terra tradicional indígena. É uma questão juridicamente delicada, que não será exaurida nesse momento por esse Juízo, porque é justamente o mérito da ação ordinária ajuizada pela Comunidade Indígena, e em nada altera a questão possessória discutida na presente liminar. Mesmo que a terra seja indígena, sua retomada deve observar o devido processo legal e não está nenhuma comunidade indígena autorizada a invadir o que ainda não foi declarado como sendo terra tradicional indígena. A própria Comunidade dá mostras disso, ao respeitar a ordem jurídica e buscar o reconhecimento judicial do seu direito, honrando o Poder Judiciário com o ajuizamento da ação ordinária e depois respeitando a ordem liminar deferida nessa ação possessória, quando voluntariamente retirou a construção erguida no interior do Parque. Nesse momento, o que interessa a esse Juízo é apenas verificar se existem indícios de que o Morro do Osso tenha sido terra tradicionalmente ocupada pelos Kaingangs, não importa se num passado remoto ou próximo. Ora, quanto a isso a informação preliminar apresentada pela FUNAI não traz nada de diferente daquilo que esse próprio

Juízo pode constatar: não existe ainda evidência histórica, arqueológica, antropológica, etnológica da ocupação das terras do Morro do Osso pelos Kaingangs.

A informação técnica da FUNAI está adequadamente elaborada, é fundamentada, apresenta a respectiva metodologia (expondo-se às críticas dos que a impugnam, como foi o caso do NIT-UFRGS) e apresenta de forma concreta os elementos em que baseou suas conclusões.. É diferente, por exemplo, das manifestações do NIT-UFRGS trazidas aos autos pelo Ministério Público Federal (fls. 181-206), que acabam evidenciando envolvimento com uma das partes, recorrendo seguidamente a argumentos de autoridade e não indicando de forma clara e conclusiva quais seriam os dados concretos e objetivos, quais os estudos, quais as fontes, quais as pesquisas, que embasariam o que pretende afirmar: que o Morro do Osso foi ocupado em tempos remotos por índios Kaingangs. Não parece suficiente que se recorra apenas à memória dos próprios Kaingangs, como feito pelo NIT-UFRGS para determinar a tradicionalidade da ocupação da terra, porque isso importaria naquela interpretação do art. 231 da CF/88 que esse Juízo já afastou, quando entende necessária uma relação da comunidade indígena com a terra que reivindica, e que essa relação não pode se dar apenas em relação ao presente e ao futuro, mas é preciso um vínculo concreto e objetivo com o passado. Talvez os argumentos e as conclusões desse Juízo sejam equivocados ou não tenham sustentação nos resultados das pesquisas científicas mais recentes, mas então provavelmente elas servirão para provocar pesquisadores e estudiosos a trazerem aos autos outros elementos, conclusivos e objetivos, quanto à ocupação indígena do Morro do Osso, que então certamente serão considerados por esse Juízo no momento da sentença dessa ação possessória e da outra ação ordinária. Mas, agora, a partir do que consta dos autos, trazido pela FUNAI (fls. 242-268) de um lado e pelo NIT-UFRGS de outro (fls. 181-206), a esse Juízo não sobre espaço para outra conclusão do que aquela que esboçou até agora: o Morro do Osso não parece ter sido área de ocupação tradicional Kaingang.

Retornando à informação preliminar da FUNAI, percebe-se que houve um esforço da servidora em comparecer ao local e manter contato com as lideranças da Comunidade, procurando a origem do seu interesse pelo Morro do Osso, o que ficou documentado nas entrevistas que realizou, onde inclusive entrevistou o líder político da Comunidade Indígena que se instalou no Morro do Osso, dando conta de como chegou à conclusão de que o Morro do Osso seria terra indígena: "Cacique Jaime: É porque outros morros não tinha nada de história, né? Mas esse aqui tinha história. A gente ... Então foi assim, ó: eu li. ... Hoje se tu vê agora lista telefônica, tu não encontra mais história do Morro. Pode ler novamente e você não encontra mais, de 2005. E de 2004 a 2003, né? - De 2003 a 2004 existia um, o, a lista telefônica contando que o Morro do Osso, ele abrigaria cemitério indígena. E a gente tava com falta disso aqui, da área aonde que nós poderia preservar a nossa cultura, a nossa tradição, o nosso idioma. E aí a gente (?) Então se, já que tão dizendo que é nosso, nós vamos ocupar até que ... (...) Eu fui ali na Prefeitura, não sei o que fui fazer, ali na Prefeitura. Daí eu pedi o número de telefone duma firma, não lembro mais. Ou o número do telefone da Prefeitura, uma coisa assim, dos Direitos Humanos. E aí a guria demorou me atender, daí (?) [pedi a lista um instante?], digo, dá licença? - Daí fui vendo as páginas, né? - Pontos históricos, né? - Do Município, e aonde que a gente encontrou o Morro do Osso. E eu pedi pra guria: 'Então, tu poderia me dar xerox disso aqui? - Pra mim ter um histórico do Município; eu fiquei preocupado com isso, não preocupado tanto, mas eu quero estudar esses pontos turísticos da cidade, né? - Esse que é um ponto turístico da cidade. E aí, ela me passou, depois

ela queria negar. Digo, não, mas já tá na minha sacola, que não vou devolver. Ai, naquilo ali já fui saindo, já saí" (fls. 255-256 dos autos).

Sobre essas entrevistas, a informação da FUNAI concluiu: "Não considero possível estabelecer coerência interna entre vários elementos históricos de cada fala. Mais difícil ainda é estabelecer coerência entre os diferentes relatos, naquilo em que eles se referem a um histórico de ocupação Kaingang no Morro do Osso. As afirmações relativas à pretérita presença Kaingang no Morro do Osso são genéricas e vagas, bem como sobre a presença Kaingang em Porto Alegre de modo geral. A ênfase das respostas e narrativas recai na citação a parentes ascendentes em diversos graus. Aliado a isso, não nos foram apontados locais de uso e moradia antigos (não foi possível identificar tais locais sem indicações dos índios). A exceção fica por conta dos pontos de onde teriam sido retiradas urnas funerárias. Visitei ainda um local a respeito do qual o Cacique Jaime sugeriu que teria uso para algum tipo de reunião ou encontro de antigos ocupantes indígenas do Morro do Osso. A visita a este ponto não me permitiu descartar ou acolher a hipótese sugerida pelo Cacique Jaime" (fls. 261).

Além de a informação técnica examinar outros elementos da ocupação Kaingang no local, chamou atenção desse Juízo a conclusão de que "é provável que o tratamento mais adequado à questão passe por entender que o Morro do Osso se constitui muito mais numa possibilidade de revigoração do xamanismo entre os Kaingang que se viram obrigados a residir em Porto Alegre, do que na retomada de possíveis locais de antigos acampamentos (dados sobre a localização de tais acampamentos não foram encontrados e não podem ser deduzidos das falas dos Kaingangs). Trata-se, portanto, de um projeto de futuro e não da recuperação de um fato passado. Por outro lado, o passado, a tradição e a cultura servem de fundamento para as permanentes elaborações culturais, inclusive aquelas que operam no âmbito do xamanismo. Por isso não é possível tratar a questão dos espíritos ancestrais no Morro do Osso como um falso argumento; no entanto, é preciso admitir que a atualização da lógica do xamanismo, tal como vemos entre as famílias no Morro do Osso, não se assenta necessariamente sobre fatos ocorridos, os quais devemos igualmente buscar para compor um relatório de identificação e delimitação de terra indígena tradicionalmente ocupada. Que fatos ocorridos seriam esses? - Os dados de ocupação e uso antigos e atuais, ou, como já foi dito, dados sobre remoção forçada e esbulho. Encerrando este ponto: difícilmente poderíamos trocar o objeto do estudo de ocupação, substituindo um grupo social, seu modo de vida e meios de existência pelo argumento exclusivo quanto à presença de espíritos ancestrais, ainda que isso seja defendido pelo próprio grupo como algo inquestionável" (fls. 265, grifou-se).

A conclusão da informação preliminar da FUNAI é que: "1- As famílias Kaingang em Porto Alegre buscam fortalecer vínculos sociais e culturais e a solidariedade que julgam comprometida pela vida urbana. A demanda pela regularização do Morro do Osso como terra indígena está pautada por essa expectativa - em consonância com esse fato, vemos que há forte ênfase na argumentação de que a terra indígena estaria plenamente justificada sob o argumento da reprodução física e cultural; 2- Não foi possível encontrar nos relatos, artigos e documentos consultados elementos relativos à ocupação Kaingang no Morro do Osso, seja antiga ou atual. Entendo que a falta desses elementos tornaria extremamente frágil a argumentação da terra indígena com base no art. 231 da CF, estando tal argumentação praticamente restrita à tese das famílias Kaingang sob liderança do Cacique Jaime de que a demarcação do Morro do Osso lhes permitiria fortalecer vínculos sociais e culturais capazes de

resguardar sua reprodução enquanto grupo social diferenciado" (fls. 267, grifou-se).

Se essa conclusão é correta ou não, é questão que será resolvida no momento oportuno, após a adequada instrução probatória e razões finais das partes, na ação ordinária. O que importa agora é que, na falta de outros elementos conclusivos trazidos até agora aos autos, essa conclusão da FUNAI aponta para a presença de verossimilhança na reivindicação possessória do Município de Porto Alegre contra a Comunidade Indígena, não restando esse Juízo convencido da existência de elementos que permitam, nesse momento, caracterizar a área do Morro do Osso como terra tradicionalmente indígena para os fins do art. 231 da CF/88.

Décimo, deve considerar esse Juízo que o Ministério Público Federal trouxe documentos elaborados pelo NIT-UFRGS, impugnando a metodologia utilizada e criticando duramente as conclusões da informação técnica da FUNAI. Entre outros argumentos, alegou o Ministério Público Federal que (a) somente a FUNAI poderia realizar o processo demarcatório e somente depois de realizado esse processo demarcatório, com a constituição de grupo de trabalho e observando a regulamentação pertinente, é que se poderia concluir se a área ocupada é ou não terra indígena para os fins do art. 231 da CF/88. Também alegou que aquela informação preliminar da FUNAI não poderia ser aceita porque: (b) não encontra respaldo no ordenamento jurídico porque não está previsto na regulamentação da FUNAI; (c) não se baseou "nos elementos etnográficos, arqueológicos e na questão da ancestralidade consubstanciada na presença de cemitério indígena, os quais foram avaliados pelo Núcleo de Antropologia das Sociedades Indígenas e Tradicionais - NIT da UFRGS" (fls. 173); (d) é precário e não foi realizado por um grupo técnico e multidisciplinar; (e) foi realizado em viagem de poucos dias a Porto Alegre, atendendo apenas a demandas governamentais e desatendendo à autodeterminação dos povos indígenas (fls. 173-177).

Entretanto, não vejo como esses óbices apontados possam justificar o indeferimento da liminar possessória nessa ação, uma vez que não servem para trazer indícios que apontem que o Morro do Osso seria terra indígena Kaingang. Quanto ao argumento (a), não há dúvida que somente a FUNAI pode realizar o processo demarcatório através de grupo de trabalho que observe o devido processo. Como dito por esse Juízo, essa é questão de mérito da ação ordinária, onde esse Juízo já rejeitou a preliminar da FUNAI no sentido de que a ação seria juridicamente impossível. A ação ordinária ajuizada pela Comunidade Indígena não é juridicamente impossível, sendo matéria de mérito decidir se a FUNAI deve ou não iniciar o processo demarcatório no caso do Morro do Osso. Mas isso não interfere sobre a manutenção da Comunidade Indígena na posse da área, que é objeto dessa ação possessória. Justamente porque é a FUNAI quem deve reconhecer a tradicionalidade da terra indígena, é que a Comunidade Indígena não poderia ter ocupado a área sem esse prévio reconhecimento, não tendo a Comunidade Indígena o poder de se auto-atribuir as terras que lhe interessam. Se não houve reconhecimento pela FUNAI, se a FUNAI elabora um documento preliminar apontando para a não existência de terra tradicional Kaingang no Morro do Osso, e mesmo que isso seja objeto de discussão na ação ordinária, isso não significa que possa ser mantida a posse indígena até o julgamento final daquela ação. Se houvesse forte probabilidade de que a terra indígena do Morro do Osso fosse terra tradicional Kaingang, talvez se pudesse pensar em manter juridicamente a posse indígena que decorreu da ocupação da área em 2004. Mas não existem indícios que permitam essa conclusão. Não parece que o Morro do

Osso seja terra tradicional Kaingang, o que então justifica a atuação possessória do Município de Porto Alegre e invalida o argumento do Ministério Público Federal. Quanto ao argumento (b), mesmo que a informação preliminar não esteja expressamente prevista na regulamentação da demarcação de terras indígenas, a FUNAI não estava impedida de determinar o estudo prévio e preliminar quanto à viabilidade do procedimento demarcatório. Não é qualquer reivindicação indígena de demarcação de terras que deve ser atendida, mas somente aquelas que se mostrarem minimamente viáveis. A informação preliminar parece que serviu para justificar a decisão da FUNAI de não instaurar o processo demarcatório. Não parece argumento suficiente para autorizar a permanência da Comunidade Indígena no local ou para invalidar a informação preliminar como ato administrativo que é. Quanto ao argumento (c), a informação preliminar da FUNAI se baseou nos elementos que apontou e foram explicitados no referido relatório. Se esse enfoque dado à questão é o melhor para o equacionamento da questão, esse Juízo não tem condições de afirmar ou negar. É matéria própria para uma perícia antropológica, quem sabe. O certo é que o documento da FUNAI se baseou em evidências concretas e objetivas, para fundamentar suas conclusões quanto à inocorrência de terra Kaingang, atual ou antiga, na área do Morro do Osso. Se alguma instituição de referência ou centro de estudos entende que aquela não é a melhor metodologia ou a melhor conclusão, poderá realizar estudos ou apresentar pareceres, demonstrando a impropriedade, sendo que eles poderão ser juntados aos autos e certamente serão apreciados por esse Juízo ao sentenciar. Mas não basta apenas a impugnação veemente contra as conclusões da FUNAI, se aquela estiver desacompanhada de elementos concretos e objetivos, precisos e conclusivos, para evidenciar que o Morro do Osso é terra indígena tradicional Kaingang. Quanto ao argumento (d), não há dúvida que as conclusões da FUNAI são precárias e não foram realizadas por grupo técnico e multidisciplinar, mas isso será objeto de decisão na sentença de mérito da ação ordinária, quando se examinará a conduta da FUNAI em negar-se a iniciar o processo demarcatório. Por ora, o que interessa é a aparência do direito, e quanto a isso as conclusões da informação da FUNAI são semelhantes ao restante dos elementos de convencimento (provisório e precário) desse Juízo. Quanto ao argumento (e), não parece que o documento esteja a priori viciado por desvio de finalidade, visando apenas atender as demandas governamentais e desatender a autodeterminação dos povos indígenas. Se for assim, a presente decisão liminar também terá cometido os mesmos equívocos do documento da FUNAI, também estando comprometida com o atendimento de demandas governamentais e desrespeitando o direito das comunidades indígenas porque defere liminar contra a Comunidade Indígena. Não há dúvida que a informação da FUNAI é desfavorável à permanência da Comunidade Indígena no Morro do Osso, mas isso não significa que só por isso esteja comprometida com interesses diferentes daqueles que devem nortear a atuação da FUNAI na defesa das comunidades indígenas.

Décimo-primeiro, existe manifestação técnica de vários antropólogos e estudiosos vinculados ao Núcleo de Antropologia das Sociedades Indígenas e Tradicionais da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (NIT-UFRGS), favoráveis à manutenção da posse Kaingang na área do Morro do Osso. Esses pesquisadores integram um núcleo sério e comprometido com o estudo e conhecimento das questões indígenas, sendo desnecessário tecer qualquer outra consideração a respeito. Entretanto, esse Juízo examinou a documentação produzida pelo NIT-UFRGS e trazida pelo MPF (fls. 181-206) e não restou convencido de que ali tivessem sido apresentados elementos concretos e conclusivos que autorizassem o reconhecimento da área do Morro do Osso como

terra indígena Kaingang para os fins do art. 231 da CF/88.

Isso porque não cabe a esse Juízo resolver a questão indígena nem assegurar espaços para que possam se reproduzir física e culturalmente. Isso é tarefa dos demais Poderes da República e da sociedade, a quem compete decidir sobre políticas públicas e sobre a destinação de áreas e alocação de recursos públicos. O que cabe a esse Juízo é tão-somente decidir a controvérsia que é trazida, e para isso só pode se valer da lei e da Constituição. Não cabe a esse Juízo decidir se é ou não conveniente manter o Morro do Osso como Parque Natural ou se ele seria melhor utilizado como Terra Indígena. Essas são opções políticas que fogem do âmbito de atuação desse Juízo, que tem os arts. 5º-XXII e 231 da CF/88 como limites às suas decisões. Os documentos produzidos pelo NIT-UFRGS parecem evidenciar a intenção de resolver o problema indígena e de lhes atribuir os espaços que necessitam para reprodução de sua cultura. Mas isso não é o que pode fazer esse Juízo nos autos. Cabe a esse Juízo decidir se o art. 231 da CF/88 alcança ou não o atual Parque Natural do Morro do Osso, mas não cabe aumentar ou restringir o alcance da norma constitucional. Não pode pensar apenas no presente ou apenas no futuro, deve buscar elementos também no passado.

As manifestações do NIT-UFRGS são inquestionáveis quanto às metodologias que emprega, sendo de destacar a excelência do conhecimento científico que a Universidade Pública está apta a produzir e vem produzindo, contribuindo em muito para a construção e fortalecimento de um Estado Democrático de Direito. Talvez ainda venha a ser realizado algum estudo profundo sobre a ocupação indígena no Morro do Osso, com a qualidade das dissertações e teses que são anualmente produzidas no e pelos pesquisadores do NIT-UFRGS. Mas não parece que existam ainda esses elementos concretos e objetivos que justifiquem a permanência da Comunidade Indígena no Morro do Osso, frente ao art. 231 da CF/88 e ao que mais esse Juízo indicou nessa decisão.

Por exemplo, o relatório antropológico complementar de fls. 181-197 parece ir além do art. 231 da CF/88 porque não se preocupa com o passado, não demonstra o vínculo que existiu entre os Kaingangs e o Morro do Osso. Explora apenas o vínculo recente, justifica porque o Morro do Osso seria um espaço apropriado para os Kaingangs, com boas condições de permitir sua sobrevivência física e reprodução cultural. Entretanto, não se trata aqui de decidir quais são as melhores terras para os indígenas. Cabe decidir apenas se aquela terra reivindicada se enquadra na opção política feita pelo constituinte do art. 231 da CF/88. Prevalecendo o entendimento posto no documento, qualquer área poderia ser reivindicada pelos indígenas, a partir do que entendessem apropriado ou necessário para satisfação de suas expectativas e demandas culturais. Processos psicológicos e culturais estariam criando direitos. Poderiam mais do que a própria Constituição, tendo direito a se sobrepor a outros interesses - também constitucionalmente relevantes - do restante da sociedade. Esse Juízo entende que é preciso que exista algo de concreto no mundo que justifique o vínculo dos indígenas com a terra que reivindicam. Esse algo concreto não pode estar baseado apenas na crença da utilidade ou no desejo de se apropriar daquele espaço. Os outros brasileiros também têm direitos, e esse Juízo deve se preocupar em decidir não apenas para atender aos interesses da comunidade indígena, mas também do restante da sociedade brasileira, em especial da comunidade porto-alegrense. O documento do NIT-UFRGS vê os fatos apenas da perspectiva da comunidade indígena, sendo possível que a pesquisa universitária tenha essa liberdade de parcialidade em relação às questões concretas e à autonomia universitária. Mas não é possível que esse

Juízo veja a questão apenas a partir de um dos ângulos, deixando de apreciar os demais aspectos envolvidos. Talvez na ação ordinária em que se discute o domínio indígena sobre o Morro do Osso essas considerações trazidas pelo NIT-UFRGS no documento de fls. 181-197 sejam pertinentes, mas não nessa ação possessória.

Também o documento de fls. 199-201, em que o NIT-UFRGS se coloca à disposição da FUNAI em 2004 para o processo demarcatório, nada traz de concreto que justificasse a permanência da Comunidade Indígena no Morro do Osso. É louvável o trabalho que o NIT-UFRGS vem realizando para o conhecimento das comunidades indígenas gaúchas, parecendo a esse Juízo que seria bastante fácil ao NIT-UFRGS comprovar a existência de elementos concretos que justificassem o vínculo da Comunidade Indígena Kaingang com o Morro do Osso, se eles efetivamente existissem. A pesquisa que realizam data de vários anos e é bastante abrangente, pelo que consta da documentação apresentada. Se nada de concreto foi trazido para comprovar a vinculação da Comunidade Indígena Kaingang com o passado do Morro do Osso, isso reforça a convicção de que não existe essa ligação pretérita que justificaria o Morro do Osso como terra tradicional Kaingang.

Por fim, o "relatório arqueológico (nota técnica)" de fls. 202-203 e o relatório "ocupações tradicionais indígenas na área do Parque Natural do Morro do Osso - Porto Alegre" de fls. 204-206 são pouco conclusivos para evidenciar a presença pretérita de Kaingangs no Morro do Osso. Quem assina o documento é o Professor SERGIO BAPTISTA DA SILVA, antropólogo e professor do NIT-UFRGS, de quem esse Juízo teve acesso à tese de doutorado sobre os Kaingangs, apresentada na USP em junho de 2001, sobre "Etnoarqueologia dos Grafismos Kaingan: um modelo para a compreensão das sociedades Proto-Jê meridionais". Mesmo para o leigo que examine a referida tese, é possível perceber a qualidade do trabalho e a enorme contribuição que trouxe à comunidade científica, abordando temas relativos à compreensão da cultura indígena Kaingang e sendo rica em argumentos e encadeamento lógico dos mesmos para embasar as conclusões. Ora, se efetivamente o Morro do Osso pudesse ser caracterizado como área tradicional indígena Kaingang, isso poderia ser facilmente afirmado e demonstrado pelo referido professor na nota técnica que elaborou, já que dispõe de conhecimento invejável a respeito dos grupos Kaingangs. Mas a nota técnica é cautelosa e vaga, e o relatório que a acompanha não parece ter sido publicado em nenhuma revista especializada, não trazendo nenhum dado conclusivo a respeito da ocupação pretérita do Morro do Osso pelo grupo Kaingang. Também não afirma que seja provável a ocupação pretérita do Morro do Osso por índios Kaingang, limitando-se a concluir com uma questão: "O que levou os Kaingangs até o Morro do Osso?" (fls. 206). Ora, não há dúvida que "segundo eles, lá existe um cemitério indígena kaingang, que precisa receber os cuidados rituais que seu sistema xamânico-cosmológico prescreve tradicionalmente" (fls. 206, grifou-se). Ora, segundo os índios Kaingang, existe um cemitério. E segundo o pesquisador, que assina a nota e o relatório, existem evidências desse cemitério Kaingang? O documento não esclarece. Como o referido professor foi arrolado como testemunha na ação ordinária (fls. 1160 do processo 2004.71.00.021504-0), provavelmente teremos em breve condições de ver respondida a questão. Por enquanto, entretanto, nada de concreto foi trazido nos documentos mencionados que justificasse o reconhecimento da área, mesmo provisório, como cemitério indígena Kaingang.

Décimo-segundo, os estudos arqueológicos e etnológicos a que esse Juízo teve acesso dão conta de que os índios pré-históricos do Rio Grande do Sul, naquilo

que interessa à presente ação, dividiram-se em três grupos distintos, localizados geograficamente em áreas distintas, tendo sido o grupo guarani o que ocupava a região de Porto Alegre e suas imediações.

Esses índios pré-históricos dividiam-se em: "Os Kaingang - antigos Guayaná, prováveis moradores das casas subterrâneas do Planalto, com extensão para os demais estados da Região Sul. São encontrados também em Misiones, Argentina. Eram índios coletores, especialmente de pinhão, caçadores, pescadores e pequenos horticultores. Os Charruas e Minuano - são provavelmente os construtores dos cerritos nas regiões dos campos do Sudoeste e Sudeste do estado com extensão para o pampa uruguaio e argentino. Eram caçadores, pescadores e coletores. Os Guaranis - do grande grupo lingüístico Tupi-Guarani, ocuparam as áreas florestadas próximas dos grandes rios como o Uruguai, o Jacuí, o Camaquã e partes do litoral atlântico e lagunar. Eram agricultores e bons ceramistas" (BECKER, Ítala Irene Basile. O que sobrou dos índios pré-históricos do Rio Grande do Sul. In: Arqueologia Pré-Histórica do Rio Grande do Sul. 2ª edição. Porto Alegre: Editora Mercado Aberto, 1997, pp. 331-332, grifou-se).

Vistos pelo prisma da arqueologia, esses grupos de povoadores pré-históricos são agrupados em "tradições", a partir das cerâmicas e fases líticas que deixaram. Deixando de lado a Tradição Umbu, a Tradição Humaitá e a Tradição dos sítios litorâneos, que não nos interessam por serem anteriores às possibilidades discutidas nessa ação, restam as Tradições Vieira, Taquara e Tupi-Guarani: "sabemos que os três sistemas em estudo adaptaram-se, de maneira bastante eficaz, a ambientes ecológicos distintos. Os sítios da Tradição Taquara são encontrados, principalmente, nas áreas altas do Planalto, associados à mata mista com pinheiros; os sítios da tradição Vieira apresentam uma distribuição que coincide, por um lado, com as áreas da Campanha e, por outro, as áreas alagadiças em torno das grandes lagoas litorâneas; finalmente, os sítios da tradição Tupiguarani distribuem-se ao longo das áreas cobertas por mata subtropical, que ocorrem principalmente nas várzeas férteis das bacias dos Rios Uruguai e Jacuí. O Estado do Rio Grande do Sul representa um dos limites meridionais dos sistemas ecológicos relacionados à mata de pinheiros e a floresta subtropical que, por sua vez, se encontram com o sistema de campos que tem seu limite norte, aproximadamente, na altura do vale do Jacuí, à medida que esse inflete para o leste. Certamente não é por acaso que as populações portadoras das tradições Taquara, Vieira e Tupiguarani ocuparam tais sistemas ambientais específicos. Ao que tudo indica, continuaram a reproduzir um modo de vida cuja adaptação principal, em ambientes semelhantes, já havia ocorrido: o Planalto Central do Brasil, no primeiro caso; a região do pampa e litoral argentino e uruguaio, no segundo e a floresta amazônica no terceiro (...). Assim, a expansão daquelas tradições cerâmicas parece ter-se dado acompanhando tais sistemas ambientais e ajustando-se a eventuais diferenças desde suas áreas de origem. Nesse sentido, da mesma forma que o território sul-riograndense apresenta-se como uma área de confluência para esses três grandes sistemas ambientais, também o é para os sistemas socioculturais relacionados àquelas tradições cerâmicas" (ROGGE, Jairo Henrique. Fenômenos de fronteira: um estudo das situações de contato entre os portadores das tradições cerâmicas pré-históricas no Rio Grande do Sul. Tese de doutorado apresentada na UNISINOS. São Leopoldo, 2004, p. 16, grifou-se).

Grosso modo, os Charruas e Minuanos relacionam-se à Tradição Vieira; os Guaranis à Tradição Tupiguarani, e os Kaingangs à Tradição Taquara. Como já dissemos, a ocupação guarani ocorria nas áreas de mata subtropical, que se

estende ao longo do Rio Uruguai e seus afluentes, ao longo do Rio Jacuí e seus afluentes, e ao longo da costa marítima e suas lagoas: "ao tempo da colonização européia, no séc. XVI e XVII, todas as áreas de mata subtropical ao longo da costa, na borda do planalto, na serra do Sudeste e ao longo dos rios estavam ocupadas pelos agricultores guaranis" (SCHMITZ, Pedro Ignácio. *Migrantes da Amazônia: a Tradição Tupiguarani*. In: *Arqueologia Pré-histórica do Rio Grande do Sul*. 2ª edição. Porto Alegre: Editora Mercado Aberto, 1997, p. 303). Eles haviam descido da Amazônia para o sul pelos caminhos hidrográficos da bacia platina, tendo se instalado desde o sul do Mato Grosso e do Trópico de Capricórnio, até a foz do rio da Prata, ocupando ainda o litoral brasileiro, mas deixando intocadas as alturas do planalto meridional e o pampa. Através do vale do rio Jacuí, eles atingem os litorais sul-brasileiro e uruguaio, instalando-se nas matas que bordejam as lagoas, as lagoas e os pequenos rios da costa atlântica e as encostas da Serra do Sudeste, no Rio Grande do Sul (KERN, Arno Alvarez. *Antecedentes Indígenas*. Porto Alegre: Editora da Universidade/UFRGS, 1994, pp. 104-107, onde consta um mapa sobre "área de dispersão dos sítios e da cerâmica dos Guaranis" às pp. 108-109). São eles que chegaram à região de Porto Alegre (GAULIER, Patrícia Laure. *Ocupação pré-histórica guarani no município de Porto Alegre: Considerações preliminares e primeira datação do sítio arqueológico [rs-71-c] da Ilha Francisco Manoel*. *Revista de Arqueologia da Sociedade de Arqueologia Brasileira*. São Paulo, nº 14/15, 2001-2002, pp. 57-73).

Os Kaingangs são relacionados à Tradição Taquara (DIAS, Jefferson Luciano Zuch. *A Tradição Taquara e sua ligação com o índio kaingang*. Dissertação de mestrado apresentada na UNISINOS. São Leopoldo, 2004). Essa designação de Tradição Taquara serve para identificar "aqueles sítios arqueológicos que têm cerâmica de uma certa característica: ela é pequena, composta de potes e tigelas, com decoração impressa variada, onde são facilmente distinguíveis negativos de cestaria, depressões regulares produzidas por pontas de vários formatos, ou das unhas, incisões lineares etc. A identificação da tradição é feita principalmente pela cerâmica, totalmente diferente da Tupi-guarani e bastante diferente da Vieira. Mas esta tradição se caracteriza também, com relação às outras duas tradições ceramistas indígenas do estado, por seus trabalhos de engenharia de terra. Nela se encontram casas subterrâneas, galerias nas encostas dos morros, taipas fechando espaços à semelhança de fortificações, terraços de terra e pedra, além de montículos mortuários e/ou cerimoniais. A primeira impressão que dela se possuía era de um grupo coletor-caçador e pequeno plantador que, devido a condições mais precárias de ambiente e solo, ocuparia, em termos econômicos, uma posição muito inferior ao Tupiguarani. Fazendo agora um novo balanço, com mais informações e melhor ponderação das mesmas, esta diferença parece diminuir, percebendo-se uma economia equilibrada, capaz de manter um grupo relativamente numeroso desde o séc. II de nossa era até o embate da conquista européia. Hoje há uma idéia absolutamente dominante de que a população sobreviveu mesmo a este, embora com nomes cambiantes (Guaianá, Coroadó, Kaingang) e em condições cada vez menos satisfatórias devido à progressiva redução de seu território e, com isso, de seu potencial de abastecimento, estando representada hoje por grupos Kaingang das reservas indígenas do nordeste e noroeste do estado" (SCHMITZ, Pedro Ignácio; BECKER, Ítala Irene Basile. *Os primitivos engenheiros do planalto e suas estruturas subterrâneas: a Tradição Taquara*. In: *Arqueologia Pré-histórica do Rio Grande do Sul*. 2ª edição. Porto Alegre: Editora Mercado Aberto, 1997, p. 252, grifou-se).

Quando se examinam as diferentes fases da Tradição Taquara (SCHMITZ, Pedro

Ignácio; BECKER, Ítala Irene Basile. Os primitivos engenheiros do planalto e suas estruturas subterrâneas: a Tradição Taquara. In: Arqueologia Pré-histórica do Rio Grande do Sul. 2ª edição. Porto Alegre: Editora Mercado Aberto, 1997, pp. 256-267) ou se especula sobre como apareceu e de onde surgiu o grupo que integrava essa tradição (op. cit., pp. 275-279), não há menção à região de Porto Alegre como tendo relação com a história desses grupos. O mesmo se pode dizer quando se examinam as migrações e os assentamentos de grupos Kaingangs no Estado, não havendo relação em passado distante com a região de Porto Alegre (BECKER, Ítala Irene Basile. O índio Kaingáng no Rio Grande do Sul. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 1995, pp. 59-89).

Então o reconhecimento de que o Morro do Osso é terra tradicional indígena Kaingang, com um passado que vincule aquela área à Comunidade Indígena Kaingang que a reivindica seria algo que modificaria a concepção que se tem da distribuição das tradições arqueológicas e grupos indígenas na pré-história do Rio Grande do Sul. Não que isso seja impossível, mas é muito difícil reconhecer isso numa ação judicial, quando não existem evidências mínimas nem estudos conclusivos que corroborem essa hipótese.

Décimo-terceiro, não podem ser ignoradas as regiões de fronteira e contato entre os diferentes grupos indígenas. Considerando que os guaranis ocupavam a região do Rio Jacuí e o Guaíba, quem sabe não existisse ali também ocupação Kaingang, criando uma zona de contato entre os diferentes povos?

Se tivesse havido contato entre Guaranis e Kaingangs na pré-história de Porto Alegre, deveria existir registros históricos ou arqueológicos disso. Mas o que temos nos autos é apenas uma vaga possibilidade, mencionada na nota técnica do Prof. Sérgio Baptista da Silva, a respeito da memória guarani sobre uma aldeia Kaingang: "Conforme depoimento de antigo morador do bairro limítrofe ao Parque, neste período um índio proveniente da cidade gaúcha de Cruz Alta, com o qual conviveu intensamente durante todo esse período, fixou moradia no Morro do Osso, exercendo atividades tradicionais de caça (com vários tipos de armadilhas e por intermédio de arco e flecha), coleta de frutas, raízes e plantas, além da confecção de artefatos para realizar suas atividades cotidianas e de sustentabilidade no local (feitura de arco e flecha e pontas de projéteis líticas). Este mesmo índio, que além de falar português, expressava-se em 'língua estranha', fez constantes referências a uma antiga tekoá (aldeia) de seus parentes, que há várias décadas atrás teria existido no Morro do Osso. Sobre esta aldeia histórica (algum momento entre o século XIX e XX?), a memória social dos atuais Mbyá-Guarani das várias tekoá do Rio Grande do Sul e Santa Catarina tem informações consistentes, compartilhadas por diversos interlocutores Guarani. Segundo eles, no tempo do avô de um atual xamã Guarani nonagenário, hoje estabelecido em aldeia no Estado de Santa Catarina, havia no Morro do Osso uma tekoá guarani" (fls. 205-207 dos autos, grifou-se).

Isso não é suficiente para autorizar o reconhecimento do Morro do Osso como terra indígena Kaingang, porque seria necessário que essa possibilidade fosse melhor explorada em estudos a respeito, produzindo uma prova consistente do que dela decorre: uma zona de contato entre os diferentes grupos. Isso não seria nada de extraordinário, porque o tema dos contatos e das fronteiras entre os grupos já foi objeto de estudos, como por exemplo uma tese de doutorado apresentada recentemente na UNISINOS (ROGGE, Jairo Henrique. Fenômenos de fronteira: um estudo das situações de contato entre os portadores das tradições cerâmicas pré-históricas no Rio Grande do Sul. Tese de doutorado apresentada na UNISINOS. São Leopoldo, 2004).

Ora, tivesse havido o contato entre guaranis e kaingangs na região de Porto Alegre, certamente teríamos algo possível de ser evidenciado, como ocorreu nessa tese de doutorado. Ela esmiuçou pontos de contato encontrados na Bacia do Rio Pardo (entre portadores das Tradições Tupiguarani, Taquara e Vieira), no Baixo Rio Camaquã (entre os portadores das Tradições Tupiguarani e Vieira), no Litoral Central no Balneário de Quintão (entre os portadores das Tradições Tupiguarani e Taquara), no Alto Rio Uruguai (entre os portadores das Tradições Tupiguarani e Taquara) (ROGGE, Jairo Henrique. Fenômenos de fronteira: um estudo das situações de contato entre os portadores das tradições cerâmicas pré-históricas no Rio Grande do Sul. Tese de doutorado apresentada na UNISINOS. São Leopoldo, 2004, pp. 38-42), mas nada mencionou sobre zonas de fronteiras ou pontos de contato entre a Tradição Taquara e a Tupiguarani na região de Porto Alegre.

Não é absurdo esse Juízo concluir, então, que não existe evidência de que a região de Porto Alegre, onde se localiza o Morro do Osso, tenha sido uma dessas zonas de contato entre duas tradições, a justificar a possibilidade de reconhecer ocupação tradicional Kaingang no Morro do Osso. Se houvesse essa zona de fronteira, provavelmente existiriam registros que permitiriam uma reconstrução mínima da existência do contato. Mas só o que veio aos autos foi a nota técnica de fls. 205-207, que é imprecisa, não menciona nomes, não menciona estudos, não contém referências que pudessem ser objetivamente constatáveis.

Décimo-quarto, no seu parecer o Ministério Público invoca os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana, que justificariam a permanência da Comunidade Indígena Kaingang na área do Morro do Osso, até que a questão fosse resolvida de forma definitiva pelo Poder Judiciário, concluindo que "não se pode de modo algum se determinar a retirada da Comunidade Indígena Kaingang do local sem antes ter-se segurança jurídica para tanto. E se realmente o Morro do Osso constitui terra indígena de acordo com os ditames constitucionais? Em se verificando posteriormente que para tal questionamento a resposta é afirmativa, ao proceder-se ao despejo dos integrantes da Comunidade Indígena no local, no presente momento, estar-se-ia cometendo-se uma atrocidade sem proporções, tolhendo-se um direito fundamental. Ao despejá-los sem um mínimo de prova contrária aos seus anseios, sem ao menos verificar se a permanência àquela terra teria respaldo em ocupação tradicional, estaria se negando vigência ao texto constitucional" (fls. 170 dos autos).

Entretanto, todo esforço que esse Juízo fez para fundamentar sua decisão mostra que não está agindo de forma irresponsável nem está a cometer uma atrocidade contra a Comunidade Indígena. O respeito aos direitos fundamentais não pode ser válido apenas em relação a uma categoria de pessoas, mesmo que essas sejam merecedoras de especial proteção do Estado. Todos têm direito a igual proteção do Poder Judiciário. Esse Juízo diuturnamente sempre tem procurado isso: reconhecer a todos os seus direitos. Olhar os fatos de todas as perspectivas que consegue, procurar a imparcialidade e a isenção, reconhecendo sempre que há uma ordem jurídica, legitimada por todos e necessária para todos nós. Não pode esse Juízo proteger esse ou aquele grupo apenas porque acredite que eles mereçam uma proteção especial. Todos têm direito a uma igual proteção. Isso não é negar vigência a direitos humanos ou desconsiderar a dignidade que cada ser vivo é portador.

Não duvido nem questiono as crenças da Comunidade Indígena. Nossa mentalidade urbana e européia não consegue compreender a riqueza da cultura indígena, sua diversidade, suas diferenças, as dificuldades para sobreviver e os

problemas ao se adaptar. Esses problemas das comunidades indígenas, decorrentes do contato com a dita "civilização", não devem ser motivos para querermos que se aculturem ou abdicuem de suas tradições e crenças, mas motivo para que se faça o possível para deixá-los em paz, para deixá-los continuar produzindo sua cultura e se perpetuando enquanto comunidades tradicionais e guardiãs de uma forma diferente de ver o mundo e valorizar as coisas. Mas isso não significa que eles não estejam subordinados à mesma ordem jurídica a que estamos. Não significa que eles possam livremente escolher os locais em que vão reproduzir sua cultura. O direito não é absoluto, como nenhum direito é absoluto. Não pode estar apenas no imaginário ou nas crenças da comunidade indígena a justificativa para ocupação do Morro do Osso. É precisa que exista algo externo e pretérito que a justifique. É isso que estabelece o art. 231 da CF/88. No caso dos autos, esses elementos ainda não foram apresentados de forma conclusiva. Se não foram, o fumes boni juris está em favor do Município, pela manutenção do Morro do Osso como unidade de conservação ambiental municipal, submetida a ocupação da área e do entorno ao respectivo plano de manejo.

Por isso, reconheço que existe grande probabilidade de que a pretensão do Município de Porto Alegre retomar a área do Parque Natural do Morro do Osso venha a ser acolhida judicialmente, considerando os fatos e conhecimentos a que esse Juízo teve acesso até esse momento. Por isso, reconheço que há fumes boni juris na pretensão possessória do Município de Porto Alegre, primeiro requisito para o deferimento da liminar postulada" (fls. 403-449).

É certo que não cabe mais falar em *fumes boni juris*, porque agora se trata de sentença que julga definitivamente a lide possessória. Mesmo assim, feitas as devidas adaptações, não há como esse Juízo deixar de reconhecer que existe o direito postulado pelo Município de Porto Alegre quanto à sua reintegração na posse daquela área ocupada e quanto à remoção da Comunidade Indígena da unidade de conservação do Parque Natural do Morro do Osso e suas imediações.

Segundo, porque a decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região no agravo de instrumento nº 2005.04.01.052760-4 (fls. 1304-1325) não obriga esse Juízo a decidir o mérito da presente ação naquele sentido adotado pelo Tribunal no julgamento do agravo. O Tribunal cassou a ordem de reintegração na posse deferida liminarmente nos autos, mas essa decisão não vincula esse Juízo no julgamento do mérito da causa porque se limita à discussão da medida liminar e não alcança o julgamento do mérito da ação. O que o TRF4ªR decidiu no agravo restou precluso, não podendo mais ser discutido pelas partes nem por esse Juízo. Mas seus fundamentos não vinculam a prolação dessa sentença porque a preclusão não alcança "*os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença*" (art. 469-I do CPC) e "*a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença*" (art. 469-II do CPC). Ou seja, ainda que o TRF4ªR tenha decidido no agravo de instrumento que não estavam presentes requisitos que autorizassem a imediata reintegração na posse da área pelo Município de Porto Alegre (e consequente remoção da Comunidade Indígena), isso não obriga esse Juízo julgar improcedente essa ação possessória porque no momento da sentença cabe ao Juízo de Primeiro Grau, enquanto juiz natural da causa, novamente apreciar todos os fundamentos e todas as defesas apresentados no curso do processo, pesando os elementos de prova e o direito aplicável, para então proferir decisão definitiva sobre o mérito da lide (pedido principal, e não mais apenas pedido liminar), que então será submetida ao duplo grau de jurisdição por recurso de apelação da parte vencida. Até então, a medida liminar havia alcançado tão-somente a cognição sumária (questões provisórias e tutela da urgência). Isso já foi decidido pelo TRF4ªR, negando a liminar ao Município de Porto Alegre, o que deve ser observado por esse Juízo e pelas partes. Mas isso não impede que esse Juízo decida o mérito da causa, segundo seu livre convencimento e as regras do devido processo legal, ainda que julgue procedente a pretensão do Município e adote razões de convencimento distintas daquelas consideradas pelo Tribunal no julgamento do agravo de instrumento.

Por isso, sem que isso signifique contrariar o que decidiu o TRF4ªR no julgamento do agravo de instrumento (quanto à liminar e à reintegração imediata), esse Juízo se reporta como razão de decidir aos fundamentos já explicitados nos autos, conforme acima transcrito. Evita a tautologia de repeti-los, mas acrescenta à fundamentação os argumentos abaixo explicitados, que integram as causas de pedir e as defesas suscitadas pelas partes e pelo Ministério Público Federal no curso do processo.

Terceiro, porque a prova testemunhal produzida na ação ordinária 2004.71.00.021504-0 não traz nada de relevante a justificar o reconhecimento de ocupação tradicional kaingang na área invadida do Parque Natural do Morro do Osso que permitisse se aproximar da previsão constitucional do art. 231 da CF/88. Embora essa prova tivesse sido produzida em outra ação judicial, sendo objeto de valoração específica no julgamento daquela ação, as partes pretenderam utilizá-la como "prova emprestada" no julgamento dessa ação possessória, o que é admitido porque não existe nenhum impedimento a que assim se proceda (art. 5º-LV e LVI da CF/88; art. 332 do CPC), inclusive porque respeitado o contraditório e a ampla defesa, sem qualquer surpresa às partes. Naquela ação ordinária, foram inquiridas testemunhas arroladas pelo Ministério Público Federal e pela Comunidade Indígena, constando os depoimentos de fls. 580-598 dessa ação possessória.

Embora a qualificação e o conhecimento profissional das testemunhas (antropólogos, pesquisadores e professores da UFRGS, com diversos contatos e trabalhos com kaingangs e grupos indígenas), na interpretação desse Juízo essas declarações nada trazem de concreto que permitisse reconhecer juridicamente a área ocupada como terra tradicional indígena kaingang para os fins do art. 231 da CF/88.

Isso ocorre porque as referências feitas pelas testemunhas são vagas e hipotéticas, despidas de relação com a ocupação do passado e sem condições de garantir um mínimo de segurança (sequer verossimilhança) sobre a intenção da Comunidade Indígena de que a terra seja tradicional kaingang. Por exemplo, se foram encontrados objetos de origem kaingang, inclusive recolhidos por antropólogos, deveria existir um laudo conclusivo a respeito, comprometendo-se o profissional com a "descoberta". Mas parece que todos afirmam que a terra é tradicional kaingang, mas não querem se comprometer com essa conclusão. Ora, referências vagas e imprecisas, sem comprometimento dos estudiosos com a "hipótese" ou com a "possibilidade" não podem servir como elementos de prova a evidenciar ocupação tradicional kaingang da área e o direito da comunidade indígena à sua permanência na mesma. Por exemplo, a menção genérica feita a peças e objetos encontrados no Morro do Osso em Porto Alegre, que poderiam ou teriam relação com a ocupação pretérita por kaingangs:

"Que o Sr. Francisco dos Santos encontrou um pilão de pedra da tradição taquara no Morro do Osso, no local onde os índios estão habitando, sendo que esse pilão foi tombado pelo professor Sergio Baptista, que fez o respectivo registro" (testemunha Rodrigo Allegretti Venzon às linhas 57-60 de fls. 582, grifou-se).

"Que sabe que houve presença indígena no morro do osso anterior a atual ocupação. Que os dados preliminares que dispõe indicam que houve presença guarani e kaingang pelos materiais arqueológicos lá encontrados. Que esse material arqueológico envolveria material cerâmico (guarani) e material lítico (uma parte dele kaingang). Que são estudos preliminares, havendo necessidade de estudos para aprofundar essas conclusões. Que esses achados são recentes. Que o material lítico consistiria de um batedor com percussor na ponta, associado ao artefato chamado mão de pilão, que é característico das culturas que antecederam os kaingang do ponto de vista arqueológico. Que essa pesquisa já

tem mais de um ano, cerca de um ano e meio. Que existem estudos arqueológicos da década de 1960 relativos a materiais arqueológicos que estão depositados no museu da PUC. Que desconhece esses materiais e se esses estudos relacionam os materiais aos kaingang" (testemunha Sérgio Baptista da Silva às linhas 375-388 de fls. 590, grifou-se).

"Que existem indícios de que a ocupação kaingang do Rio Grande do Sul não se restringiria a região do planalto e região das araucárias. Que a testemunha pesquisou a presença dos kaingang na bacia do Jacuí, sendo que sempre que o povo indígena ocupa uma bacia hidrográfica abrange toda a sua região, que evidenciaria a ocupação em Porto Alegre. Que esse material se encontra publicado no caderno do museu nacional. Que as fontes jesuíticas citadas pelo historiador Aurélio Porto, 'a história das missões orientais e seus antigos domínios', da editora Selbac, são bastantes claros quanto a ocupação em Porto ALEGRE. Que ele cita um grupo kaingang chamado guaibeguara, que seria residente em guaiberendá, que seria o sítio anterior a fundação portuguesa em porto Alegre. Que poderia haver contato entre Kaingangs e Guaranis em Porto Alegre. .Que em todos os locais que pesquisou, constatou que inclusive houve casamentos entre diversos grupos, tanto contemporâneos quanto passados. Que no entendimento da testemunha, os atritos entre Kaingang e Guaranis decorrem muito mais das alianças estabelecidas historicamente com jesuítas espanhóis e com bandeirantes paulistas. Que também recentemente, no início do século XX, o serviço de proteção ao índio se utilizou dessas diferenças para criar conflitos entre Kaingang e Guaranis" (testemunha Rodrigo Allegretti Venzon às linhas 103-119 de fls. 583).

"Que os sítios arqueológicos ainda existem no Morro do Osso. Que o professor Sergio encontrou sítios de três tradições no morro do osso, de caçadores coletores, de cerâmica tupi guarani e artefatos líticos da tradição taquara. Que isso está registrado no laboratório de arqueologia da UFRGS e os sítos estão registrados no IPHAN. Que no sítio dos caçadores coletores poderia remontar a seis mil anos e que nas outras tradições os sítios seriam mais recentes podendo remontar a época da ocupação européia. Que na tese da professora Ana Elisa consta uma referência histórica ao relato dos primeiros cronistas que entrevistaram o cacique tapi guarani Miguel Carai que residia no Passo da areia, que informou que o morro do osso seria local de sepultamento dos índios tapes de Porto alegre. Que isso aconteceu em meados do século 18. Que o indígena Zili Salvador, kaingang, residente da Lomba do Pinheiro, informou que tem notícias de que os kaigan tinham como área prioritário planalto mas que também ocuparam e residiram na área dos morros de porto alegre, enquanto os guaranis ocupavam as margens dos rios. Que esse relato refere-se aos séculos 17 e 18. Que relata que os kaingang não construíam embarcações e quando precisam atravessar o guaíba pediam auxílio aos guarani" (testemunha Rodrigo Allegretti Venzon às linhas 187-204 de fls. 585).

"Que a testemunha poderia afirmar que a ocupação kaingang do morro do osso é anterior a 2004, a atual ocupação. Que pelo menos da década de 1960 tem informações de que houve ocupação kaingang no morro do osso. Que no período anterior a esse, os vestígios arqueológicos ainda estão em estudos não havendo nada conclusivo ainda. Que localizaram um peça (uma mão de pilão de basalto polido) da tradição taquara, que é associados aos povos jê, sendo essa peça encontrada pela equipe do professor Sergio Batista. Que essa peça ainda não foi datada e por isso não poderia informar a época da mesma" (testemunha Ana Elisa de Castro Freitas às linhas 217-226 de fls. 586, grifou-se).

"Que na opinião da testemunha é esse estudo que necessita ser realizado, já que até agora só existem peças administrativas de cunho político. Que no entendimento da testemunha a historiografia tende a ser dos grupos dominantes e das elites e por isso a memória dos grupos populares tende a ser apagada e manipulada. (...) Que no caso desse contato na região de porto alegre é necessário ainda fazer um trabalho de pesquisa historiográfico e na memória, não sendo possível ainda para a testemunha afirmar ou negar esse contato na região de porto alegre. Que, entretanto, a testemunha tem relatos guaranis e kaingang da existência de uma aldeia em porto alegre em que ambos os grupos estariam presentes. Que esses grupos indicam que o local da aldeia seria o morro do osso. Que a testemunha tem um texto escrito sobre isso e que ainda não está publicado e que poderia encaminhar a este juízo. Que existe sentimento de pertencimento entre a comunidade e o morro do osso segundo a testemunha e o que lhe afirmam os integrantes da comunidade. Que o morro do osso é apontado pela comunidade a partir da questão cosmológica e da existência do cemitério. Que também há a indicação da xamã de ter feito contato com um guia espiritual xamanico, que lhe apontara aquela área como sendo de pertencimento kaingang" (testemunha Sérgio Baptista da Silva às linhas 464-483 de fls. 592, grifou-se).

"Que seriam necessários estudos mais profundos e sistemáticos para identificar a presença de kaingang no morro do osso em período remoto do século XX. Que conhece depoimentos que já referiu que apontam presença indígena no morro do osso na década de 60. Que reconhece o relato histórico de Caldrefião do século 19 dando conta do cemitério indígena no morro do osso, havendo também um material que referiu que está depositado na PUC, que segundo ouviu falar a testemunha do próprio arqueólogo que fez a escavação, comprovaria a existência do cemitério indígena naquele local. Que o arqueólogo é o irmão marista Guilherme Naue" (testemunha Sérgio Baptista da Silva às linhas 536-544 de fls. 593, grifou-se)

"Que somente seria possível afirmar ou negar a presença de kaingang no morro do osso anterior a atual ocupação com trabalho mais exaustivo. Que pelo conhecimento científico seria possível dizer que existem vários indícios da ocupação kaingang no morro do osso, por exemplo, o próprio nome do parque e da área já indica essa presença, depoimentos de diversos porto-alegrenses, que são colegas ou alunos da universidade, que tenham conhecimento da circulação dos índios naquele local. Que também comprova isso o trabalho que tem com famílias kaingang desde o início da década de 90 em porto alegre. Que isso permitiu concluir que aquela como outras áreas de morro e parques de porto alegre tem sido percorridos para pelo menos coleta de materiais pelos índios" (testemunha José Otávio Catafesto de Souza às linhas 558-569 de fls. 595, grifou-se).

Quarto, também porque a menção feita à ocupação kaingang anterior aos fatos discutidos judicialmente não parece se revestir de suficiente "tradicionalidade" para garantir que aquela terra possa ter sido "kaingang" num passado razoável. Isso porque a alegada ocupação pretérita teria se dado na década de sessenta (anos de 1960 e seguintes), muito recentemente, quando a cidade já estava estruturada e não parece que o art. 231 da CF/88 pudesse se prestar a legitimar uma ocupação solitária feita em 1960 por apenas um único kaingang que ocasionalmente tivesse se instalado naquela área por motivos pessoais. A referência à motivação religiosa para a permanência solitária do indígena não encontra respaldo em nenhum outro elemento, existindo um sem-número de motivos (alguns muito mais relevantes) que poderiam ter justificado a permanência solitária daquele indígena na área até sua morte. Com o devido respeito que se deva emprestar às palavras dos

pesquisadores e especialistas, não parece que declarações como estas sejam suficientes para que uma área urbana, ainda que transformada atualmente em unidade de conservação, possa ser tida como "terra tradicional indígena", na forma defendida:

"Que acompanhou a busca do indígena João Floriano, que era kaingang, e que teria vindo para Porto Alegre para se tratar na década de 60. Que foi informado por Marcolino Mineiro, que é um indígena já falecido, que João Floriano teria residido sozinho no Morro do Osso durante quase uma década, entre 1960 e 1970, aproximadamente. Que o fato de João Floriano ter residido e ficado cuidando do Morro do Osso, tendo deixado a família no interior do estado, segundo a testemunha só pode decorrer de uma fundamentação religiosa" (testemunha Rodrigo Allegretti Venzon às linhas 49-57 de fls. 582, grifou-se).

"Que o núcleo da UFRGS está levantando a história de um kaingang, João Floriano Ximbanque, que pela história oral teria ficado internado na santa casa entre 1960 e 1961 e que saindo da internação teria ficado residindo no terreno que também era da cúria metropolitana no morro do osso. Que os Kaingang não precisara a época em que terminou essa ocupação, mas ele nunca voltou para a sua aldeia, falando a história oral que ele teria morrido em conflitos decorrentes da exploração de pedreiras. Que acharam na santa casa documentos da internação dessa pessoa" (testemunha Ana Elisa de Castro Freitas às linhas 230-238 de fls. 586, grifou-se).

"Que a memória oral daqueles kaingangs relata a história de Floriano na década de 60, que reafirma o laço com João Grande e aquela região. Que é raro o desaparecimento de uma pessoa entre os kaingangs, sendo que isso acontece em relação a Floriano que teria desaparecido e eles não teriam notícias, o que reforça as explicações xamanicas sobre o local" (testemunha Ana Elisa de Castro Freitas às linhas 356-361 de fls. 589, grifou-se).

"Que a testemunha fez um trabalho há cerca de um ano e meio, no qual teve contato com relatos de pessoas que conviveram com um grupo indígena que teria morado no morro do osso na década de 1960. Que como são pessoas leigas é difícil identificar que grupo indígena se referem. Que esse trabalho não está publicado, mas a testemunha coloca o material a disposição desse juízo" (testemunha Sérgio Baptista da Silva às linhas 407-412 de fls. 590, grifou-se).

Ainda que esse kaingang João Floriano tivesse realmente existido e ocupado solitariamente o Morro do Osso na década de sessenta (1961-????), essa ocupação não teria força jurídica suficiente para caracterizar aquela terra com tradicional indígena para os fins do art. 231 da CF/88, não bastando referir que deve ter existido motivação religiosa para que ela ocorresse. Isso não é suficiente para que seja assegurada a presença kaingang naquela área nem legítima a invasão ocorrida. Também o vínculo dos ocupantes com o Cacique João Grande ou com outro indígena que percorria o Morro do Osso em 1970 para coleta de ervas e visita não é suficiente para que seja reconhecida tradicionalidade na ocupação daquela terra:

"Que há registro histórico de que o cacique kaingang João Grande teria lutado contra a expansão colonial européia no século 19 na região hidrográfica do Guaíba. Que não há menção específica ao morro do osso, mas que a ocupação kaingang se dá por bacias. Que os Kaingang do morro do osso são descendentes desse cacique João Grande. Que depois da morte de João Grande, kaingangs da região de Irai e Nonoai, descendentes do cacique, ficam fazendo investidas, para retornar a essa região hidrográfica do Guaíba, que seria área de pertencimento

dessa parentela. Que no campo de direitos criados com a Constituição de 88 é que vai possibilitar essa reivindicação" (testemunha Ana Elisa de Castro Freitas às linhas 238-247 de fls. 586, grifou-se).

"Que o relato mais antigo que tem da ocupação kaingang no morro do osso é da década de 1970, como por exemplo, a colega da testemunha Maria de Fátima, de origem indígena, informou à testemunha que seu pai costumava percorrer o morro do osso para coleta de ervas e de visitação. Que ele morava na cidade, na zona sul, que não morava em aldeia e morava em assentamento urbano" (testemunha José Otávio Catafesto de Souza às linhas 569-574 de fls. 595, grifou-se).

Quinto, também porque não legitima a ocupação havida a afirmação de que a Comunidade Indígena somente teria interesse em ocupar uma área que fosse terra tradicional indígena. Foi dito pelas testemunhas que:

"Os kaingang estabelecem um vínculo de ligação com os seus antepassados, entendendo-se que são uma continuidade com eles. Que a arqueologia é importante para identificar a ocupação tradicional kaingang porque ela permite estabelecer o vínculo simbólico entre os kaingang contemporâneos com seus antepassados. Que por exemplo são importantes para os kaingang locais como cemitérios, casas subterrâneas, locais de antigas aldeias onde existam cinzas das pessoas que viveram naqueles locais. Que também é importante para a identificação de terra tradicional kaingang a memória oral, as fontes históricas e as pesquisas etnográficas de componentes simbólicos componentes com essa terra. Que. O Morro do Osso na concepção da testemunha é terra indígena tradicional kaingang porque a comunidade indígena que lá está entende aquele local como ocupado por seus ancestrais. Que a testemunha acredita que eles só fariam essa representação se os antepassados efetivamente tivessem ocupado a área, e que eles não teriam nenhum interesse em ocupar a área se ela não tivesse efetivamente sido ocupada no passado. Que a força da área decorre de ter sido efetivamente ocupada pelos antepassados. Que na concepção kaingang, O xamanismo não pode ocorrer se não houve vestígio da ocupação material. Que o kaingang é um povo de tradição oral. Que em pesquisa que realizou publicadas em cadernos, por exemplo, o caderno do museu nacional do Rio de Janeiro, chegou por meio da memória oral a relatos anteriores ao contato dos europeus com os kaingang, que evidencia a pertinência na memória oral. Que essas pesquisas foram sobre outras regiões e por isso não alcançaram o Morro do Osso" (depoimento da testemunha Rodrigo Allegretti Venzon às linhas 72-95 de fls. 582-583, grifou-se).

"Os kaingangs se entendem pelo mito de origem como se saídos pra própria terra e que após a morte devem retornar a própria terra, no local onde nasceram. Que os kaingangs só abandonam o espaço territorial quando coagidos pela violência e retornam depois quando não existem mais essas ameaças. Que no caso de Monte caseiros, os Kaingangs foram retirados de lá em 1923 e permaneceram por quatro gerações fora , até terem condições de retornarem a terra indígena. Que no entendimento da testemunha esse sentimento de pertencimento a terra ocorre na comunidade do morro do osso em relação aos atuais ocupantes. Que a testemunha entende que não haveria outra razão para a comunidade reivindicar aquela terra se não o vínculo espiritual com essa terra, já que ela não oferece as condições materiais para a reprodução do grupo. Que os indivíduos do morro do osso poderiam ter relação com outros espaços, como por exemplo o local de nascimento ou locais onde estão sepultados outros parentes. Que no caso dessa comunidade autora, eles se entendem como vinculados ao morro do osso. Que os

kaigangs com os quais a testemunha conversou entendem o espaço do canta galo como vinculados aos guaranis e não tem sentimento de pertencimento em relação aquela área. Que os kaigangs possuem uma área ampla de coleta de cipós que vai do morro Santana até a ponta grossa na parte sul da cidade. O morro do osso é diferenciado, porque eles tem esse vínculo simbólico com aquele espaço. Que no espaço do canta galo, os índios não tem vínculo espiritual e nem econômico. Que nas áreas do morro Santana até a ponta grossa , e na lomba do pinheiro, eles tem espaço de coleta. Que no morro do osso , além do espaço de coleta eles tem o espaço espiritual. Que o que levou os kaigangs a ocuparem o morro do osso é a ameaça de destruição desses sítios por loteamentos imobiliários" (testemunha Rodrigo Allegretti Venzon às linhas 127-153 de fls. 584, grifou-se).

Esse Juízo acredita que a Comunidade Indígena que ocupa atualmente o Morro do Osso realmente acredita que aquela seja terra tradicional indígena e que sua posse seja de boa-fé, buscando um espaço territorial para continuidade de sua cultura e de suas tradições. Mas isso não significa que, só por isso, aquela terra deva ser reconhecida como terra tradicional indígena para os fins do art. 231 da CF/88 porque, do contrário, qualquer outra área que determinada comunidade indígena acreditasse ser sua "simbolicamente" poderia ser ocupada e transformada naquela categoria jurídica. Não parece que se confirme empiricamente a alegação das testemunhas de que o só fato da terra ser ocupada por indígenas kaingangs já evidenciaria que ela é terra tradicional kaingang porque eles não teriam interesse em ocupar outro tipo de terras, como a seguir se examina.

Sexto, também porque essa afirmação anterior contradiz o que as próprias testemunhas mencionam quanto à apropriação de espaços pelos kaingangs e de criação de vínculos de pertencimento. Quando as testemunhas (antropólogos) dizem que os kaingangs vinham do interior da Província para manter encontros políticos com os Presidentes da Província e que acampavam em Porto Alegre, dizem que havia uma apropriação de um espaço urbano, que era transformado simbolicamente em kaingang. Uma das testemunhas, reconhecido estudioso da cultura kaingang, refere que essa apropriação é perceptível também em relação ao artesanato que é atualmente produzido pelos kaingangs em Porto Alegre, quando comercializam bijuterias e peças vindas da China e outros países, mas acreditam que essas peças são suas. Foi dito pelas testemunhas:

"Que a memória kaingang e os registros historiográficos estão respaldados por visitas que os líderes kaingang faziam a capital do estado para contatos com os presidentes da província. Que nesses momentos os grupos kaingang 'englobavam' a cidade, isto é, se apropriavam da mesma simbólica e efetivamente. Que isso remonta ao início do século 20. Que a memória da xamã Lurdes referencia um antepassado seu que vinha a porto alegre para essas visitas. Que esse 'englobar a cidade' é um modo tradicional de ocupação que decorre da cosmologia dual dos kaingang, que faz com que eles procurem englobar o outro, fazendo com que aquilo que é estranho a eles passe a fazer parte da estrutura da sua sociedade. Que quando eles vinham a Porto Alegre para essas visitas ao presidente da província, é como se o espaço de porto alegre passasse a fazer parte deles. Que justamente por isso a forma de distribuição das aldeias envolve a principal e as periféricas, todas integrando o mesmo território. Que no caso da comunidade, o morro do osso seria a aldeia principal, porque do ponto de vista cosmológico e deles nesse local existe um cemitério kaingang onde os mortos lá enterrados precisam sofrer um ritual onde seus nomes serão liberados e poderão ser usados pelos atuais kaingang" (testemunha Sérgio Baptista da Silva às linhas 432-448 de fls. 591, grifou-se).

"Que o pertencimento estaria nessa englobação que os kaigangs fazem da historia dos brancos e da cidade. Que um exemplo desse tipo de pertencimento é

a englobação que os kaigangs fazem dos produtos que vendem no brique da redenção. Que ali vendem além do artesanato que fazem, também produtos ocidentais, que não são de produção própria kaingang, por exemplo, bijouterias chinesas, etc. Esses outros produtos, embora não tenham origem da fabricação própria kaingang, são considerados pelos kaigangs como se fossem deles, eles os englobam. Que assim acreditam estarem comercializando um produto que é visto e percebido como próprio deles. Que esse fenômeno social da englobação é próprio dos kaigangs. Que isso não significa algo que possa ser categorizado como falso ou verdadeiro, mas representa a forma de expressão do kaingang. Que isso é diferente de outros grupos, como por exemplo os guaranis, onde o outro é mantido afastado e não englobado" (testemunha Sérgio Baptista da Silva às linhas 496-518 de fls. 592-593, grifou-se).

Ora, parece contraditório o que aquelas testemunhas afirmam. Num momento, dizem que é prova de que a terra é tradicional kaingang o fato de que eles desejam aquela terra porque, se não fosse tradicional, não a desejariam: não teriam motivos para fazê-lo em relação a algo que fosse estranho ao passado da comunidade (quinto argumento apontado por esse Juízo). Mas noutro momento (sexto argumento, agora examinado), surge a possibilidade de "apropriação" de espaços territoriais e até de objetos, dizendo-se que o kaingang necessita trazer as coisas para o seu mundo e é dotado dessa extraordinária capacidade que o permite considerar como próprio o artesanato produzido pelos ocidentais ou orientais (bijuterias chinesas, com mencionado pela testemunha). Realmente, acredita esse Juízo que o membro da Comunidade Indígena realmente seja dotado dessa capacidade (até como forma de defesa diante do mundo que o cerca) e busque se apropriar simbolicamente do que está fora de si, tendo uma noção de mundo diferente da nossa. Ele deve sinceramente acreditar no que está fazendo, ninguém estando autorizado a dizer que essa apropriação não seja correta ou "verdadeira" do seu ponto de vista. Mas não parece possível estender isso para espaços territoriais delimitados e ocupados por outras pessoas, sobre os quais não paire uma dúvida razoável quanto à legitimidade da atual propriedade. Nem se pode afirmar que a terra seja kaingang apenas porque um kaingang não reivindicaria para si uma terra que não o fosse.

O que se pretende com a ocupação kaingang no Morro do Osso, acolhidos os argumentos favoráveis das testemunhas, é dotar a Comunidade Indígena de uma prerrogativa que o art. 231 da CF/88 não lhe outorga: escolher as terras que lhe convém. O art. 231 da CF/88 reconhece como tradicional o que é tradicional indígena. Mas não vai além, não confere essa prerrogativa à Comunidade Indígena, aos seus líderes políticos nem aos seus guias espirituais. Um enorme espaço verde historicamente ocupado e geograficamente definido no interior de uma cidade não se confunde com uma "bijuteria chinesa" que possa ser apropriada e transformada em tradicionalmente indígena apenas porque isso é conveniente para o presente ou para o futuro de uma dada comunidade indígena. Se existem meios para que essa reivindicação (mesmo que sincera) da Comunidade Indígena seja concretizada e transformada em realidade, certamente não é um desses meios o julgamento de ação judicial declaratória de algo que não é reconhecido juridicamente nem se enquadra na categoria constitucional do art. 231 da CF/88.

Sétimo, também porque a prova testemunhal produzida na ação ordinária confirma o que esse Juízo havia dito quando da sua anterior decisão nos autos, que deferiu a medida liminar: a pretensão kaingang sobre o Morro do Osso é muito mais política e simbólica (presente e futuro) do que tradicional (passado). O que a Comunidade Indígena busca não é um espaço baseado na realidade de seu passado, mas é uma promessa de futuro, um lugar para continuar sua luta pela preservação de sua cultura e sua identidade. A intenção é louvável e merece o apoio dos Poderes Públicos na busca de espaços de conciliação, mas não pode justificar a ocupação havida contra as regras vigentes e sem amparo no art. 231 da CF/88. Nos depoimentos das testemunhas, se verifica exatamente essa esperança de futuro que procura justificar a atuação da Comunidade Indígena, mas que não se sustenta na leitura jurídica do art. 231 da CF/88:

"Que os locais importantes para os kaigangs são definidos a partir do xamanismo, sendo que o xamã é quem vai identificando as marcas e descobrindo os antigos territórios. Que os kaigangs tem dois tipo de aldeia, a nova e a velha. Por exemplo, a lomba do pinheiro é identificada como aldeia nova. São aldeias em que não há nenhum ancestral enterrado que fixe o poder naquele local. São locais de conflito político e tensões. As aldeias velhas são locais onde o Xamã descobre cinzas dos antepassados e do fogo que aquela aldeia produzia. Que o kaigangs identificam o morro do osso como uma aldeia velha. Daí a razão por lutarem pelo espaço, que é insubstituível, até que consigam. Que essa divisão de aldeias determina um pertencimento genealógico e sociológico como território. Que as aldeias velhas são a terra mãe. Que também existe um pertencimento ecológico ao território, que é de outra natureza, implicando uma região mais ampla de domínio, que efetivamente se traduz na bacia hidrográfica. Que a primeira categoria é um lugar para morar e a segunda é o lugar necessário para se sustentar. Que o pertencimento da comunidade ao morro do osso sobrepõe essas duas categorias, genealógico e ecológico. Que os kaigangs manejam todos os morros da crista de Porto Alegre, indo do morro Santana ao norte até a ponta grossa no sul. Que eles vivem do artesanato comercializado nas feiras da cidade, que são feitos por cipós, que vivem nos fragmentos de florestas, encontrados nesses locais, que os kaigangs priorizam essas cadeias de morros. Que o morro do osso está no meio desses contínuos, que vai da ponta grossa ao Santana. Que a comunidade não vive do cipó do morro do osso, mas manejam uma extensão de 30km a partir da aldeia. Que a territorialidade se limita ao sul pelo morro São Pedro e pela Ponta Grossa, determinando que o canta galo está fora dessa territorialidade. Que o canta galo já se localiza na territorialidade guarani, onde inclusive existe uma aldeia guarani, denominada canta galo. Que a territorialidade kaingang vai até a ponta grossa e não alcança o canta galo. Que no ponto de vista técnico da testemunha a área do canta galo não tem pertencimento kaingang e vai tensionar com a territorialidade guarani. Que a área do canta galo também vai quebrar a cadeia produtiva kaingang quanto a comercialização porque ficará dificultado o contato com o centro de Porto Alegre onde é feita a comercialização do artesanato" (testemunha Ana Elisa de Castro Freitas às linhas 247-279 de fls. 586-587, grifou-se).

"Que o vínculo ecológico com o morro do osso tem pelo menos 18 anos de continuidade da ocupação, em termo do manejo dos cipós" (testemunha Ana Elisa de Castro Freitas às linhas 361-363 de fls. 589, grifou-se).

Oitavo, também porque a capacidade de apropriação simbólica do espaço pela Comunidade Indígena e sua transformação em terra tradicional kaingang não são suficientes para preencher os requisitos do art. 231 da CF/88, que não depende apenas de intenção da Comunidade Indígena envolvida, mas também passa por uma série de outros requisitos que visam fazer justamente o que o direito deve fazer: regular a convivência entre pessoas diversas e interesses às vezes conflitantes. Vejamos o que foi dito pelas testemunhas da ação ordinária:

"Que a testemunha entende que a arqueologia é insuficiente para caracterizar a terra tradicional indígena, mas que a arqueologia se torna importante quando é apropriada simbolicamente pelo grupo. Que isso ocorre quando as pessoas do grupo dão um significado simbólico e cultural a esses vestígios, e então eles se tornam importantes para a identificação desses pertencimentos. Que o único valor dos vestígios arqueológico é simbólico. Se não é simbolizado, não tem importância alguma. Que os grupos kaigangs que durante o século XX que estiveram em Nonoai, Irai e Borboleta, mantiveram a memória, do ciclo de territorialidade do João Grande, seu antepassado direto, cujo domínio territorial era a região do Guaíba. Existe vínculo de parentesco entre os "Da

Silva" que estão atualmente no morro do osso e o cacique João Grande. Que algumas das crianças que nasceram na comunidade autora são a sexta geração de João Grande. Questionada a testemunha sobre onde estaria o sentimento de pertencimento nas declarações do Cacique Jaime nas folhas 1326 e 1327 dos autos, a testemunha esclareceu que os kaigangs tem quatro tipos de liderança, que acionam dois tipos de poderes, o poder xamânico e o poder político. O cacique Jaime aciona o poder político e é considerado o Poi Bang, que assume politicamente numa comunidade a defesa dos interesses de seus "filhos", que seriam todos a eles subordinados. Que cabe ao cacique encaminhar as lutas de terra, sendo esperado que ele domine as leis, a escrita, a oratória, o trânsito nos documentos. Que os discursos dos caciques são sempre discursos políticos. Que o relato de folhas 1326 e 1327 é um discurso político manifestando o percurso que utilizou para atender os interesses da comunidade. Que esse depoimento não trata de pertencimento, mas de como chegou as informações que estava buscando. Que a testemunha acompanhou a ocupação, e recorda que havia disposição naquele período em buscarem outra área, que não o morro do osso. Que no momento em que houve a primeira ocupação dentro do parque, a xamã entrou em contato com os poderes locais, tendo em sonho e visão o contato com o pajé enterrado dos antepassados e a partir daí o grupo estabeleceu um pertencimento genealógico com aquele espaço. Que isso é um dado cultural que cada etnia constrói, não sendo constatado empiricamente. Que esse contato da xamã com antepassados é algo que não pode ser constatado empiricamente, mas que pode ser constatado pela sua duração e repercussão dentro do grupo. Que a antropologia pode mensurar os fluxos sociais decorrentes desse pertencimento, como por exemplo, visitas de parentes, viagens, articulação política entre lideranças, etc" (testemunha Ana Elisa de Castro Freitas às linhas 317-354 de fls. 588-589, grifou-se).

"Que questionado sobre a existência do sentimento de pertencimento nas declarações do cacique Jaime de folhas 1326 e 1327 dos autos, a testemunha esclarece que ali se está diante de um discurso político de um líder político. Que seria importante a identificação do interlocutor do cacique Jaime nessa conversa porque em antropologia seria importante saber para quem se está fazendo esse discurso. Que considerando que a interlocutora é essa antropóloga da FUNAI, que fez um laudo também político e que selecionou o trecho do discurso, não seria de se esperar do cacique Jaime outro discurso que não aquele. Que o pertencimento estaria nessa englobação que os kaigangs fazem da história dos brancos e da cidade, Que um exemplo desse tipo de pertencimento é a englobação que os kaigangs fazem dos produtos que vendem no brique da redenção. Que ali vendem além do artesanato que fazem, também produtos ocidentais, que não são de produção própria kaigang, por exemplo, bijouterias chinesas, etc. Esses outros produtos, embora não tenham origem da fabricação própria kaigang, são considerados pelos kaigangs como se fossem deles, eles os englobam. Que assim acreditam estarem comercializando um produto que é visto e percebido como próprio deles. Que esse fenômeno social da englobação é próprio dos kaigangs. Que isso não significa algo que possa ser categorizado como falso ou verdadeiro, mas representa a forma de expressão do kaigang. Que isso é diferente de outros grupos, como por exemplo os guaranis, onde o outro é mantido afastado e não englobado" (testemunha Sérgio Baptista da Silva às linhas 496-518 de fls. 592-593, grifou-se).

Ora, se for vitoriosa a tese da defesa da Comunidade ré, então estará sendo dado salvo-conduto para que sejam feitas ocupações em terras que as Comunidades Indígenas acreditem que sejam tradicionalmente indígenas. O art. 231 da CF/88 estará sendo reescrito, com novos requisitos, o que não parece ser atribuição do Poder Judiciário. Mesmo que a crença da Comunidade

seja sincera (parece realmente que há boa-fé na ocupação havida, já que a Comunidade é apoiada por intelectuais e por pesquisadores que procuram afiançar a tradicionalidade da ocupação ou, ao menos, dizer que é possível que seja terra tradicional ou que isso depende de mais estudos ou que o atual conhecimento não é conclusivo, etc), ainda assim apenas a sinceridade na crença ou na intenção da Comunidade não pode ser suficiente para desconsiderar pela força o direito dos demais proprietários da área, especialmente numa situação como a dos autos, em que a posse e propriedade pela cidade quanto àquela área estava historicamente consolidada, não sofrendo anteriormente qualquer espécie de questionamento histórico nem sendo objeto de disputas pretéritas pela posse e ocupação daquela área por Comunidades Indígenas.

Examinando os depoimentos dos antropólogos quanto à capacidade de apropriação simbólica, se percebe - talvez seja preconceito desse Juízo, mas é conveniente que esse seja explicitado para que seja controlado pelo duplo grau de jurisdição, se for o caso - se percebe o risco que se corre em permitir que a apropriação simbólica possa ser fonte jurídica do reconhecimento previsto no art. 231 da CF/88. Se os kaingangs realmente tiverem reconhecido o direito à área do Morro do Osso de Porto Alegre apenas porque se apropriaram simbolicamente daquela área, o que impedirá que outros espaços urbanos não sejam também simbolicamente apropriados por comunidades indígenas? Se a apropriação simbólica vale para transformar em tradicional-indígena a ocupação de uma unidade de conservação em uma área historicamente consolidada e sem disputas pretéritas pela posse da terra (ao menos em relação a comunidades indígenas), por que não permitirá também que indígenas provenientes do interior do Estado (onde também existem tensões e conflitos internos em comunidades indígenas) busquem perspectivas de futuro em áreas que passem a representar como tradicionais na sua cosmologia? Quem dirá o que é e o que não é terra passível de ocupação tradicional indígena se for suficiente para tanto apenas a apropriação simbólica (ainda que sincera) por dada comunidade indígena? Ou se bastar um sentimento de pertencimento do grupo àquela área?

A esse Juízo cabe decidir a presente lide e lhe parece extremamente arriscado aceitar a argumentação de que o art. 231 da CF/88 possa servir para criar terras tradicionalmente indígenas pelo mesmo processo de apropriação que permite que bijuterias chinesas sejam simbolicamente apropriadas como artesanato indígena, conforme o processo de pertencimento descrito por um dos antropólogos inquirido como testemunha:

"Que o pertencimento estaria nessa englobação que os kaingangs fazem da historia dos brancos e da cidade. Que um exemplo desse tipo de pertencimento é a englobação que os kaingangs fazem dos produtos que vendem no brique da redenção. Que ali vendem além do artesanato que fazem, também produtos ocidentais, que não são de produção própria kaingang, por exemplo, bijouterias chinesas, etc. Esses outros produtos, embora não tenham origem da fabricação própria kaingang, são considerados pelos kaingangs como se fossem deles, eles os englobam. Que assim acreditam estarem comercializando um produto que é visto e percebido como próprio deles. Que esse fenômeno social da englobação é próprio dos kaingangs. Que isso não significa algo que possa ser categorizado como falso ou verdadeiro, mas representa a forma de expressão do kaingang. Que isso é diferente de outros grupos, como por exemplo os guaranis, onde o outro é mantido afastado e não englobado" (testemunha Sérgio Baptista da Silva às linhas 496-518 de fls. 592-593, grifou-se).

Nono, porque a utilização da terra para os fins do art. 231 da CF/88 tem que ser tradicional, o que exige referência ao passado. Ainda que se diga que a ocupação não precisa ser imemorial, isso não permite que se considere apenas o presente ou o futuro para definir determinada terra como de ocupação tradicional. A ocupação do Morro do Osso pelo kaingang João Floriano na década de 1960-1970, como já examinado por esse Juízo, não é suficiente para que tivesse início o procedimento demarcatório da área, como pretendido. Foi dito por uma das testemunhas que:

"Que os estudos complementares que seriam necessários para identificar a origem dos materiais arqueológicos encontrados no morro do osso envolveriam uma pesquisa sistemática, provavelmente devendo estar ligados ao estudo de caso que a constituição prevê, mediante um grupo integrado por arqueólogos, antropólogos, historiadores, etc. Que o estudo preliminar que a testemunha realizou envolveu apenas um dia e encontrou esses três nucleações de concentração de material arqueológico, sendo que um estudo mais aprofundado poderia melhor examinar essas questões. Que a testemunha considera a pesquisa arqueológica como apenas um dos pontos para a identificação da tradicionalidade da ocupação kaingang não sendo o ponto central determinante. Que o ponto principal da caracterização da área não seria a imemoriabilidade, mas a tradicionalidade da ocupação. Que essa tradicionalidade seria identificada a partir do uso e do manejo da terra, que isso envolveria uma temporalidade, que não precisaria remontar a tempos pré-históricos ou muito recuados. Que seria uma medida que envolveria décadas. Que isso não envolveria apenas o uso que aquela comunidade faz da terra hoje, mas do uso que fizeram anteriormente. Que é principalmente a antropologia que oferece condições para examinar esse uso da terra" (testemunha Sérgio Baptista da Silva às linhas 389-407 de fls. 590, grifou-se).

Ora, além de não estar definida a forma como se deu a "ocupação" do Morro do Osso pelo kaingang João Floriano em 1960-1970, não existe nenhuma vinculação entre a reivindicação atual pela Comunidade Indígena com aquela ocupação havida na década de sessenta, há poucos anos, se considerada a ocupação do território brasileiro, seja por europeus, seja por indígenas. Mesmo correndo o risco de errar por sua ignorância, esse Juízo precisa estar atento à utilização retórica de argumentos, procurando justificar com palavras e teorias o que não existe na realidade, mas que se gostaria que existisse. Parece que é bem essa a situação do Morro do Osso, onde um grupo de pessoas, integrantes de uma comunidade indígena, necessitava de um espaço de terras para sua sobrevivência e subsistência enquanto grupo cultural (legitimamente protegido pela Constituição Federal, seja por serem cidadãos protegidos pelo art. 5º da CF/88, seja por serem indígenas protegidos pelos arts. 215-216 e 231 da CF/88), e encontrou no Morro do Osso esse espaço de futuro e de esperança, passando então a buscar um discurso de legitimação da ocupação da área, recebendo apoio de vários grupos que sugerem que seja possível a ocupação tradicional da área mas que não fornecem elementos claros e concretos a demonstrar essa tese.

Décimo, porque a conclusão anterior desse Juízo é comprovada pelo modo como a Comunidade Indígena encontrou e escolheu aquela área do Morro do Osso para ocupação. Foi dito pelo Cacique Jaime, que era o líder político da comunidade (embora atualmente não seja mais o chefe da Comunidade, conforme narrado pelo Ministério Público Federal na ação cautelar nº 2007.71.00.017347-1), sobre como encontrou a terra tradicional do Morro do Osso:

"Nadja: Mas quem que foi, como é que foi chegar aqui primeiro. Vocês vieram com quem pra cá?"

Cacique Jaime: Nós viemos sozinhos. Olhar, pesquisar ela

Nadja: Mas por que aqui e não um outro morro?"

Cacique Jaime: É porque outros morros não tinha nada de história, né? Mas esse aqui tinha história. A gente... Então foi assim, ó: eu li... Hoje se tu vê agora lista telefônica, tu não encontra mais história do Morro. Pode ler novamente e você não encontra mais, de 2005. E de 2004 a 2003, né? - De 2003 a 2004 existia um, o, a lista telefônica contando que o Morro do Osso, ele abrigaria cemitério indígena. E a gente tava com falta disso aqui, da área aonde que nós poderia preservar a nossa cultura, a nossa tradição, o nosso idioma. E aí a gente (?)

Então se, já que tão dizendo que é nosso, nós vamos ocupar até que...

Nadja: E quem foi que viu primeiro na lista telefônica?

Cacique Jaime: Eu vi. Eu vi.

Nadja: Onde foi que o senhor achou a lista telefônica?

Cacique Jaime: Eu fui ali na Prefeitura, não sei o que fui fazer, ali na Prefeitura. Daí eu pedi o número de telefone numa firma, não me lembro mais. Ou o número do telefone da Prefeitura, uma coisa assim, dos Direitos Humanos. E aí a guria demorou me atender, daí (?) [pedi a lista um instante?], digo, dá licença? - Daí fui vendo as páginas, né? - Pontos históricos, né? - Do Município, e aonde que a gente encontrou o Morro do Osso. E eu pedi pra guria: 'Então, tu poderia me dar xerox disso aqui? - Pra mim ter um histórico do Município; eu fiquei preocupado com isso, não preocupado tanto, mas eu quero estudar esses pontos turísticos da cidade, né? - Esse que é um ponto turístico da cidade. E aí, ela me passou, depois ela queria negar. Digo, não, mas já tá na minha sacola, que não vou devolver. Aí, naquilo ali já fui saindo, já saí.

Nadja: Aí fez o que, Cacique?

Cacique Jaime: E aí a gente buscou em formas Internet e encontramos que

Nadja: Quem foi, na Internet onde é que vocês consultaram?

Cacique Jaime: É que tem pessoas aqui, índios, né, que tão fazendo as faculdades, e a gente mandou tirar, né, as informações, tudo, e eles disseram que é dos nossos antepassados e ela tem história pra ser ocupada, né?

Nadja: E aí vocês fizeram o que com esse material?

Cacique Jaime: É... aí a gente entrou, até bem, nós tava indeciso ainda de ocupar ela, só que nós ocupamos pra mostrar o Prefeito, ou qualquer que iria [ou queria?] negociar com nós. Nós demos chance de 45 dias pra eles achar outra área.

Nadja: Então, foi em fevereiro? Vocês entraram em fevereiro

Cacique Jaime: Não, não entramos. Em 9 de abril foi ocupado.

Nadja: E essa, o material da lista o senhor encontrou quando?

Cacique Jaime: Foi no dia 13 foi encontrado, como material? - Qual é o material que tu tá falando?

Nadja: Esse da lista telefônica.

Cacique Jaime: Ah! - Da lista telefônica foi em 2003, novembro, por aí.

Nadja: Aí o senhor procurou quem com esse material?

Cacique Jaime: Daí eu procurei, né? - Pessoas indígenas que tão

Nadja: é que foi o pessoal que fez a consulta na Internet.

Cacique Jaime: É.

Nadja: Aí como é que vocês fizeram, então?

Cacique Jaime: Daí eles: 'Não, Jaime, você tem que se aprofundar mais nisso aí, porque essa área ela é interessante pro nosso grupo' - Eles falava pra mim, né? Aí eu fui buscando mais informações e chegamos uma conclusão, e pedimos ao

Prefeito - demos o ofício.

Nadja: O ofício dizia o que? Vocês têm ainad esse ofício?

Cacique Jaime: Quem tem é o Ministério Público.

Nadja: Certo.

Cacique Jaime: Dizendo pra ele que nós queria conversar sobre o Morro do Osso e ele não atendeu; ela achou que ele era dono desse, né? Mas... ele nem compareceu. Saiu acho que umas dez, doze, quinze reuniões ali sobre o Morro do Osso, mas nunca ele apareceu. Ele nunca disse: 'Ó, pessoal, aquilo lá é um parque, ela tem que ser, né? - Ou que nós desse, pelo menos um, mostrasse pelo menos a cara. Já bastava, mas ele não quis isso aí. E aí o que que a gente fez daí? - Nós já tava cansado. Daí eu disse pra ele: 'Ó, então vamos fazer o seguinte: o Município ainda pede para o Cacique - o Ministério falou - que desse mais um parzo de 45 dias pra eles arrumar outra área, independente [ou dependente? - não foi possível distinguir] do Morro.

Nadja: O Ministério Público avisou pra vocês?

Cacique Jaime: É.

Nadja: Quem do Ministério Público?

Cacique Jaime: Doutor Marcelo. Em conjunto nós fizemos, daí na mesma reunião eles: 'Ó, Seu Jaime, é assim que a Prefeitura quer. - Vocês dão um tempo pra Prefeitura achar outra área'. Né? - Tá, tudo bem. E aí passou os 45 dias e oficiamos. Não, e aí como que é a reunião? (?) Então, (?) marcar de novo. Passou quase 50 dias, daí saiu outra reunião, né? - Na reunião começamos de novo pra, da área que eles (?) lá pra nós. Aí o Direitos Humanos, né? - O Secretário do Prefeito falou pra nós: 'Ó, não foi possível nós encontrar outra área'. - Aí eu disse pra eles: 'Não, tudo bem, já que vocês não encontraram, nós demos um tempo, daí nós vamos ocupar a área. Ficam bem, fica bem certo que nós vamo ocupar a área'. - Só que eles falaram assim pra nós: 'vocês, se vocês agüentarem aquilo que vai acontecer com vocês...' - Eu disse pra eles assim: 'Eu tô aqui pra vida ou morte, porque eu tenho meu grupo e não é só o meu grupo que vai agüentar isso aí'. - nÉ? - Daí naquele dia, dali já, 2 dias faltava e com, alugamos um ônibus e entramos . Não invadimos o Morro. Nós entramos pela porta, não entramos por aqui - nós entramos lá, ó. (?) os guardas, dizendo pra eles que o Morro do Osso pertencia a nossos antepassados, que nós vamo ocupar e nós vamo ficar, né? - E, daí eu volto falar de novo, sobre o Morro, né? - É, aí deu, eu tava em Brasília dia, eu fui dia 12 pra Brasília e aí aconteceu o despejo, né? - Só que em vez do Néri também já deixar nosso advogado trabalhar, ele segurou até 11:30, segundo ele me passou, né? Ele não, já que os advogados da FUNAI tava indisponível, que nós tomasse providência assim mesmo, assim como Prefeitura fez. Nós hoje, nós estamos com 5 advogados na nossa questão. Nós temos juiz também, junto com nós pra já, já apurar com esses trabalhos aí, né? - Então, sobre o Morro, eu acho que não tem dúvida que ela, ela etm todo o material pra ser demarcada, né?" (entrevista do Cacique Jaime à antropóloga da FUNAI, que consta do relatório preliminar apresentado no processo 06620-001568-2005 da FUNAI, que consta de fls. 242-268, sendo que o trecho transcrito está às fls. 255-257 dessa ação possessória, grifou-se).

Os antropólogos inquiridos como testemunhas na ação ordinária dão conta de que a forma como é apresentado esse discurso corresponde ao que se esperaria do líder político da Comunidade, encarregado de encaminhar suas reivindicações e lutas políticas:

"Questionada a testemunha sobre onde estaria o sentimento de pertencimento nas declarações do Cacique Jaime nas folhas 1326 e 1327 dos autos, a testemunha esclareceu que os kaigangs tem quatro tipos de liderança, que acionam dois tipos de poderes, o poder xamânico e o poder político. O cacique Jaime aciona o poder político e é considerado o Poi Bang, que assume politicamente numa comunidade a defesa dos interesses de seus "filhos", que seriam todos a eles subordinados. Que cabe ao cacique encaminhar as lutas de terra, sendo esperado que ele domine as leis, a escrita, a oratória, o trânsito nos documentos. Que os discursos dos caciques são sempre discursos políticos. Que o relato de folhas 1326 e 1327 é um discurso político manifestando o percurso que utilizou para atender os interesses da comunidade. Que esse depoimento não trata de pertencimento, mas de como chegou as informações que estava buscando. Que a testemunha acompanhou a ocupação, e recorda que havia disposição naquele período em buscarem outra área, que não o morro do osso. Que no momento em que houve a primeira ocupação dentro do parque, a xamã entrou em contato com os poderes locais, tendo em sonho e visão o contato com o pajé enterrado dos antepassados e a partir daí o grupo estabeleceu um pertencimento genealógico com aquele espaço. Que isso é um dado cultural que cada etnia constrói, não sendo constatado empiricamente. Que esse contato da xamã com antepassados é algo que não pode ser constatado empiricamente, mas que pode ser constatado pela sua duração e repercussão dentro do grupo. Que a antropologia pode mensurar os fluxos sociais decorrentes desse pertencimento, como por exemplo, visitas de parentes, viagens, articulação política entre lideranças, etc" (testemunha Ana Elisa de Castro Freitas às linhas 317-354 de fls. 588-589, grifou-se).

"Que questionado sobre a existência do sentimento de pertencimento nas declarações do cacique Jaime de folhas 1326 e 1327 dos autos, a testemunha esclarece que ali se está diante de um discurso político de um líder político. Que seria importante a identificação do interlocutor do cacique Jaime nessa conversa porque em antropologia seria importante saber para quem se está fazendo esse discurso. Que considerando que a interlocutora é essa antropóloga da FUNAI, que fez um laudo também político e que selecionou o trecho do discurso, não seria de se esperar do cacique Jaime outro discurso que não aquele. Que o pertencimento estaria nessa englobação que os kaigangs fazem da história dos brancos e da cidade, Que um exemplo desse tipo de pertencimento é a englobação que os kaigangs fazem dos produtos que vendem no brique da redenção. Que ali vendem além do artesanato que fazem, também produtos ocidentais, que não são de produção própria kaingang, por exemplo, bijouterias chinesas, etc. Esses outros produtos, embora não tenham origem da fabricação própria kaingang, são considerados pelos kaigangs como se fossem deles, eles os englobam. Que assim acreditam estarem comercializando um produto que é visto e percebido como próprio deles. Que esse fenômeno social da englobação é próprio dos kaigangs. Que isso não significa algo que possa ser categorizado como falso ou verdadeiro, mas representa a forma de expressão do kaingang. Que isso é diferente de outros grupos, como por exemplo os guaranis, onde o outro é mantido afastado e não englobado" (testemunha Sérgio Baptista da Silva às linhas 496-518 de fls. 592-593, grifou-se).

Entretanto, parece relevante a origem da reivindicação ser encontrada em descoberta casual feita a partir de lista telefônica acidentalmente consultada. Lendo o restante da entrevista do Cacique Jaime à antropóloga da FUNAI (aliás, isso é notório e consta de outras fontes), é possível perceber que a luta das Comunidades Kaingans pela terra não existe apenas hoje, mas sempre esteve presente e foi fonte de conflitos e litígios. O Cacique Jaime menciona como se deu a

vinda de kaingangs para Porto Alegre, há cerca de 15 anos atrás, em busca de condições de vida e para fugir dos problemas que enfrentavam no interior do Estado: "... *Não tinha como eu manter a minha família lá no interior, não é? - Aquela época, há 15 anos atrás, e a gente veio procurar meios e recursos pra gente sobreviver*" (fls. 252). Pois bem, parece que a área do Morro do Osso foi eleita pela Comunidade Indígena para a ocupação e depois, a partir dessa intenção de futuro, se procurou preparar um discurso que legitimasse essa ocupação, inclusive recorrendo ao art. 231 da CF/88.

Ora, se é legítima a pretensão da Comunidade Indígena à ocupação de terras que sejam tradicionais (art. 231 da CF/88) e ao recebimento dos Poderes Públicos daquilo que é essencial e fundamental para a preservação de sua cultura (arts. 215-216 da CF/88), não se pode pretender transformar o Poder Judiciário em fonte legitimador da pretensão que não esteja amparada em um passado real e concreto pressuposto pelo art. 231 da CF/88.

Décimo-primeiro, porque esse Juízo teve acesso e leu atentamente a versão provisória de tese de doutoramento em antropologia social defendida em 19/12/2005 na Universidade Federal do Rio Grande do Sul pela pesquisadora Ana Elisa de Castro Freitas, sobre a ocupação kaingang em Porto Alegre, não encontrando ali nenhum elemento que alterasse o que havia anteriormente decidido quanto à inexistência de ocupação tradicional indígena do Morro do Osso para os fins do art. 231 da CF/88.

Tendo por título "*Mru'r Jykre - a cultura do cipó: territorialidades Kaingang na margem leste do Lago Guaíba, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil*", o trabalho parece exaustivo. Aborda o momento presente (Parte II - O (Des)cobrimento do "índio"; Parte III - Etnografando por Imagens), mas também examina o passado (Parte I - O Descobrimento do 'Brasil' e o Encobrimento do "índio"). Apenas para atestar a relevância desse estudo quando estiver à disposição do público em geral, transcrevo o que consta no resumo da tese:

"Esta tese é resultado de um estudo antropológico sobre territorialidades Kaingang (Jê Meridional) e seu pertencimento aos territórios da margem leste do Lago Guaíba, onde se situa a cidade de Porto Alegre e suas paisagens ecossociais. Procura-se reconstituir estas territorialidades a partir de uma perspectiva etno-histórica e etnográfica na intenção de conhecer como determinados espaços desta região vêm sendo reconhecidos pelos Kaingang enquanto Kanhgág Ga - Terra Kaingang, os elementos materiais e simbólicos que, desde o ponto de vista Kaingang, são importantes para a configuração do pertencimento a estes espaços e as condutas territoriais empregadas por pessoas e grupos para convertê-los efetivamente em parte de seu território. Interessam os campos de relações com a fauna, a flora, a paisagem, os homens e os espíritos que integram o que os Kaingang chamam Mrur Jykre: um modo de vida centrado no manejo dos cipós que habitam as florestas locais e com os quais estes índios fabricam objetos que comercializam para sustentar seu viver na Ymã Mág, a Aldeia Grande, a cidade grande" (versão provisória da tese, depositada na Biblioteca da Seção Judiciária do Rio Grande do Sul).

Esse Juízo tomou conhecimento desse estudo pelo que foi declarado pelas testemunhas inquiridas em 13/12/2005 na ação ordinária (fls. 580-598 do processo 2005.71.00.021504-0), que mencionaram sobre sua existência e defesa iminente que ocorreria em 19/12/2005 (menos de uma semana após a audiência). Embora a pesquisa seja relevante, é de estranhar que as partes não a tivessem trazido para os autos porque ela contém elementos relevantes para julgamento da lide e compreensão dos fatos. Ao invés de dizer que faltam estudos conclusivos a respeito, seria muito proveitoso para o processo se esse estudo tivesse sido trazido como prova, permitindo que a discussão por aqueles que defendem a permanência da Comunidade Indígena na área não ficasse restrita à argumentação retórica, mas fosse feita a partir de uma base concreta (um estudo específico).

Como as testemunhas haviam referido a pesquisa, mas ninguém a trouxe aos autos, esse Juízo procurou ter acesso ao texto, o que conseguiu através da Biblioteca dessa Seção Judiciária (onde está depositada cópia). A pesquisadora atenciosamente permitiu acesso ao texto provisório da tese com a condição de que não fossem feitas transcrições (porque se trata de versão provisória, que ainda depende de correções).

Infelizmente, até a época dessa sentença, não se conseguiu versão final e definitiva da pesquisa, que pudesse ser juntada aos autos como prova submetida ao contraditório. Oxalá que o trabalho já esteja definitivamente concluído antes do julgamento dos recursos contra essa sentença, para que as partes e o Tribunal possam ter acesso à sua íntegra e, quem sabe, utilizá-lo na decisão porque a pesquisa certamente trará muitos elementos relevantes para o julgamento da lide, uma vez que trata especificamente da ocupação Kaingang em Porto Alegre que é aqui discutida.

Mesmo que o documento não tenha sido submetido ao contraditório e não integre os autos, esse Juízo não pode deixar de referi-lo e considerá-lo na fundamentação dessa sentença porque se trata de estudo sério e bastante importante para o conhecimento e equacionamento dos fatos discutidos na lide. E principalmente porque parece se tratar de estudo pioneiro e inédito sobre essa ocupação, como declarado pela prova testemunhal:

"Que a única tese que tem conhecimento sobre a ocupação indígena kaingang no Morro do Osso é da professora Ana Elisa, que será defendida no próximo dia 19 [de dezembro de 2005] no doutorado da UFRGS. Que essa pesquisadora retoma as fontes jesuíticas" (testemunha Rodrigo Allegretti Venzon às linhas 63-66 de fls. 582, grifou-se).

"Que a tese de doutorado da testemunha trata da ocupação dos kaingang na margem leste do rio guaíba, tratando também da área do morro do osso e de sua ocupação. Que essa tese vai ser defendida na semana que vem, dia 19. Que não conhece nenhuma pesquisa acadêmica relativa a ocupação kaingang no morro do osso, sendo esse caso recente no meio acadêmico" (testemunha Ana Elisa de Castro Freitas às linhas 226-230 de fls. 586, grifou-se).

Pois bem, mesmo sem ter conhecimento de antropologia, esse Juízo leu atentamente a versão provisória do trabalho a que teve acesso e continuou convencido de que estão confirmadas as premissas que basearam sua anterior decisão nos autos, não reconhecendo a ocupação tradicional para os fins do art. 231 da CF/88: a relação da Comunidade Indígena Kaingang com o Morro do Osso não é algo que envolva o passado (e que justificasse a ocupação com base no art. 231 da CF/88), mas é pretensão que envolve e se dirige para o futuro. Não existem elementos que permitam concluir com mínima segurança que aquela foi terra indígena tradicional no passado (primeira parte da tese, sobre o descobrimento do Brasil e o encobrimento do índio). Em contrapartida, na tese abundam elementos que permitem concluir que aquela terra oferece uma perspectiva de futuro para os indígenas (segunda e terceira partes da tese, sobre o descobrimento do índio e a etnografia por imagens). Mas isso não é suficiente para que o Judiciário legitime a ocupação e mantenha a Comunidade Indígena instalada na área que invadiu. A interpretação jurídica que deve ser dada ao art. 231 da CF/88 não permite a demarcação apenas a partir da escolha da terra feita pela Comunidade Indígena ou da possibilidade de futuro que determinada terra prometa aos indígenas.

Décimo-segundo, porque a prova testemunhal produzida às fls. 824-842 e 846-860 dessa ação possessória nada traz de relevante que alterasse o entendimento desse Juízo. Entre outros, foram inquiridos: **(a)** Maria Carmem Sestren Bastos (fls. 825-829), que é a bióloga e servidora municipal que administra o Parque Natural do Morro do Osso (dando conta das condições e consequências da ocupação); **(b)** Paulo Brack (fls. 830-831), que é biólogo que já realizou pesquisas na área de botânica no parque (dando conta da importância botânica da área); **(c)** Joyce

Therezinha da Silveira Loss (fls. 832-834), que é moradora das imediações do parque (dando conta da atuação da comunidade em busca do reconhecimento e preservação da área enquanto parque natural); **(d)** Daltro Jardim Garcia (fls. 835-836), Heráclito Freitas Valle Correa (fls. 839-840) e Waldecir Lopes Falcão (fls. 841), Teresinha Miracy Canini Ávila (fls. 847-848), Reneu Alberto Ries (fls. 850-851), Theodore Giorgiadis (fls. 853), e Carlos Guilherme Grinas (fls. 856-857), que são moradores das imediações do parque (dando conta da forma como ocorre a ocupação); **(e)** Florival Souza de Araújo (fls. 837-838), que é servidor municipal que trabalha como jardineiro no parque (dando conta das condições da ocupação). Esses depoimentos não trazem nada de relevante que fosse decisivo para a procedência ou improcedência da presente ação possessória, especialmente considerando que agora, em sentença possessória, não cabe mais discutir sobre *periculum in mora* que justificasse a intervenção judicial. Ao examinar a liminar esse Juízo entendeu que era necessário verificar a presença do *periculum in mora* porque a ocupação já tinha mais de ano e dia e, portanto, não se estava mais diante de simples liminar possessória, que prescinde desse requisito (fls. 449-455). Mas agora não se trata de liminar provisória, mas de sentença definitiva que depende tão-somente da questão possessória envolvida na disputa. Não se trata mais de discutir sobre necessidade de deferimento da liminar ou risco de prejuízos de difícil reparação para as partes. Cabe apenas considerar e julgar o mérito da pretensão possessória discutida pelas partes, motivo pelo qual aquela prova testemunhal nada traz de relevante além do que já consta dos autos.

Décimo-terceiro, porque o mesmo deve ser dito quanto à documentação trazida pelo Município de Porto Alegre depois da audiência de inquirição de testemunhas (fls. 866-1117, 1121-1230 e 1232-1240). Ainda que tenham sido juntados o plano de manejo da unidade de conservação e o processo administrativo relativo àquele parque natural, além de ocorrências policiais dando conta de conflitos havidos entre indígenas, moradores e servidores municipais, isso não altera o entendimento desse Juízo a respeito do direito do Município à tutela possessória postulada nessa ação.

Décimo-quarto, porque é irrelevante discutir se a Comunidade Indígena está ocupando uma área dentro ou no entorno do Parque Natural do Morro do Osso, como discutido nos memoriais escritos do Município de Porto Alegre (fls. 1248-1262) e da Comunidade Indígena (fls. 1293-1295). Isso porque o objeto da presente ação possessória é a recuperação pelo Município de Porto Alegre daquela área que está ocupada atualmente pela Comunidade Indígena, nos termos em que já foi explicitado e repetido nessa sentença. Então, não tem sentido discutir como são definidos os limites da unidade de conservação ou se a cancela existente no local fica dentro ou fora da área do parque. A presente ação possessória discute (o autor pede e o réu se defende) a remoção da Comunidade Indígena da área atualmente ocupada, que está perfeitamente definida e identificada. É isso que deve ser julgado, sem que esse Juízo tenha de examinar a discussão se isso se dá dentro do parque, em "final de rua", antes ou depois da cancela, etc. São questões secundárias, que apenas desviam do objeto central da lide, que está perfeitamente definido desde o início. Aliás, não houvesse um despacho claro recebendo a petição inicial nos termos daquele de fls. 43-46 desse Juízo, talvez se pudesse argumentar que houve prejuízo ao direito de defesa do réu em não saber exatamente qual a pretensão do Município autor (interdito proibitório ou reintegração na posse). Mas o despacho de fls. 43-46, antes da contestação, foi claro e indicou o objeto da lide, sobre o qual recairia não apenas a cognição judicial mas, principalmente, a sentença de mérito. O réu pode se defender e produzir provas quanto ao que está sendo julgado nessa sentença. Logo, não há surpresa, foi preservada a ampla defesa e os limites da decisão desse Juízo são o pedido e a defesa das partes.

Décimo-quinto, porque as alegações do Município de Porto Alegre (especialmente nos memoriais escritos às fls. 1248-1262) quanto aos prejuízos decorrentes da ocupação (danos ao patrimônio público, danos ao meio ambiente, agressões aos moradores do entorno, conflitos com os servidores do parque, etc) são nesse momento irrelevantes para alterar o entendimento desse Juízo porque não se trata mais de medida liminar possessória de cunho cautelar, mas de julgamento definitivo da ação possessória, que prescinde de considerações sobre o *periculum in mora*. A tutela possessória deve ser deferida a quem tenha direito a ela, pouco importando se à cidade ou se à comunidade indígena. A Constituição Federal reconhece a todos o direito ao amparo

jurisdicional, dizendo no art. 5º-XXXV da CF/88 que "*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*". É pressuposto fundamental de um estado de direito democrático, não estando esse Juízo autorizado a negar a proteção jurisdicional a quem tenha direito recebê-la, ainda que sob o argumento de que não exista risco de difícil reparação na apreciação imediata da questão. Pelo que ficou provado nos autos e pelo que esse Juízo interpretou dos fatos e do direito discutidos, houve uma invasão por um grupo de pessoas (que integra uma comunidade indígena) numa área que é bem público municipal, constituindo uma unidade de conservação integrada ao patrimônio da cidade. Além disso, não há indícios razoáveis de que essa área se constitua em terra tradicional indígena para os fins do art. 231 da CF/88. Logo, pedindo o Município tutela possessória para recuperar a área, esta deve ser deferida ainda que se discuta numa outra ação, proposta pelos ocupantes da área, se são válidos ou não os atos administrativos que asseguravam ao Município a posse e a propriedade sobre a área. Nessa discussão, em sede de sentença de mérito da ação possessória, é despidendo discutir *periculum in mora* ou questões relacionadas. O que importa é a existência ou não do direito possessório postulado. Se o Município possui esse direito - e esse Juízo reconhece na sentença que possui esse direito -, então a tutela possessória deve ser deferida.

Décimo-sexto, porque o assistente do autor, Associação dos Moradores do Bairro Sétimo Céu, trouxe em seus memoriais escritos (fls. 1266-1279) um argumento relevante que não havia sido considerado anteriormente: a questão não pode ser tratada apenas da perspectiva antropológica, mas deve também considerar as regras pertinentes à ordenação dos espaços urbanos e das cidades (art. 182 da CF/88). Esse Juízo não concorda que não exista espaço para aplicação do art. 231 da CF/88 a áreas urbanas ou a unidades de conservação, porque as terras tradicionais que preencham os requisitos do art. 231 da CF/88 devem prevalecer inclusive sobre zonas urbanas (art. 182 da CF/88) ou unidades de conservação (art. 225 da CF/88). Mas é certo que a pretensão de uma determinada Comunidade Indígena não pode ser tomada como valor absoluto, afastando todas as outras regras de direito e impedindo que as outras pessoas ou grupos de pessoas possam usufruir os direitos que a ordem jurídica lhes reconhece. Ora, tão relevante quanto o direito das comunidades indígenas e tradicionais (art. 231 da CF/88) é o direito dos cidadãos à política urbana e à ordenação dos espaços das cidades (art. 182 da CF/88). Não basta que um grupo invoque o art. 231 da CF/88, desejando para si um espaço que lhe seria útil e necessário, para que o direito das demais pessoas seja posto de lado, abandonado, relegado a um segundo plano. As demais pessoas também têm direito à política urbana (art. 182 da CF/88) e esse direito não pode ser ignorado se não estiverem juridicamente evidenciados os requisitos do art. 231 da CF/88.

Décimo-sétimo, porque os argumentos trazidos pelo Ministério Público no seu parecer final (fls. 1328-1338), embora a dedicação e o preparo dos seus representantes, apresentando com excelência e qualidade a defesa da Comunidade Indígena e acompanhando o processo em todas as suas fases com elogiável diligência e competência, não convenceram esse Juízo de que a demanda deva ser julgada improcedente.

Isso porque os argumentos do Ministério Público Federal pressupõem que a área ocupada seja caracterizada como terra tradicional indígena para os fins do art. 231 da CF/88. Realmente, "*reconhecida certa área como de tradicional ocupação indígena, cabe à comunidade à qual a terra acha-se vinculada o usufruto exclusivo dela, inclusive sendo quaisquer outros títulos eventualmente legitimadores de outras formas de ordenação deste espaço nulos e sem valor jurídico, na conformidade com o disposto no artigo 231 da CF/88*" (fls. 1338). Esse Juízo concorda com essa alegação, mas não concorda com a conclusão que daí extraiu o Ministério Público Federal porque não encontrou evidenciado nos autos que a área ocupada fosse terra tradicional indígena para os fins do art. 231 da CF/88. Não sendo terra tradicional, não há como acolher o que pretendeu o Ministério Público Federal.

Décimo-oitavo, porque não procede a alegação do Ministério Público Federal de que esse Juízo teria desconsiderado a memória oral da Comunidade Indígena (fls. 1329-1331). Não há dúvida que existem os riscos mencionados pelo Ministério Público Federal no seu parecer quanto ao controle da memória de um povo. Os diversos grupos de pessoas que convivem num mesmo

espaço territorial, inclusive sucedendo-se no tempo e entrando em conflito, nem sempre convergem para uma única intenção. É próprio da sociedade que existam conflitos e os bens sejam disputados, já que não são abundantes e necessariamente haverão de ser partilhados. Cada grupamento humano encontra suas próprias soluções nessa partilha, algumas delas inclusive sendo violentas ou causando repulsa ao senso democrático ou ao ideal de justiça dos povos. O Ministério Público Federal menciona um exemplo clássico dessa barbárie às vezes cometida pelos homens: o nazismo e os sistemas totalitários. Os povos indígenas, não apenas no Brasil mas também em vários outros lugares, enfrentaram esses conflitos e lutam por sua sobrevivência num mundo geralmente hostil. É certo que não se pode esquecer que os vencedores e os dominantes nem sempre deixam espaço aos vencidos ou aos dominados, como exemplifica o Ministério Público Federal.

Entretanto, para que se possa emprestar valor à memória oral de uma comunidade é preciso que existam elementos sérios e minimamente convincentes que permitam emprestar validade jurídica a esses relatos do passado. No caso específico do Morro do Osso, a ocupação parece decorrer de busca de uma oportunidade política para que isso acontecesse, para que fosse encontrado um espaço de futuro para aquela comunidade. Esse Juízo se reporta ao que já foi explicitado quanto à forma como a terra "tradicional" foi encontrada pela Comunidade Indígena: seu líder político, Cacique Jaime, leu no catálogo telefônico da cidade que ali existia um antigo cemitério indígena. E, a partir daí, aquela área que até então era estranha à Comunidade passa a ser objeto de um processo de "pertencimento" que a transforma em algo único e indispensável desde tempos imemoriais, fazendo parte da sua memória oral e com isso se querendo demonstrar que a ocupação é legítima e está amparada no art. 231 da CF/88.

Ora, não parece que esse tipo de memória construída no presente possa justificar a permanência da comunidade indígena na área ocupada. Além disso, também não parece que o laudo preliminar da FUNAI tivesse desconsiderado a memória oral da Comunidade Indígena. O antropólogo responsável pelo laudo visitou a comunidade, teve contato com as pessoas, mas nada encontrou de substancial que evidenciasse essa ocupação tradicional. De nada adianta falar de regimes totalitários, de nazismo e holocausto, de culpas do passado, de apartheid, de genocídio, se não são trazidos elementos concretos que permitam concluir com um mínimo de seriedade sobre a possibilidade da ocupação tradicional indígena kaingang naquela área. Não basta apenas alegar que a decisão desse Juízo foi incorreta ou baseada em falsas premissas, é preciso comprovar quais são então as premissas corretas e quais são os elementos que as comprovam.

Por exemplo, fica difícil para esse Juízo acreditar na pretensão da comunidade indígena quando se baseia num catálogo telefônico (tudo é despertado a partir de um catálogo telefônico que evoca lembranças até então esquecidas, justamente num momento em que se buscava uma solução para o problema havido na Lomba do Pinheiro) ou quando afirma que toda a Porto Alegre era incorporada ao território indígena (quando os caciques vinham a Porto Alegre falar com o Presidente da Província).

Décimo-nono, porque não parece deva ser invertido o ônus da prova para julgamento dessa ação, como pretendido pelo Ministério Público Federal: "*na visão das antropólogas, o estudo de apenas alguns fragmentos da história registrada são insuficientes para afastar a presença Kaingang em Porto Alegre*" (fls. 1332). A lógica que norteia essa decisão é que os fatos devem ser provados pelas partes. Não é possível que a demanda fosse julgada com base num preceito não-escrito de que qualquer terra que comunidade indígena pleiteasse como tradicional fosse tradicional até prova em contrário. Mesmo que as comunidades indígenas devam ser protegidas, seja pela dignidade humana dos indivíduos que a integram (arts. 1º 3º e 5º da CF/88), seja pelo interesse cultural que representam (arts. 215-216 e 231 da CF/88), isso não inverte a presunção de propriedade e de legitimidade da propriedade reconhecida pelo ordenamento jurídico vigente. Da mesma forma que a comunidade indígena tem direitos e interesses que devem ser protegidos, também o tem a Cidade de Porto Alegre e seus demais habitantes. Não se pode privilegiar um destes em detrimento do outro se não existe base jurídico-legal que permita proceder dessa forma. A prova que deveria ser feita nos autos não é a que demonstre o desacerto da decisão desse Juízo (a

insuficiência das evidências históricas ou arqueológicas para afastar a ocupação do Morro do Osso por kaingangs), mas a demonstração de que efetivamente existem indícios sérios e razoáveis de que houve essa ocupação kaingang pretérita em Porto Alegre. Do contrário, o que se tem é um argumento retórico, que recorre a categorias politicamente corretas de desprotegido, excluído e perseguido para reconhecer direitos que não decorrem do art. 231 da CF/88.

Vigésimo, porque as evidências trazidas pelo Ministério Público Federal quanto à presença kaingang no passado do Morro do Osso (fls. 1334-1337) não são suficientes ao reconhecimento da área como sendo tradicional indígena, como já foi objeto de exame nessa sentença. A presença do indígena João Floriano na década de 1960 naquela região não atesta a tradicionalidade da ocupação da área nem constitui indício relevante para esse reconhecimento (fls. 1336-1337), como já examinado nessa sentença. Também a identificação de uma pedra pela Xamã da Comunidade (fls. 1335-1336) não é suficiente para o reconhecimento de terra tradicional porque se insere dentre aquela insuficiência dos processos puramente intencionais da Comunidade para o reconhecimento da terra tradicional, não sendo condição suficiente para, sozinha, determinar ocupação imemorial da área por indígenas.

Vigésimo-primeiro, porque existe um documento técnico elaborado pela Fundação Nacional do Índio (fls. 242-268) sobre a ocupação kaingang no Morro do Osso e sua pretensão àquela como terra tradicional indígena, concluindo que:

"Para elaboração desta informação, recorremos às seguintes fontes: relatos e depoimentos de chefes de famílias Kaingang que se encontravam presentes na entrada do Parque Natural do Morro do Osso em fevereiro de 2005, além do depoimento de seu Kaxu - importante referência para essas famílias; servidores da Funai e documentos por eles repassados; indicações, textos e artigos de especialistas de diversas áreas do conhecimento que vêm acompanhando e apoiando o estabelecimento dos Kaingangs no Morro do Osso; documentos e matérias de jornal encaminhados pelo Cacique Jaime à DAF; documentos encaminhados pelo Ministério Público Federal no Rio Grande do Sul; relatórios de identificação de terras kaingangs no Rio Grande do Sul e artigos sobre o Morro do Osso e a presença indígena em Porto Alegre disponíveis na Internet.

Com base nessas fontes, apresentamos as seguintes conclusões:

1- As famílias Kaingang em Porto Alegre buscam fortalecer vínculos sociais e culturais e a solidariedade que julgam comprometida pela vida urbana. A demanda pela regularização do Morro do Osso como terra indígena está pautada por essa expectativa - em consonância com esse fato, vemos que há forte ênfase na argumentação de que a terra indígena estaria plenamente justificada sob o argumento de 'reprodução física e cultural';

2- Não foi possível encontrar nos relatos, artigos e documentos consultados elementos relativos à ocupação Kaingang no Morro do Osso, seja antiga ou atual. Entendo que a falta desses elementos tornaria extremamente frágil a argumentação da terra indígena com base no art. 231 da CF, estando tal argumentação praticamente restrita à tese das famílias Kaingang sob liderança do Cacique Jaime de que a demarcação do Morro do Osso lhes permitiria fortalecer vínculos sociais e culturais capazes de resguardar sua reprodução enquanto grupo social diferenciado.

A título de recomendação, considerando o teor da presente informação, sugerimos à DAF os seguintes encaminhamentos:

1- Buscar, junto à Prefeitura de Porto Alegre, meios de promover o ambiente de ajuda mútua, solidariedade e proximidade entre as famílias Kaingang em Porto

Alegre. Tais iniciativas seriam relevantes do ponto de vista da valorização cultural e do bem estar dessas famílias num meio muito diferente daquele encontrado nas terras indígenas. Além disso, ações nesse sentido contribuiriam para diminuir riscos de exposição ao alcoolismo, violência, desemprego e outros riscos sociais enfrentados pelos Kaingangs em Porto Alegre. Sem entrar no mérito quanto à possibilidade de regularização do Morro do Osso como terra indígena, emerge do levantamento a importância da destinação de uma área adequada às famílias, de modo que fosse possível resguardar a proximidade física buscada por meio da ocupação do parque municipal;

2- Promover o diagnóstico e a busca de saídas para evitar que as condições de vida nas terras indígenas já regularizadas sirva de motor à mudança de famílias para Porto Alegre. Há urgente necessidade de ações de gestão territorial nessas terras indígenas, o que fica demonstrado pelo histórico da tentativa de ocupação do Morro do Osso, mas também por diversas situações semelhantes verificadas no Rio Grande do Sul em relação aos Kaingang" (fls. 267-268).

Embora essa informação seja datada de 29 de junho de 2005, posteriormente não foi trazido aos autos nenhum novo documento da FUNAI relativo a encaminhamentos posteriores a essa informação preliminar. A posição da FUNAI, então, é semelhante àquelas conclusões dessa sentença: **(a)** não há indícios de que a área ocupada no Morro do Osso possa ser tida por terra tradicional indígena para os fins do art. 231 da CF/88; **(b)** as expectativas da Comunidade Indígena quanto àquela área decorrem mais de intenção de futuro (obtendo território que permita a subsistência de sua cultura) do que memória de passado.

Como dito nos memoriais finais da FUNAI (fls. 1301-1303), a demarcação de terras indígenas passa por um longo processo, desde a descoberta do grupo indígena ou solicitação de regularização, com identificação do território, até a demarcação propriamente dita. Esse procedimento deve observar regras próprias (arts. 20-XI e 231 da CF/88; art. 67 do ADCT/88; arts. 17 e 19 da Lei 6.001/73; Decreto 1.775/96), mas ainda nada foi encontrado pela FUNAI que indicasse tradicionalidade na ocupação kaingang daquela área. Embora "*a resistência da Comunidade Kaingang à pretensão do Município está amparada numa expectativa de legitimidade sob a área em comento, estando os mesmos imbuídos de boa-fé sob o enfoque de fortalecimento de seus vínculos sociais e culturais*" (fls. 1303), isso não significa que a Comunidade Indígena tenha direito de permanecer na área diante da pretensão possessória do Município.

Em conclusão, esse Juízo fez questão de examinar os argumentos apresentados pelas partes e procurou justificar os motivos que o convenceram julgar procedente a ação possessória. Espera que isso não apenas permita que as partes exerçam seu direito de recurso, mas também que seus erros e preconceitos possam ser corrigidos pelas Instâncias Superiores. É assim que se legitima o Judiciário, decidindo com independência e explicitando honestamente as razões da decisão para que os vencidos possam recorrer e eventualmente corrigir os erros cometidos. O diálogo e a disputa entre perspectivas distintas é o que legitima o processo judicial. O Juiz deve ouvir as partes e ponderar seus argumentos, decidindo então com base naquilo que lhe parece correto. Mas não basta decidir, é preciso também apresentar os motivos de sua decisão, a partir do que consta dos autos e será submetido aos devidos controles próprios do sistema democrático.

Ainda que esse Juízo e as partes tenham percorrido o caminho do devido processo legal e da instrução probatória, essa sentença não está isenta de erros e não contém certezas absolutas. Ainda que ela possa se tornar definitiva pelo trânsito em julgado, resolvendo o litígio jurídico entre as partes, é tarefa reservada aos pesquisadores continuarem a escrever a história do passado da ocupação de Porto Alegre e do Morro do Osso. Se no futuro se descobrir que as conclusões desse Juízo estavam incorretas, desde já me justifico como foi dito na decisão que deferiu a liminar:

"Mesmo com essas dificuldades e sem a certeza definitiva - o que esse Juízo é honesto em admitir -, o Poder Judiciário não pode se eximir de decidir as questões urgentes trazidas aos autos pelas partes. A necessidade da decisão, mesmo diante da incerteza, é própria da atividade jurisdicional, que busca resolver conflitos concretos surgidos entre as partes e muitas vezes tem que se basear apenas na probabilidade das aparências para decidir (liminares). É por isso que o art. 126 do CPC estabelece que "o juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei" e o art. 5º-XXXV da CF/88 eleva à garantia de direito individual a garantia de acesso à justiça, prevendo que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". Esse é o drama do juiz que nas liminares, mesmo ainda não convencido plenamente da certeza de alguns fatos, precisa decidir naquele momento com base na aparência das coisas e na verossimilhança do direito. Ao contrário dos pesquisadores e estudiosos, que podem postergar a conclusão e realizar mais estudos, o Judiciário precisa decidir (mesmo que provisoriamente) no instante em que os conflitos estão postos, mesmo correndo o risco da História depois provar seu erro. Talvez daqui a alguns anos ou décadas, novos arqueólogos ou antropólogos lancem novas luzes sobre a ocupação humana no Morro do Osso, concluindo de forma diferente daquela que esse Juízo hoje concluiu nessa liminar. Embora isso então prove que esse Juízo estava errado a respeito dos fatos da causa, não significa que a decisão tenha sido equivocada porque a presente liminar não pode se deter diante das múltiplas possibilidades do futuro ou da incerteza do conhecimento sobre o passado, precisa prover para o presente. Precisa equacionar o momento presente, onde um conflito social e um drama humano de graves proporções está instaurado a partir da ocupação indígena no Morro do Osso, com enfrentamentos entre ambientalistas, comunidade local, agentes públicos municipais e comunidade indígena que ali se instalou há mais de um ano. É preciso decidir a respeito agora, pensando no presente e assegurando o futuro para ambas as partes, mesmo que exista o risco desse Juiz ser desmentido futuramente por novos estudos científicos, aos quais então se curvará se isso ainda estiver ao seu alcance (arts. 462 e 463 do CPC)" (fls. 412-413).

Feitas as adaptações ao momento presente, em que se julga definitivamente a ação possessória em primeiro grau de jurisdição, continua valendo a justificativa desse Juízo para decidir: é preciso decidir o processo e isso foi feito da melhor forma que esse Juízo pode fazer.

QUANTO AO MÉRITO: JULGAMENTO DOS PEDIDOS. Reconhecido o direito do Município de Porto Alegre ao que postula nessa ação, seus pedidos são julgados procedentes para: **(a)** reconhecer o direito do Município de Porto Alegre a ser reintegrado na posse daquelas áreas do Parque do Morro do Osso e das vias públicas adjacentes ocupadas pela Comunidade Indígena Kaingang do Morro do Osso e outras pessoas que a estejam indevidamente ocupando; **(b)** deferir interdito proibitório em favor do Município de Porto Alegre para impedir que novas construções sejam feitas ou edificadas pela Comunidade Indígena no interior ou na área de entorno do Parque do Morro do Osso de Porto Alegre, e para determinar à Comunidade Indígena que se abstenha de fazer novas construções ou edificações naquelas áreas, sob as penas da lei e cominação de multa diária; **(c)** determinar que a Comunidade Indígena Kaingang desocupe em 30 dias (contados da intimação do trânsito em julgado da sentença) a área dentro, no entorno e nas adjacências do Parque Natural do Morro do Osso (inclusive vias públicas), sob pena de remoção compulsória; **(d)** determinar que o Município de Porto Alegre providencie em tudo o que for necessário para cumprimento dessa sentença 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 ocupada, bem como disponibilizando uma outra área dentro do Município de Porto Alegre onde possa ser provisoriamente acomodada a Comunidade Indígena, com seus bens e pertences, com adequada infra-estrutura e o necessário para assegurar o mínimo existencial à

comunidade; **(e)** determinar que, não havendo desocupação voluntária da área, seja expedido mandado de reintegração na posse do imóvel, na forma da legislação processual.

QUANTO AOS ENCARGOS PROCESSUAIS. Não são devidas custas judiciais nem honorários advocatícios pela ré Comunidade Indígena, mesmo que vencida, porque ela é beneficiária da assistência judiciária gratuita, sendo então caso de aplicação do art. 5º-LXXIV da CF/88 ("*o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos*"), nesse particular revogando o disposto nos arts. 11-§ 2º e 12 da Lei 1.060/50, porque a nova redação do texto constitucional não permite que a parte beneficiária da gratuidade judiciária seja onerada com tais despesas. Não há no texto constitucional qualquer restrição ou condição que possa ser imposta ao vencido. Uma vez deferida a gratuidade, nada é devido, seja a que tempo for.

3. DISPOSITIVO:

Pelas razões expostas, **REJEITO AS PRELIMINARES E, NO MÉRITO, JULGO PROCEDENTE A AÇÃO POSSESSÓRIA** para: **(a)** reconhecer o direito do Município de Porto Alegre a ser reintegrado na posse daquelas áreas do Parque do Morro do Osso e das vias públicas adjacentes ocupadas pela Comunidade Indígena Kaingang do Morro do Osso e outras pessoas que a estejam indevidamente ocupando; **(b)** deferir interdito proibitório em favor do Município de Porto Alegre para impedir que novas construções sejam feitas ou edificadas pela Comunidade Indígena no interior ou na área de entorno do Parque do Morro do Osso de Porto Alegre, e para determinar à Comunidade Indígena que se abstenha de fazer novas construções ou edificações naquelas áreas, sob as penas da lei e cominação de multa diária; **(c)** determinar que a Comunidade Indígena Kaingang desocupe em 30 dias (contados da intimação do trânsito em julgado da sentença) a área dentro, no entorno e nas adjacências do Parque Natural do Morro do Osso (inclusive vias públicas), sob pena de remoção compulsória; **(d)** determinar que o Município de Porto Alegre providencie em tudo o que for necessário para cumprimento dessa sentença 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 ocupada, bem como disponibilizando uma outra área dentro do Município de Porto Alegre onde possa ser provisoriamente acomodada a Comunidade Indígena, com seus bens e pertences, com adequada infra-estrutura e o necessário para assegurar o mínimo existencial à comunidade; **(e)** determinar que, não havendo desocupação voluntária da área, seja expedido mandado de reintegração na posse do imóvel, na forma da legislação processual, tudo nos termos da fundamentação.

Após o trânsito em julgado da sentença e mantida a sentença, **expeça-se mandado de intimação do réu** para que fique ciente do trânsito em julgado e providencie na desocupação voluntária da área ocupada, em trinta dias, sob pena de remoção compulsória.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se. Vista ao MPF.

Porto Alegre, 28 de junho de 2007.

Candido Alfredo Silva Leal Junior
Juiz Federal

Documento eletrônico assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que instituiu a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, por:

Signatário (a): CANDIDO ALFREDO SILVA LEAL JUNIOR:2108

Nº de Série do Certificado: 44354B98

Data e Hora: 28/06/2007 17:34:45
