

31/08/2020

PLENÁRIO

REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO RESCISÓRIA 2.750 RIO GRANDE DO SUL

RELATORA : **MIN. ROSA WEBER**
AUTOR(A/S)(ES) : **COMUNIDADE INDÍGENA DO POVO KAINGANG DE TOLDO BOA VISTA**
ADV.(A/S) : **RAFAEL MODESTO DOS SANTOS E OUTRO(A/S)**
RÉU(É)(S) : **ALAN JOSE FERNANDES**
ADV.(A/S) : **JOSE IDEMAR RIBEIRO**
LIT.ATIV. : **UNIÃO**
PROC.(A/S)(ES) : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**

EMENTA

TUTELA DE URGÊNCIA EM AÇÃO RESCISÓRIA. EXCEPCIONALIDADE DA MEDIDA. SUSPENSÃO DOS EFEITOS DE ACORDÃO PROFERIDO EM AÇÃO ANULATÓRIA DE DEMARCAÇÃO DE TERRA INDÍGENA. PLEITO DA COMUNIDADE INDÍGENA AFETADA JUSTIFICADO NA AUSÊNCIA DE SUA CITAÇÃO NO PROCESSO ANULATÓRIO. DEBATE SOBRE A LEGITIMIDADE DA COMUNIDADE INDÍGENA. LIMINAR REFERENDADA. ART. 21, V, DO RISTF.

Tutela de urgência visando a suspensão dos efeitos de acordo proferido em ação anulatória de procedimento demarcatório de terra indígena.

Alegação de legitimidade da comunidade indígena para ingressar em Juízo, fundada no art. 232 da Constituição Federal, art. 37 da Lei nº 6.001/73, art. 2º, 1º, 2º, "a", da Convenção nº 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais e art. 2º, § 3º, do Decreto nº 1.775/96, e da necessidade de integrar o processo que buscou a anulação da demarcação de sua terra.

Presentes os requisitos legais para a concessão da tutela de urgência.

Medida liminar referendada.

ACÓRDÃO

AR 2750 MC-REF / RS

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em referendar a liminar concedida para suspender os efeitos da decisão transitada em julgado, proferida na ação anulatória nº 5006463-32.2012.404.7006/PR, que tramitou perante a Justiça Federal, Subseção de Guarapuava/PR, objeto do recurso extraordinário com agravo nº 1.038.545, nos termos do voto da Relatora e por maioria de votos, vencidos o Ministro Marco Aurélio e Gilmar Mendes, em sessão virtual do Pleno de 21 a 28 de agosto de 2020, na conformidade da ata do julgamento. Falou, pela autora, o Dr. Rafael Modesto dos Santos. Não participou deste julgamento, por motivo de licença médica, o Ministro Celso de Mello.

Brasília, 2 de setembro de 2020.

Ministra Rosa Weber
Relatora

31/08/2020

PLENÁRIO

REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO RESCISÓRIA 2.750 RIO GRANDE DO SUL

RELATORA : **MIN. ROSA WEBER**
AUTOR(A/S)(ES) : **COMUNIDADE INDÍGENA DO POVO KAINGANG DE TOLDO BOA VISTA**
ADV.(A/S) : **RAFAEL MODESTO DOS SANTOS E OUTRO(A/S)**
RÉU(É)(S) : **ALAN JOSE FERNANDES**
ADV.(A/S) : **JOSE IDEMAR RIBEIRO**
LIT.ATIV. : **UNIÃO**
PROC.(A/S)(ES) : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**

RELATÓRIO

A Senhora Ministra Rosa Weber (Relatora): Trata-se de **pedido de tutela de urgência** em Ação Rescisória pelo qual a autora requer a *suspensão dos efeitos do acórdão* proferido nos autos do ARE 1.038.545, transitado em julgado em 28.10.2017, Relator o Ministro Dias Toffoli.

Com fundamento no **art. 21, V, do RISTF**, **deferiu a tutela de urgência** para *“suspender os efeitos da decisão transitada em julgado, proferida na ação anulatória nº 5006463-32.2012.404.7006/PR, que tramitou perante a Justiça Federal, Subseção de Guarapuava/PR, objeto do recurso extraordinário com agravo nº 1.038.545”*, nos seguintes termos:

“Vistos etc.

Cuida-se de Ação Rescisória ajuizada em **12.6.2019** pela COMUNIDADE INDÍGENA DO POVO KAINGANG DA TERRA INDÍGENA DE TOLDO BOA VISTA, com fulcro no art. 966, V, do CPC/2015, visando à desconstituição de decisão monocrática proferida pelo Ministro Dias Toffoli, negatória de seguimento ao **ARE 1038545**, transitada em julgado em **28.10.2017**. Eis o teor da decisão rescindenda:

“Vistos. Tratam-se de agravos contra decisões que inadmitiram recursos extraordinários interpostos pelo

AR 2750 MC-REF / RS

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL – MPF e pela FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO – FUNAI contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado:

“DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO ADMINISTRATIVO. TERRAS TRADICIONALMENTE OCUPADAS PELOS ÍNDIOS. CF/88, ART. 231. DEMARCAÇÃO. MARCO TEMPORAL. ESBULHO RENITENTE. NÃO CONFIGURAÇÃO.

1. O conceito de 'terras tradicionalmente ocupadas pelos índios' não abrange terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto, conforme o enunciado da Súmula 650/STF.

2. A configuração de 'terra tradicionalmente ocupada pelos indígenas', bem da União suscetível de demarcação, cuja posse e fruição é assegurada às comunidades indígenas a ela vinculadas, à exclusão de qualquer outro, conforme previsto no art. 231 e parágrafos da Constituição da República, dado o requisito temporal fixado pelo STF no julgamento da Petição 3.388 (caso 'Raposa Serra do Sol'), exige que ditas terras estivessem sendo tradicionalmente ocupadas pelos indígenas na data de 05 de outubro de 1988, ou que, não sendo mais por eles ocupadas naquela data em face de desalojamento coercitivo, tenham sido por eles ocupadas no passado e fossem, quando da promulgação da Constituição de 1988, objeto de efetiva disputa possessória entre índios e não índios, configurando-se, assim, o 'esbulho renitente'.

3. Se, em outubro de 1988, a relação da comunidade indígena com a terra da qual fora desalojada no passado limita-se a incursões ocasionais, ou a iniciativas esparsas no sentido de

AR 2750 MC-REF / RS

reaver a terra, ou a anseios pelo grupo de retorno ao local, não estão presentes elementos suficientes para configurar o 'esbulho renitente', que, conforme entendimento emanado do STF, exige conflito possessório efetivo.

4. Remessa oficial e apelações desprovidas." (e-STJ fl. 1.272 – volume eletrônico nº 5).

Opostos embargos de declaração pela FUNAI (e-STJ fls. 1.280-1.306), os quais foram parcialmente providos para fins de prequestionamento (e-STJ fl. 1.332 do volume eletrônico nº 5).

No recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público Federal, sustenta-se violação do artigo 231, §§ 1º, 2º, 4º e 6º, da Constituição Federal (e-STJ fls. 1.342-1.353 – vol. eletrônico nº 5).

Já no apelo extraordinário interposto pela FUNAI, alega-se contrariedade aos artigos 5º, incisos XXXV, LIV e LV; 20, inciso XI; e 231 da Constituição (e-STJ fls. 1.386-1.4616 – vol. eletrônico nº 5).

Contrarrazoados, os apelos extraordinários foram inadmitidos (e-STJ fls. 1.501-1.507 e fls. 1.510-1.516 – vol. eletrônico nº 5).

Decido.

Não merecem prosperar os recursos.

No caso em tela, o Tribunal **a quo** confirmou a sentença de primeiro grau por outros fundamentos, sob o entendimento de que processo demarcatório em questão seria nulo, não apenas em razão da **nulidade procedimental, relativa à ausência de levantamento fundiário**, mas também em razão de equívoco na identificação da área como "terra tradicionalmente ocupada por índios", conforme previsto no art. 231 da Constituição Federal, com os balizamentos conferidos pelo Supremo Tribunal Federal. Extrai-se do voto condutor do acórdão recorrido:

AR 2750 MC-REF / RS

“(…) Quanto ao mérito, julgo que a sentença de procedência da demanda deve ser confirmada, mas por fundamentos diversos daqueles por ela adotados.

Com efeito, **julgo que a mácula no processo demarcatório que atingiu a propriedade da parte autora não se limita a nulidades procedimentais (falta do levantamento fundiário)**. Em verdade, há equívoco na própria identificação da área como ‘terra tradicionalmente ocupada por índios’, conforme previsto no art. 231 da CF/88, na ótica conferida à questão pelo Supremo Tribunal Federal (…).” (e-STJ fl. 1.263 – volume eletrônico nº 5). grifei

Verifica-se, assim, que há no aresto recorrido fundamento infraconstitucional suficiente à sua manutenção, não impugnado mediante recurso especial pelo Ministério Público Federal. Desse modo, **incide, no apelo extraordinário interposto pelo Parquet federal, o óbice da Súmula nº 283 desta Corte, que assim dispõe, in verbis:**

“É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles”.

Observa-se, ademais, que o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o recurso especial interposto pela FUNAI, assim decidiu quanto ao ponto:

“(…) O pedido em tela foi julgado improcedente pelas instâncias ordinárias ao fundamento de que, além de não restar demonstrada a realização do levantamento fundiário exigido pelo artigo 2º, § 1º, do Decreto nº 1.775/1996 e pelo artigo 1º, sexta parte da Portaria nº 14, de 09 de janeiro de 1996, do Ministério da Justiça, também não estariam presentes

AR 2750 MC-REF / RS

os elementos aptos a configurar ‘esbulho renitente’, que exige conflito possessório efetivo.

(...) **O primeiro fundamento adotado pelo Tribunal a quo merece ser mantido. A esse respeito, esta Corte de Justiça, nos autos do RESP 1551033/PR, examinando controvérsia idêntica à ora posta proferiu entendimento no sentido de que a fase de levantamento fundiário é etapa obrigatória nos procedimentos de demarcação de terra indígena.**

(...) Dessarte, resta evidenciado que houve o descumprimento do devido processo legal administrativo, ensejador de vício de nulidade. Assim, estando a decisão a quo em sintonia com a jurisprudência desta Corte a respeito do tema, incide, à espécie, o enunciado da Súmula 568/STJ.

(...) Ante o exposto, com fulcro no art. 932, III, do CPC/2015 c/c o art. 253, parágrafo único, I, do RISTJ, **não conheço do recurso especial.**” (REsp nº 1.569.134/PR, Relator o Ministro Mauro Campbell Marques, DJe de 17/10/16 – e-STJ fls. 1.593-1.596 do vol. eletrônico nº 6 – grifei).

Dessa decisão, a FUNAI interpôs agravo interno, ao qual a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça negou provimento (e-STJ fl. 1.623 – vol. eletrônico nº 6).

Com o trânsito em julgado do acórdão proferido pelo STJ no REsp nº 1.569.134/PR (e-STJ fl. 1.623 – vol. eletrônico nº 6), permanece suficiente o fundamento infraconstitucional adotado pelo acórdão ora recorrido. **Essa situação inviabiliza o recurso extraordinário da FUNAI, também com base na supracitada Súmula nº 283/STF.**

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO.

AR 2750 MC-REF / RS

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. NULIDADE DE ATO ADMINISTRATIVO E PEDIDO DE REINTEGRAÇÃO AO CARGO. FUNDAMENTO INFRACONSTITUCIONAL SUFICIENTE INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 283 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO” (ARE nº 642.414-AgR/RO, Primeira Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 9/4/2012).

“AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRECLUSÃO DE FUNDAMENTO INFRACONSTITUCIONAL SUFICIENTE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 283 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PARA O SEST/SENAT. EMPRESA DO SETOR DE TRANSPORTE. CONSTITUCIONALIDADE. 1. Incidência da Súmula 283/STF, ante o trânsito em julgado da matéria infraconstitucional de que se valeu a instância judicante de origem para a solução da causa. Matéria que é suficiente para a manutenção da decisão recorrida. 2. O Supremo Tribunal Federal tem decidido pela constitucionalidade da contribuição destinada ao SEST/SENAT. 3. Agravo regimental a que se nega provimento (RE nº 481.772- AgR/MG, Segunda Turma, Relator o Ministro Ayres Britto, DJe de 10/3/12).

Ante o exposto, nos termos do artigo 21, §1º do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, conheço dos agravos para negar seguimento aos recursos extraordinários do MPF e da FUNAI.” (ARE 1038545, Rel. Ministro Dias Toffoli, decisão monocrática, DJe 1º.9.2017, destaques do original – juntada pela autora no evento 11)

AR 2750 MC-REF / RS

Apontam-se violados a Convenção 169 da OIT, os arts. 1º, III, 5º, XXXV, e LIV, 231 e 232 da Constituição Federal, bem como os arts. 114 e 115, I, e parágrafo único, do Código de Processo Civil.

Informa-se, na origem, tratar-se de ação ajuizada no ano de 2012 perante a Justiça Federal, Subseção de Guarapuava/PR, por ALAN JOSE FERNANDES, sob nº 5006463-32.2012.404.7006/PR, pela qual pleiteada a nulidade – na parte da área que alegadamente lhe pertence – do processo de demarcação da *terra indígena Toldo Boa Vista, do povo Kaingang*, que resultou na **Portaria Declaratória nº 1.794/2007 do Ministério da Justiça**. Alega, a comunidade ora autora, jamais ter sido citada na mencionada ação, a implicar sua nulidade, ante o litisconsórcio necessário não devidamente formado, fundamento invocado para pleitear a procedência desta ação rescisória.

Extrai-se, dos documentos juntados com a inicial da presente ação rescisória, que a mencionada ação anulatória foi proposta exclusivamente em face da União e da Fundação Nacional do Índio (evento 3, p. 4). Pela FUNAI, foi pleiteada, em contestação, a denúncia da lide ao Estado do Paraná, o que restou indeferido (evento 6, p. 145). A sentença julgou-a procedente (evento 6, p. 144-53) ao seguinte fundamento: “**não restou comprovada a realização do levantamento fundiário exigido pelo artigo 2º, §1º, do Decreto nº 1.775/1996 e pelo artigo 1º, sexta parte, da Portaria nº 14, de 09 de janeiro de 1996, do Ministério da Justiça, o que vicia de forma irremediável a Portaria nº 1.794/2007.**” (evento 6, p. 151).

O Tribunal Regional Federal da Quarta Região negou provimento às apelações interpostas, em acórdão sob a seguinte ementa:

“DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO ADMINISTRATIVO. TERRAS TRADICIONALMENTE OCUPADAS PELOS ÍNDIOS. CF/88, ART. 231. DEMARCAÇÃO. MARCO TEMPORAL. ESBULHO RENITENTE. NÃO CONFIGURAÇÃO.

1. O conceito de 'terras tradicionalmente ocupadas

AR 2750 MC-REF / RS

pelos índios' não abrange terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto, conforme o enunciado da Súmula 650/STF.

2. A configuração de 'terra tradicionalmente ocupada pelos indígenas', bem da União suscetível de demarcação, cuja posse e fruição é assegurada às comunidades indígenas a ela vinculadas, à exclusão de qualquer outro, conforme previsto no art. 231 e parágrafos da Constituição da República, dado o requisito temporal fixado pelo STF no julgamento da Petição 3.388 (caso 'Raposa Serra do Sol'), exige que ditas terras estivessem sendo tradicionalmente ocupadas pelos indígenas na data de 05 de outubro de 1988, ou que, não sendo mais por eles ocupadas naquela data em face de desalojamento coercitivo, tenham sido por eles ocupadas no passado e fossem, quando da promulgação da Constituição de 1988, objeto de efetiva disputa possessória entre índios e não índios, configurando-se, assim, o 'esbulho renitente'.

3. Se, em outubro de 1988, a relação da comunidade indígena com a terra da qual fora desalojada no passado limita-se a incursões ocasionais, ou a iniciativas esparsas no sentido de reaver a terra, ou a anseios pelo grupo de retorno ao local, não estão presentes elementos suficientes para configurar o 'esbulho renitente', que, conforme entendimento emanado do STF, exige conflito possessório efetivo.

4. Remessa oficial e apelações desprovidas." (evento 8, p. 36)

Do acórdão regional, foram interpostos **recurso especial** pela FUNAI (admitido – evento 8, p. 263) e **recursos extraordinários** pela FUNAI e pelo Ministério Público Federal (não admitidos – evento 8, p. 265-72 e p. 274-80, respectivamente).

Interpostos agravos de recurso extraordinário pela FUNAI e pelo MPF (evento 9, p. 1-8 e 11-22, respectivamente), foram

AR 2750 MC-REF / RS

eles conhecidos pela decisão ora rescindenda que, todavia, **negou seguimento** aos respectivos recursos extraordinários.

Ao recurso especial interposto pela FUNAI, foi **negado provimento** por acórdão do Superior Tribunal de Justiça sob a seguinte ementa:

“ADMINISTRATIVO. DECLARAÇÃO DE OCUPAÇÃO INDÍGENA. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. PROCEDIMENTO DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS. DECRETO 1.775/96. ATIVIDADE VINCULADA. NECESSIDADE DE PROMOVER O LEVANTAMENTO DA ÁREA A SER DEMARCADA. A DESOCUPAÇÃO DOS POSSUIDORES NÃO INDÍGENAS PRESSUPÕE DEVIDO PROCESSO LEGAL.

1. Inexiste omissão no acórdão de origem, porquanto houve declaração expressa que o levantamento fundiário é elemento essencial à demarcação da área indígena.

2. O procedimento de demarcação das terras indígenas, regulado pelo Decreto 1.775/96, estabelece sete etapas à sua conclusão, sendo expresso em seu art. 2º a necessidade de ser elaborado um estudo técnico antropológico e levantamento da área demarcada. Nesse sentido, é dever da Administração agir em estrita legalidade, não havendo nessa atividade espaço para locuções de conveniência e oportunidade.

3. O descumprimento do devido processo legal administrativo enseja vício de nulidade, uma vez que os procedimentos atinentes à demarcação das terras indígenas não foram regularmente observados pela FUNAI, revelando, assim, ausência de direito irrefutável à demarcação da área.

4. Outrora, a medida que se busca com a manutenção do acórdão de origem é garantir a estrita legalidade à consecução de um direito de ocupação inviolável e inalienável dado aos índios, que, por sua vez, não abrange a determinação de desocupação de sujeitos privados de

AR 2750 MC-REF / RS

uma área em análise sem a observância dos requisitos legais.

Recurso especial improvido.” (evento 9, p. 52)

Invoca-se a competência desta Corte Suprema para julgar a rescisória ante a incidência do disposto na Súmula 249/STF, ao fundamento de que a decisão rescindenda **apreciou a questão federal controvertida**, especialmente pelo teor dos seguintes trechos que dela extrai: *“permanece suficiente o fundamento infraconstitucional adotado pelo acórdão ora recorrido”; “verifica-se, assim, que há no aresto recorrido fundamento infraconstitucional suficiente à sua manutenção” e “observa-se, ademais, que o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o recurso especial interposto pela FUNAI, assim decidiu quanto ao ponto: ‘(...) O pedido em tela foi julgado improcedente pelas instâncias ordinárias ao fundamento de que, além de não restar demonstrada a realização do levantamento fundiário exigido pelo artigo 2º, § 1º, do Decreto nº 1.775/1996 e pelo artigo 1º, sexta parte da Portaria nº 14, de 09 de janeiro de 1996, do Ministério da Justiça, também não estariam presentes os elementos aptos a configurar ‘esbulho renitente’, que exige conflito possessório efetivo’”*.

Pede, em sede liminar, *“a suspensão dos efeitos do acórdão impugnado”*.

Em despacho datado de 13.06.2019 (evento 26), determinei a prévia citação e intimação do réu para manifestação em 5 dias sobre o pedido de liminar, bem como a intimação da União para, caso queira, integrar a relação processual.

O réu se manifestou (eventos 34 e 37) pelo indeferimento do pedido de urgência, pela incompetência desta Suprema Corte para julgar esta ação rescisória, pela ausência de legitimidade e interesse jurídico da autora, pela inépcia da inicial ante a ausência de pleito de citação da União, da FUNAI e do advogado do requerido (porque titular dos honorários advocatícios arbitrados no processo principal) e, no mérito, pela improcedência da ação.

A União requereu o ingresso no feito na qualidade de

AR 2750 MC-REF / RS

litisconsorte ativo e se manifestou favoravelmente à concessão da liminar (evento 45).

A Procuradora-Geral da República manifestou-se favoravelmente à concessão da liminar (evento 47).

É o relato do necessário. Passo a decidir.

Aprecio, neste momento, apenas o pedido de liminar.

Para tal fim, registro inicialmente que, *in casu*, busca a autora a rescisão de decisão monocrática do Ministro Dias Toffoli no ARE 1038545, que conheceu “*dos agravos para negar seguimento a recursos extraordinários do MPF e da FUNAI*” (evento 11).

De sua leitura, constato que, quanto ao recurso extraordinário do MPF, referida decisão fundou-se no seguinte argumento: “*há no aresto recorrido fundamento infraconstitucional suficiente à sua manutenção, não impugnado mediante recurso especial pelo Ministério Público Federal. Desse modo, incide, no apelo extraordinário interposto pelo Parquet federal, o óbice da Súmula nº 283 desta Corte, que assim dispõe, in verbis: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles”.*”

Lado outro, quanto ao recurso extraordinário da FUNAI, a decisão rescindenda fundou-se no seguinte argumento: “*Com o trânsito em julgado do acórdão proferido pelo STJ no REsp nº 1.569.134/PR (e-STJ fl. 1.623 – vol. eletrônico nº 6), permanece suficiente o fundamento infraconstitucional adotado pelo acórdão ora recorrido. Essa situação inviabiliza o recurso extraordinário da FUNAI, também com base na supracitada Súmula nº 283/STF.*”

Da análise da decisão rescindenda – nesta sede perfunctória, própria das liminares –, no que pertine à afirmação, nela constante, quanto à *suficiência* “do fundamento infraconstitucional adotado pelo acórdão recorrido”, entendo possível a fixação da competência desta Corte Suprema para processamento da ação rescisória com fundamento no art. 102, I, j, da Constituição da República, o que faço com esteio na

AR 2750 MC-REF / RS

Súmula 249 desta Corte:

“É COMPETENTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA A AÇÃO RESCISÓRIA, QUANDO, EMBORA NÃO TENDO CONHECIDO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO, OU HAVENDO NEGADO PROVIMENTO AO AGRAVO, TIVER APRECIADO A QUESTÃO FEDERAL CONTROVERTIDA.”

Prossigo e, presentes os requisitos legais, **defiro o pedido de benefício da gratuidade da justiça** (art. 98 do CPC e art. 21, XIX, do RISTF).

Quanto à tempestividade, transitada em julgado a decisão rescindenda em **28.10.2017** e ajuizada a ação rescisória em **12.6.2019**, tem-se como observado o biênio do artigo 975 do CPC.

Na presente hipótese, aponta-se, com lastro no art. 966, V, do CPC/2015, vício processual consistente em ausência de litisconsórcio passivo necessário em ação anulatória de procedimento demarcatório de terra indígena, porque não integrado, naquela ação, pela comunidade indígena ora autora.

Conquanto entenda raríssimas as hipótese para concessão de medida liminar em ação rescisória – tal a força da coisa julgada e a precariedade da análise, em sede de liminar, das questões jurídicas invocadas –, no presente caso entendo presentes o *fumus boni iuris* para justificar seu deferimento.

De fato, das provas juntadas com a inicial, possível extrair, nesta análise prefacial, a ausência da ora autora como parte no litígio original.

A legitimidade das comunidades indígenas para ingressar em juízo é reconhecida pelo art. 232 da Constituição Federal (destaquei):

“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.”

AR 2750 MC-REF / RS

No mesmo sentido o art. 37 da Lei nº 6.001/73 (destaquei):

“Art. 37. Os grupos tribais ou comunidades indígenas são partes legítimas para a defesa dos seus direitos em juízo, cabendo-lhes, no caso, a assistência do Ministério Público Federal ou do órgão de proteção ao índio.”

A Convenção nº 169 da OIT *sobre Povos Indígenas e Tribais*, promulgada no país pelo Decreto nº 5.051/2004, prevê (destaquei):

“Artigo 2º

1. Os governos deverão assumir a responsabilidade de desenvolver, com a participação dos povos interessados, uma ação coordenada e sistemática com vistas a **proteger os direitos desses povos e a garantir o respeito pela sua integridade.**

2. Essa ação deverá incluir medidas:

a) **que assegurem aos membros desses povos o gozo, em condições de igualdade, dos direitos e oportunidades que a legislação nacional outorga aos demais membros da população;”**

O Decreto nº 1.775/96, que *dispõe sobre o procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas*, assim prevê em seu art. 2º, § 3º (destaquei):

“Art. 2º A demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios será fundamentada em trabalhos desenvolvidos por antropólogo de qualificação reconhecida, que elaborará, em prazo fixado na portaria de nomeação baixada pelo titular do órgão federal de assistência ao índio, estudo antropológico de identificação.

[...]

§ 3º **O grupo indígena envolvido, representado segundo suas formas próprias, participará do procedimento em todas as suas fases.”**

AR 2750 MC-REF / RS

No presente caso, em debate a ausência de integração, à lide anulatória de demarcação de terra, de comunidade indígena diretamente afetada pela demarcação.

A ausência da citação, caso julgada essencial, pode, em tese, de fato, levar à nulidade da mencionada ação anulatória. Assim dispõe o art. 115, I, do CPC (destaquei):

“Art. 115. A sentença de mérito, quando proferida sem a integração do contraditório, será:

I - nula, se a decisão deveria ser uniforme em relação a todos que deveriam ter integrado o processo;”

Não é novo, nesta Corte Suprema, o debate sobre a necessidade ou a possibilidade de comunidade indígena integrar lide a tratar de questão de seu interesse. Eis algumas decisões:

“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, deduz-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

AR 2750 MC-REF / RS

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.” (ACO 1100, Rel. Ministro Edson Fachin, decisão monocrática, DJe 1º.3.2016, destaquei)

“Ante a situação jurídica da requerente, passível de ser alcançada por decisão acolhendo o pedido inicial neste mandado de segurança, forçoso é concluir pelo interesse em participar da relação processual como parte passiva. Ao proferir voto na petição nº 3.388, assim assentei:

Nos termos do artigo 6º da Lei nº 4.717/1965, a ação popular será proposta também contra os beneficiários diretos do ato lesivo. Trata-se, da mesma maneira, de litisconsórcio passivo necessário:

[...]

É inegável serem as comunidades indígenas, de início, beneficiárias do ato de demarcação. Tanto são que, consoante o § 3º do artigo 2º do Decreto nº 1.775/1996, mostra-se necessária a participação do grupo indígena envolvido, segundo as formas próprias, em todas as fases do processo de demarcação:

§ 3º O grupo indígena envolvido, representado segundo suas formas próprias, participará do procedimento em todas as suas fases.

No curso do processo, as comunidades requereram o ingresso na qualidade de litisconsortes. O Plenário, porém, admitiu a intervenção apenas na condição de assistentes. Confiram trecho do voto do ministro Menezes Direito:

[...]

AR 2750 MC-REF / RS

Pois bem, imaginem se a presente ação for julgada procedente, anulando-se o processo demarcatório, não haverá clara nulidade, considerada a ausência da participação dos beneficiários, como litisconsortes? Não é porque o julgamento caminha no sentido da improcedência do pedido que será afastada a observância irrestrita das regras de direito processual, as quais visam, em última análise, a proteger as partes, dando credibilidade ao pronunciamento jurisdicional.

Ante o quadro, faz-se necessária a citação de entidades representativas das cinco etnias existentes na reserva Raposa Serra do Sol, sob pena de nulidade do processo.” (MS 28541, Rel. Ministro Marco Aurélio, decisão monocrática, DJe 31.10.2018, destaquei)

“Impõe-se, no presente caso, a citação da União Federal e da Comunidade Indígena Piaçaguera, na condição de litisconsortes passivos necessários. Trata-se, no caso, de intervenção “jussu judicis” (CPC/15, art. 115, parágrafo único).

A efetivação do ato citatório em referência constitui providência essencial ao regular prosseguimento da presente ação mandamental, pois a eventual concessão do mandado de segurança terá o condão de afetar a esfera jurídica de referidos sujeitos processuais, considerado o que prescrevem, quanto à União Federal, o art. 20, inciso XI, e, no que concerne à Comunidade Indígena Piaçaguera, o art. 231, § 2º, da Constituição da República.

É tão importante (e inafastável) a efetivação do ato processual em referência, com o conseqüente ingresso formal desses litisconsortes passivos necessários na presente causa mandamental – o que viabilizará, por imperativo constitucional, a instauração do contraditório –, que a ausência de referida medida (“in jus vocatio”),

AR 2750 MC-REF / RS

não obstante o rito especial peculiar ao mandado de segurança, poderá importar em nulidade processual, consoante adverte a jurisprudência dos Tribunais em geral, inclusive a desta Corte (RTJ 57/278 – RTJ 59/596 – RTJ 64/777 – RT 391/192, v.g.):

“No caso de litisconsórcio necessário, torna-se imprescindível a citação do litisconsorte, sob pena de nulidade do processo.” (Revista dos Tribunais, vol. 477/220 – grifei)

Desse modo, e pelas razões expostas, determino sejam citados, na condição de litisconsortes passivos necessários, a União Federal e a Comunidade Indígena Piaçaguera.” (MS 34250, Rel. Ministro Celso de Mello, decisão monocrática, DJe 09.2.2017, destaquei)

Recentemente a Ministra Cármen Lúcia deferiu medida cautelar na AR nº 2756 em que litigante a mesma comunidade indígena ora autora, em decisão sob a seguinte ementa e trecho que ora reproduzo:

“AÇÃO RESCISÓRIA COM REQUERIMENTO DE TUTELA PROVISÓRIA. INCS. V E VIII E INC. II DO § 2º DO ART. 966 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. ALEGAÇÃO DE CONTRARIEDADE A NORMA JURÍDICA E ERRO DE FATO. PLAUSIBILIDADE. IMINENTE DESOCUPAÇÃO DA ÁREA DISCUTIDA: URGÊNCIA CONFIGURADA. EFEITOS DA TUTELA ANTECIPADOS. PROVIDÊNCIAS PROCESSUAIS.

[...]

Sobre a observância ao que disposto no Decreto Legislativo n. 143/2002 e no Decreto Presidencial n. 5.051, de 19.4.2004, pelos quais internalizada a Convenção n. 169, da Organização Internacional do Trabalho, no que prevê o direito de participação das comunidades indígenas nas deliberações que afetem seus interesses e direitos, explicitou este Supremo Tribunal no julgamento dos

AR 2750 MC-REF / RS

embargos de declaração opostos do paradigmático ‘Caso Raposa Serra do Sol’ (Petição n. 3.388):

“67. A consulta aos indígenas é um elemento central da Convenção nº 169, da Organização Internacional do Trabalho. Essa convenção integra o Direito brasileiro, tendo sido internalizada pelo Decreto Legislativo nº 143/2002 e pelo Decreto Presidencial nº 5.051/2004, e foi considerada em diversas passagens do acórdão embargado. Mas esse direito de participação não é absoluto – como, de resto, nenhum outro. Sendo assim, certos interesses também protegidos pela Constituição podem excepcionar ou limitar, sob certas condições, o procedimento de consulta prévia. A defesa nacional é um exemplo acadêmico do que se acaba de dizer. Se questões estratégicas justificam até a aplicação de sigilo a informações de interesse público (CF/88, art. 5º, XXXIII), é natural que possam prescindir de prévia comunicação a quem quer que seja – aqui incluídas as comunidades indígenas. O tema também foi abordado pelo Ministro Menezes Direito, com referência expressa à Convenção (fl. 408):

‘Dessa forma, estando a terra indígena em faixa de fronteira, o que se dá no caso ora em exame, o usufruto dos índios sobre a terra estará sujeito a restrições sempre que o interesse público de defesa nacional esteja em jogo. A instalação de bases militares e demais intervenções militares a critério dos órgãos competentes, ao contrário do que parece se extrair da Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas e da Convenção nº 169 da OIT, será implementada independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à FUNAI. O mesmo deverá ocorrer quando o interesse da defesa nacional coincidir com a

AR 2750 MC-REF / RS

expansão da malha viária ou das alternativas energéticas e o resguardo de riquezas estratégicas, conforme manifestação favorável do Conselho de Defesa Nacional’.

68. Na mesma linha, confira-se trecho do voto do Ministro Celso de Mello (fl. 731):

‘A circunstância de a faixa de fronteira constituir área indispensável à segurança nacional, à defesa da integridade territorial do Brasil e à proteção da soberania nacional justifica , plenamente, todas as medidas preconizadas no voto que o eminente Ministro MENEZES DIREITO proferiu nesta causa, notadamente aquelas concernentes à desnecessidade de prévia autorização da FUNAI ou de consulta prévia às comunidades tribais interessadas, para efeito de instalação, em tais áreas indígenas, de unidades militares e de atuação, nessas mesmas áreas, de qualquer das Forças Singulares’.

69. Dessa forma, o acórdão não infirma os termos da Convenção nº 169/OIT, mas apenas destaca que, em linha de princípio, o direito de prévia consulta deve ceder diante de questões estratégicas relacionadas à defesa nacional. Naturalmente, o acórdão embargado não sugere – nem poderia sugerir – que a expressão “defesa nacional” possa ser usada como rótulo para qualquer tipo de fim, apenas como subterfúgio para afastar a participação dos indígenas. Via de regra, o planejamento das operações militares não envolverá a necessidade de prévia consulta. Situação inversa ocorrerá, por exemplo, em relação à construção de uma estrada, ainda que ela seja estrategicamente

AR 2750 MC-REF / RS

relevante para o País. Caberá às autoridades competentes e, conforme o caso, ao Poder Judiciário, fazer valer as disposições da Convenção, ponderando os interesses em jogo à luz do princípio da razoabilidade-proporcionalidade.

70. Por fim, conforme observado pelo Ministro Gilmar Mendes, a relevância da consulta às comunidades indígenas ‘não significa que as decisões dependam formalmente da aceitação das comunidades indígenas como requisito de validade’ (fl. 799). Os índios devem ser ouvidos e seus interesses devem ser honesta e seriamente considerados. Disso não se extrai, porém, que a deliberação tomada, ao final, só possa valer se contar com a sua aquiescência. Em uma democracia, as divergências são normais e esperadas. Nenhum indivíduo ou grupo social tem o direito subjetivo de determinar sozinho a decisão do Estado. Não é esse tipo de prerrogativa que a Constituição atribuiu aos índios” (trecho do voto do Relator, o Ministro Roberto Barroso, Plenário, DJe 3.2.2014).

11. Pelo exposto, defiro a antecipação dos efeitos da tutela pleiteada para suspender os efeitos da decisão transitada em julgado proferida na Ação Anulatória n. 5001335-13.2012.4.04.7012, objeto do Recurso Extraordinário com Agravo n. 1.181.112, reiterando não se ter com essa decisão antecipação sobre o mérito da matéria submetida a exame nesta ação rescisória.” (AR 2756, Rel. Ministra Cármen Lúcia, decisão monocrática, DJe 06.9.2019)

Exposta a existência de arcabouço jurídico a resguardar a legitimidade de comunidades jurídicas para estar em juízo na defesa de seus interesses, inclusive em processos administrativos de demarcação de suas terras, mostra-se

AR 2750 MC-REF / RS

robusto o argumento quanto à necessidade de sua citação em processos judiciais em que buscada a anulação da demarcação.

Presente, pois, para fins de apreciação liminar de pleito de urgência, o *fumus boni iuris* necessário a seu deferimento.

No que pertine ao *periculum in mora*, cuida-se de tema a envolver um coletivo de famílias, daí porque importante a ponderação feita pela Procuradora-Geral da República quanto ao “risco de intensificação do conflito nas áreas sujeitas a remoção dos indígenas, caso venha a ser determinada a desocupação forçada da área” (evento 47, p. 6).

Nesse sentido acórdão do Tribunal Pleno desta Corte Suprema, ao manter, em sede de agravo regimental, decisão monocrática da Ministra Cármen Lúcia, em que ponderado: “Caso como o presente, no qual comprovada possibilidade de confronto com risco para a integridade das pessoas e de vidas humanas que podem entrar em conflito, conduzem à prudente decisão de não se conduzir a alteração na situação fática, permitindo que se execute decisão que pode até mesmo revelar-se desnecessária, se o processo demarcatório, iniciado há mais de vinte anos, vier a ser concluído na forma determinado” (SL 1096 AgR, Relatora Ministra Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJe 25.9.2018) .

Da já mencionada recente decisão proferida em sede monocrática pela Ministra Cármen Lúcia na AR 2756, extraio ponderação de teor semelhante:

“O clima de violência resultante do iminente cumprimento da decisão rescindenda em desfavor dos indígenas, com graves consequências para todos, patenteia a configuração de situação justificadora da medida excepcional da antecipação dos efeitos da tutela pleiteada na presente ação rescisória, considerada a plausibilidade da alegação de manifesta afronta a norma jurídica, pela ausência de participação da comunidade indígena no processo anulatório, resultando em aparente contrariedade aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.”

AR 2750 MC-REF / RS

Ante o exposto, presentes os requisitos previstos no art. 300 do Código de Processo Civil, com fundamento no art. 5º, IV, c/c art. 21, V, do RISTF, **defiro, ad referendum** do Plenário desta Corte, a tutela de urgência para **suspender os efeitos da decisão transitada em julgado, proferida na ação anulatória nº 5006463-32.2012.404.7006/PR, que tramitou perante a Justiça Federal, Subseção de Guarapuava/PR, objeto do recurso extraordinário com agravo nº 1.038.545.**

Consigno que a presente decisão, tratando-se de provimento cautelar, é provisória, pode ser revogada a qualquer tempo e não representa antecipação da decisão de mérito.

Defiro o ingresso da União como litisconsorte ativa (evento 45) nos termos do art. 124 do CPC, bem como o chamamento da FUNAI para integrar a lide. Determino:

1. Inclua-se a União como litisconsorte ativa na autuação.
2. Intime-se a FUNAI para, no prazo de 15 (quinze) dias, manifestar seu interesse no feito.
3. Oficie-se à **Justiça Federal, Subseção de Guarapuava/PR, com cópia desta decisão para ciência.**

Publique-se. Intimem-se.”

Em atendimento ao disposto no **art. 21, V, do RISTF**, submeto a decisão em causa ao referendo do Plenário.

É o relatório.

31/08/2020

PLENÁRIO

REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO RESCISÓRIA 2.750 RIO GRANDE DO SUL

VOTO

A Senhora Ministra Rosa Weber (Relatora): Discute-se, no processo o reflexo da ausência de integração à lide anulatória de demarcação de terra, de comunidade indígena diretamente afetada pela demarcação.

Tratando-se de tutela de urgência em ação rescisória, consignei na decisão apresentada a referendo entender raríssimas as hipóteses para concessão de medida liminar nestes casos – tal a força da coisa julgada e a precariedade da análise, em sede de liminar, das questões jurídicas invocadas.

Todavia entendi presentes, na hipótese, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* necessários para o deferimento da medida.

Consigno que, na esteira deste entendimento, foram concedidas tutelas de urgência pelos Ministros Cármen Lúcia e Luís Roberto Barroso. Eis as ementas de suas decisões:

“AÇÃO RESCISÓRIA COM REQUERIMENTO DE TUTELA PROVISÓRIA. INCS. V E VIII E INC. II DO § 2º DO ART. 966 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. ALEGAÇÃO DE CONTRARIEDADE A NORMA JURÍDICA E ERRO DE FATO. PLAUSIBILIDADE. IMINENTE DESOCUPAÇÃO DA ÁREA DISCUTIDA: URGÊNCIA CONFIGURADA. EFEITOS DA TUTELA ANTECIPADOS. PROVIDÊNCIAS PROCESSUAIS.”
(AR 2756 MC, Rel. Ministra Cármen Lúcia, DJe 06.9.2019)

“DIREITO CONSTITUCIONAL. MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO RESCISÓRIA. ANULAÇÃO DE DEMARCAÇÃO DE TERRA INDÍGENA. COMUNIDADE INDÍGENA QUE

AR 2750 MC-REF / RS

NÃO INTEGROU A LIDE. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA.

1. Ação rescisória ajuizada pela Comunidade Indígena do Povo Kaingang contra acórdão que chancelou a anulação da demarcação das terras que ocupam.

2. O *fumus boni iuris* foi demonstrado, tendo em vista que a autora não teve a oportunidade de participar da demanda de origem e há diversos precedentes no sentido de que as comunidades indígenas devem atuar como litisconsortes em causas que digam respeito à demarcação de suas terras tradicionais (ACO nº 2.323, Rel. Min. Alexandre de Moraes, decisão monocrática, DJe 18.02.2019; MS nº 34.250 MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, j. 07.02.2017; MS nº 28.541, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 05/11/2018; AR nº 2.456-MC, Rel. Cármen Lúcia, DJe 06.09.2019; AR nº 2.750-MC, Rel. Min. Rosa Weber, DJe 07.10.2019).

3. O *periculum in mora* também foi demonstrado, tendo em vista que a comunidade indígena corre o risco de desocupação forçada das terras.

4. Medida cautelar deferida para suspender o processo de cumprimento de sentença." (AR 2761 MC, Rel. Ministro Luís Roberto Barroso, DJe 06.11.2019)

In casu, a liminar foi deferida porque reconhecidos o *periculum in mora*, notório pelas consequências da imposição da restrição ao crédito, e o *fumus boni iuris*, na esteira de diversos julgados deste Supremo Tribunal.

Nessa mesma linha, foram referendadas medidas cautelares ou tutelas de urgência na **AC 2939 MC-Ref** (Relator Ministro Celso de Mello, DJe 30.10.2014), na **AC 1896 MC** (DJe 1º.8.2008) e na **ACO 2733 MC-Ref** (DJe 22.9.2016), ambas como Relatora Ministra Cármen Lúcia, bem como na **ACO 2710 TA-Ref** (DJe 16.5.2016), **ACO 2716 MC-Ref** (DJe 13.5.2016), **ACO 2797 MC-Ref** (DJe 13.5.2016), **ACO 2623 TA-Ref** (DJe 29.10.2015), **ACO 2453 MC-Ref** (DJe 25.3.2015), **ACO 2680 TA-Ref** (DJe 10.8.2015) e **ACO 2159 MC-Ref** (DJe 02.6.2014), todas sob relatoria do Ministro Marco Aurélio.

AR 2750 MC-REF / RS

Ante o exposto, devidamente observados, na espécie, os requisitos legais para a concessão do pleito, **referendo** a medida liminar destacando que o endosso a provimento de natureza acautelatória em absoluto traduz a adoção de posicionamento a respeito da questão de fundo, enfrentada em oportunidade diversa.

É como voto.

REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO RESCISÓRIA 2.750 RIO GRANDE DO SUL

RELATORA : **MIN. ROSA WEBER**
AUTOR(A/S)(ES) : **COMUNIDADE INDÍGENA DO POVO KAINGANG DE TOLDO BOA VISTA**
ADV.(A/S) : **RAFAEL MODESTO DOS SANTOS E OUTRO(A/S)**
RÉU(É)(S) : **ALAN JOSE FERNANDES**
ADV.(A/S) : **JOSE IDEMAR RIBEIRO**
LIT.ATIV. : **UNIÃO**
PROC.(A/S)(ES) : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**

V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Observem a envergadura do ato perfeito e acabado por excelência – a coisa julgada. Situa-se no rol das garantias constitucionais. A mitigação pode ser obtida pela via da ação rescisória, prevista na Constituição Federal. O sinal de bom direito presente na ação de impugnação autônoma está a contrapor-se ao decidido em processo de conhecimento, pelo Supremo, não mais sujeito a recurso.

Dirirjo da Relatora para indeferir a liminar.

É como voto.

31/08/2020

PLENÁRIO

REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO RESCISÓRIA 2.750 RIO GRANDE DO SUL

RELATORA : **MIN. ROSA WEBER**
AUTOR(A/S)(ES) : **COMUNIDADE INDÍGENA DO POVO KAINGANG DE TOLDO BOA VISTA**
ADV.(A/S) : **RAFAEL MODESTO DOS SANTOS E OUTRO(A/S)**
RÉU(É)(S) : **ALAN JOSE FERNANDES**
ADV.(A/S) : **JOSE IDEMAR RIBEIRO**
LIT.ATIV. : **UNIÃO**
PROC.(A/S)(ES) : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES: Cuida-se de pedido de urgência em ação rescisória com a finalidade de rescindir a decisão monocrática proferida pelo Ministro Dias Toffoli no ARE 1.038.545, que, com base no art. 21, § 1º, do RISTF, não conheceu do agravo para negar seguimento a recursos extraordinários interpostos pelo MPF e pela Funai, tendo em vista a aplicação da súmula 283/STF e pela suficiência do fundamento infraconstitucional adotado pelo acórdão recorrido.

Trata-se, na origem, de ação ajuizada com vistas à declaração de nulidade do processo de demarcação da terra indígena Toldo Boa Vista, do povo Kaingang, que resultou na Portaria Declaratória nº 1.794/2007 do Ministério da Justiça.

Aponta-se, com lastro no art. 966, V, do CPC/2015, que houve vício processual em razão da ausência de litisconsórcio passivo necessário em ação anulatória de procedimento demarcatório de terra indígena, uma vez que a comunidade indígena diretamente afetada, ora autora, não integrara a lide.

Em 1º de outubro de 2019, a relatora da presente ação deferiu tutela de urgência para suspender os efeitos da decisão transitada em julgado, proferida na ação anulatória nº 5006463-32.2012.404.7006/PR, que

AR 2750 MC-REF / RS

tramitou perante a Justiça Federal, Subseção de Guarapuava/PR, objeto do recurso extraordinário com agravo nº 1.038.545.

A Min. Rosa Weber encaminha seu voto pelo referendo dessa medida liminar.

Peço vênia para divergir.

De pronto, registro que não compete ao Supremo Tribunal Federal o processamento e julgamento de ações rescisórias visando a desconstituir decisões proferidas por outros órgãos judiciários, não estando presente a hipótese prevista na alínea “j” do inciso I do art. 102 da CF, conforme passo a expor.

Inicialmente, em se tratando de incompetência absoluta, é possível ao órgão jurisdicional apreciar tal questão independentemente de pronunciamento das partes (*ex officio*), com fundamento no §1º art. 64 do CPC, a saber:

“Art. 64. A incompetência, absoluta ou relativa, será alegada como questão preliminar de contestação.

§1º. A incompetência absoluta pode ser alegada em qualquer tempo e grau de jurisdição e deve ser declarada de ofício”.

Não obstante a parte autora tenha apontado, em sua petição inicial, esta Corte como o órgão responsável para a apreciação da ação principal, o art. 102, inciso I, da Constituição, que traz o rol das competências originárias do Supremo Tribunal Federal, somente prevê o julgamento de ações rescisórias de seus próprios julgados. Vejamos:

“Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

(...)

j) a revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados”.

(grifo nosso)

AR 2750 MC-REF / RS

Em outras palavras, o texto constitucional não menciona a rescisão de julgados de outros tribunais como hipótese de competência originária desta Corte, a qual é de direito estrito e não admite interpretação extensiva.

In casu, toda a argumentação da autora se volta contra o acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado:

“DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO ADMINISTRATIVO. TERRAS TRADICIONALMENTE OCUPADAS PELOS ÍNDIOS. CF/88, ART. 231. DEMARCAÇÃO. MARCO TEMPORAL. ESBULHO RENITENTE. NÃO CONFIGURAÇÃO. 1. O conceito de 'terras tradicionalmente ocupadas pelos índios' não abrange terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto, conforme o enunciado da Súmula 650/STF. 2. A configuração de 'terra tradicionalmente ocupada pelos indígenas', bem da União suscetível de demarcação, cuja posse e fruição é assegurada às comunidades indígenas a ela vinculadas, à exclusão de qualquer outro, conforme previsto no art. 231 e parágrafos da Constituição da República, dado o requisito temporal fixado pelo STF no julgamento da Petição 3.388 (caso 'Raposa Serra do Sol'), exige que ditas terras estivessem sendo tradicionalmente ocupadas pelos indígenas na data de 05 de outubro de 1988, ou que, não sendo mais por eles ocupadas naquela data em face de desalojamento coercitivo, tenham sido por eles ocupadas no passado e fossem, quando da promulgação da Constituição de 1988, objeto de efetiva disputa possessória entre índios e não índios, configurando-se, assim, o 'esbulho renitente'. 3. Se, em outubro de 1988, a relação da comunidade indígena com a terra da qual fora desalojada no passado limita-se a incursões ocasionais, ou a iniciativas esparsas no sentido de reaver a terra, ou a anseios pelo grupo de retorno ao local, não estão presentes elementos suficientes para configurar o 'esbulho renitente', que, conforme entendimento emanado do STF, exige conflito possessório efetivo. 4. Remessa oficial e apelações desprovidas.”

AR 2750 MC-REF / RS

Dessa decisão, em que interposição de recurso extraordinário, não houve análise acerca do mérito da controvérsia. Ou seja: a decisão proferida por esta Corte não analisou as questões discutidas nesta ação.

Nessa esteira, é importante ressaltar que a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que para o conhecimento de ação rescisória pelo Supremo Tribunal é imprescindível que a decisão que se pretende rescindir tenha versado sobre o mérito da divergência (ainda que não conhecido o RE ou desprovido o agravo correlato), o que não é o caso dos autos.

Desse modo, entendo que é caso de incompetência desta Corte para apreciar o feito, tendo em vista o disposto nos enunciados das Súmulas 249 e 515 do STF, respectivamente, *in verbis*:

Súmula 249: “É competente o Supremo Tribunal Federal para a ação rescisória, quando, embora não tendo conhecido do recurso extraordinário, ou havendo negado provimento ao agravo, tiver apreciado a questão federal controvertida.”

Súmula 515: “A competência para a ação rescisória não é do Supremo Tribunal Federal, quando a questão federal, apreciada no recurso extraordinário ou no agravo de instrumento, seja diversa da que foi suscitada no pedido rescisório”. (grifo nosso)

Vê-se, pois, que a conjugação das citadas súmulas conduz ao seguinte entendimento: reconhece-se a competência do STF caso a decisão rescindenda não tenha conhecido do apelo extremo ou negado provimento ao agravo, mas tenha enfrentado a questão federal controvertida; ao revés, a incompetência sobressai-se na hipótese de a questão apreciada no recurso extraordinário ser diversa da suscitada na demanda rescisória. Esta última situação é o caso dos autos.

Nesse sentido, cito os seguintes precedentes:

AR 2750 MC-REF / RS

“AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO RESCISÓRIA. DECISÃO RESCINDENDA PROFERIDA POR TRIBUNAL DO TRABALHO. AUSÊNCIA DE COMPETÊNCIA DESTA SUPREMA CORTE PARA PROCESSAR E JULGAR A AÇÃO RESCISÓRIA. Nos termos do art. 102, I, j, da Constituição Federal, compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente, a ação rescisória de seus julgados, não detendo, pois, competência para julgar o pedido de desconstituição de decisão emanada de Tribunal do Trabalho. Agravo regimental conhecido e não provido”. (AR-AgR 2.336, Rel. Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, DJe 16.2.2016, grifo nosso)

“AGRAVO REGIMENTAL EM AÇÃO RESCISÓRIA. DIREITO TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA. ARTIGO 149-A DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. COMPETÊNCIA DO STF. JUÍZO RESCISÓRIO DOS PRÓPRIOS JULGADOS. ART. 102, I, J, DO TEXTO CONSTITUCIONAL. 1. A competência do Supremo Tribunal Federal para o exame de juízo rescisório deve ser interpretada nos estreitos limites do art. 102, I, j, da Constituição Federal, logo se restringe aos casos em que o remédio processual é ajuizado contra os seus próprios julgados. Súmula 515 do STF. Precedentes. 2. Agravo regimental a que se nega provimento”. (AR-AgR 2.171, Rel. Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, DJe 4.12.2015, grifo nosso)

“AÇÃO RESCISÓRIA DECISÃO RESCINDENDA QUE NÃO APRECIA O MÉRITO DA CONTROVÉRSIA EXAME DE QUESTÕES EMINENTEMENTE FORMAIS MATÉRIA DE FUNDO QUE SEQUER CONSTITUIU OBJETO DE APRECIÇÃO PELO JULGADO RESCINDENDO AUSÊNCIA DE COMPETÊNCIA DESTA SUPREMA CORTE AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. - O Supremo Tribunal Federal apenas dispõe de competência originária para processar e julgar as ações rescisórias, quando estas forem promovidas contra

AR 2750 MC-REF / RS

decisões que, emanadas desta Corte, hajam efetivamente examinado a questão constitucional controvertida, situação inócurrenre na espécie”. (AR-AgR 2.073, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJe 14.8.2014)

“AGRAVO REGIMENTAL NA AÇÃO RESCISÓRIA. RECURSO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU SEGUIMENTO AO PEDIDO, POR MANIFESTAMENTE INCABÍVEL. MANUTENÇÃO DA DECISÃO QUE DESOBRIGOU OS AGRAVADOS DO RECOLHIMENTO DO IMPOSTO SOBRE TRANSMISSÃO INTER VIVOS DE BENS IMÓVEIS - ITBI - PELO SISTEMA DE ALÍQUOTAS PROGRESSIVAS. LEI MUNICIPAL PAULISTA N. 11.154/91. 1. Alegada existência de anterior decisão favorável ao agravante e que lhe fora favorável, com trânsito em julgado e objeto de novo mandado de segurança com resultado divergente. Matéria que o Agravante deixou de alegar no momento processual adequado, conforme destacou a decisão rescindenda. Preclusão. 2. A ação rescisória não se presta a nova análise das questões julgadas no acórdão rescindendo. Precedentes. 3. A competência rescisória deste Supremo Tribunal Federal para processar e julgar ação rescisória restringe-se aos casos em que ela é ajuizada contra os seus próprios julgados. A pretensão rescindenda deveria ter sido interposta contra o julgado do Tribunal Estadual Paulista. Súmula 515 do Supremo Tribunal Federal. 4. Agravo regimental ao qual se nega provimento”. (AR-AgR 1.778, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJe 20.8.2010, grifo nosso)

Ante o exposto, voto pelo não referendo a medida cautelar por não conhecer da presente ação rescisória (art. 21, § 1º, do RISTF), por manifesta incompetência desta Corte para seu processamento, e determino a remessa dos autos ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região para as providências que entender cabíveis.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO RESCISÓRIA 2.750

PROCED. : RIO GRANDE DO SUL

RELATORA : MIN. ROSA WEBER

AUTOR(A/S) (ES) : COMUNIDADE INDÍGENA DO POVO KAINGANG DE TOLDO BOA VISTA

ADV.(A/S) : RAFAEL MODESTO DOS SANTOS (43179/DF) E OUTRO(A/S)

RÉU(É) (S) : ALAN JOSE FERNANDES

ADV.(A/S) : JOSE IDEMAR RIBEIRO (08940/DF)

LIT.ATIV. : UNIÃO

PROC.(A/S) (ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Decisão: O Tribunal, por maioria, referendou a decisão que deferiu a tutela de urgência "para suspender os efeitos da decisão transitada em julgado, proferida na ação anulatória nº 5006463-32.2012.404.7006/PR, que tramitou perante a Justiça Federal, Subseção de Guarapuava/PR, objeto do recurso extraordinário com agravo nº 1.038.545", nos termos do voto da Relatora, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Gilmar Mendes. Falou, pela autora, o Dr. Rafael Modesto dos Santos. Não participou deste julgamento, por motivo de licença médica, o Ministro Celso de Mello. Plenário, Sessão Virtual de 21.8.2020 a 28.8.2020.

Composição: Ministros Dias Toffoli (Presidente), Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário