



Jurisprudência em destaque



**AGRAVO DE INSTRUMENTO**  
**0029586-43.2012.4.03.0000**  
**(2012.03.00.029586-3)**

Agravante: FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI  
 Agravado: OSMAR LUIZ BONAMIGO  
 Partes Rés: UNIÃO FEDERAL E COMUNIDADE INDÍGENA PYELITO KUE  
 Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE NAVIRAÍ - MS  
 Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MELLO  
 Classe do Processo: AI 488455  
 Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 05/11/2012

**DECISÃO**

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

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

Aduz que o Grupo de Trabalho já se pronunciou no sentido de que a Fazenda Cambará se encontra na região denominada Bacia Iguatemipecuária, área tradicionalmente ocupada pelos índios, situação que torna questionável as alegações do autor da possessória de que é legítimo proprietário das terras.

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

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

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

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

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

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

É o relatório.

DECIDO.

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

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

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

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

O Poder Judiciário tem a típica função de julgar, que consiste na imposição da validade do ordenamento jurídico, de forma coativa, toda vez que se fizer necessário. O

juiz tem a obrigação e a responsabilidade de decidir aplicando a lei a um caso concreto, que lhe é apresentado a partir de um conflito de interesses gerado entre os indivíduos.

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

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

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

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

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. ÍNDIOS QUE SE ENCONTRAM NA MARGEM DE RODOVIA. ALEGAÇÃO DE QUE, DESCUMPRINDO LIMINAR JUDICIAL, OS ÍNDIOS INVADIRAM A FAZENDA DO AUTOR. DECISÃO QUE DETERMINA AO CACIQUE QUE SE ABSTENHA DE INCENTIVAR A INVASÃO E QUE ORDENA À FUNAI A REMOÇÃO DOS ÍNDIOS “PARA LOCAL DISTANTE”. AGRAVO CONHECIDO EM PARTE E PROVIDO PARCIALMENTE. (...) 3. Os conflitos possessórios entre fazendeiros e indígenas não podem ser resolvidos unicamente com os olhos voltados para a

legislação civil comum, como se o problema fosse eminentemente patrimonial. A lei civil sabidamente não foi concebida para resolver a questão indígena, que abrange aspectos sociais, históricos e culturais bastante importantes e, exatamente por isso, tutelados pela Constituição Federal.

4. Não se mostra razoável a determinação, dirigida à FUNAI, para que promova, em dez dias, a remoção de índios instalados à margem de rodovia, levando-os para “local distante” e não definido.

5. Agravo parcialmente conhecido e provido em parte.

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

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

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

Segundo consta dos autos, a Fundação Nacional do Índio - FUNAI publicou a Portaria nº 790 no dia 14/07/08 para realizar estudos de identificação e delimitação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios Guarani Kaiowá e Nhandeva na região das bacias denominadas Amambaipeguá,

Dourados-Amambaipeguá, Iguatemi, Iguatemi, Brilhantepeguá, Nhandevapeguá e Apapeguá, situadas no Mato Grosso do Sul. Posteriormente, a Fundação Nacional do Índio - FUNAI publicou a Portaria nº 179/09 para estabelecer os procedimentos a serem adotados pelos Grupos Técnicos criados a partir da Portaria nº 790/08. Por fim, no dia 01/10/12 a Fundação Nacional do Índio - FUNAI publicou a Portaria nº 1.244 para constituir Grupo Técnico com o objetivo de complementar os estudos de natureza fundiária e cartorial necessários à identificação e delimitação das terras tradicionalmente ocupadas pelos povos Guarani e Kaiowá, nas bacias denominadas Iguatemi (Portaria nº 790/PRES, de 10.07.2008) e Nhandevapeguá (Portaria nº 792, de 10.07.2008), localizadas nos municípios de Amambaí, Paranhos e Tacuru, no Estado do Mato Grosso do Sul.

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

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

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

restando ao Poder Judiciário responder ao embate apresentado.

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

Retomando a particularidade do caso, certo é que os agravados não poderão ser desapossados das terras que ocupam apenas porque tais terras são objeto de processo administrativo de demarcação, pois apenas a conclusão de todas as fases do procedimento é que poderá ensejar a alteração da respectiva titularidade.

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

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

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

O Professor Paulo Afonso Garrido de Paula, na obra *Código de Processo Civil In-*

*terpretado, 3ª edição, 2.008, coordenador Antonio Carlos Marcato, Editora Atlas, páginas 2.482/2.484, explica de maneira singular as particularidades do poder geral de cautela conferido ao juiz, senão vejamos:*

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

1. Alcance do poder geral de cautela. Trata-se de norma exemplificativa do alcance do poder geral de cautela do juiz, que não sofre qualquer limitação, de vez que eventual restrição genérica importaria negação à efetivação da tutela preventiva prevista na Constituição da República. (...) Indica a norma em questão que direitos fundamentais podem ser juridicamente relativizados quando em conflito com outros direitos básicos, desde que observada a garantia genérica do devido processo legal.

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

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO POR TÍTULO EXTRAJUDICIAL. INSTRUMENTO PARTICULAR DE CONFISSÃO DE DÍVIDA. REEXAME DE PROVAS. INVIABILIDADE. MEDIDA CAUTELAR. RESGUARDO DO INTERESSE PÚBLICO. EFETIVIDADE PROCESSUAL. ADEQUAÇÃO DO PROVIMENTO

JURISDICIONAL ÀS PECULIARIDADES DA DEMANDA. ARTIGO 798 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. CLÁUSULA GERAL. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. CONHECIMENTO DE OFÍCIO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO, COM BASE NO PODER GERAL DE CAUTELA. SITUAÇÃO EXCEPCIONALÍSSIMA. POSSIBILIDADE.

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

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

(...)

6. Recurso especial não provido.

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

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

nenhuma hipótese.

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

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

Autorizo a Fundação Nacional do Índio - FUNAI e outros órgãos governamentais - especialmente a Agência de Saúde - a adentrar na área *sub judice*, a fim de prestar toda e qualquer assistência que se fizer necessária à população silvícola ali alojada.

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

Ante o exposto, concedo o efeito suspensivo ao agravo de instrumento, para determinar a manutenção dos silvícolas da Comunidade Indígena Pyelito Kue exclusivamente no espaço atualmente por eles ocupado, delimitado em 1 (um) hectare, ou seja, 10 (dez) mil metros quadrados, até o término dos trabalhos que compreendem a delimitação e

demarcação das terras na região, com a ressalva de que tudo o que foi aqui estabelecido deve ser estritamente observado por todas as partes envolvidas.

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

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

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

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

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

Dê-se ciência ao Ministério Público Federal.

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

P.I.

São Paulo, 30 de outubro de 2012.

Desembargadora Federal CECILIA MELLO - Relatora

- Sobre conflitos possessórios envolvendo terras indígenas, veja também os seguintes julgados: Ag 1999.03.00.004554-2/MS, Relatora Desembargadora Federal Ramza Tartuce, publicado na RTRF3R 39/133; SL 2005.03.00.064067-7/MS, Relatora Desembargadora Federal Diva Malerbi, publicada na RTRF3R 73/69; Ag 2004.03.00.071885-6/MS, Relator Desembargador Federal Nelton dos Santos, publicado na RTRF3R 80/243; AC 2003.60.00.005222-0/MS, Relatora Desembargadora Federal Suzana Camargo, publicada na RTRF3R 90/387; AI 2005.03.00.064533-0/MS, Relator Desembargador Federal Henrique Herkenhoff, publicado na RTRF3R 92/118; SLAT 2008.03.00.049219-7/MS, Relatora Desembargadora Federal Marli Ferreira, publicada nas RTRF3R 92/10, RTRF3R 95/4, RTRF3R 97/52 e RTRF3R 98/7; AI 2000.03.00.055798-3/MS, Relatora Desembargadora Federal Cecilia Mello, publicado na RTRF3R 98/227; AI 0010497-05.2010.4.03.0000/MS, Relator Juiz Federal Silvio Gemaque, publicado na RTRF3R 101/141; SLAT 0037604-24.2010.4.03.0000/MS, Relator Desembargador Federal Roberto Haddad, publicada na RTRF3R 105/285 e SuExSe 0000072-45.2012.4.03.0000/MS, Relator Desembargador Federal Newton De Lucca, publicada na RTRF3R 112/252.

“A opção adotada (...) é a que melhor atende a finalidade de alcançar a pacificação social, evitando que o conflito entre índios e não-índios se alastrasse e escapasse completamente ao controle estatal descambando em verdadeira tragédia.”

*(Fernando Marcelo Mendes)*

“Os indígenas eram os ‘senhores originários e naturais da terra’. Seus direitos são inatos e precedem a ordem estatal. Ordem esta responsável pela concessão dos direitos sobrepostos à posse originária. Logo, o Estado brasileiro nunca poderá conceder direitos aos índios mas, apenas, reconhecer e, conseqüentemente, declarar a sua existência.”

*(Marco Antonio Delfino de Almeida)*

“As terras são imprescindíveis, fundamentais para a sobrevivência física e cultural dos índios, visto eles entenderem ser parte dela, assim como ser a terra parte deles. E a desídia do Estado vem importando a ocorrência de verdadeiro genocídio.”

*(Roberto Lemos dos Santos Filho)*





## Em destaque



### Fernando Marcelo Mendes

Juiz Federal Titular da 3ª Vara de Guarulhos/SP. Foi Advogado e Procurador do Estado de São Paulo. Mestre em Direito Administrativo. Doutorando em Direito do Estado pela PUC/SP.

#### 1. Introdução.

**T**ema que provoca grandes discussões judiciais, em virtude de suas importantíssimas implicações políticas, sociais, econômicas, históricas e culturais, é o relativo à demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.

A Constituição Federal, em seu artigo 231, reconheceu aos índios os direitos originários sobre terras por eles tradicionalmente ocupadas, estabelecendo as condições para a sua caracterização e delimitação, a destinação que poderiam ter, a exclusividade que passaram a deter sobre o usufruto da riqueza do solo, rios e lagos nelas contidos, impondo à União a obrigação de demarcá-las, ao dispor que:

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União

demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

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

§ 2º - 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 nelas existentes.

§ 3º - O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

§ 4º - As terras de que trata este artigo

são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

§ 5º - É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, “ad referendum” do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.

§ 6º - São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé.

§ 7º - Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, § 3º e § 4º.

A possibilidade de que áreas do território brasileiro passem a ser consideradas, após processo administrativo regular específico,<sup>1</sup> como terra tradicionalmente ocupada por uma determinada comunidade indígena, com as consequências jurídicas daí advindas, pode gerar – e acaba gerando – como dito, grandes problemas de ordem política, social, econômica, histórica e cultural porquanto, não raro, nessas mesmas áreas, comunidades não-índias também podem, de há muito, ter fixado nelas residência e o meio de subsistência em razão de sua exploração econômica.

Como compatibilizar esses interesses conflitantes entre *índios* e *não-índios* pela ocupação de extensas parcelas do território brasileiro?

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a

Ação Popular<sup>2</sup> que foi proposta visando à anulação da Portaria nº 534/2005 do Ministro de Estado da Justiça que reconhecia o *modelo contínuo* de demarcação da *Terra Indígena Raposa Serra do Sol*, situada no Estado de Roraima, acabou fixando as condições<sup>3</sup> que

2 Pet 3.388/RR. Relator: Ministro Carlos Britto. Julgamento: 19/03/2009. Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

3 As condições estabelecidas para demarcação e ocupação de terras indígenas terão os seguintes conteúdos:

1 - O usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas pode ser relativizado sempre que houver como dispõe o artigo 231 (parágrafo 6º, da Constituição Federal) o relevante interesse público da União na forma de Lei Complementar;

2 - O usufruto dos índios não abrange o aproveitamento de recursos hídricos e potenciais energéticos, que dependerá sempre da autorização do Congresso Nacional;

3 - O usufruto dos índios não abrange a pesquisa e a lavra das riquezas minerais, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional, assegurando aos índios participação nos resultados da lavra, na forma da lei;

4 - O usufruto dos índios não abrange a garimpagem nem a fiação, devendo se for o caso, ser obtida a permissão da lavra garimpeira;

5 - O usufruto dos índios não se sobrepõe ao interesse da Política de Defesa Nacional. A instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho estratégico a critério dos órgãos competentes (o Ministério da Defesa, o Conselho de Defesa Nacional) serão implementados independentemente de consulta a comunidades indígenas envolvidas e à FUNAI;

6 - A atuação das Forças Armadas da Polícia Federal na área indígena, no âmbito de suas atribuições, fica garantida e se dará independentemente de consulta a comunidades indígenas envolvidas e à FUNAI;

7 - O usufruto dos índios não impede a instalação pela União Federal de equipamentos públicos, redes de comunicação, estradas e vias de transporte, além de construções necessárias à prestação de serviços públicos pela União, especialmente os de saúde e de educação;

8 - O usufruto dos índios na área afetada por unidades de conservação fica sob a responsabilidade imediata do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade;

9 - O Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade responderá pela administração da área de unidade de conservação, também afetada pela terra indígena, com a participação das comunidades indígenas da área, que deverão ser ouvidas, levando em conta os usos, as tradições e costumes dos indígenas, podendo, para tanto, contar com a consultoria da FUNAI;

10 - O trânsito de visitantes e pesquisadores não-índios deve ser admitido na área afetada à unidade de conservação nos horários e condições estipulados pelo Instituto Chico Mendes;

11 - Deve ser admitido o ingresso, o trânsito, a permanência de não-índios no restante da área da terra indígena, observadas as condições estabelecidas pela FUNAI;

12 - O ingresso, trânsito e a permanência de não-índios

1 Art. 17 da Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973 e Decreto nº 1.775, de 8 de janeiro de 1996.

deverão ser observadas na demarcação e ocupação das terras indígenas.

Pois bem. A decisão comentada neste artigo foi proferida no âmbito de discussão judicial que, embora tenha como pano de fundo a questão da demarcação de terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, teve por objeto a valoração jurídica quanto à legitimidade da *posse* de uma determinada área rural no curso do processo administrativo demarcatório. Qual deve ser a postura judicial ao decidir acerca da legitimidade da posse sobre área conflituosa e no

“A possibilidade de que áreas do território brasileiro passem a ser consideradas (...) como terra tradicionalmente (...) indígena pode gerar grandes problemas (...) porquanto, não raro, nessas mesmas áreas, comunidades não-índias também podem, de há muito, ter fixado nelas residência e o meio de subsistência em razão de sua exploração econômica.”

curso de processo demarcatório? Deve ser pautada pela estrita legalidade, conferindo a proteção possessória àquele que demonstre satisfazer os requisitos do artigo 926 do Código de Processo Civil, ou dado os valores que a envolvem, deve transbordar os limites da ótica patrimonialista que informa, nesse particular, o

diploma processual civil, para poder dizer, com base em outros valores jurídicos, o direito no caso concreto?

## 2. Resumo do caso.

O caso discutido nos autos pode ser assim resumido: em ação de manutenção de posse, o autor, alegando ser o legítimo proprietário da Fazenda Cambará, no Município de Iguatemi - MS, sustentou estar sofrendo turbação em sua posse desde 28/11/2011, quando índios das Aldeias Sassoró e Ramada invadiram parte de sua propriedade, passando a permanecer, ora na área invadida, ora na aldeia, utilizando como refúgio as matas ciliares, o que lhe estaria causando pânico e tormento, requerendo, assim, o reconhecimento judicial da proteção possessória.

A União se manifestou pelo indeferimento do pedido possessório, alegando que não houve invasão e prática de atos violentos pelos índios ou a ocorrência de danos na propriedade por eles ocupada; argumentou, amparada em nota técnica da FUNAI, que a área em discussão se situa na bacia de Iguatemi (MS), e que é objeto de estudo das terras indígenas de ocupação tradicional denominada *Tekoka Pyelito Kue*, de forma que

não pode ser objeto de cobrança de quaisquer tarifas ou quantias de qualquer natureza por parte das comunidades indígenas;

13 - A cobrança de tarifas ou quantias de qualquer natureza também não poderá incidir ou ser exigida em troca da utilização das estradas, equipamentos públicos, linhas de transmissão de energia ou de quaisquer outros equipamentos e instalações colocadas a serviço do público tenham sido excluídos expressamente da homologação ou não;

14 - As terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico, que restrinja o pleno exercício do usufruto e da posse direta pela comunidade indígena;

15 - É vedada, nas terras indígenas, qualquer pessoa estranha aos grupos tribais ou comunidades indígenas a prática da caça, pesca ou coleta de frutas, assim como de atividade agropecuária extrativa;

16 - As terras sob ocupação e posse dos grupos e comunidades indígenas, o usufruto exclusivo das riquezas naturais e das utilidades existentes nas terras ocupadas, observado o disposto no artigo 49, XVI, e 231, parágrafo 3º, da Constituição da República, bem como a renda indígena, gozam de plena imunidade tributária, não cabendo a cobrança de quaisquer impostos, taxas ou contribuições sobre uns e outros;

17 - É vedada a ampliação da terra indígena já demarcada;

18 - Os direitos dos índios relacionados as suas terras são imprescritíveis e estas são inalienáveis e indisponíveis;

19 - É assegurada a efetiva participação dos entes federativos em todas as etapas do processo de demarcação.

seria questionável a alegação de que o autor teria a sua posse mansa e pacífica; informou que existia clima de tensão no local, em virtude de ataque a um acampamento indígena instalado na divisa de outras duas propriedades daquela região; alegou que a decisão de ocupação foi tomada pelos próprios índios e que não caberia a ela ou a FUNAI retirá-los do local ou orientá-los em tais ações; argumentou que os indígenas encontrar-se-iam em situação de vulnerabilidade, frente às ameaças por parte de não-índios e às precárias condições de habitação, assistência social e saúde, dado que o autor estaria impedido o acesso ao acampamento de técnicos da FUNAI e SESAI.

O Ministério Público Federal resumiu o conflito que levou ao pedido possessório informando que desde a época da implantação da política indigenista, na década de 20, índios foram confinados em áreas que poderiam ou não coincidir com aquelas por eles tradicionalmente ocupadas, como no caso da então criada *Terra Indígena Sessoró*; informou que faz parte da cadeia dominial da propriedade do autor um antigo explorador de erva-mate que, por meio de influência política, obteve a titulação privada de terras ocupadas por índios especialmente de áreas que permitissem o acesso ao rio Iguatemi e a seus portos, o que colocaria os indígenas *Kaiowá* da aldeia *Pye-lito* como os verdadeiros esbulhados; requereu o indeferimento da liminar e a determinação judicial para que o autor não impeça o ingresso de órgãos assistenciais ao interior da área e o trânsito necessário para que as crianças da comunidade indígena possam frequentar a escola.

No primeiro grau, o pedido possessório do autor foi *acolhido*. Ao analisar a questão, o i. magistrado, Juiz Federal Sérgio Henrique Bonachela, delimitou a questão ao problema possessório, buscando a partir daí e sob esse fundamento, dizer a quem caberia o reconhecimento judicial à proteção possessória, assim decidindo, naquilo que importa à análise do caso:

Nestes autos, não cabe discutir a quem pertencem as terras a que se refere o pedido. Isso porque não se trata de ação petitória, mas de ação possessória. A proteção à posse, conferida por meio dessa classe de ações, é conferida até mesmo contra o legítimo proprietário, pois a razão de ser dessa proteção legal é a pacificação social mediante a vedação ao desapossamento por ato de particular, seja violento, seja clandestino (...) Em decorrência, perde qualquer relevância para o deslinde da controvérsia saber se as terras em litígio são ou foram tradicionalmente ocupadas pelos índios ou se o título dominial do autor é ou foi formado de maneira legítima. A discussão dominial sequer é possível em sede de ação possessória, como regra (...) É relevante para o deslinde desta causa saber, unicamente, se a propriedade objeto do pedido tinha efetivo possuidor e se, em caso positivo, ele está sofrendo esbulho, turbação ou ameaça por parte de outrem. Nesse sentido, não há dúvida sobre a posse das terras em litígio até 28/11/2011, já que todos concordam que elas estavam efetivamente na posse do autor, mesmo que eventualmente injusta. Mais importante ainda, não há dúvida sobre se a comunidade indígena ré ocupou, ainda que precária e transitoriamente, parte das terras cuja posse era exercida pelo autor naquela data e que permanecem lá até hoje, porque todos concordam que isso realmente ocorreu. Isso basta para concluir que o autor tem direito à proteção possessória, pelo menos neste momento de cognição sumária, considerando haver prova suficiente, para fins de decisão liminar, da existência de turbação da sua posse, pois ela foi parcialmente excluída, considerando o caráter precário do acampamento promovido pela comunidade indígena ré.

A decisão de primeiro grau ressaltou, ainda, que é a aplicação da lei ao caso concreto que vai evitar o conflito social e não o contrário:

Não pode ser acolhida a manifestação de que a lei não deve ser aplicada, sob o pretexto de que a ordem liminar poderia agravar a situação e deflagrar o conflito, afetando mulheres, crianças e enfermos. Ao contrário, é o império da lei – impessoal, geral e isonômica – que pode evi em (*sic*) uma compreensão diferente sobre a necessidade de acatamento aos poderes constituídos, cabe aos órgãos de assistência esclarecê-los e contê-los, sob pena de quebra da ordem jurídica e da ocorrência incontrolável de conflitos que facilmente redundam em uso da violência, da qual eles próprios, sendo a parte envolvida mais vulnerável, sempre são os mais prejudicados. É inútil tentar reprimir atos de violência em matéria que exalta tanto os ânimos, como é a da posse da terra, considerando a irreversibilidade das conseqüências de tantos casos de conflitos que resultam, em vezes tão incontáveis quanto lamentáveis, em ferimentos graves e até mortes.

A valoração emprestada à causa pelo juízo de primeiro grau veio assentada em precedentes dos Tribunais Regionais Federais da 3ª e 4ª regiões que também entenderam, em casos análogos aos dos autos, que não obstante a discussão judicial envolver a demarcação de terras tradicionalmente ocupadas por índios, a proteção possessória deveria se aperfeiçoar na forma do direito positivo:

(...)

2. O artigo 1.196 do Código Civil define possuidor como todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de alguns dos poderes inerentes à propriedade. Vale destacar que a posse tem autonomia, sendo protegida por si mesma, é dizer, ainda contra o proprietário. Assim, embora o domínio seja o fundamento teórico da proteção da posse, o juízo possessório não se confunde com o petitório, nem é possível que este se imiscua naquele. Utilizada a via possessória, a questão da propriedade torna-se irrelevante, prescindindo-se de qualquer

alegação sobre quem efetivamente seja o proprietário, já que a posse é protegida até contra esse.

3. Consoante se extrai da oitiva das testemunhas no processo de justificação, restou demonstrada a posse efetiva na figura dos proprietários e não dos indígenas.

4. Consta procedimento administrativo de demarcação de área identificada na Portaria nº 298 do Ministério da Justiça de 19.06.1992. Entendo, no entanto, que na demarcação das terras indígenas não de ser respeitados a posse e o domínio dos particulares, até decisão definitiva, em processo judicial contencioso.

5. Entendo que comprovados os requisitos exigidos pela legislação processual, quais sejam, a existência da posse e o justo receio de que seja esta molestada, deve ser deferido o interdito proibitório.

6. Irrelevante para o deslinde da questão a afirmativa de que a posse dos índios sobre a região debatida remonta a tempos imemoriais e está assegurada pelo texto constitucional, porque tal discussão diz respeito à propriedade da terra, cujo exame foge ao âmbito desta lide.

7. Agravo de instrumento a que se nega provimento.

(TRF 3ª Região, AI nº 0000968-79.1993.4.03.6006/MS, Primeira Turma, Relator Desembargador Federal Luiz Stefanini, j. 15/05/2007, DJU 26/06/2007)

Ou ainda:

(...)

A realidade da causa não aponta conflito jurídico sobre posse, propriedade ou qualquer outro instituto de direito civil, administrativo ou constitucional. Indica, tão-somente, o fato de um esbulho, ou de uma invasão de terras possuídas por outrem. Nessa dimensão, a ordem jurídica não pode tolerar, no plano fático, a conduta de quem esbulha ou invade, seja ele índio ou não-índio, sem reagir, ou permitir a reação do esbulhado ou invadido, que são, justamente, os interditos

possessórios previstos nas legislações civil e processual civil.

(TRF 4ª Região, AC nº 2000.71.04.002217-5/RS, Quarta Turma, Relator Desembargador Federal Valdemar Capeletti, j. 27/06/2005, DJU 17/08/2005)

A matéria, ao ser apreciada em grau de recurso no Tribunal Regional Federal da 3ª Região, em sede liminar, recebeu tratamento diferenciado. Entendeu a I. Relatora, Desembargadora Federal *Cecília Mello*, que, não muito embora segurança jurídica e legalidade tenham de caminhar juntas, sendo papel do juiz aplicar e não desprezar a lei, a questão não poderia ser resolvida apenas pela ótica do direito de propriedade e da proteção possessória positivada em lei:

O Poder Judiciário tem a típica função de julgar, que consiste na imposição da validade do ordenamento jurídico, de forma coativa, toda vez que se fizer necessário. O juiz tem a obrigação e a responsabilidade de decidir aplicando a lei a um caso concreto, que lhe é apresentado a partir de um conflito de interesses gerado entre os indivíduos. Anote-se que, embora deva ter a equidade e a busca da Justiça como norte, não pode o Juiz desprezar a lei, na medida em que é o Poder Judiciário, dentro da estrutura do Estado, justamente aquele a quem cabe aplicá-la.

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

Entretanto, para apaziguar confronto desta grandeza, não posso ater-me exclusivamente aos limites do direito de propriedade ou à posse da área em

conflito, mas devo, indiscutivelmente, atentar para os reflexos maiores desta conjuntura que podem colocar em risco valores e direitos cuja preservação deve ocorrer a qualquer custo, tal como determina o nosso ordenamento constitucional, quais sejam, a manutenção da vida e da ordem.

Assim, embora tenha expressamente consignado que “A ação possessória e, principalmente, este agravo de instrumento, não são vias processuais adequadas para discutir a propriedade das terras”, entendeu a I. Relatora que se fazia necessário, para valoração adequada da demanda, apreciar a legitimidade ou não do ingresso dos índios em uma área de *1 (um) hectare* da Fazenda Cambará

que tem área total de *762 hectares*:

“Dois princípios constitucionais estavam em flagrante colisão. De um lado, o proprietário titulado da área sob demarcação (...) e, de outro, o direito dos indígenas (...) de ocupar as terras que lhes sejam reconhecidas como tradicionais.”

A Comunidade Indígena Pyelito Kue, integrante da etnia Guarani Kaiowá, se estabeleceu em período pretérito na Bacia Iguatemipecuá que, segundo estudos preliminares e não conclusivos, está inserida na área da Fazenda

Cambará. Esse fato, por si só, não rende aos índios o direito de invadir as terras. Entretanto, as ações que tratam de conflitos de índios com fazendeiros merecem atenção especial e equilíbrio do juiz para restabelecer a ordem e contribuir para a paz social.

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

Não obstante, fato é que há um procedi-

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

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

Reconhecendo que a complexidade do processo demarcatório certamente prolongaria – e muito – o prazo para a definição quanto à adequada titulação da área, entendeu a relatora do agravo que a solução judicial para a demanda, na fase em que se encontrava, deveria ser pautada pela ótica do poder geral de cautela atribuído aos juízes:

Retomando a particularidade do caso, certo é que os agravados não poderão ser desapossados das terras que ocupam apenas porque tais terras são objeto de processo administrativo de demarcação, pois apenas a conclusão de todas as fases do procedimento é que poderá ensejar a alteração da respectiva titularidade.

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

“Art. 798. Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá

o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.”

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

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

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

“1. Alcance do poder geral de cautela. Trata-se de norma exemplificativa do alcance do poder geral de cautela do juiz, que não sofre qualquer limitação, de vez que eventual restrição genérica importaria negação à efetivação da tutela preventiva prevista na Constituição da República. (...)”

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

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

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO POR TÍTULO EXTRAJUDICIAL. INSTRUMENTO PARTICULAR DE CONFISSÃO

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

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

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

(...)

6. Recurso especial não provido.”

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

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

Os índios não devem impedir a livre cir-

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

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

Autorizo a Fundação Nacional do Índio - FUNAI e outros órgãos governamentais – especialmente a Agência de Saúde – a adentrar na área *sub judice*, a fim de prestar toda e qualquer assistência que se fizer necessária à população silvícola ali alojada.

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

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

que tudo o que foi aqui estabelecido deve ser estritamente observado por todas as partes envolvidas.

### 3. Colisão entre princípios e a regra da proporcionalidade.

Pois bem. Conquanto as duas soluções judiciais estabelecidas no curso da ação possessória estejam devidamente fundamentadas e traduzam a essência da função do papel do Poder Judiciário no modelo Constitucional de Estado,<sup>4</sup> que é a de dizer o direito no caso concreto, entendemos que a opção adotada

pelo órgão com competência revisora de autorizar, na pendência da definição da titulação da propriedade, a permanência dos indígenas em *área certa e delimitada* de 1 (um) hectare – em uma área total de 760 (setecentos e sessenta) hectares – é a que melhor atende a finalidade de alcançar a pacificação social, evitando que o conflito entre índios e não-índios se alastrasse e escapasse completamente ao controle estatal descambando em verdadeira tragédia. Não por outra razão observou a I. Relatora:

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

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

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

Não haveria solução simples para uma situação complexa como a posta a exame. Dois princípios constitucionais estavam em flagrante colisão. De um lado, o proprietário titulado da área sob demarcação, cujo direito é constitucionalmente garantido a fim de lhe preservar a inviolabilidade (art. 5º, *caput* e inciso XXII, da CF) e, de outro, o direito dos indígenas que também encontram no Texto Constitucional a garantia do direito de ocupar as terras que lhes sejam reconhecidas como tradicionais (art. 231 da CF).

4 Nas palavras de Black, “Governo constitucional é um governo legal. O papel do Estado é o de estabelecer e manter as leis. Mas a aplicação da lei ao indivíduo se apresenta sob três aspectos: é algo a ser ordenado, administrado, interpretado e aplicado. Há, assim, uma divisão natural tripla do poder e funções estatais na idéia do governo sob a lei. Primeiro, há o poder de ordenar ou prescrever leis, o qual inclui, incidentalmente, o poder de alterar, emendar, ou ab-rogar qualquer lei existente. Este é o chamado poder ‘legislativo’. Segundo, há o poder para administrar as leis, o que significa colocá-las em prática e impor o seu devido cumprimento. Este é o denominado poder ‘executivo’. Terceiro, há o poder de aplicar as leis em controvérsia ou disputas relacionadas a deveres ou obrigações legalmente reconhecidos entre o Estado e pessoas privadas, ou entre litigantes individuais, nos casos levados a um Tribunal Judicial, o qual inclui o poder de verificar quais são as leis válidas do Estado, interpretá-las e definir-lhes o sentido, e fornecer julgamentos autorizados. Este é o chamado poder ‘judiciário’.” (tradução nossa). No original: “Constitutional government is a government by law. The office of State is to establish and maintain laws. But law in its application to the individual presents itself in three aspects. It is a thing to be ordained, a thing to be administered, and a thing to be interpreted and applied. There is, therefore, a natural threefold division of the power and functions of the state in the idea of government by law. First, there is the power to ordain or prescribe the laws, which includes, incidentally, the power to change, amend, or repeal any existing laws. This is called the ‘legislative’ power. Second, there is the power to administer the laws, which means carrying them into practical operation and enforcing their due observance. This denominated ‘executive’ power. Third, there is a power to apply the laws to contests or disputes concerning legally recognized rights or duties between the state and private person, or between individual litigants, in cases properly brought before the judicial tribunal, which includes the power to ascertain what are the valid binding laws of the state, and to interpret and construe them, and to render authoritative judgments. This is called ‘judicial’ power”. (Black, Henry Campbell. *American Constitutional Law*. St. Paul, Minn: West Publishing Company, third edition, 1910, faltou incluir página da citação).

Embora seja tranquilo o entendimento doutrinário e jurisprudencial quanto à inexistência de direitos e garantias constitucionais com caráter absolutos,<sup>5</sup> a relativização de qualquer um deles pelos poderes constituídos deve se aperfeiçoar dentro de um modelo jurídico legítimo.

A nosso sentir, a decisão liminar proferida no Agravo de Instrumento nº 0029586-43.2012.4.03.0000/MS pode ser lida, assim, como sendo a solução jurídica encontrada para, pela ótica da proporcionalidade, dirimir o conflito social estabelecido.

De fato. A idéia do que representa o princípio da proporcionalidade, como alerta Xavier Philippe,<sup>6</sup> talvez seja de mais fácil compreensão do que de definição.

Uma frase de Jellinek<sup>7</sup> nos dá bem a noção daquilo que, por meio do exame da proporcionalidade, pretendemos concluir: “o problema da proporcionalidade é saber se não se atirou no pardal com um canhão”.

De uma forma resumida, poderíamos dizer que a doutrina identifica três elementos (na verdade, além do termo elementos, a dou-

trina costuma se referir a aspectos, conteúdos parciais, máximas ou mesmo subprincípios) na conformação do princípio da proporcionalidade: a *adequação*, a *necessidade* e a *proporcionalidade em sentido estrito*.

Na aplicação do princípio da proporcionalidade, pelo seu primeiro elemento, seria analisada a *adequação* da medida ao fim cuja implementação por meio dela se pretende alcançar, isto é, constatar-se-ia se o meio utilizado é adequado à obtenção da finalidade legal. Nas palavras de Zimmerli,<sup>8</sup> trata-se do exame para saber se a medida adotada consubstancia “o meio certo para levar a cabo um fim baseado no interesse público”.

Por meio do segundo elemento – a *necessidade* – é verificado se entre todas as medidas que poderiam ser tomadas para a concretização de um interesse público qualquer, a escolhida foi a que menos reflexos trouxe aos interesses dos particulares mediata ou imediatamente por ela afetados. É dizer, se o Estado ao agir afetando um interesse particular escolheu “de dois males, o menor”.

O terceiro elemento do princípio da proporcionalidade é o juízo de *proporcionalidade em sentido estrito*, o que se faz pela ponderação ou pelo exame de precedência dos valores em conflito quando da realização de um interesse público. Nesse sentido, a lição de Inocêncio Mártires Coelho:<sup>10</sup>

Por isso é que, diante das antinomias de princípios, quando em tese mais de uma pauta lhe parecer aplicável à mesma situação de fato, ao invés de se sentir obrigado a escolher este ou aquele princípio, com exclusão de outros que, *prima facie*, repute igualmente utilizáveis como

5 “Os direitos e garantias individuais não têm caráter absoluto. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas – e considerado o substrato ético que as informa – permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros.” (STF, MS nº 23.452/RJ, Plenário, Relator Ministro Celso de Mello, j. 16/9/1999, DJ 12-5-2000.) Vide: HC nº 103.236/ES, Segunda Turma, Relator Ministro Gilmar Mendes, j. 14-6-2010, DJE 3/9/2010.

6 *Apud* BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, p. 356.

7 *Apud* BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, p. 356.

8 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, p. 356.

9 *Apud* BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, p. p. 361.

10 Racionalidade hermenêutica: acertos e equívocos. In: MARTINS, Ives Gandra S. (Coord.). *As vertentes do direito constitucional contemporâneo*, Estudos em Homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho. São Paulo: Amé-rica Jurídica, 2002, p. 363.

norma de decisão, o intérprete fará uma ponderação entre os *standards* concorrentes (obviamente se todos forem princípios válidos, pois só assim podem entrar em rota de colisão) optando, afinal, por aquele que, nas circunstâncias, lhe pareça mais adequado em termos de otimização de justiça. Em outras palavras de Alexy, resolve-se esse conflito estabelecendo, entre os princípios concorrentes, uma relação de precedência condicionada, na qual se diz, sempre diante das peculiaridades do caso, em que condições um princípio prevalece sobre o outro, sendo certo que, noutras circunstâncias, a questão da precedência poderá resolver-se de maneira inversa.

Ao estudar o terceiro critério ou elemento do princípio da proporcionalidade, Humberto Ávila fala que, no exame de proporcionalidade em sentido estrito, o meio utilizado deve proporcionar vantagens superiores às desvantagens decorrentes de sua utilização, pois o Estado “tendo obrigação de realizar todos os princípios constitucionais, não pode adotar um meio que termine por restringi-los mais do que promovê-los em seu conjunto”.<sup>11</sup>

Comentando os três elementos conformadores do princípio da proporcionalidade, Gilmar Mendes<sup>12</sup> explica que o exame da adequação e da necessidade tem de ser feito atentando-se à diferença de peso que apresentam em um juízo de ponderação:

O subprincípio da adequação (*Geeignetheit*) exige que as medidas interventivas adotadas mostrem-se aptas a atingir os objetivos pretendidos. O subprincípio da necessidade (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*) significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo

revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos. Em outros termos, o meio não será necessário se o objetivo almejado puder ser alcançado com a adoção de medida que se revele a um só tempo adequada e menos onerosa. Ressalte-se que, na prática, adequação e necessidade não têm o mesmo peso ou relevância no juízo de ponderação. Assim, apenas o que é adequado pode ser necessário, mas o que é necessário não pode ser inadequado. Pieroth e Schlink ressaltam que a prova da necessidade tem maior relevância do que o teste da adequação. Positivo o teste da necessidade, não há de ser negativo o teste da adequação. Por outro lado, se o teste quanto à necessidade revelar-se negativo, o resultado positivo do teste de adequação não mais poderá afetar o resultado definitivo ou final.

Entendemos que a decisão aqui analisada atende ao chamado princípio da proporcionalidade porquanto realiza os requisitos de *adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito*.

Se *adequada* é a medida que alcança o fim almejado, temos que ao autorizar a permanência dos índios na área em demarcação, delimitando-a à extensão de *1 hectare* do total *760 hectares* da Fazenda Cambará, a decisão obteve a finalidade a que se propôs, qual seja, evitar que o conflito possessório se estendesse pela área total da propriedade, resguardando, ao mesmo tempo, tanto o exercício da posse – *ainda que precária e limitada* – pelos índios sobre as terras que passaram a ocupar e que entendiam suas, como pelo proprietário que pode continuar a exercer sobre a maior parte – *e sobre a parcela mais significativa* – do seu imóvel os direitos inerentes ao domínio.

A decisão também atende ao aspecto da *necessidade*: dentre as medidas que poderiam ser adotadas para a concretização do interesse de pacificação social no local, foi escolhida a solução que menos reflexos trouxe aos interesses do proprietário pois, não

11 Conteúdo, limites e intensidade dos controles de razoabilidade, de proporcionalidade e de excessividade das leis. *RDA* nº 236, abr./jun. 2004, p. 369-384.

12 O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. *Revista Diálogo Jurídico*, ano I, v. 1, n. 5, ago. 2001, faltou incluir a página da citação.

obstante tenha garantido a permanência dos índios no local, permitiu-lhe a continuidade da posse sobre toda a área remanescente da fazenda. De dois males, *perder a possibilidade de exercer os direitos possessórios em toda área sob processo de demarcação ou perder esse direito apenas sob parcela reduzida dessa área*, este indubitavelmente, foi o menor. Ao mesmo tempo, também permitiu que os índios continuassem a ocupar parte do território que entendiam lhe pertencer e pelo qual, como anotado na decisão, haveria “notícias críveis de que a Comunidade Indígena Pyelito Kue resistirá até a morte à eventual ordem de desocupação”.

A decisão pela manutenção dos indígenas, que veio fundamentada no poder geral de cautela conferido aos juízes pelo artigo 798 e seguintes do Código de Processo Civil, representou a forma que o órgão judicial encontrou para, no sopesamento necessário entre dois princípios constitucionais colidentes – *direito de propriedade e direito indígena* –, estabelecer a qual deles deveria ser reconhecida a precedência condicionada pelas situações fáticas e jurídicas que envolviam o caso concreto.

Cabe aqui lembrar a sempre citada teoria de Alexy<sup>13</sup> sobre o caminho que o intérprete da norma deve trilhar quando se depara com situação que caracteriza a colisão de dois princípios constitucionais:

(...) o ponto decisivo na distinção entre princípios e regras é que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em grau variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das

possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. (...) Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido –, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm peso diferentes e que os princípios com maior peso tem precedência.

A decisão judicial, conquanto tenha entendido que no caso concreto, em face das circunstâncias fáticas e jurídicas que circunscreviam o pedido, deveria ser emprestado maior peso ao direito constitucional dos índios de ocuparem provisoriamente parte das terras que tradicionalmente entendiam lhes pertencer do que à garantia constitucional do direito de propriedade e ao da sua inviolabilidade, relativizou este último na medida e extensão necessárias, reconhecendo o *direito condicionado* aos índios ao exercício da posse sobre parcela da área conflituosa, impondo-lhes o atendimento de determinadas obrigações, ao expressamente consignar que:

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

Os índios não devem impedir a livre circulação de pessoas e bens no interior da

13 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90-94.

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

A solução judicial encontrada permitiu ao Judiciário alcançar a finalidade que lhe é precípua que é a de dizer o direito no caso concreto como forma de se estabelecer a pacificação social.

Não vamos aqui entrar no mérito propriamente dito do processo demarcatório, vale dizer, analisar a legitimidade da pretensão das partes quanto à *caracterização* ou *não-caracterização* da área conflituosa como terra tradicionalmente ocupada pelos índios, objeto do pedido possessório deduzido, como analisado tanto em primeiro como em segundo graus.

Mas não podemos deixar de comentar que, mesmo sem entrar no mérito do pedido, as duas decisões judiciais observaram o dado relevante e causador desse e de outros inúmeros conflitos dessa natureza: *a omissão do Estado no cumprimento de seus deveres públicos*.<sup>14</sup> Muitas poderiam ser as críticas a

“A decisão judicial (...) relativizou este último [direito de propriedade] na medida e extensão necessárias, reconhecendo o *direito condicionado* aos índios ao exercício da posse sobre parcela da área conflituosa, impondo-lhes o atendimento de determinadas obrigações.”

serem deduzidas quanto à incompetência do Estado em gerenciar e solucionar uma questão estabelecida há quase 25 anos, ou seja, desde a promulgação da Constituição Federal. Mas aqui vamos chamar a atenção a um ponto específico: a incapacidade de órgãos estatais, com missão constitucional e legal de atuar solucionando conflitos sociais, de assumir as responsabilidades que lhes são próprias e que justificam as suas existências. Por isso, reputo importante a reprodução do seguinte trecho da decisão, destacando-o:

A Fundação Nacional do Índio - FUNAI deve adotar todas as providências no sentido de intensificar os trabalhos e concluir o mais rápido possível o procedimento administrativo de delimitação e demarcação das terras. *Aliás, cabe aqui uma ressalva. Embora cause estranheza a afirmação da Fundação Nacional do Índio - FUNAI no sentido de que “não detém a tutela da Comunidade Indígena, não influencia na sua cultura, modo de viver e nem mesmo foi*

*responsável pela retomada da área em conflito”, deverá sim zelar pelo total cumprimento desta decisão, haja vista que na sua competência se insere exatamente a tutela e a guarda dos interesses dos índios.*  
(...)

sar tais prerrogativas com a mesma autonomia e liberdade com que os particulares exercitam os seus direitos. É que a administração exerce função: a função administrativa. Existe função quando alguém está investido no dever de satisfazer dadas finalidades em prol do interesse de outrem, necessitando, para tanto, manejar os poderes requeridos para supri-las. Logo, tais poderes são instrumentais ao alcance das sobreditas finalidades. Sem eles, o sujeito investido na função não teria como desincumbir-se do dever posto a seu cargo. Donde, quem os titulariza maneja, na verdade, ‘deveres-poderes’, no interesse alheio.” (*Curso de direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 62).

14 Celso Antônio Bandeira de Mello, ao analisar a questão da supremacia do interesse público sobre o privado, observa: “Aqui, entretanto, é necessária uma importantíssima anotação. Estes caracteres, que sem dúvida informam a atuação administrativa, de modo algum autorizam a supor que a Administração Pública, escudada na supremacia do interesse público sobre o interesse privado, pode expres-

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

Ao Ministério Público Federal, reco-

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



## Marco Antonio Delfino de Almeida

Procurador da República. Especialista em Direito Constitucional pela UNIDERP/MS. Especialista em Direito Tributário pelo IBET. Mestrando em Antropologia pela UFGD.

Três daqueles homens, ignorando o quanto pesará um dia em seu repouso e felicidade o contacto com as nossas corrupções, e que do conhecimento destas nascerá a sua ruína, — o que, de resto, já deve ter acontecido, visto a loucura de se deixarem iludir pelo desejo de verem coisas novas, abandonando, pelo nosso, a doçura do seu céu, — chegaram a Ruão quando ali se encontrava Carlos IX. O Rei departiu com eles longo tempo. Mostraram-lhes os nossos costumes, nosso luxo, o que era uma bela cidade. Depois, alguém pediu-lhes a opinião sobre o que mais os havia surpreendido. Responderam que três coisas, das quais esqueci a terceira, o que muito lamento; mas duas ficaram-me na memória. Disseram que, em primeiro lugar, achavam muito estranho que tantos homens importantes, de grandes barbas, fortes e bem armados como aqueles que rodeavam o Rei (é muito provável que se referissem aos Suíços da guarda real) rendessem obediência a uma criança em vez de escolher entre eles um para os comandar. Em segundo lugar (têm uma forma de falar que divide os homens em duas partes), tinham reparado que havia entre nós pessoas cheias e fartas de comodidades de toda ordem, enquanto a outra metade mendigava a suas portas, descarnada de fome e de miséria; e que lhes parecia também singular como essa outra metade podia suportar tamanha injustiça sem estrangular os demais e lançar fogo a suas casas.

(...)

Em tudo o que aí fica dito não há nada de mau; o que há é que esta gente não usa calções.<sup>1</sup>

O trecho acima retirado do capítulo “Dos Canibais” narra o encontro de Montaigne com três índios trazidos do Brasil. Passados quatrocentos e cinquenta anos da sua publicação permanece o nosso estranhamento ao nos confrontarmos com os indígenas. Serão incapazes? Necessitarão de tutela do órgão indigenista? Como conciliar a defesa dos direitos e interesses das populações indígenas com a defesa dos direitos e interesses do restante da sociedade? Quais parâmetros deverão ser utilizados? Estes questionamentos trazidos no bojo da decisão em comento serão abordadas no presente artigo.

### 1. Contexto fático-histórico.

A peculiaridade do caso torna o exame da decisão indissociável da exposição do contexto fático-histórico da região. Não há como compreender os autos sem trazer o mundo para eles. O contexto de violação sistemática de direitos humanos ao longo de mais de cem anos demanda o necessário conhecimento sob pena de prolação de decisões que perpetuem as barbáries cometidas pelo Estado brasileiro ao longo de décadas.

<sup>1</sup> MONTAIGNE, Michel de. *Os ensaios*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 319.

À guisa de introdução, cabe trazer à colação as seguintes transcrições de comunicações do arquivo do SPILT (Serviço de Proteção ao Índio e Localização de Trabalhadores Nacionais), predecessor da FUNAI:

Agora estes índios foram de lá expulsos com toda a violência, por um grupo de civilizados, todos armados a armas compridas (fuzis e mosquetões), alegando eles que ditas terras estão reservadas para uma colônia agrícola (Ofício de 12 de outubro de 1949). (...) *O funcionário conclui o relatório informando que já tentou várias soluções por meio da autoridade policial local, mas encontra pouca vontade da mesma agir com energia em defesa dos interesses dos índios. (...) Anexo vos transmito cópia do M/M nº 9, de 20/3/53, que se confirma em todos os seus termos, quanto à desocupação dos índios da área de Taquara (...), uma vez que foram indenizados de suas benfeitorias. F.I.F, Chefe da I.R.5 do SPI, em 11/07/53.*<sup>2</sup>

Este breve exemplo demonstra a nefasta participação de agentes públicos no processo de desocupação dos territórios tradicionais dos indígenas Kaiowá e Guarani. O quadro crônico de violações de direitos humanos é indissociável da atuação do Estado brasileiro na região.

A primeira intervenção relevante ocorreu no período entre 1915 e 1928, com o processo de criação de reservas pelo SPILT. À evidência o processo de confinamento dos indígenas visava o fornecimento de mão de obra aos empreendimentos agrícolas da região. Esta motivação é explicitamente demonstrada no Decreto-Lei nº 1.736/1939 que subordinou o SPI ao Ministério da Agricultura:

(...) que o problema da proteção aos índios se acha intimamente ligado à

questão de colonização, pois se trata, no ponto de vista material, de orientar e interessar os indígenas no cultivo do solo, para que se tornem úteis ao país e possam colaborar com as populações civilizadas que se dedicam às atividades agrícolas.

Neste sentido, cabe transcrever o seguinte trecho do relatório do SPI de 1954:

(...) é uma região de boas perspectivas para a agricultura e pecuária, além da riqueza natural em erva mate e quebracho, duas indústrias ainda não exploradas pelo SPI. Como na Amazônia, a mão de obra para a coleta da erva mate, a indústria dominante na região, é o índio Guarani e Kaiowá, que trabalham como assalariados das grandes empresas. Os Postos do SPI não poderão competir com estas empresas, mas poderão assegurar nas áreas reservadas, condições de trabalho e mercado que permitam ao índio melhor remuneração e melhor assistência.<sup>3</sup>

As terras reservadas pelo Estado destinavam-se a tornar o lugar para onde os indígenas “pudessem voltar depois de jornada diária, como um ‘trabalhador nacional’”.

A “aldeia”, como concebida pelo SPI não era “um lugar ocupado por índios”, seu *habitat* ou lugar de assentamento tradicional, mas sim uma *área escolhida por funcionários* (Relatório da Inspeção de 1924) *que podia ou não coincidir com a ocupação dos índios. (...)*<sup>4</sup>

Próximo à região dos fatos, foram delimitadas as reservas de Pirajuy (Paranhos), Jakarey ou Porto Lindo (Japorã) e Sessoró (Tacuru). O modo como se deu essa delimitação restou expresso em ricas fontes

<sup>2</sup> BRAND, Antonio. *O confinamento e seu impacto sobre os Pãi/Kaiowá*. Dissertação de Mestrado, Porto Alegre, PUC/RS, 1993, p. 77.

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 79.

<sup>4</sup> MURA, Fábio; ALMEIDA, Rubem F. Thomaz de. *Terra Indígena Yvy Katu* (Revisão de limites da T. I. Porto Lindo/Jakarey). Portaria nº 724/PRES, p. 16.

documentais que aqui se colaciona. Cita-se trecho do relatório dirigido ao Sr. Estigarribia, inspetor interino da 5ª Inspeção Regional do SPI. Evidente a total desvinculação das áreas reservadas, destinadas à concentração de trabalhadores para as atividades econômicas locais, das áreas tradicionalmente ocupadas:

#### *Delimitação Pirajuy:*<sup>5</sup>

*Escolhi, também na região de Ipehum, outra área de terras destinadas aos índios, que em número superior a quinhentos, vivem nas margens dos rios Pirajuy, Taquapery, Aguará e outros.*

*Esses índios estão em serviços da herva de Marcellino Lima e não têm aldeia propriamente dita. Formam pequenos núcleos, espalhados, que reunidos em uma só propriedade formarão um número elevado talvez a mais de mil, se reunidos forem todos.*

São limites dessas terras escolhidas: Ao nascente uma mata devoluta; ao Norte terras de mata devoluta; ao Poente da cabeceira do Córrego Pirajuy, onde foi ter o limite Norte, uma linha recta que vá ter a linha divisória da república do Paraguay; ao Sul pela linha divisória ra república do Paraguay.

*As terras acima constam de mata de cultura e herbal, e devem ter a extensão de 3.600 hectares. (Pimentel Barboza 1927, p. 24)*

#### *Delimitação Jakarey (Porto Lindo):*<sup>6</sup>

*Na região de Sacarão, hoje denominada “Patrimônio de Iguatemy” como já disse, há muitos índios dispersos pelos hervaes e que necessitam de terras onde possam se localizar e cuidar de suas lavouras.*

Por isso, escolhi, também na margem direita do Iguatemy uma arca de 3.600 hectares com os seguintes limites: ao Nascente pelo córrego denominado

“Porto Lindo”, pequeno arroio que desemboca próximo do porto desse nome; ao Norte pelo rio Iguatemy; no Poente pelo Córrego Gassory; e ao Sul com terras devolutas.

#### *Decreto nº 835/1928 (Sassoró):*<sup>7</sup>

O Decreto de criação da reserva (n. 835 de 14 de novembro de 1928) previa a instituição simultânea de outros “cinco lotes de terras para patrimônio e usufruto dos índios ‘caiuá’ do extremo sul do Estado, que, diga-se de passagem, nessa época já os vinham ocupando, pacificamente, há dezenas de anos.”

A segunda intervenção estatal ocorreu por meio da denominada “marcha para o oeste” da Era Vargas, que visava ocupar os “vastos vazios demográficos brasileiros”. A criação do Território Federal de Ponta Porã e da Colônia Federal de Dourados, em 1943, representou o início de um ciclo de atração de migrantes que perdurou até os anos 80. Este processo acarretou intensos conflitos entre os ocupantes originários e os novos ocupantes, o que foi amplamente relatado em documentos da época.

“Povinho, Poblinho e Pueblito” eram os nomes pelos quais era denominada a Comunidade de Pueyto.<sup>8</sup>

Do ano de 1953, à f. 12, consta documento onde Dayem Pereira escreve:

“Estou lhe-enviando junto a este uma carta recebida do Sr. José Silveira Dutra, morador, vizinho ao PUEBLITO. É necessário providências a fim de evitar conflitos entre os índios e os civilizados que se dizem donos das terras, afirmam eles que a compraram do Sr. Filomeno R. Nogueira, agora estão exigindo que os índios desocupem a casa que foi de Filomeno e onde resi-

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 17.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 18.

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 19.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 04.

de o capitão Francisco S. Lopes. *Como o meu chefe sabe os índios vivem lá há mais de 20 anos e seria uma grande injustiça vê-los desalojados de suas habitações e de suas lavouras. (...)* (Museu do Índio, SPI, Microfilme 1, Planilha 12, destaque nosso).<sup>9</sup>

A clara oposição mencionada entre supostos “vazios demográficos” e reais territórios indígenas acarretou o nefasto processo de desocupação das áreas tradicionais e consequente confinamento nas áreas reservadas. Como exposto alhures, agentes do SPI participaram ativamente do processo de retirada das áreas indevidamente tituladas. Prova incontestada da permanência da prática ao longo dos anos é o ofício endereçado à FUNAI, em 04/10/1972, que relata a existência de um núcleo de índios, com 76 pessoas, no interior da Fazenda Campanário e solicita, conforme recomendação do chefe do posto indígena de Caarapó,

(...) a gentileza de sua atenção, no sentido de verem a possibilidade de remoção dos citados índios para uma “reserva”, eventualmente a de Amambai ou Caarapó, as mais próximas da localidade.<sup>10</sup>

## 2. Função social da posse.

Estabelecido este breve esboço histórico, passemos à análise da decisão. Em primeiro lugar, cabe trazer à colação a inobservância de um pressuposto constitucional necessário no exame das questões possessórias. Reza o artigo 1196 do Código Civil:

Art. 1196. Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade.

Propriedade esta que nos termos do artigo 5º, XXIII c/c o artigo 186 da Constituição Federal deverá cumprir a sua função social. Logo, como preliminar necessária ao exame da causa, deveria ocorrer o enfrentamento do cumprimento da função social pelo imóvel ocupado pelos indígenas mediante a verificação dos critérios estabelecidos na Carta Magna:

“O novo conjunto de direitos associados à diversidade étnica e cultural (...) trazidos à lume pela Carta Magna, padece de efetividade.”

Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:  
I - aproveitamento racional e adequado;  
II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;  
III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;  
IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Interessante decisão sobre o tema nos é trazida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

Agravo de Instrumento. Decisão ataca-da: liminar que concedeu a reintegração de posse da empresa arrendatária em detrimento dos “sem terra”. Liminar deferida em primeiro grau suspensa através de despacho proferido nos autos do agravo, pelo desembargador de plantão. Competência da justiça estadual. Recurso conhecido, mesmo que descumprindo o disposto no art-526 CPC, face dissídio jurisprudencial a respeito e porque demanda versa direitos fundamentais. Garantia a bens fundamentais com mínimo social.

<sup>9</sup> BRAND, Antonio *apud* BARROS, Valéria Esteves do Nascimento. *Lauda pericial antropológico*. 2011, p. 30

<sup>10</sup> BRAND, Antonio. *O confinamento e seu impacto sobre os Pãi/Kaiowá*. Dissertação de Mestrado, Porto Alegre, PUC/RS, 1993, p. 25.

Prevalência dos direitos fundamentais das 600 famílias acampadas em detrimento do direito puramente patrimonial de uma empresa. Propriedade: garantia de agasalho, casa é refúgio do cidadão. Inobstante ser produtiva a área, não cumpre ela sua função social, circunstância esta demonstrada pelos débitos fiscais que a empresa proprietária tem perante a União. Imóvel penhorado ao INSS. Considerações sobre os conflitos sociais e o Judiciário. Doutrina local e estrangeira. Conhecido, por maioria; rejeitada a preliminar de incompetência, a unanimidade; proferiram o agravo por maioria.

(TJ/RS, Agravo de Instrumento nº 598360402, Décima Nona Câmara Cível, Relatora Elba Aparecida Nicolli Bastos, j. 06/10/1998)

No mesmo sentido temos a seguinte decisão do mesmo tribunal:

POSSESSÓRIA. ÁREA RURAL. MST. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE. INVESTIGAÇÃO. POSSIBILIDADE. Função social da propriedade como Direito Fundamental. Construção de nova exegese da norma material e procedimental. Investigação da produtividade e aproveitamento da área em ação possessória. Necessidade. Art. 5º, XXII e XXIII, CF. Lei nº 8.629/93. Negaram provimento. Voto vencido.

(TJ/RS, Agravo de Instrumento nº 70003434388, Décima Nona Câmara Cível, Relator Carlos Rafael dos Santos Junior, j. 06/11/2001)

Em relação à decisão mencionada, cabe apontar a seguinte fundamentação. A transcrição visa espancar eventuais alegações de indevida introdução de aspectos relacionados ao domínio na esfera possessória. Sobre o tema cabe adiantar que a própria definição doutrinária e legal de posse, baseada nos vetustos ensinamentos de Ihering, estabelece a proteção possessória como guarda avançada da propriedade. Se, ontologicamente, há a

vinculação entre posse e propriedade, inevitável o exame da regularidade de sua função social. Pensar de forma diversa é subverter a ordem constitucional, neste sentido o voto do eminente desembargador:

*De outro lado, se tem argumentado que a ação de reintegração de posse não possibilita, conceitualmente, sequer o exame da questão da propriedade. Contudo, não parece acertada esta visão quando se trata, como no caso, de questão, não obstante possessória, em que se materializa conflito de interesses coletivos e individuais. Não se pode esquecer, no ponto, que a posse é, também, um dos direitos inerentes ao domínio, como o estabelece o artigo 524, do Código Civil Brasileiro.*

(...)

*Com certeza, o tema ainda demandará modificação legislativa no âmbito do processo civil, com a sistematização da investigação judicial da função social da propriedade em cada caso concreto submetido ao Judiciário. Todavia, o Juiz não pode deixar de decidir pela falta de norma infra-constitucional de cunho procedimental. Há de emprestar, às normas processuais, então, caráter amplo, ajustando-as ao novo direito positivo material a fim de não sepultá-lo por eventual atraso legislativo. Assim, a construção de uma nova exegese da norma, necessária à luz de um sistema jurídico aberto e incompleto, "... assume, no seio do sistema, a condição de um de seus pressupostos lógicos, eis que, abolindo a arbitrária dicotomia entre interno e externo, assegura, em face do caso concreto e, principalmente, sem recorrer ao moroso legislativo, sua espontânea e natural modernização." (Alexandre Pasqualini, Revista da Ajuris, 65, pp.287/288).*

*De todo o exposto, a conclusão é única. Não há mais como se vedar, ao Juiz, a investigação acerca da função social da propriedade, quando se vê o Judiciário diante de conflitos agrários como o ora em pauta. Sustentar o contrário, a meu*

*juízo, significa negar vigência ao próprio Texto Maior, submetendo-o a garrote de norma processual que tem por finalidade, exatamente, dar efetividade ao direito material, jamais impedir seu exercício. E isto é violar a lei.*

Como argumentação derradeira, temos que não houve nos autos a verificação da regularidade produtiva, ambiental, trabalhista e social da propriedade. A principal prova utilizada para comprovação da posse é, por contradição aos puristas, a certidão de propriedade do imóvel. Nenhuma diligência foi efetivada para verificação de sua veracidade e, sequer, para a verificação da efetiva e atual posse do imóvel. Ora, se houve a utilização argumentativa da propriedade como fundamento para a posse, nada mais coerente que a sua utilização como igual fundamento para aferição da regularidade constitucional. Em suma, necessário o abandono da ditadura dos códigos e consequente concretização fática dos comandos normativos expressamente previstos na Carta Magna. Urge imprimir aos mandamentos da lei maior a máxima efetividade na fundamentação das decisões judiciais.

### 3. Da posse indígena.

Ao privilegiar as normas infraconstitucionais em detrimento dos comandos da Lei Maior, incidimos em evidente subversão normativa. Apenas à guisa de argumentação, tratemos os institutos da posse indígena e da posse civilista sob os mesmos fundamentos teóricos. Ainda que o conceito de função social da posse seja afastado, temos que falece fundamentação aos argumentos trazidos pelo autor e utilizados parcialmente para a decisão. Como argumento inicial, temos a redação do artigo 1197 do Código Civil a fundamentar a posse da população indígena. Na dicção do artigo:

Art. 1197. A posse direta, de pessoa que tem a coisa em seu poder, temporariamente, em virtude de direito pessoal,

ou real, não anula a indireta, de quem aquela foi havida, podendo o possuidor direto defender a sua posse contra o indireto.

Como exposto alhures, há forte indícios de esbulho das populações indígenas residentes na região que, conseqüentemente, *teriam a posse indireta do imóvel*. No plano legal, estes fundamentos teóricos confeririam a própria legitimação da retomada da área nos termos do artigo 1224 do indigitado Código, *uma vez que a maioria absoluta dos ocupantes não presenciou o esbulho original, cometido há vários anos, e reconhece o território em face dos relatos orais da comunidade:*

Art. 1224. Só se considera perdida a posse para quem não presenciou o esbulho, quando, tendo notícia dele, se abstém de retornar a coisa, ou, tentando recuperá-la, é violentamente repellido.

Neste ponto, cabe enfrentar a premente necessidade de produção de prova pericial na ação possessória. A prova pericial teria o condão, à luz da mesma argumentação civilista, utilizada pelos autores, de comprovar *a posse indireta do imóvel e a consequente regularidade da tentativa da comunidade indígena de retomar a coisa de quem injustamente a detém, nos termos dos artigos 1197 e 1224 do Código Civil. Agregue-se que a prova pericial traria a paridade de armas ao processo, uma vez que a prova documental dos autores não encontra correspondente na detentora da posse mais antiga, em face da história oral associada às comunidades indígenas. Necessário se faz a transcrição dos seus relatos para que a ampla defesa e o devido processo legal sejam substantivados. Ainda no âmbito da legislação infraconstitucional, temos o artigo 22 e seguintes do Estatuto do Índio (Lei nº 6.001/73) que assim estabelecem:*

Art. 23. Considera-se posse do índio ou silvícola a ocupação efetiva da terra que, de acordo com os usos, costumes e

*tradições tribais, detém e onde habita ou exerce atividade indispensável à sua subsistência ou economicamente útil.*

(...)

*Art. 25. O reconhecimento do direito dos índios e grupos tribais à posse permanente das terras por eles habitadas, nos termos do artigo 198, da Constituição Federal, independará de sua demarcação, e será assegurado pelo órgão federal de assistência aos silvícolas, atendendo à situação atual e ao consenso histórico sobre a antigüidade da ocupação, sem prejuízo das medidas cabíveis que, na omissão ou erro do referido órgão, tomar qualquer dos Poderes da República.*

Expostas estas breves considerações sobre a posse indígena à luz da teoria codificada, passemos ao confronto entre a posse indígena e a posse civilista, nos termos do artigo 231 da Carta Magna, *in verbis*:

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

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

*§ 2º - 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 nelas existentes.*

(...)

*§ 6º - São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos*

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

Frise-se que a Constituição consagrou o Instituto do Indigenato, segundo a qual o *direito dos índios é originário e congênito*, além de ter declarado *nulos e extintos, impossibilitados de produzir efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, posse ou domínio de terras tradicionalmente ocupadas pelos índios* (art. 231, § 6). Este dispositivo de forma explícita estabelece a *precedência da posse indígena em face da posse civilista*. O fundamento reside na óbvia predecessão histórica a toda e qualquer atuação do Estado, sobre as terras tradicionalmente ocupadas. Os indígenas eram os “senhores originários e naturais da terra”. Seus direitos são inatos e precedem a ordem estatal. Ordem esta responsável pela concessão dos direitos sobrepostos à posse originária. Logo, o Estado brasileiro nunca poderá conceder direitos aos índios mas, apenas, reconhecer e, conseqüentemente, declarar a sua existência.

A diferenciação entre a posse civilista e a posse indígena é claramente apontada na lição de José Afonso da Silva:

(...) não é simples posse regulada pelo direito civil; não é a posse como simples poder de fato sobre a coisa, para sua guarda e uso, com ou sem ânimo de tê-la como própria. É, em substância, aquela *possessio ab origine* que, no início, para os romanos, estava na consciência do antigo povo, e era não a relação material de homem com a coisa, mas um poder, um senhorio. Por isso é que João Mendes Júnior lembrou que a relação do indígena com suas terras não era apenas um *ius possessionis*, mas também um *ius possidendi*, porque ela revela também o direito que têm

seus titulares de possuir a coisa, com o caráter de relação jurídica legítima e utilização imediata. Podemos dizer que é uma posse como *habitat*

(...)

quando a Constituição declara que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios se destinam a sua posse permanente, isso não significa um pressuposto do passado como *ocupação efetiva*, mas, especialmente, uma garantia para o futuro, no sentido de que essas terras inalienáveis e indisponíveis são destinadas para sempre ao seu *habitat*. *Se se destinam* (destinar significa apontar para o futuro) *à posse permanente é porque um direito sobre elas preexiste à posse mesma*, e é o direito originário já mencionado.<sup>11</sup>

Prossegue o Mestre ao abordar de forma mais explícita o instituto do indigenato:

“O rompimento com o padrão de tutela, de assimilação e invisibilização do diferente ainda encontra resistências.”

*Os dispositivos constitucionais sobre a relação dos índios com suas terras e o reconhecimento de seus direitos originários sobre elas nada mais fizeram do que consagrar e consolidar o indigenato, velha e tradicional instituição jurídica luso-brasileira que deita suas raízes já nos primeiros tempos da Colônia, quando o Alvará de 1º de abril de 1680, confirmado pela Lei de 6 de junho de 1755, firmara o princípio de que, nas terras outorgadas a particulares, seria sempre reservado o direito dos índios, primários e naturais senhores delas.*<sup>12</sup>

Cabe repisar a clara diferenciação entre a posse civilista e a posse indígena. São institutos absolutamente diversos que merecem um

enfoque igualmente diverso por parte dos julgadores. A posse indígena não se confunde com a exteriorização do domínio, decorrente do exercício, pelo possuidor, de alguns dos poderes inerentes ao proprietário. A posse indígena é muito mais ampla. A posse indígena caracteriza-se pela ocupação da terra segundo os usos, costume e tradições. Esta posse espraia-se não apenas em relação às áreas habitadas em caráter permanente, mas igualmente em relação às utilizadas para suas atividades produtivas, às imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e às necessárias à sua reprodução física e cultural. Tal peculiaridade não passou despercebida ao Ministro Victor Nunes, que fixou o efetivo alcance da proteção constitucional à posse

dos indígenas, como se constata, *in verbis*:

Aqui não se trata do direito de propriedade comum: o que se reservou foi o território dos índios.

Essa área foi transformada num parque indígena sob guarda e administração do Serviço de Proteção aos Índios, pois estes não tem a disponibilidade das terras. *O objetivo da Constituição Federal é que ali permaneçam os traços culturais dos antigos habitantes não só para sobrevivência dessa tribo, como para estudo dos etnólogos e para outros efeitos de natureza cultural e intelectual.*

Não está em jogo, propriamente, um conceito de posse nem de domínio, no sentido civilista dos vocábulos, trata-se do *habitat* de um povo. Se os índios, na data da Constituição ocupavam determinado território, tiravam seus recursos alimentícios embora sem terem construções ou obras permanentes que testemunhassem posse de acordo com o nosso conceito, essa área, na qual, e da qual viviam, era necessária à sua subsistência. Essa área, existente na data da Constituição Federal, é que se mandou respeitar. Se ela foi reduzida por lei

11 SILVA, José Afonso da. Terras tradicionalmente ocupadas pelos índios. In: SANTILI, Juliana (Coord.) *Os direitos indígenas e a constituição*. Porto Alegre: Fabris, 1993, p. 50.

12 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. Malheiros: São Paulo, 1999, p. 827.

posterior, se o estatuto a diminuiu em dez mil hectares, amanhã reduzirá em outros dez, mais dez, e poderá acabar confinando os índios a um pequeno trato, até o terreiro da aldeia, porque ali é que a “posse” estaria materializada nas malocas.

Não foi isso que a Constituição quis. O que ele determinou foi que, num verdadeiro parque indígena, com todas as características culturais primitivas, pudesse permanecer os índios, vivendo naquele território, porque a tanto equivale dizer que continuariam na posse do mesmo. Entendo, portanto que, embora, a demarcação desse território resultasse, originalmente, de uma lei do estado a Constituição federal dispôs sobre o assunto e retirou ao Estado qualquer disponibilidade de reduzir área que, na época da Constituição, era ocupada pelos índios, ocupada no sentido de utilizada por eles como seu ambiente ecológico.<sup>13</sup>

Esta característica peculiar da posse indígena, fruto do desiderato constitucional, igualmente constitui a fundamentação principal para a elaboração da perícia nas ações possessórias. A menção constitucional a “terras tradicionalmente ocupadas” impende ao julgador a necessidade de sua clara definição para que ocorra o pleno cumprimento da vontade do constituinte originário. Obviamente, o território a ser objeto da posse indígena passa pela efetivação de um laudo antropológico que revele, à luz das narrativas das populações indígenas, o modo tradicional de possuir e utilizar a terra. Frise-se que não é exigida a imemorialidade da ocupação. Ou seja, a ocupação secular para a caracterização da posse indígena. O processo colonizador provocou intensas e irremediáveis alterações nos territórios ancestralmente ocupados com a consequente ressignificação da posse originária por meio de deslocamentos dos grupos envolvidos. A posse volta-se para o presente, para o grupo que hoje existe, com os seus modos de ex-

pressão, de criar, viver e fazer dinamicamente alterados, como em toda e qualquer sociedade.

#### 4. Conclusão.

A efetiva harmonização da defesa dos direitos e interesses das populações indígenas com a defesa dos direitos e interesses do restante da sociedade reside no necessário abandono da visão codificada nas decisões judiciais e consequente recebimento do influxo constitucional a balizar e densificar conceitos.

Passados quase vinte e cinco anos da promulgação da Constituição Federal, ainda persiste o mesmo estranhamento de Montaigne. O novo conjunto de direitos associados à diversidade étnica e cultural, claramente estabelecido na moldura do novo Estado, trazido à lume pela Carta Magna, padece de efetividade. O rompimento com o padrão da tutela, da assimilação e invisibilização do diferente ainda encontra resistências. Neste sentido, parafraseando Pannikar, temos que aceitar a diversidade como um conjunto de múltiplas janelas, cada uma delas com uma visão diferente (e parcial) do mundo. O diverso não é inferior, a exigir auxílio ou tutela, é apenas e tão somente, diverso. Nas palavras magistrais da Subprocuradora-geral Deborah Duprat:

(...) no seio da comunidade nacional, há grupos portadores de identidades específicas e que cabe ao direito assegurar-lhes o controle de suas próprias instituições e formas de vida e seu desenvolvimento econômico, e manter e fortalecer suas entidades, línguas e religiões, dentro do âmbito dos Estados onde moram. Assim, a defesa da diversidade cultural passa a ser, para os Estados nacionais, um imperativo ético, inseparável do respeito à dignidade da pessoa humana.<sup>14</sup>

13 RE nº 44.585, Rel. Min. Vitor Nunes, Referência da Súmula do STF, 1870, v. 25, p. 360/361.

14 DUPRAT, Deborah. *O direito sob o marco da pluriétnicidade/multiculturalidade*. Disponível em: <[http://6ccr.pgr.mpf.gov.br/documentos-e-publicacoes/artigos/documentos-e-publicacoes/docs\\_artigos/o\\_direito\\_sob\\_o\\_marco\\_da\\_pluriétnicidade\\_multiculturalidade.pdf](http://6ccr.pgr.mpf.gov.br/documentos-e-publicacoes/artigos/documentos-e-publicacoes/docs_artigos/o_direito_sob_o_marco_da_pluriétnicidade_multiculturalidade.pdf)>. Acesso em: 30 abr. 2013.





## Roberto Lemos dos Santos Filho

Juiz Federal Titular da 1ª Vara de Bauru/ SP. Mestre em Direito pela Universidade Católica de Santos/SP. Especialista em Antropologia pela Universidade Sagrado Coração de Bauru/SP. Foi Juiz de Direito em Mato Grosso do Sul.

“Decretem nossa extinção e nos enterrem por aqui”.

Esse o grito da comunidade indígena Guarani Kaiowá de Pyelito Kue acerca do iminente cumprimento de medida liminar, deferida em sede de ação possessória em trâmite pela Subseção da Justiça Federal de Naviraí - MS, que determinou a retirada de índios de propriedade rural encravada em Iguatemi - MS, área em estudo pela FUNAI para identificação e delimitação de terra indígena, liminar essa objeto do recurso onde proferida a r. decisão em análise.

Referido protesto teve grande repercussão nas redes sociais e nos meios de comunicação nacionais e internacionais. Revelou ao mundo a triste situação enfrentada pelos mais de quarenta mil índios Guarani do Mato Grosso do Sul que vivem à míngua, privados do mínimo necessário a uma sobrevivência digna, em razão do despojamento de suas terras imposto há décadas pelo Estado em incentivo ao desenvolvimento da produção agrícola.

Retrata a intolerável situação enfrentada pelos Guarani que habitam o Mato Grosso do Sul, fruto da mora do Estado no cumprimento do artigo 231, *caput*, da Constituição, que prevê o dever da União de demarcar e proteger terras indígenas, e do desrespeito ao artigo 67 do ADCT, onde estabelecido que a União deveria concluir a demarcação de terras indígenas no prazo de cinco anos a contar

da promulgação da Constituição editada em 1988.

As terras são imprescindíveis, fundamentais para a sobrevivência física e cultural dos índios, visto eles entenderem ser parte dela, assim como ser a terra parte deles.<sup>1</sup> E a desídia do Estado vem importando a ocorrência de verdadeiro genocídio, como observado pela antropóloga Lúcia Helena Rangel em artigo publicado no Relatório “Violência contra os povos indígenas no Brasil – Dados de 2011” do Conselho Indigenista Missionário (CIMI):<sup>2</sup>

(...)

Com uma taxa de homicídios de 100 por 100 mil pessoas, maior que a do Iraque, e quatro vezes maior do que a taxa nacional, o povo Guarani e Kaiowá, do Mato Grosso do Sul, enfrenta uma verdadeira guerra contra o agronegócio. O registro de 51 assassinatos de indíge-

- 1 Como salienta Marco Antonio Barbosa: “O famoso documento da ONU, mais conhecido como Relatório Martinez Cobo (ONU, 1983:73) adverte que para as populações indígenas a terra não é meramente um objeto de posse e produção. *‘Não é mercadoria que pode apropriar-se seu elemento material do qual deve gozar-se livremente’*. Adverte, outrossim, que é indispensável que se compreenda que os povos indígenas têm com a Mãe Terra uma relação especial e profundamente espiritual, sendo tal relação básica para sua existência como são, para suas crenças, costumes, tradições e cultura.” (*Direito antropológico e terras indígenas no Brasil*. São Paulo: Plêiade-FAPESP, 2001, p. 73, grifos originais)
- 2 RANGEL, Lucia Helena. *Vulnerabilidade, racismo e genocídio*. Disponível em: <http://www.cimi.org.br/pub/CNBB/Relat.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2013.

nas em 2011, mais uma vez, mostra que 62,7%, ou seja, 32 vítimas pertencem aos povos que habitam o Mato Grosso do Sul, sendo 27 Guarani-Kaiowá, 2 Terena, 2 Guarani Nhandeva e 1 Ofaye-Xavante. Se somarmos os 32 assassinatos com 27 tentativas de assassinatos são 59 casos de morte e quase morte que atingiram indivíduos, de acordo com os registros deste relatório.

A SESAI/DIASI/DSEI-MS registrou 39 assassinatos de indígenas, a maioria na região sul do Estado do Mato Grosso do Sul, onde vivem os Guarani-Kaiowá o que representa uma taxa de mortalidade específica

por homicídio de 53,75 por 100.000 pessoas. Mesmo que haja alguma diferença entre os dados do Cimi e do DSEI-MS, as proporções dos assassinatos e a

dimensão do problema que afeta esse povo nos faz reafirmar a situação de genocídio.

Além, dos assassinatos e das tentativas de assassinato outro fator de alerta, que atinge a população Guarani-Kaiowá, refere-se ao número elevado de suicídios, cujas vítimas são os jovens. Nos registros do Cimi constam 13 suicídios em 2011, enquanto o DSEI-MS registrou 45 casos, correspondendo a 70% do sexo masculino na faixa etária entre 15 e 29 anos. O grito de alerta dos jovens não tem sido ouvido pelas autoridades que fazem pouco caso frente a reprodução dessa situação, subestimando a denúncia de genocídio. Há muitos anos o Cimi tem publicado o relatório de violência, em âmbito nacional e regional, cujas denúncias já fizeram eco na 6ª Câmara do Ministério Público, já foram encaminhadas aos organismos internacionais e,

também, enfatizadas no último relatório da Anistia Internacional. Quem ouvirá o grito desses jovens?

Devemos também enfatizar as agressões dirigidas às comunidades, principalmente aquelas que tentam retomar suas terras tradicionais e são atacadas por agressores que disparam tiros, indiscriminadamente, contra crianças, idosos, jovens, homens e mulheres. Neste ano destacamos dois episódios que atingiram os Guarani-Kaiowá: um foi o ataque ao acampamento M'Barakay, no município de Iguatemi e outro ao acampamento Guayviri, no município

de Amambaí. Nos dois casos homens armados dispararam tiros e queimaram barracos, porém, em Guayviri o líder Nizio Gomes foi executado por dois tiros, um no pescoço e outro no peito; seu corpo foi arrastado e levado pelos assassinos; até hoje não foi encontrado. (...)

“A r. decisão (...) se destaca pela eficácia imposta ao artigo 14-1 da Convenção 169 da OIT (...) para salvaguardar os direitos dos povos indígenas de utilizar terras que não sejam exclusivamente por eles ocupadas.”

Enquanto o Poder Executivo permanece praticamente inerte no cumprimento do seu dever constitucional de proteger e demarcar as terras indígenas, os conflitos interétnicos se avolumam e intensificam, não raro chegando ao Judiciário situações de extrema complexidade, impondo aos julgadores, como verificado na r. decisão sob enfoque, a delicada tarefa de encontrar solução que proporcione equilíbrio entre os direitos envolvidos.

Esse fato restou bem assinalado na r. decisão em apreço, proferida pela eminente Desembargadora Federal Cecília Mello, exarada no Agravo de Instrumento nº 0029586-43.2012.4.03.0000/MS. Confira-se:

(...)

O caso dos autos reflete, de um lado, o drama dos índios integrantes da Comunidade Indígena Pyelito Kue que, assim como outros tantos silvícolas brasileiros,

almejam de há muito a demarcação de suas terras. E, de outro lado, o drama não menos significativo daqueles que hoje ocupam terras supostamente indígenas que, na maioria das vezes, adquiriram a propriedade ou foram imitados na posse de forma lícita e lá se estabeleceram.

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

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

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

O Poder Judiciário tem a típica função de julgar, que consiste na imposição da validade do ordenamento jurídico, de forma coativa, toda vez que se fizer necessário. O juiz tem a obrigação e a responsabilidade de decidir aplicando a lei a um caso concreto, que lhe é apresentado a partir de um conflito de interesses gerado entre os indivíduos. Anote-se que, embora deva ter a equidade e a busca da Justiça como norte, não pode o Juiz desprezar a lei, na medida em que é o Poder Judiciário, dentro da estrutura do Estado, justamente aquele a quem cabe aplicá-la.

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

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

A r. decisão em análise possui a singularidade de retratar a refinada forma de ser e de sentir da sua nobre prolatora, que com sua peculiar elegância e profundidade assegurou a proteção da pessoa humana, ao tutelar os interesses dos indígenas que reivindicam a posse da terra em processo de demarcação, alcançando justiça, ao menos naquela etapa processual, nas relações entre os produtores rurais e o grupo social minoritário.

Com efeito, assentando o incabimento de ação possessória para discussão sobre a propriedade de terras indígenas,<sup>3</sup> o que, inclusive, é previsto de forma inequívoca no artigo 19, § 2º, da Lei nº 6.001/1973 (Estatuto do Índio),<sup>4</sup> e, no entanto, nem sempre é observado, a ilustre julgadora assim colocou os fatos

3 Sobre o assunto, confira-se a lição de Luiz Fernando Villares: "A Lei recusa a concessão de interdito possessório contra a demarcação de terras indígenas porque a União, baseada em elementos de prova da ocupação tradicional por índios de uma dita área, demarca-a como bem público federal, por força do que estabelece o XI do art. 20 da CF, do que decorrem os efeitos previstos no § 6º do art. 231, ou seja, o reconhecimento da nulidade e extinção dos títulos e atos de propriedade ou posse. A própria Constituição, então, fulmina a posse não-indígena sobre a área demarcada e a lei recusa o acolhimento, pelo Poder Judiciário, de uma ação que terá invariavelmente seu pedido refutado. Além disso, as ações possessórias buscam uma tutela bastante específica, a manutenção da posse ou a evitação de sua turbacão. Uma ação com tal tutela não poderá chegar a acolher um pedido que quer reconhecer a nulidade de um ato administrativo, amparado numa alegada inexistência de um direito real indígena." (*Direito e povos indígenas*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 146)

4 Lei nº 6.001/1973. "Art. 19 (...). § 2º. Contra demarcação processada nos termos deste artigo não caberá a concessão de interdito possessório, facultado aos interessados contra ela recorrer à ação petitoria ou demarcatória".

como passavam naquele momento segundo a realidade dos autos:

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

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

(...)

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

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

Não obstante, fato é que há um procedimento administrativo de delimitação e demarcação de terras em curso na região onde está situada a Fazenda Cambará. A inércia do Poder Público e a morosidade

do procedimento administrativo contribuem para provocar tensões e conflitos entre índios e fazendeiros, restando ao Poder Judiciário responder ao embate apresentado.

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

Retomando a particularidade do caso, certo é que os agravados não poderão ser desapossados das terras que ocupam apenas porque tais terras são objeto de processo administrativo de demarcação, pois apenas a conclusão de todas as fases do procedimento é que poderá ensejar a alteração da respectiva titularidade.

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

O paradigmático provimento jurisdicional em análise traz à reflexão a ponderação de Jean Cruet<sup>5</sup> no sentido de que:

(...) não é o direito que faz viver a sociedade, é preciso que a sociedade faça viver o seu direito, quebrando ou alargando a carapaça legal ou jurisprudencial que lhe comprime o vôo.

Também desperta a razão às seguintes considerações de Plauto Faraco de Azevedo:<sup>6</sup>

5 CRUET, Jean. *A vida do direito e a inutilidade das leis*. 8. ed. Leme: Edijur, 2008, p. 67.

6 AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Aplicação do direito e contexto social*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 149-150.

Sem dúvida, assim como não pode o juiz tomar liberdades inadmissíveis interpretando a lei, tampouco pode permanecer surdo às exigências do real e da vida. O direito é essencialmente uma coisa viva. É chamado a reger homens, isto é, seres que se movem, pensam, agem, se modificam. A finalidade da lei não é imobilizar a vida, cristalizando-a, mas permanecer em contato com ela, segui-la em sua evolução e a ela adaptar-se. Daí resulta que o direito tem um papel social a cumprir e o juiz deve dele participar, interpretando as leis não segundo seu texto e suas palavras, mas consoante as necessidades sociais que são chamadas a reger e segundo as exigências da justiça e da equidade que constituem seu fim.

Em perfeita harmonia com os pensamentos dos jusfilósofos citados, a ilustre Desembargadora Federal relatora do recurso, ao concluir a decisão, de forma abalizada, equânime, pronta e precisa para solução da questão posta naquele instante, assim deliberou:

“Implementado equilíbrio aos interesses envolvidos, assegurada a coexistência e o desenvolvimento harmônico entre os grupos societários atingidos, com prestígio ao direito à vida.”

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

na, no exercício de suas funções institucionais, esclarecendo às lideranças que a demarcação administrativa das terras não lhes garante a posse das mesmas de imediato, razão que desautoriza a ocupação de outras áreas que não sejam os 10 (dez) mil metros quadrados definidos. Ao Ministério Público Federal, recomendo estar atento ao desenrolar das atividades na região de maneira a diligenciar, quando necessário e com a maior brevidade possível, visando resguardar a ordem e a legalidade. Recomendo, ainda, que harmonize a defesa dos direitos e interesses das populações indígenas com a defesa dos direitos e interesses do restante da sociedade, cumprindo assim, de fato, o que dispõe o artigo 127 da Constituição Federal.

A r. decisão em parte reproduzida se destaca pela eficácia imposta ao comando do artigo 14-1 da Convenção 169 da OIT Sobre Povos Indígenas e Tribais, segundo o qual deverão ser adotadas medidas para salvar

guardar os direitos dos povos indígenas de utilizar terras que não sejam exclusivamente por eles ocupadas.

Também possui a marca de ter imposto efetividade ao preconizado pelo artigo 40 da Declaração das Nações Unidas Sobre os Direitos dos Povos Indígenas (ONU-2007), que veicula normas mínimas para a sobrevivência, a dignidade e o bem-estar dos povos indígenas do mundo. Consoante o comando citado:

Art. 40. Os povos indígenas têm direito a procedimentos justos e equitativos para a solução de controvérsias com os Estados ou outras partes e a uma decisão rápida sobre essas controvérsias, assim como a recursos eficazes contra toda violação de seus direitos individuais e

coletivos. Essas decisões tomarão devidamente em consideração os costumes, as tradições, as normas e os sistemas jurídicos dos povos indígenas interessados e as normas internacionais de direitos humanos.

O r. provimento ora tratado se distingue, também, em razão de sua nobre prolatora ter atribuído máxima efetividade ao direito à vida dos índios Guarani Kaiowá da região de Iguatemi - MS (art. 5º, *caput*, da Constituição), e proporcionado alívio ao sofrido povo com cultura à força fragmentada, cuja dignidade há tempos vem sendo dilacerada.

Ademais, cumpre ressaltar o fato de a r. decisão estar bem amoldada ao pensamento de Eliezer Rosa, contido na célebre obra “A Voz da Toga”,<sup>7</sup> quando doutrina:

Na independência da Magistratura está o sagrado poder de opor-se e sobrepor-se às injustiças da lei. Pelo direito, apesar da lei, seria a divisa do juiz moderno consciente de seus quase divinos poderes. O juiz pode tudo para o bem do seu povo, embora nada ou quase nada possa para si mesmo. Combate-se com demasiada ênfase os teóricos da magistratura o chamado juiz-legislador, apregoando alto e bom som que o juiz não faz a lei, que os juízes não governam. Para o nosso tempo e para o nosso meio são apenas meias verdades. O juiz, se não faz, pode refazer a lei, fazendo-a falar a linguagem do direito; o juiz governa para o seu povo, não no sentido político, mas no sentido psicológico, por meio de seus exemplos, de suas virtudes e de sua coragem cívica e profissional. Note-se bem e note-se muito: o que importa não é a lei mas o direito, que vive e vibra na consciência do povo. Fazer justiça não é, em muitos casos, obedecer a lei e, sim, obedecer ao direito que é a fonte da lei.

É certa a necessidade de manutenção do que resta da cultura dos índios Guarani da região de Iguatemi - MS, para tanto se apresentando imprescindível sejam as terras a eles restituídas.<sup>8</sup> Se apresenta não menos certa a imperiosidade dos Poderes Executivo e Legislativo encontrarem solução para a devida indenização do valor da terra nua e benfeitorias aos atuais ocupantes das antigas áreas indígenas, na maioria produtores rurais descendentes de agricultores que ali se estabeleceram por incentivo do próprio Estado.

Enquanto isso não for verificado, por certo a r. decisão da lavra da eminente Desembargadora Federal Cecilia Mello servirá de baliza aos julgadores que se deparem com situações tais, para que seja implementado equilíbrio aos interesses envolvidos, assegurada a coexistência e o desenvolvimento harmônico entre os grupos societários atingidos, com prestígio ao direito à vida e garantia da sobrevivência física e cultural dos índios, sempre e sempre tão sacrificados.

8 Como destaca a antropóloga Carmem Junqueira ao tratar dos grupos indígenas brasileiros com contato regular com a sociedade dominante: “*Grupos com contato regular*. Dependem substancialmente de produtos externos – sal, pano além dos artigos de metal. Perderam parte considerável da autonomia cultural por força das pressões a que foram submetidos. Sabem expressar-se em português, embora conservem sua própria língua. Quando o contato é intenso e continuado, cresce a ameaça de terem sua economia desorganizada, o que leva muitos dos seus membros a trabalharem como assalariados rurais. Em situações de grande pressão, como as que ocasionam perda do território ou de parte da população devido a doenças, muitos grupos se desestruturam. Nesses casos, as poucas famílias passam a sobreviver em condição de extrema penúria nos extratos mais baixos da sociedade nacional. Guardam, entretanto, a convicção de serem indígenas, distinguindo-se da população regional. Em condições favoráveis, essas famílias podem novamente reunir-se e recompor sua vida comunitária em torno do que sobrou de suas práticas culturais tradicionais, mesmo que pouco ou quase nada tenha restado.” (*Antropologia indígena: uma nova introdução*. 2. ed. São Paulo: EDUC, 2008, p. 74-75, grifos originais)

7 ROSA, Eliezer. *A voz da toga*. Rio de Janeiro: Barrister’s, 1983, p. 48-49.