PET no RECURSO ESPECIAL Nº 1.642.036 - RS (2016/0315617-9)

RELATOR	**:**	**MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES**
REQUERENTE	:	COMUNIDADE INDÍGENA GUARANI
REPR. POR	:	MIGUEL AUGUSTO BARBOSA
ADVOGADOS	:	ADELAR CUPSINSKI - DF040422
		RAFAEL MODESTO DOS SANTOS - DF043179
REQUERIDO	:	FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI
REQUERIDO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
REQUERIDO	:	UNIÃO
REQUERIDO	:	MOVIMENTO DE DEFESA DA PROPRIEDADE E DIGNIDADE - DPD
REQUERIDO	:	ACELOR LUIZ ASSMANN
REQUERIDO	:	ASTI BRANDINA HUF BECHTOLD
REQUERIDO	:	DIRLEI MORONI ALCHIERI
REQUERIDO	:	JANDIRA ASSMANN
REQUERIDO	:	MARCELO ALCHIERI
REQUERIDO	:	MARIA CRISTINA ZIMMER ALVES
REQUERIDO	:	MUNICÍPIO DE CUNHA PORÃ
REQUERIDO	:	MUNICIPIO DE SAUDADES
REQUERIDO	:	VILMAR BECHTOLD
REQUERIDO	:	WANDERLEY DOS SANTOS FERREIRA ALVES
ADVOGADOS	:	JAQUELINE MIELKE SILVA E OUTRO(S) - RS029586
		CLARISSA SANTOS LUCENA - RS048236
		ANGÉLICA SALVAGNI - RS093571
REQUERIDO	:	ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADOR	:	TATIANA CORAL MENDES DE LIMA E OUTRO(S) - SC013036B

DECISÃO

Por meio da Petição 484884/2018, a Comunidade Indígena Guarani requer (fls. 7641/7642-e):

> (....) seja recebido e processado o pedido de litisconsórcio passivo necessário da comunidade indígena Guarani de Araça'í para, ao final, recebê-la nessa qualidade e extinguir o processo sem julgamento do mérito, ou anular todos os atos do processo, ou, ainda, que se aplique o princípio *pas de nullité sans grief*, admitindo o litisconsórcio, na fase em que se encontram os autos, mas sem prejuízo ao direito dos indígenas.
>
> Ainda, requer seja analisado o pleito do povo Guarani sobre a ilegitimidade ativa dos municípios autores da presente ação ordinária, pois certo de pedido em nome próprio, que tem como objeto direito alheio, anulando-se a decisão nos embargos de declaração com efeitos infringentes, dada pelo Tribunal, que reconsiderou decisão em apelação, que reconhecia como de posse tradicional, pelo próprio TRF4, a Terra Indígena Guarani de Araça'í.
>
> No mérito, que possa julgar procedente os Recursos Especiais, caso sejam ultrapassadas as preliminares, *ad argumentandum tantum*, para, ao final, declarar a legalidade e a validade da Portaria Declaratória nº

> 790/2007 do Ministro da Justiça.
>
> Seja ouvido o Ministério Público Federal, sobre o pedido de ingresso e sobre o mérito ofertado pelos Guarani, nos termos dos arts. 129, V e 232, ambos da Constituição Federal de 1988, sob pena de nulidade.
>
> Por fim, a correção do valor da causa, para que possa corresponder ao proveito econômico pretendido, devendo ser compatível com o valor dos imóveis objetos da disputa – medida em hectares constante da Portaria Declaratória.
>
> Requer a assistência judiciária gratuita a comunidade, eis que pobre na acepção jurídica do termo.
>
> Ainda, pede a condenação do autor nas custas processuais e honorários advocatícios.

No que importa ao pedido de ingresso como litisconsorte passivo necessário, aduz a requerente o seguinte: (i) até o momento, prevalece a tradição tutelar - embora expressamente revogado o instituto da tutela (orfanológica) pelo art. 231 e especialmente pelo art. 232 da Constituição Federal de 1988 - quanto à formação do litisconsórcio, o que configura grave desrespeito à nossa legislação processual e aos direitos constitucionais e processuais dos povos indígenas; (ii) independentemente da seara processual, segundo o art. 232 da CF/1988, os indígenas, suas comunidades e organizações tradicionais, de acordo com o estabelecido ainda no art. 231 da Lei Maior, são legitimados a ingressar em juízo; e (iii) como não houve a citação regularizada da comunidade, como parte interessada, nulos são todos os atos processuais, já que é a maior interessada na demanda, pois possui um direito declarado, imprescritível, inalienável e indisponível (art. 231, da CF/1988). Invoca, ainda, a Convenção 169 sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes da Organização Internacional do Trabalho - OIT.

Intimadas, as partes recorrentes e recorridas se manifestaram às fls. 7780/7789-e (FUNAI, **favorável ao pedido principal da requerente**), 7791/7817-e (Movimento de Defesa da Propriedade e Dignidade - DPD e outros autores, **contra**), 7819/7823-e (Estado de Santa Catarina, **contra**) e 7828-e (União, **favorável ao ingresso da requerente apenas como assistente**).

Por fim, o Ministério Público Federal manifestou-se **favoravelmente ao pedido principal da requerente**, nos termos seguintes (fl. 7853-e):

> (...) (i) pela extinção do feito, sem solução de mérito, em relação aos Municípios de Saudades e Cunhã Porã; (ii) pelo deferimento do pleito da Comunidade Indígena Guarani de Araça'i para ingressar na demanda, na qualidade de litisconsorte passivo, com a anulação *in totum* do processo; (iii) subsidiariamente, pela anulação parcial do processo, até o julgamento dos primeiros aclaratórios pelo TRF/4ª Região; e (iv) pela manutenção do valor da causa; ao tempo em que reiteramos a análise do mérito dos recursos excepcionais, empreendida no parecer constante de fls. 7572/7602.

É o relatório. Passo a decidir.

Antes de apreciar os pedidos formulados pela Comunidade Indígena Guarani, cumpre recapitular os fatos da causa.

Decorre o recurso especial em epígrafe de ação anulatória de ato administrativo ajuizada pelo **Movimento de Defesa da Propriedade e Dignidade - DPD** e outros em desfavor da **União** e da **Fundação Nacional do Índio (FUNAI)** com o objetivo de

anular a Portaria 790, de 19/4/2007, do Ministério da Justiça, em que declarada como terras tradicionalmente ocupadas por indígenas uma área de 2.721 (dois mil setecentos e vinte e um) hectares denominada **"Terra Indígena Guarani de Araça'i"**, localizadas nos Municípios de Saudade e Cunha Porã, ambos no Estado de Santa Catarina.

Na primeira instância, o pedido foi julgado procedente, *"a fim de declarar a nulidade da Portaria n. 790/2007, por violação ao art. 231, § 1º, da Constituição Federal e o art. 17 do Estatuto do Índio"*, com determinação, ademais, de *"imediata suspensão dos efeitos da Portaria n. 790/2007, até o trânsito em julgado desta sentença, com o objetivo de preservar os bens jurídicos objetos da lida e, com isso, garantir a exequibilidade desta sentença"* (fl. 1431-e).

Contra essa sentença, apelaram o Ministério Público Federal, a União e a FUNAI. O Tribunal Regional Federa da 4ª Região proveu a apelação do MPF e deu parcial provimento aos recursos dos demais para reconhecer a legalidade da Portaria 790/2007.

Contudo, na sequência, o Movimento de Defesa da Propriedade e da Dignidade - DPD, os Municípios de Cunha Porã e Saudades e o Estado de Santa Catarina opuseram embargos de declaração, os quais foram acolhidos, com efeitos infringentes, para negar provimento às apelações - ou seja, foi restabelecida a sentença de procedência do pedido.

Esse acórdão restou assim ementado:

> ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. OCORRÊNCIA. INTEGRAÇÃO. EFEITOS INFRINGENTES. TERRAS INDÍGENAS. MARCO REFERENCIAL DA OCUPAÇÃO. RENITENTE ESBULHO. INEXISTÊNCIA. PRECEDENTES DO STF. 1. Os embargos de declaração destinam-se à supressão de omissão, contradição ou obscuridade na decisão impugnada. Constatada a ausência de enfrentamento de questão relevante para a solução do litígio, impõe-se a integração do julgado. 2. O conceito de terras 'tradicionalmente ocupadas' por índios, previsto o artigo 231, § 6º, da Constituição Federal de 1988, foi explicitado pelo Supremo Tribunal Federal, com a edição da súmula n.º 650, que dispõe: 'os incisos I e XI do art. 20 da Constituição Federal não alcançam terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto.' O marco temporal de ocupação, para o reconhecimento de terra indígena, é a data da promulgação da Constituição Federal, em 05 de outubro de 1988, ressalvada a hipótese de renitente esbulho. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. 3. O esbulho renitente da posse não se confunde com ocupação remota ou desocupação forçada, ocorrida no passado. Para sua configuração, é indispensável a existência de situação de efetivo conflito possessório que, mesmo iniciado no passado, ainda persista até o marco demarcatório temporal atual (vale dizer, a data da promulgação da Constituição de 1988). E esse conflito deve materializar-se em circunstâncias de fato ou controvérsia possessória judicializada.

Pois bem.

A despeito do louvável esforço argumentativo, a requerente não demonstrou de modo inequívoco possuir qualidade de litisconsorte passivo necessário, nos termos do art. 114 do CPC/2015, assim redigido:

> Art. 114. O litisconsórcio será necessário por disposição de lei ou quando,

> pela natureza da relação jurídica controvertida, a eficácia da sentença depender da citação de todos que devam ser litisconsortes.

Acerca do quanto alegado no requerimento, compactuo do entendimento de que no atual regime constitucional não se mostra apropriado conceder tratamento de incapacidade civil aos indígenas - o que conduzia à tutela orfanológica exercida pela FUNAI, nos termos do art. 7º do Estatuto do Índio, editado no anterior regime constitucional -, em especial pelo disposto no art. 232 da Constituição Federal, *in verbis*:

> Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações **são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses**, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.

Todavia, apesar da capacidade postulatória assentada pela Constituição Federal, não está configurada a condição de litisconsorte necessário da comunidade indígena requerente.

É que o ato questionado na petição inicial decorre de procedimento destinado a demarcar terra indígena, atividade de competência da FUNAI, conforme se extrai dos arts. 19 do Estatuto do Índio (Lei 6.001/1973) e 1º do Decreto 1.775/1996, abaixo reproduzidos:

> Art. 19. As terras indígenas, **por iniciativa e sob orientação do órgão federal de assistência ao índio**, serão administrativamente demarcadas, de acordo com o processo estabelecido em decreto do Poder Executivo.
>
> Art. 1º As terras indígenas, de que tratam o art. 17, I, da Lei n° 6001, de 19 de dezembro de 1973, e o art. 231 da Constituição, **serão administrativamente demarcadas por iniciativa e sob a orientação do órgão federal de assistência ao índio**, de acordo com o disposto neste Decreto.

Sobre o aludido "órgão federal de assistência ao índio", a Lei 5.371/1967 autorizou a instituição da Fundação Nacional do Índio, cujas finalidades foram estabelecidas no art. 1º, a saber:

> I - estabelecer as diretrizes e garantir o cumprimento da política indigenista, baseada nos princípios a seguir enumerados:
> a) respeito à pessoa do índio e as instituições e comunidades tribais;
> b) garantia à posse permanente das terras que habitam e ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nela existentes;
> c) preservação do equilíbrio biológico e cultural do índio, no seu contato com a sociedade nacional;
> d) resguardo à aculturação espontânea do índio, de forma a que sua evolução sócio-econômica se processe a salvo de mudanças bruscas;
> II - gerir o Patrimônio Indígena, no sentido de sua conservação, ampliação e valorização;
> III - promover levantamentos, análises, estudos e pesquisas científicas sobre o índio e os grupos sociais indígenas;
> IV - promover a prestação da assistência médico-sanitária aos índios;
> V - promover a educação de base apropriada do índio visando à sua progressiva integração na sociedade nacional;

> VI - despertar, pelos instrumentos de divulgação, o interesse coletivo para a causa indigenista;
> VII - exercitar o poder de polícia nas áreas reservadas e nas matérias atinentes à proteção do índio.
> Parágrafo único. A Fundação exercerá os poderes de representação ou assistência jurídica inerentes ao regime tutelar do índio, na forma estabelecida na legislação civil comum ou em leis especiais.

Quanto ao caso concreto, os autores postulam a anulação da Portaria 970/2007, do Ministro de Estado da Justiça, em que declarada determinada área como terra indígena ("Terra Indígena de Araça'y", nome próprio também grafado nos autos como "Araça'i"), ou seja, pedem a anulação de ato decorrente de procedimento realizado pela FUNAI, com base na legislação federal acima citada, em terras que, a princípio, pertencem à União, mas destinadas à posse permanente dos indígenas, nos termos do arts. 20, XI, e 231, § 2º, da Constituição Federal, que dispõem:

> Art. 20. São bens da União:
> (...)
> XI - as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.
>
> 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.
> (...)
> § 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.

Pelo que se extrai da Constituição Federal e da legislação já referida, a comunidade indígena requerente **não realiza o procedimento demarcatório e nem pratica o ato destinado à concretização da demarcação** (o que compete ao Poder Executivo, nos termos do art. 19 do Estatuto do Índio), por isso não possui legitimidade para ser parte na demanda.

Dito de outro modo, **a presente demanda não tem como objeto ato praticado pela própria comunidade indígena**, e sim ato administrativo que a tem como beneficiária.

Por outro lado, a condição de beneficiária do ato jurídico questionado faz configurar a condição da comunidade indígena de juridicamente interessada na presente demanda, sem sombra de dúvida, pois o procedimento conduzido pela FUNAI visa ao cumprimento do quanto disposto no *caput* do art. 231 da Constituição Federal:

> 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**.

Nessa linha de consideração foi a decisão tomada no Supremo Tribunal Federal pelo o Min. Edson Fachin na ACO 1.100, publicada no DJe de 1º/3/2016:

> (...) Outras providências de saneamento do feito antes do julgamento

> - VINDA AOS AUTOS DA COMUNIDADE INDÍGENA:
>
> O caso em tela revela como escopo final o impedimento da ampliação da terra indígena Ibirama La-Klãnô por meio de nova demarcação que, segundo afirmam os autores, incidirá sobre terras de sua propriedade. De outro lado, qualquer decisão a ser proferida no presente feito tem o potencial de atingir a esfera de direitos dos índios da etnia Xokleng, uma vez que estes possuem uma demarcação administrativa de terras reconhecida pela FUNAI e pela UNIÃO, em face da Portaria 1128/2003 - MJ.
>
> Em ações da natureza da presente, tenho concluído que, da redação do artigo 232 da Constituição Federal, dessume-se que os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses. Isso em decorrência de todo o arcabouço constitucional, que retirou os indígenas de uma esfera protetiva-diminutiva de suas capacidades, e reconheceu-lhes, dentro de uma noção plural de sociedade que pretendeu regular, a mesma capacidade conferida aos demais cidadãos brasileiros na defesa de seus direitos.
>
> A partir das duas premissas expostas, concluo pela necessidade de inclusão da Comunidade Indígena Xokleng, **na qualidade de parte interessada no processo**, devendo ser retificada a autuação do feito.
>
> Assim, sem prejuízo das determinações contidas no despacho anteriormente prolatado (e que ainda está em fase de cumprimento de diligências), determino a expedição de carta de ordem ao Juízo Federal da Subseção Judiciária de Rio do Sul, Estado de Santa Catarina, a fim de que se providencie a regular notificação da Comunidade Indígena Xokleng, para que, querendo, manifeste-se no processo, uma vez que a terra demarcada situa-se em área sob sua jurisdição (**grifei**).

Ante o exposto, **DEFIRO** tão somente o ingresso nos autos da Comunidade Indígena Guarani na qualidade de **assistente simples** da União e da FUNAI, nos termos do art. 119, *caput* e parágrafo único, e 121 do CPC/2015.

As demais questões apresentadas na petição estão relacionadas aos recursos especiais interpostos nos autos, por isso não serão apreciadas no presente momento.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 15 de abril de 2019.

MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES
Relator