

# Superior Tribunal de Justiça

**PET no RECURSO ESPECIAL Nº 1.586.943 - SC (2016/0049053-8)**

**RELATOR** : **MINISTRO HERMAN BENJAMIN**  
**REQUERENTE** : COMUNIDADE INDÍGENA KAINGANG DE TOLDO PINAL  
**REPR. POR** : ADROALDO ANTONIO FIDELIS  
**ADVOGADOS** : ADELAR CUPSINSKI - DF040422  
RAFAEL MODESTO DOS SANTOS - DF043179  
**REQUERIDO** : LUIZ MAGNO PINTO BASTOS JUNIOR  
**REQUERIDO** : ADAIR PAULO BORTOLINI  
**REQUERIDO** : WILSON DE SOUZA  
**ADVOGADOS** : ADAIR PAULO BORTOLINI (EM CAUSA PRÓPRIA) -  
SC006146  
WILSON DE SOUZA (EM CAUSA PRÓPRIA) E OUTROS -  
SC007829  
LUIZ MAGNO PINTO BASTOS JUNIOR (EM CAUSA  
PRÓPRIA) - SC017935  
**REQUERIDO** : ADELAIDE MARIA BOSING  
**REQUERIDO** : AGENOR PISSAIA  
**REQUERIDO** : ALBINO BUGS  
**REQUERIDO** : AMARILDO PAGNUSSATT  
**REQUERIDO** : ANGELINA MARIA TEDESCO REOLON  
**REQUERIDO** : ANTONIA GIRARDI SALVADOR  
**REQUERIDO** : ANTONIO JOAO DELIBERAL  
**REQUERIDO** : ARTEMIO SALVADOR  
**REQUERIDO** : ARTEMIO VERSA  
**REQUERIDO** : BENO SEIBEL  
**REQUERIDO** : CARLOS GUILHERME FREYER  
**REQUERIDO** : CELESTE CAVARSAN  
**REQUERIDO** : CELI MARIA FREYER  
**REQUERIDO** : CLAUDETE PARIZOTTO SCZESNY  
**REQUERIDO** : CURT FREYER SOBRINHO  
**REQUERIDO** : DECILE SOAVE  
**REQUERIDO** : DIRCE OLDONI FREYER  
**REQUERIDO** : DORVALINO ZANLUCHI  
**REQUERIDO** : EDENI LOURDES ZANLUCHI AIGNER  
**REQUERIDO** : EDGAR DREXLER  
**REQUERIDO** : EDGAR FREYER  
**REQUERIDO** : EDUINO OTTO SPARREMBERGER  
**REQUERIDO** : ELFRIEDE MARLENE GOMANN  
**REQUERIDO** : ELISABETH CHARLOTE FREYER  
**REQUERIDO** : ERMELINDA SCUSSEL ZANLUCHI  
**REQUERIDO** : ERNESTO MENIN  
**REQUERIDO** : FATIMA MATTIELLO PICOLI  
**REQUERIDO** : FIORINDO SALVADOR

# Superior Tribunal de Justiça

REQUERIDO : GEMA DELIBERAL  
REQUERIDO : GENI PIERINA VERZA SOAVE  
REQUERIDO : GUIDO SCAPINI  
REQUERIDO : GUILHERME FREYER  
REQUERIDO : HÉDIO ALLEBRAND  
REQUERIDO : HEINRICH WEHEBRINK  
REQUERIDO : HENRIQUE GERMANO WEHEBRINK  
REQUERIDO : HERBERT FREYER FILHO  
REQUERIDO : HERMANN HERBERT FREYER  
REQUERIDO : HILDA FREYER  
REQUERIDO : IGNES SALVADOR  
REQUERIDO : IJAIR NARDI  
REQUERIDO : INES PARIZOTTO  
REQUERIDO : IRENE PAULINE FREYER  
REQUERIDO : IRINEU AMÉLIO HOFF  
REQUERIDO : IVAN CARLOS SCZESNY  
REQUERIDO : IVONE SEIBEL  
REQUERIDO : JAIR JOSÉ PARIZOTTO  
REQUERIDO : JANETE SEGHETTO CRIVELETTO  
REQUERIDO : JORGE MIGUEL WEBER  
REQUERIDO : JOSÉ SOAVE  
REQUERIDO : JOSEFINA LUCIA BUGS  
REQUERIDO : JURICI MARLENE DE OLIVEIRA ORDIG  
REQUERIDO : LEONI MARIA ALESSI PISSAIA  
REQUERIDO : LORENA ARMANDA FREYER  
REQUERIDO : LORENI SALETE VERZA DREXLER  
REQUERIDO : LOURDES FROBESE VERSA  
REQUERIDO : LOURDES MARIA CALZA  
REQUERIDO : LOURDES PERBONI VERZA  
REQUERIDO : MARIA MENIN BISOLO  
REQUERIDO : MARTHA ELISABETH WEHEBRINK  
REQUERIDO : MATHILDE CAVARSAN  
REQUERIDO : MATILDE PICCOLI ZANLUCHI  
REQUERIDO : MUNICÍPIO DE ARVOREDO  
REQUERIDO : MUNICIPIO DE SEARA  
REQUERIDO : NADIR ZANLUCHI  
REQUERIDO : NELCI ALLEBRAND SPARREMBERGER  
REQUERIDO : NELI SALVADOR NARDI  
REQUERIDO : NELSON VERZA  
REQUERIDO : NEURI PICOLI  
REQUERIDO : NIVERCINA DE ALMEIDA LARA  
REQUERIDO : OLGA ALLEBRAND  
REQUERIDO : OLIVA SCAPINI

# Superior Tribunal de Justiça

REQUERIDO : OTO FREYER  
REQUERIDO : RICHARD FREYER  
REQUERIDO : ROQUE BRAUN  
REQUERIDO : ROSALINA DE COUET  
REQUERIDO : RUDOLFO EVALD FREYER  
REQUERIDO : SADI CRIVELETTO  
REQUERIDO : SALETE PAGNUSSATT  
REQUERIDO : SANTO CALZA  
REQUERIDO : TERESINHA MORO WEHEBRINK  
REQUERIDO : TERESINHA NARDI MENIN  
REQUERIDO : VALDEMAR ZANLUCHI  
REQUERIDO : VICENTE SOAVE  
REQUERIDO : WALDEMAR ORDIG  
REQUERIDO : WILMA FREYER  
REQUERIDO : WILMA MARIA BRAUN  
REQUERIDO : ZENAIDE DOMINGAS ZANLUCHI  
REQUERIDO : NILSE ZANLUCHE ALESSI  
REQUERIDO : SILVÉRIO DREXLER  
REQUERIDO : VALDIR REOLON  
ADVOGADO : WILSON DE SOUZA - SC007829  
INTERES. : ESTADO DE SANTA CATARINA  
PROCURADOR : FELIPE WILDI VARELA - SC020548  
INTERES. : FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI  
INTERES. : UNIÃO

## DECISÃO

Trata-se de **Petição Incidental apresentada pela Comunidade Indígena Kaingang de Toldo Pinal.**

Pleiteia-se o ingresso no feito na qualidade de litisconsórcio passivo necessário, para, ao final, extinguir o processo sem julgamento do mérito, ou anular a decisão da Terceira Turma do Tribunal Regional Federal, 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.

Foi proferido Despacho determinando a intimação das partes e dos interessados, a fim de que se posicionem sobre o pedido de ingresso no feito da Comunidade Indígena Kaingang de Toldo Pinal. Oportunizou-se vista ao *Parquet*. (fls. 8.735-8.737).

Manifestação das partes: a) Estado de Santa Catarina (fls. 8.740-8.744); b) Adelaide Maria Bosing e outros (8.746-8.8750); c) Fundação Nacional do Índio – Funai (fls 8.755-8.764); d) União (fl. 8766).

O Ministério Público Federal apresentou Parecer às fls. 8.768-8.786.

Antes de ingressar no exame deste *Petitum*, mister fazer breve introdução acerca da **discussão recursal**.

A presente Petição foi apresentada por ocasião da apreciação de Recursos

# Superior Tribunal de Justiça

Especiais interpostos, com fundamento no art. 105, III, "a", da Constituição da República, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região assim ementado (fl. 6.196, e-STJ):

ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO. TERRAS INDÍGENAS. DEMARCAÇÃO. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CONFLITO FEDERATIVO. INEXISTÊNCIA. OBJETO DA DEMANDA MERAMENTE PATRIMONIAL. NULIDADE DA SENTENÇA POR CERCEAMENTO DE DEFESA. REALIZAÇÃO DE PERÍCIA JUDICIAL. DESNECESSIDADE. PORTARIA 795/2007 DO MINISTRO DA JUSTIÇA. AMPLIAÇÃO DE ÁREA DE DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS. TERRA TRADICIONALMENTE OCUPADA PELOS ÍNDIOS. RECONHECIMENTO QUE DEPENDE DA EFETIVA POSSE SOBRE AS TERRAS À DATA DA PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988. JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. PRECEDENTE DO STF. NÃO CARACTERIZAÇÃO DA TRADICIONALIDADE DAS TERRAS INDÍGENAS OCUPADAS EM PERÍODO REMOTO. PROVIMENTO DAS APELAÇÕES.

Acolheram-se os Embargos de Declaração, em parte, nos seguintes termos (fl. 6.387, e-STJ):

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. INOCORRÊNCIA.

- A natureza reparadora dos embargos de declaração só permite a sua oposição contra sentença ou acórdão acoimado de obscuridade ou contradição, bem como nos casos de omissão do Juiz ou Tribunal. Não ocorrendo qualquer uma das hipóteses, descabe o manejo do recurso em apreço.

- Embargos de declaração do Município de Seara parcialmente providos, tão-somente para estabelecer que os honorários advocatícios devem incidir sobre o valor da causa.

A Funai, em seu Recurso Especial de fls. 6.488-6.527 (e-STJ), aponta ofensa aos arts. 333 e 535, II, do CPC/1973; 1º da Lei 5.371/1967; 2º, 19, 22 e 25 da Lei 6.001/1973; 14 do Decreto 5.051/2004 e 2º, § 8º, do Decreto 1.775/1996. Defende, em suma, que houve negativa de prestação jurisdicional, que o procedimento demarcatório observou o devido processo legal e que o imóvel objeto do feito está inserido em terra de ocupação tradicional indígena (Terra Indígena Toldo Pinhal). Aduz, por fim (fl. 6.524, e-STJ):

Portanto, violências praticadas décadas antes da Constituição de 1988, aliada à permanente consciência de vinculação dos indígenas com as áreas em litígio, devem ser consideradas provas de renitente esbulho, aptas a ressaltar o marco temporal estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal no conceito constitucional de terra indígena.

# Superior Tribunal de Justiça

Luiz Magno Pinto Bastos Junior e outros, em seu Recurso Especial de fls. 6.565-6.580 (e-STJ), alegam ofensa ao art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC/1973, sob o fundamento de que o *quantum* fixado a título de honorários advocatícios (R\$ 15.000,00) é irrisório, diante da complexidade da matéria e do valor econômico e social da ação.

A União, em seu Recurso Especial às fls. 6.623-6.646 (e-STJ), afirma afronta aos arts. 535, II, do CPC/1973; 1º da Lei 5.371/1967; 2º, 19, 22 e 25 da Lei 6.001/1973; 14 do Decreto 5.051/2004; 2º, § 8º, do Decreto 1.775/1996; 2º do Decreto 1.775/1996; 19 da Lei 6.001/1973 e 69 da Lei 7.894/1999. Afirma que o aresto objurgado incorreu em negativa de prestação jurisdicional ao não analisar as questões levantadas nos Embargos de Declaração. Diz que o levantamento fundiário não pode ser considerado elemento isolado na demarcação da terra como indígena. Sustenta que o procedimento demarcatório foi hígido e respeitou o devido processo legal, e que os índios Kaingangs tiveram sua remoção forçada antes da promulgação da Constituição Federal de 1988. Requer (fl. 6.646, e-STJ):

Diante do exposto, a União requer o provimento do recurso a fim de que a decisão exarada pelo e. TRF4 seja reformada e restabelecida a eficácia da Portaria do Ministério da justiça que ampliou o tamanho da área da Reserva Indígena Toldo Pinhal, já definida anteriormente, de 893,29 para 4.846 hectares, seja por que a área era tradicionalmente ocupada pela comunidade indígena; seja por que ela foi impedida por ato do Estado de Santa Catarina; seja por que os proprietários já estão/foram indenizados.

Contrarrazões às fls. 8.011-8.013, 8.155-8.164 e 8.184-8.198, e-STJ.

O Ministério Público Federal, apreciando os Recursos Especiais, opinou pelo desprovimento do recurso interposto por Luiz Magno Pinto Bastos Júnior, e pelo provimento dos recursos da União e da Funai.

É o **relatório**.

## **Decide-se.**

### **a) Intróito**

Acerca do caso, importante fazer breve retrospecto.

Toldo Pinhal, reconhecido como parte do grande território tradicional Kaingang, é composto pela articulação política, econômica e simbólica de cinco comunidades, a saber: Chapada, Gramado, Rosário, Pinhal e Toldinho. As primeiras referências à presença do povo Kaingang aparecem na documentação histórica a partir do estabelecimento das reduções jesuíticas do Guairá, entre 1626 e 1630, no estado do Paraná.

A Funai promoveu, em 1994, a delimitação de uma terra, em Santa Catarina, denominada Terra Indígena Toldo Pinhal, destinada ao povo indígena Kaingang, em uma extensão de 893 (oitocentos e noventa e três) hectares. Ocorre que a demarcação teria sido efetuada em área menor do que aquela efetivamente de ocupação tradicional do referido povo, por restrições orçamentárias da Funai e, também, em razão de resistência dos ocupantes não

# Superior Tribunal de Justiça

índios da região.

Tendo em vista a irresignação da comunidade indígena com aquela demarcação inferior ao seu território de ocupação tradicional, a Funai constituiu um grupo de trabalho para realizar o reestudo da área. O procedimento culminou com a edição da Portaria 795, de 1º de abril de 2007, do Ministério da Justiça, que promoveu assim a alteração dos limites da terra indígena Toldo Pinhal para 4.846 hectares. Pleiteia-se a nulidade dessa Portaria.

Nada obstante, agricultores e os Municípios de Arvoredo e de Seara ajuizaram Ação Anulatória contra a União e a Funai, em razão de suposta ilegalidade da Portaria 795, de 19 de abril de 2007, do Ministério da Justiça, que definiu, em novo estudo, o limite da Terra Indígena Toldo Pinhal, de 893,29 para 4.846 hectares ao longo dos municípios de Seara, Paial e Arvoredo, no Estado de Santa Catarina (perímetro aproximado de 48 Km) que atingia suas propriedades. Discutia, a existência ou não da ocupação tradicional e permanente indígena na área *sub judice*.

A sentença julgou improcedentes os pedidos de anulação da Portaria Ministerial 795/2007 e de condenação da União e da Funai ao pagamento de indenização da terra nua, proclamando extinta a relação processual, com resolução do mérito, nos termos do art. 269, I, do CPC/1973, constatando que os indígenas estavam na região na data da promulgação da Constituição Federal de 1988.

Conforme mencionado no Parecer oferecido pelo Membro do Ministério Público Federal na Procuradoria da República em Chapecó, adotado na Sentença, “a etnia Kaingang sempre esteve presente no local em disputa”, tendo ocorrido “um processo de expulsão dos indígenas de suas terras, em face da colonização realizada na Região Oeste do Estado de Santa Catarina”, os quais “muitos permaneceram residindo na condição de agregados dos agricultores, mas sem perder a expectativa de ter reconhecido o seu direito originário às terras que tradicionalmente ocupavam” (fl. 2306).

Nesse sentido, relatou o antropólogo coordenador do referido estudo que seu trabalho técnico não abrangeria “que terras devem ser demarcadas”, tendo sido escalado “para identificar elementos de tradicionalidade da presença indígena naquele lugar” (fl. 2310). Assevera que o processo de (re)estudo “originou-se da insatisfação da comunidade indígena Kaingang em relação à demarcação da Terra Indígena Pinhal, bem como pelos próprios moradores (não índios) da área em questão”.

O Tribunal *a quo* deu parcial provimento às Apelações dos autores, do Estado de Santa Catarina e dos Municípios de Seara/SC e Arvoredo/SC, sob o argumento de que não foi demonstrada a ocupação tradicional da terra indígena, máxime sua comprovação no laudo pericial.

Em Embargos Declaratórios, foram fixados honorários advocatícios no percentual de 10% sobre o valor da causa.

## **b) Petição**

Nesse momento, a Comunidade Indígena Kain-gang requer o ingresso no feito, na condição de litisconsorte passivo necessário, com a consequente nulidade dos atos decisórios. Apóia-se em que a Constituição “revogou a discriminatória tutela e alçou igualdade de acesso à justiça entre índios e não-índios, possibilitando aos povos tradicionais o ingresso

com ações e defender-se nas contrárias”. Logo, a ausência de sua regular citação acarretaria a nulidade dos atos, nos termos dos arts. 1º, 231, e 232, da CR; Convenção 169 da OIT e art. 114 do CPC.

Reafirma a necessidade de demarcação contínua, com observância das conclusões do laudo antropológico. No caso, o laudo técnico evidenciou que os índios não deixaram voluntariamente o território. A circunstância não lhes compromete a posse e é suficiente ao reconhecimento do domínio da área remarcada.

Ainda, argumenta com a compreensão de ocupação tradicional, segundo a concepção desenvolvida pelo STF, como o *habitat* natural e necessário à sua subsistência. Apresenta longo estudo do CNJ sobre a questão indígena no MS e sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos acerca da demarcação das terras do povo indígena Xucuru, notadamente os requisitos para o reconhecimento da ocupação tradicional.

Instadas a se manifestarem sobre o pleito de ingresso no feito, da comunidade indígena, as partes assim se pronunciaram:

**- ESTADO DE SANTA CATARINA (FLS. 8.740-8.744):**

Destarte, pugna o Estado de Santa Catarina: i) pela improcedência do pedido da Comunidade Indígena Kaingang de Toldo Pinhal de ingresso no feito na condição de litisconsorte passivo necessário; ii) subsidiariamente, caso se entenda pelo ingresso da Comunidade indígena no feito, pela improcedência do pedido de decretação de nulidade dos atos processuais praticados até o presente momento, devendo a Requerente receber os autos no estágio em que se encontram.

**- ADELAIDE MARIA BOSING e outros (8.746-8.8750):**

Diante de todo o exposto, requer a rejeição ao ingresso da Comunidade Indígena Kaingang de Toldo Pinhal na condição de litisconsorte passivo necessário, bem como o afastamento do pedido de extinção do processo sem resolução de mérito.

**- FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO – FUNAI (fls 8.755-8.764):**

Portanto, a Fundação Nacional do Índio entende presentes a regularidade da representação, o interesse jurídico e a legitimidade da Comunidade Indígena Kaingang de Toldo Pinhal, de modo que não se opõe ao seu pedido de ingresso na lide na qualidade de litisconsorte passivo necessário.

**- UNIÃO (fl. 8766)**

Por outro lado, não se pode negar que a comunidade indígena possui interesse jurídico na solução da presente demanda, podendo ingressar no feito, com fundamento no art. 119 do CPC/15, recebendo o processo no estado em que se encontra. Nestes termos, a União não se opõe ao pedido da Comunidade Indígena Kaingang de Toldo Pinhal de ingresso na lide.

**- PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO (8.768-8.786):**

O Ministério Público Federal opina pelo deferimento do ingresso da comunidade indígena no feito, com retorno dos autos ao tribunal de origem, para que lá se analisem suas alegações.

**Analisando o pleito dos índios Kain-gang, não há dúvida sobre o interesse jurídico em causa.** A decisão a ser proferida tem o potencial de atingir a esfera de direitos da aludida comunidade indígena, que já possui demarcação administrativa de terras reconhecidas pela portaria impugnada.

Não se pode olvidar que os povos indígenas tinham dificuldade de acionar, diretamente, o Poder Judiciário por quase cinco séculos, sendo o último segmento social no Brasil a ter acesso à Justiça, princípio fundamental da República e norteador de todo o sistema de justiça.

Dessarte, a Carta Política de 1988 inaugurou um conjunto normativo fraternal aos povos indígenas, revogou a discriminatória tutela e alçou igualdade de acesso à justiça entre índios e não índios, possibilitando aos povos tradicionais o ingresso com ações e defender-se nas contrárias.

Assim, tampouco se discute a mudança de paradigma promovida pela Constituição, a respeito da capacidade civil dos indígenas e a garantia de atuação processual autônoma.

A propósito:

Art. 231 - CF: 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.

Art. 232 - CF: Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses.

A atuação do órgão de proteção dos índios não interfere na prerrogativa do grupo de expor e defender seus interesses autonomamente. Portanto, o reconhecimento do interesse e da autonomia processual das comunidades indígenas, nas ações que discutem a demarcação de terras indígenas, decorre diretamente da Constituição e há de ser observada.

A audiência da comunidade indígena é imperativo decorrente do art. 5º, LIV, da CF, que assegura a audiência do titular de direitos subjetivos, em todos os processos nos quais eles venham a ser questionados.

*In casu*, o art. 231, § 1º, da CF atribui aos índios o direito à sua “posse permanente”. Logo, a diminuição ou a supressão de reserva demarcada afetam direito subjetivo dos índios. Assim, não se lhes pode negar o direito processual à defesa de seu direito material. Entender o contrário seria degradar o referido direito subjetivo constitucional a ser o único desprovido de tutela jurisdicional, por seu próprio titular.

Importante, comparar a coerência do nosso Ordenamento Jurídico ao apreciar o novo CPC:



# Superior Tribunal de Justiça

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.

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;

II - ineficaz, nos outros casos, apenas para os que não foram citados.

Parágrafo único. Nos casos de litisconsórcio passivo necessário, o juiz determinará ao autor que requeira a citação de todos que devam ser litisconsortes, dentro do prazo que assinar, sob pena de extinção do processo.

A atual questão é de evidente **litisconsórcio passivo necessário e até unitário**, haja vista que a discussão da subsistência da reserva neste processo afeta o direito subjetivo de propriedade da União e o direito subjetivo de posse dos índios, reconhecido pela decisão administrativa impugnada.

**A participação de terceiros no processo, como a Funai, não resolve a nulidade nata do feito.** Não se entende, afinal de contas, o motivo pelo qual o direito de posse indígena seria o único direito subjetivo da ordem jurídica brasileira suprimível sem a audiência de seu titular.

O raciocínio internacional, insculpido na Convenção 169 da OIT corrobora esse posicionamento, destacando-se entre suas proposições: 1 - a necessidade de adoção do conceito de povos indígenas ao âmbito do direito interno (e não aborígenes ou silvícolas); 2 - o princípio da auto identificação como critério de determinação da condição de índio; 3 - o direito de consulta sobre medidas legislativas e administrativas que possam afetar os direitos dos povos indígenas; 4 - o direito de participação dos povos indígenas, pelo menos na mesma medida assegurada aos demais cidadãos, nas instituições eletivas e órgãos administrativos responsáveis por políticas e programas que lhes afetem (e no judiciário, cabe ressaltar); 5 - o direito de os povos indígenas decidirem suas próprias prioridades de desenvolvimento; 6 - o direito de os povos indígenas serem contemplados pela distribuição de terras adicionais.

De outro lado, o **STF** adota o julgamento da Pet 3.388 como o marco para os processos demarcatórios de terras indígenas. Aquele Tribunal entende que suas diretrizes orientam a aplicação do direito pelos magistrados que julguem a mesma questão.

Portanto, ainda que não se tome a obrigatoriedade da participação da comunidade, desde a Constituição, a exemplo do que ocorre com a participação dos entes federativos, pelo menos desde o julgamento da Pet 3.388, a notificação da comunidade indígena se impunha.

No caso, o acórdão do Tribunal de origem foi proferido em data posterior ao aludido julgamento, de forma que já deveria ter observado a necessidade de notificar a comunidade indígena, para se manifestar nos autos.

Não o fazendo, **a solicitação de ingresso da comunidade indígena deve ser acolhida, com retorno dos autos ao Tribunal de origem, para que se analisem as**

**alegações, uma vez que, por pretenderem integrar questões jurídicas e de fatos, cabe às instâncias ordinárias tal avaliação.**

No seguinte precedente do STF, o Relator assim determinou a inclusão 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.

(ACO 1.100, Rel. Min. Edson Fachin, DJ 2.3.2016; no mesmo sentido: AC 2.541, rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 3.10.2018).

O STJ, em julgado da relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, reconheceu a comunidade indígena Tupinambá como litisconsorte passivo:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DE DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS. MINISTRO DE ESTADO DA JUSTIÇA. IMINÊNCIA DE ASSINATURA DE PORTARIA DE IDENTIFICAÇÃO E DELIMITAÇÃO. AS MATÉRIAS REFERENTES À TRADICIONALIDADE DA OCUPAÇÃO DA ÁREA PELOS ÍNDIOS, À CARACTERIZAÇÃO DE SEUS OCUPANTES COMO INDÍGENAS, À POSSIBILIDADE DE CONSTITUIÇÃO DE RESERVA INDÍGENA E NÃO DE DEMARCAÇÃO, E AINDA, DA INEXISTÊNCIA DE PARTICIPAÇÃO DE OUTRAS ESFERAS GOVERNAMENTAIS NO LEVANTAMENTO

# *Superior Tribunal de Justiça*

FUNDIÁRIO, DEMANDAM A NECESSÁRIA DILAÇÃO PROBATÓRIA, INCOMPATÍVEL COM O RITO MANDAMENTAL. A AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DOS MUNICÍPIOS CUJA ÁREA SERÁ ATINGIDA NÃO FOI DOCUMENTALMENTE DEMONSTRADAS NA PETIÇÃO INICIAL, BEM COMO NÃO TEM A ASSOCIAÇÃO IMPETRANTE LEGITIMIDADE PARA PLEITEAR, EM NOME PRÓPRIO, DIREITOS EVENTUAIS DOS PROPRIETÁRIOS OU POSSUIDORES ATINGIDOS. MANDADO DE SEGURANÇA DENEGADO COM A REVOGAÇÃO DA LIMINAR. AGRAVO INTERNO DA UNIÃO PREJUDICADO.

1. Mandado de Segurança preventivo impetrado visando impedir ato do Ministro de Estado da Justiça, declaratório de área como de ocupação tradicional indígena, identificando-a, nos termos do art. 2o., § 10, inciso I do Decreto 1.775/96; a terra indígena indicada como tradicional dos grupos Tupinambás da Serra do Padeiro e de Olivença e denominada como Terras Indígenas Tupinambá de Olivença.

2. O processo administrativo de demarcação de terras indígenas é regido pelo Decreto 1.775/96, que regulamenta a Lei Federal 6.001/73. O referido Decreto veio organizar o procedimento, com atenção aos ditames trazidos pela Constituição Federal de 1988, em especial dos seus arts. 231 e 232, que inovaram a política em relação aos indígenas, considerando-se os marcos jurídicos anteriores.

3. O processo de demarcação do território indígena pela Fundação Nacional do Índio (FUNAI), a ser homologado pela Presidência da República, é uma fase posterior ao momento atual, o que é referido apenas à declaração de identificação e de delimitação. Assim, a própria natureza declaratória do ato inquinado como coator desfaz qualquer pretensão de potencial violação do direito de propriedade da parte impetrante. Podem ser apuradas, todavia, alegações de violação do devido processo legal até o presente momento.

4. Os argumentos referentes à caracterização da área como terra tradicionalmente ocupada por indígenas, à caracterização daquelas pessoas como indígenas, à caracterização de hipótese de reserva indígena e não de demarcação, e ainda, da inexistência de participação de outras esferas governamentais no levantamento fundiário demanda a necessária dilação probatória para sua comprovação e, portanto, não são passíveis de análise nesta via processual expedita. Precedente: MS 25.483/DF, Rel. Min. CARLOS BRITTO, DJe 14.9.2007.

5. O Decreto 1.775/96 não obriga que o grupo técnico seja composto por membros dos vários entes da Federação; há previsão de que o grupo técnico poderá acolher pessoal externo ao quadro da FUNAI, se isso se mostrar necessário, no termos do seu art. 2o., § 1o. Além disso, cabe frisar que a publicação do ato coator é o termo inicial para a renovada participação dos interessados e das demais pessoas jurídicas de direito público - Estados e Municípios - em razão dos §§ 7o. e 8o. do art. 2o. do Decreto 1.775/96.

6. Não há como ser apreciada a alegação de ausência de intimação dos Municípios, cujo território será afetado, porquanto inexistente esta obrigação na legislação, que exige apenas a afixação na sede da Prefeitura; não obstante, há informação incontroversa de que a FUNAI encaminhou Ofícios aos três Municípios cujos territórios serão afetados (fls. 916, 918 e 920).

7. Além disso, não demonstrou a Associação Impetrante possuir

# Superior Tribunal de Justiça

legitimidade para pleitear, em seu próprio nome, eventuais direitos de proprietários e possuidores de imóveis nas áreas onde futuramente recairá a demarcação.

8. O Parquet Federal opinou pela extinção do writ sem resolução do mérito.

9. Não demonstrados de plano, mediante elementos documentais, os vícios e ilegalidades apontados na petição inicial, exsurge a ausência do direito líquido e certo postulado e, portanto, deve ser denegada a ordem pleiteada, com a revogação da liminar anteriormente deferida.

10. Segurança denegada. Liminar revogada. Prejudicado o Agravo Interno da UNIÃO.

(MS 20.683/DF, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Seção, DJe 8/11/2016).

Agregue-se que, recentemente (em 5/2/2019) foi publicada decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos que condenou o Brasil internacionalmente por violação do direito à proteção judicial, à propriedade coletiva, em detrimento do Povo Indígena Xukuru. Dessa feita, é preciso aperfeiçoar o sistema de Justiça brasileiro, máxime na atenção às minorias, coletividades e hipossuficientes.

**Aqui não se discute se a Corte recorrida acertou no exame da prova, mas ora se reflete, *data venia*, que, para a formação do convencimento jurisdicional, mister a participação da comunidade indígena na liturgia processual.**

Por conseguinte, a solução de praxe a se adotar, diante dessa constatação, não seria o julgamento imediato do feito, mas o aprofundamento da instrução da causa, nos termos do art. 370 do CPC. Tal providência parece tanto mais indispensável, ao se recordar do caráter indisponível de ambos os direitos em causa.

**Pelo exposto, defere-se o ingresso da Comunidade Indígena no feito, com retorno dos autos ao Tribunal de origem, para que lá se analisem suas alegações.**

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília (DF), 23 de abril de 2019.

MINISTRO HERMAN BENJAMIN

Relator