

## Voto Vista

**O Senhor Ministro Edson Fachin:** Trata-se de ação rescisória ajuizada pela Comunidade Indígena Guyraroká, com a finalidade de desconstituir acórdão prolatado nos autos do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 29.087, o qual teve como redator para acórdão o i. Ministro Gilmar Mendes.

Referida decisão foi assim ementada:

“DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS. O MARCO REFERENCIAL DA OCUPAÇÃO É A PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DAS SALVAGUARDAS INSTITUCIONAIS. PRECEDENTES. 1. A configuração de terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, nos termos do art. 231, § 1º, da Constituição Federal, já foi pacificada pelo Supremo Tribunal Federal, com a edição da Súmula 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. 2. A data da promulgação da Constituição Federal (5.10.1988) é referencial insubstituível do marco temporal para verificação da existência da comunidade indígena, bem como da efetiva e formal ocupação fundiária pelos índios (RE 219.983, DJ 17.9.1999; Pet. 3.388, DJe 24.9.2009). 3. Processo demarcatório de terras indígenas deve observar as salvaguardas institucionais definidas pelo Supremo Tribunal Federal na Pet 3.388 (Raposa Serra do Sol). 4. No caso, laudo da FUNAI indica que, há mais de setenta anos, não existe comunidade indígena e, portanto, posse indígena na área contestada. Na hipótese de a União entender ser conveniente a desapropriação das terras em questão, deverá seguir procedimento específico, com o pagamento de justa e prévia indenização ao seu legítimo proprietário. 5. Recurso ordinário provido para conceder a segurança.”

(RMS 29087, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Relator (a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 16/09/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-200 DIVULG 13-10-2014 PUBLIC 14-10-2014)

Os embargos declaratórios opostos foram rejeitados, nos seguintes termos:

“Embargos de declaração em agravo regimental em recurso ordinário em mandado de segurança. 2. Demarcação de terras indígenas. 3. Marco temporal para verificação da ocupação fundiária pelos índios. 4. Salvaguardas institucionais definidas pelo Supremo Tribunal Federal na PET 3.388. 5. Ausência de omissão, contradição ou obscuridade. Caráter protelatório. 6. Efeitos infringentes. Impossibilidade. 7. Embargos de declaração rejeitados.”

(RMS 29087 ED, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 20/10/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-229 DIVULG 13-11-2015 PUBLIC 16-11-2015)

“Embargos de declaração em embargos de declaração em recurso ordinário em mandado de segurança. 2. Demarcação de terras indígenas. 3. Marco temporal para verificação da ocupação fundiária pelos índios. 4. Salvaguardas institucionais definidas pelo Supremo Tribunal Federal na PET 3.388. 5. Representação da comunidade indígena pela FUNAI. 6. Ausência de omissão, contradição ou obscuridade. Caráter protelatório. 7. Efeitos infringentes. Impossibilidade. 8. Embargos de declaração rejeitados.”

(RMS 29087 ED-ED, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 08/03/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-077 DIVULG 20-04-2016 PUBLIC 22-04-2016)

Narra a Comunidade Autora que o julgado cuja rescisão pretende acarretou na anulação do procedimento demarcatório que resultou a edição da Portaria nº 3.219/2009, do Ministro da Justiça, declaratória da posse permanente do grupo indígena Guarani Kaiowá sobre a Terra Indígena Guyraroká, localizada no Município de Caarapó, no Estado de Mato Grosso do Sul.

Alega, com fundamento nos incisos IV, V e VIII do art. 966 do Código de Processo Civil, que o *decisum* impugnado: (i) ofende a coisa julgada material, na medida em que a mesma matéria foi resolvida de forma distinta no RMS 27.828, que tratava da mesma demarcação em tela, com as mesmas partes; (ii) viola manifestamente norma jurídica, na medida em que contraria o disposto nos artigos 5º, XXXV, 231 e 232 da Constituição da República, diante da ausência de citação da comunidade para ingresso no feito, bem como pela interpretação do artigo 231 que levou à aplicação do marco temporal no caso em tela; (iii) incorre em erro de fato, pois não interpretou adequadamente o laudo pericial referente à demarcação da terra indígena em comento.

Nada obstante, o i. Relator do feito, Ministro Luiz Fux, negou seguimento à rescisória, de plano, por entender que as hipóteses legais para

ajuizamento da demanda não foram preenchidos pela Autora, em decisão assim ementada:

“AÇÃO RESCISÓRIA. ALEGAÇÃO DE OFENSA A COISA JULGADA, VIOLAÇÃO MANIFESTA A NORMA JURÍDICA E OCORRÊNCIA DE ERRO DE FATO. AÇÃO QUE PRETENDE RESCINDIR DECISÃO PROFERIDA EM RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA QUE FEZ A DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS E INSTITUIU O MARCO REFERENCIAL DA OCUPAÇÃO. ARGUMENTOS JÁ ANALISADOS E AFASTADOS PELA PRÓPRIA DECISÃO RESCINDENDA. PRECEDENTES. MERA REDISCUSSÃO DE MATÉRIA JÁ APRECIADA POR ESTE TRIBUNAL. INVIABILIDADE. INADEQUAÇÃO DESTA VIA PROCESSUAL PARA TAL FIM. PEDIDO DE GRATUIDADE DE JUSTIÇA DEFERIDO. ART. 98, § 1º, VIII, DO CPC/2015. AÇÃO RESCISÓRIA A QUE SE NEGA SEGUIMENTO.”

Opostos embargos aclaratórios, foram eles rejeitados pelo Relator.

Inconformada, a Comunidade Autora interpôs agravo regimental, a fim de ver reformada a decisão que negou seguimento à ação, pelos seguintes fundamentos: (i) a decisão inobservou o contido no artigo 232 da Constituição, ao deixar de intimar o Ministério Público Federal para que se manifestasse sobre a demanda antes de sua prematura extinção; (ii) há omissão quanto à impossibilidade de decidir a questão referente à citação da comunidade indígena no feito com base em tutela orfanológica extinta pela Constituição ad República; (iii) não houve citação da comunidade indígena para defender-se nos autos que culminaram na decretação de nulidade da demarcação de terra indígena que fora reconhecida como tal em seu benefício; (iv) a via eleita pelo impetrante do mandado de segurança originário é inadequada, haja vista a necessidade de dilação probatória em matéria de grande complexidade, bem como a aplicação do marco temporal em desacordo com o restante das conclusões extraídas do julgamento da Pet 3388.

Por sua vez, a Procuradoria-Geral da República também interpõe agravo regimental, sustentando, preliminarmente, ser devida sua intervenção na rescisória, em razão da natureza do pedido, nos termos do artigo 232 do texto constitucional. No mérito, afirma que a decisão deve ser reformada por se encontrarem presentes os requisitos autorizadores do ajuizamento de ação rescisória, dentre eles a desconsideração pelo acórdão rescindendo do processo de expulsão de suas terras sofridos pelos índios,

bem como pela ausência de intimação da comunidade indígena afetada para intervir no feito e pela inadequação da via para a contestação do processo demarcatório.

O i. Ministro Relator manteve a decisão monocrática proferida, negando provimento a ambos os recursos, em sessão virtual iniciada em 08.09.2018, tendo sido acompanhado em seu posicionamento pela i. Min. Cármen Lúcia.

Pedi vista dos autos para uma melhor análise, tendo devolvido o feito para julgamento presencial em 01.10.2018.

Analizando o feito, formulei voto para manifestar divergência em relação ao voto proferido pelo Ministro Luiz Fux, assentando entendimento pelo prosseguimento da ação rescisória em tela.

No entanto, na presente oportunidade, o i. Ministro Relator reajusta o voto, para dar provimento aos agravos regimentais, no mesmo sentido da conclusão a que cheguei.

De fato, considerou o i. Relator em sua decisão monocrática que os pressupostos para considerar a demanda manifestamente inadmissível estavam presentes. Entretanto, ao menos nesse momento prefacial, compreendo que as estritas hipóteses para ajuizamento de ação rescisória encontram-se presentes, donde manifestar-me pela impossibilidade de extinção prematura do feito, pelas razões que abaixo declino.

Preliminarmente, sustentam ambos os recorrentes que a decisão agravada merece reforma, em razão da ausência de intimação do Ministério Público Federal para intervir no feito. Em seu voto, o i. Relator sustenta que referida notificação estaria no âmbito da discricionariedade daquele que preside o feito, bem como que não se cuida de hipótese de intervenção obrigatória.

Contudo, compreendo que a dicção do artigo 232 da Constituição da República impõe a intervenção do *Parquet* em todos os feitos nos quais estejam em causa direitos e interesses indígenas, *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 .”**

Mesmo raciocínio se depreende do conteúdo do artigo 129, inciso V do texto constitucional:

“Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:  
(...)  
V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas ;  
(...)”

Logo, com a devida vênia, não me parece ser hipótese de discricionariedade judicial a intimação do Ministério Público para intervir em feitos como o presente, mas determinação de fundo constitucional a ser compulsoriamente observada nos processos judiciais.

Nesse sentido, observa José Afonso da Silva:

“Os *direitos e interesses dos índios tem natureza de direito coletivo, direito comunitário* . Como tais, concernem à comunidade toda e a cada índio em particular, como membro dela.

Essa ideia reconduz à comunidade de direito que existia no seio da gentilidade. ‘os bens da *gens* pertencem conjuntamente a todos os gentílicos. E este direito se distinguia do de cada um em particular, por não ser exclusivo, mas indiviso e inalienável e indissolúvelmente ligado à qualidade de membro da coletividade’.

Por isso é que a Constituição reconhece legitimação para defendê-los em juízo aos próprios índios, às suas comunidades e às organizações antropológicas e pró-índios, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo, que é da competência, em primeira instância, do juiz federal da Seção onde estiverem situadas as terras por eles habitadas (arts. 109, XI, e §2º, e 232) e, na segunda, do TRF da área.

Pela mesma razão – ou seja, por se tratar de direitos e interesses coletivos, indisponíveis, de ordem pública, envolvidos, além do mais, com interesses da União – é que a Constituição também deu legitimação ao Ministério Público para defendê-los judicialmente (art. 129, V) , e, se a competência é da Justiça Federal, o Ministério Público legitimado é Ministério Público Federal.”

(SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição* . 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 892-893)

Assim, entendo que a decisão ora guerreada, diante da ausência de intimação prévia do Ministério Público Federal antes da prematura extinção do feito, por envolver questão relativa a direitos e interesses indígenas, não pode subsistir, diante de óbice constitucional intransponível à sua higidez, qual seja, o disposto nos artigos 232 e 129, V, da Constituição da República.

De outra parte, já adentrando ao mérito dos agravos regimentais, é no âmbito de cognição do mesmo artigo 232 que visualizo a presença, ao menos em tese, da possibilidade de violação frontal a norma jurídica, a autorizar que se reconheça a necessidade de prosseguimento da presente demanda.

De fato, da redação do dispositivo constitucional citado, deduz-se que os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses.

Isso, como já tive oportunidade de ressaltar em outros feitos, 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.

No caso em tela, trata-se de ação rescisória que pretende desconstituir acórdão prolatado em recurso ordinário em mandado de segurança, cujo escopo final foi impedir a demarcação da Terra Indígena Guyraroká, ao declarar nulo todo o processo administrativo que culminou no reconhecimento da área como de posse tradicional indígena.

Logo, é evidente que a decisão proferida no feito atingiu a esfera de direitos dos índios pertencentes à Comunidade Indígena ora recorrente, uma vez que possuíam uma demarcação administrativa de terras reconhecida pela FUNAI e pela União em seu favor, área cuja tradicionalidade foi questionada na demanda que pretendem rescindir.

Assim, concluo que se fazia necessária a presença da Comunidade no feito, pois considerar que os índios estavam representados pelo regime tutelar da FUNAI – como fez o acórdão impugnado – não concretiza os ditames do artigo 232 da Constituição.

De fato, não pode a Comunidade Indígena ter seu ingresso na lide indeferido, entendendo-se estar representada pela FUNAI, pois ela, no

ordenamento constitucional vigente, não detém mais nenhuma tutela sobre os índios, a ensejar que sua defesa seja, exclusivamente, promovida por este ente. A capacidade plena dos integrantes dessas comunidades tradicionais foi inequivocamente reconhecida pela Constituição, e a eles pertence o direito a vir a juízo defender seus interesses.

Nesse sentido:

“Os índios tidos como não-integrados (...) no exercício de seus direitos civis, deveriam submeter-se à tutela do órgão federal, qual seja, a FUNAI, para proteção de seus bens patrimoniais. Seriam, portanto, incapazes, na forma do revogado art. 6º, III, do Código Civil de 1916.

**Com a promulgação da Constituição de 1988, superou-se a política integracionista, iniciando-se uma visão de respeito à cultura indígena. Assim, nada mais acertado que conferir aos índios sua plena capacidade civil e processual .**

O Código Civil de 2002, em seu artigo 4º, parágrafo único, dispõe que a capacidade dos índios será regulada por legislação especial, omitindo-se de decidir a problemática em questão. Por outro lado, foi eliminado o dispositivo do Código anterior, que restringia esse atributo da personalidade indígena. **Assim, à luz da Constituição devem ser repelidas tanto a classificação de índios quanto ao grau de sua integração, quanto o regime tutelar, atribuindo-se aos índios plena capacidade civil (...).**”

(VITORELLI, Edílson. Estatuto do índio: Lei 6.001/1973. 3.ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 78)

Da leitura dos acórdãos proferidos no RMS 29.087, depreende-se que houve a declaração de nulidade da própria demarcação efetuada, o que, com o devido respeito, atingiu diretamente a esfera material de direitos da Comunidade Indígena, possuindo ela mais que simples interesse no resultado favorável à FUNAI e à União; em verdade, foi a ora requerente que arcou com os ônus materiais da sucumbência na lide, pois perdeu o direito a ocupar as terras cuja tradicionalidade fora reconhecida administrativamente.

Sendo assim, entendo que o indeferimento de seu ingresso no feito, com a consideração de que estariam submetidos ao regime tutelar da FUNAI, tem o condão de revelar violação ao disposto no artigo 232 da Constituição da República, pois representou negativa de acesso à justiça aos índios integrantes da Comunidade que seria beneficiada pela demarcação

administrativa, restando de todo impossível a extinção da ação rescisória sem considerar hipótese de nulidade dos autos pela ausência de citação dos indígenas para integrar o feito.

As pretensões deduzidas em juízo pelas entidades públicas e pela Comunidade Indígena, embora bastante interligadas, guardam nota de particularidade; FUNAI e União defendem suas prerrogativas e atribuições de acordo com os ditames constitucionais e legais, os índios, defendem seu direito material à posse da terra. Foram, assim, diretamente afetados em processo no qual tiveram seu ingresso negado, uma vez reconhecida a nulidade do processo administrativo demarcatório e, de consequência, a impossibilidade de ingresso ou expulsão dos indígenas da área até então demarcada.

Assim, compreendo como obrigatório o ingresso das Comunidades Indígenas afetadas por processos nos quais haja potencial de risco a seus direitos e interesses nos feitos, na qualidade de litisconsortes necessários, respeitando-se assim o contido no artigo 232 da Constituição da República .

Nessa direção, orientou-se o Plenário em recente decisão:

“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, 1 2, “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.”

(AR 2750 MC-Ref, Relator(a): ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 31/08/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-238 DIVULG 28-09-2020 PUBLIC 29-09-2020)



Desta feita, perfazendo, ao menos nessa fase prefacial, o requisito de demonstrar a potencial violação frontal de norma jurídica, nos termos do artigo 996, inciso V do Código de Processo Civil, compreendo indevida a extinção prematura da demanda.

Ainda, há a possibilidade de se configurar, também, eventual violação ao disposto no artigo 231 do texto constitucional.

É certo que, no ponto, o i. Relator entendeu aplicável ao caso a Súmula nº 343 desta Corte ( *Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais* ).

Contudo, é mister apontar que esta Corte, quando do julgamento dos embargos de declaração opostos em face do acórdão de mérito da Pet nº 3.388, decidiu que as dezenove determinantes adotadas naquele julgamento decidiram, com efeito de coisa julgada material, o caso relativo à demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, no Estado de Roraima, mas que não se aplicavam imediatamente, com eficácia vinculante, às demais demarcações de terras indígenas pelo País.

Eis a ementa do julgado:

“Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AÇÃO POPULAR. DEMARCAÇÃO DA TERRA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL. 1. Embargos de declaração opostos pelo autor, por assistentes, pelo Ministério Público, pelas comunidades indígenas, pelo Estado de Roraima e por terceiros. Recursos inadmitidos, desprovidos, ou parcialmente providos para fins de mero esclarecimento, sem efeitos modificativos. 2. Com o trânsito em julgado do acórdão embargado, todos os processos relacionados à Terra Indígena Raposa Serra do Sol deverão adotar as seguintes premissas como necessárias: (i) são válidos a Portaria/MJ nº 534/2005 e o Decreto Presidencial de 15.04.2005, observadas as condições previstas no acórdão; e (ii) a caracterização da área como terra indígena, para os fins dos arts. 20, XI, e 231, da Constituição torna insubsistentes eventuais pretensões possessórias ou dominiais de particulares, salvo no tocante à indenização por benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé (CF/88, art. 231, § 6º). 3. As chamadas condições ou condicionantes foram consideradas pressupostos para o reconhecimento da validade da demarcação efetuada. Não apenas por decorrerem, em essência, da própria Constituição, mas também pela necessidade de se explicitarem as diretrizes básicas para o exercício do usufruto

indígena, de modo a solucionar de forma efetiva as graves controvérsias existentes na região. Nesse sentido, as condições integram o objeto do que foi decidido e fazem coisa julgada material. Isso significa que a sua incidência na Reserva da Raposa Serra do Sol não poderá ser objeto de questionamento em eventuais novos processos. **4. A decisão proferida em ação popular é desprovida de força vinculante, em sentido técnico. Nesses termos, os fundamentos adotados pela Corte não se estendem, de forma automática, a outros processos em que se discuta matéria similar. Sem prejuízo disso, o acórdão embargado ostenta a força moral e persuasiva de uma decisão da mais alta Corte do País, do que decorre um elevado ônus argumentativo nos casos em se cogite da superação de suas razões ."**

(Pet 3388 ED, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 23/10/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-023 DIVULG 03-02-2014 PUBLIC 04-02-2014 RTJ VOL-00227-01 PP-00057)

A fixação de sentido do artigo 231 da Constituição, aliás, é tema submetido à repercussão geral, sob o Tema 1031, de minha relatoria:

“EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. POSSE INDÍGENA. TERRA OCUPADA TRADICIONALMENTE POR COMUNIDADE INDÍGENA. POSSIBILIDADES HERMENÊNTICAS DO ARTIGO 231 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. TUTELA CONSTITUCIONAL DO DIREITO FUNDAMENTAL INDÍGENA ÀS TERRAS DE OCUPAÇÃO TRADICIONAL. 1. É dotada de repercussão geral a questão constitucional referente à definição do estatuto jurídico-constitucional das relações de posse das áreas de tradicional ocupação indígena à luz das regras dispostas no artigo 231 do texto constitucional. 2. Repercussão geral da questão constitucional reconhecida.”

(RE 1017365 RG, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, julgado em 21 /02/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-075 DIVULG 10-04-2019 PUBLIC 11-04-2019)

Portanto, diante dessa configuração, parece-me demasiado prematuro promover-se a extinção do feito no qual se aplicou, de forma automática, o marco temporal como único fundamento para a anulação do procedimento demarcatório, sem ao menos possibilitar a instrução do feito e manifestação do *Parquet* federal, a fim de determinar se a matéria era ou não controvertida.

Logo, por esses fundamentos, entendendo que a autora da presente demanda demonstrou, *quantum satis*, a presença dos requisitos autorizadores do ajuizamento da ação rescisória, com a devida vênia, dirijo do i. Relator, e voto pelo provimento dos agravos regimentais interpostos pela Comunidade Indígena Guyraroká e pela Procuradoria-Geral da República, permitindo o prosseguimento da ação.

É como voto, acompanhando o voto reajustado do i. Relator.

Plenário Virtual - minuta de voto - 26/03/21 09:00