



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.572.069 - PR (2015/0309000-5)

RELATOR : **MINISTRO HERMAN BENJAMIN**
RECORRENTE : **UNIÃO**
RECORRENTE : **FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI**
RECORRIDO : **BRUNISWUAVA PAVLAK**
ADVOGADO : **JOSÉ ANTONIO PAVLAK - PR039924**

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC/1973 NÃO CONFIGURADA. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. DEMARCAÇÃO DE TERRAS TRADICIONALMENTE OCUPADAS PELOS ÍNDIOS. DECRETO 1.775/1996. AUSÊNCIA DE LEVANTAMENTO FUNDIÁRIO. NULIDADE. CARACTERIZAÇÃO DE ESBULHO RENITENTE NA DATA DA PROMULGAÇÃO DA CF/1988. REVISÃO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ.

1. Trata-se, na origem, de Ação Anulatória, com pedido de liminar, ajuizada por Bruniswuava Pavlak contra a Fundação Nacional do Índio - Funai e a União, objetivando a declaração de nulidade da Portaria 1.794/2007 do Ministério da Justiça, na parte em que declarou como de tradicional ocupação dos índios Kaingang a área conhecida como "Fazenda Passo Liso", no Município de Laranjeiras do Sul, no Estado do Paraná.

2. A sentença julgou procedente o pedido para declarar a nulidade da Portaria 1.794/2007 do Ministério da Justiça e de todos os efeitos dela decorrentes, na parte em que inclui as áreas pertencentes à parte autora nas Terras Indígenas Boa Vista.

3. O Tribunal de origem negou provimento às Apelações e à remessa oficial ao fundamento de que, além de não estar demonstrada a realização do levantamento fundiário exigido pelo artigo 2º, § 1º, do Decreto 1.775/1996 e pelo artigo 1º, sexta parte, da Portaria 14/1996, do Ministério da Justiça, não estavam terras em questão sendo ocupadas pelos indígenas ou configurado o "esbulho renitente" na data da promulgação da Constituição de 1988, requisitos necessários para caracterização como "terra tradicionalmente ocupada pelos índios".

4. Não se configura a alegada negativa de prestação jurisdicional, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, tal como lhe foi apresentada. Registre-se que não é o órgão julgador obrigado a rebater, um a um, todos os argumentos trazidos pelas partes em defesa da tese que apresentaram. Deve apenas enfrentar a demanda, observando as questões relevantes e imprescindíveis à sua resolução.

5. A mera insatisfação com o conteúdo da decisão embargada não enseja Embargos de Declaração. Esse não é o objetivo dos Aclaratórios, recurso que se presta tão somente a sanar contradições ou omissões decorrentes da ausência de análise dos temas que foram trazidos à tutela jurisdicional no momento processual oportuno.

6. O STJ firmou o entendimento de que a realização de levantamento fundiário é etapa obrigatória nos procedimentos de demarcação de terra indígena, cuja ausência importa em nulidade do processo administrativo.

7. O Tribunal de origem consignou que "a prova produzida nos autos (...) indica



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que o marco temporal da ocupação indígena apontada pelo STF - 05 de outubro de 1988 - para a configuração de 'terra indígena', suscetível de demarcação, não foi atendido no caso dos autos". A revisão desse entendimento implica reexame de matéria fático-probatória, o que atrai o óbice da Súmula 7/STJ.

8. Recurso Especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: ""A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."" Os Srs. Ministros Og Fernandes, Mauro Campbell Marques, Assusete Magalhães (Presidente) e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro Relator."

Brasília, 13 de dezembro de 2016(data do julgamento).

MINISTRO HERMAN BENJAMIN
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2015/0309000-5 **PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.572.069 / PR**

Números Origem: 450167485320124040000 50059766220124047006 PR-50059766220124047006
TRF4-50167485320124040000

PAUTA: 06/12/2016

JULGADO: 06/12/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. SANDRA VERÔNICA CUREAU

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : UNIÃO
RECORRENTE : FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI
RECORRIDO : BRUNISWUAVA PAVLAK
ADVOGADO : JOSÉ ANTONIO PAVLAK - PR039924

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Adiado por indicação do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.572.069 - PR (2015/0309000-5)

RELATOR : **MINISTRO HERMAN BENJAMIN**
RECORRENTE : **UNIÃO**
RECORRENTE : **FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI**
RECORRIDO : **BRUNISWUAVA PAVLAK**
ADVOGADO : **JOSÉ ANTONIO PAVLAK - PR039924**

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Trata-se de Recurso Especial interposto, com fundamento no art. 105, III, "a", da Constituição da República, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região assim ementado (fl. 1196, e-STJ):

DIREITO ADMINISTRATIVO. 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.

Os Embargos de Declaração foram rejeitados (fl. 1234, e-STJ).

Apontam as recorrentes violação dos arts. 535, II, do Código de Processo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Civil/1973, 2º, §§ 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º e 10 do Decreto 1.775/1996 e 19, *caput*, da Lei n. 6.001/1973. Afirmando que o aresto objurgado incorreu em negativa de prestação jurisdicional ao não analisar as questões levantadas nos Embargos de Declaração. Sustentam que, "apesar de o levantamento fundiário ser etapa importante e necessária do processo administrativo demarcação de terras indígenas, não pode ser considerado como elemento isolado para a inclusão de determinada fazenda na área total a ser demarcada como terra indígena". Aduzem que "a posse dos indígenas sobre a referida terra não precisa ser atual à promulgação da Constituição de 1988, pois foram eles retirados do local por ação dos não indígenas".

Sem contrarrazões (fl. 1326, e-STJ).

O Ministério Público Federal, na pessoa do Subprocurador-Geral da República Wagner de Castro Mathias Netto, opinou pelo não conhecimento do apelo. Eis a ementa do parecer ministerial (fl. 1351, e-STJ):

Recurso Especial. Omissão jurisdicional não configurada. Deficiência nas razões recursais. Súmula 284/STF. Análise de violação a Decreto. Inadequação. Terra tradicionalmente ocupada por índios. Marco temporal. Ausência de esbulho renitente. Revisão. Impossibilidade. Súmula 7/STJ. Pelo não conhecimento e, caso conhecido, pelo seu desprovemento.

É o **relatório**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.572.069 - PR (2015/0309000-5)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Os autos ingressaram neste Gabinete em 17.10.2016.

Cuida-se, na origem, de Ação Anulatória, com pedido de liminar, ajuizada por Bruniswuava Pavlak contra a Fundação Nacional do Índio - FUNAI e a União, objetivando a declaração de nulidade da Portaria 1.794/2007 do Ministério da Justiça, na parte em que declarou como de tradicional ocupação dos índios Kaingang a área conhecida como "Fazenda Passo Liso", no Município de Laranjeiras do Sul, no Estado do Paraná.

A sentença julgou procedente o pedido para declarar a nulidade da Portaria 1.794/2007 do Ministério da Justiça e de todos os efeitos dela decorrentes, na parte em que inclui as áreas pertencentes à parte autora nas Terras Indígenas Boa Vista.

O Tribunal *a quo* negou provimento às Apelações da FUNAI e da União, aos seguintes fundamentos (fls. 1131-1140, e-STJ - grifei):

Julgo que a sentença de procedência da demanda deve ser confirmada, mas por fundamentos diversos daqueles por ela adotados.

Com efeito, **entendo 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, conforme passarei a expor.**

(...)

O histórico da ocupação indígena na região é narrado no Resumo do Relatório Circunstanciado de Identificação e Delimitação da Terra Indígena Boa Vista, elaborado pela autoridade indigenista, documento integrante do Processo FUNAI/BSB nº 1498/04, no qual se deu a identificação e delimitação da terra indígena (processo originário, evento 38, PROCADM15, pg. 16 do doc eletrônico). Transcrevo o excerto do relatório em que é descrita a situação da área a partir da década de 1960:

Apesar dos esforços de funcionários e da expectativa dos indígenas de que seriam legalizadas suas terras, os Kaingang do PI [Posto Indígena] Boa Vista foram transferidos, em 1962, de maneira forçada para as áreas de Terras Marrecas e Rio das Cobras. (...) Foram obrigados a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

deixar suas terras na Área Boa Vista e passaram a viver no PI Marrecas e PI Rio das Cobras. (...) O proprietário do caminhão que conduzi os índios, o senhor Zenó, se encontra ainda residindo nas proximidades de Passo Liso. Relatou à equipe do GT, que fez duas viagens, para transportar os índios de Boa Vista, cujas casas, ranchos, salão de festas do Posto foram destruídos e queimados pelos novos ocupantes. Atualmente, sessenta índios estão vivendo, desde 1995, em barracas de lona, em acampamento instalado na Terra Indígena Boa Vista, em local próximo à antiga sede do PI, na expectativa de recuperarem suas terras(...).

A narrativa aponta para ausência de indígenas na área entre 1962 e 1995.

Embora a relativa pobreza da instrução probatória neste feito, essa ausência dos indígenas é corroborada pela prova produzida em diversas outras ações que tramitam ou tramitaram neste Tribunal, propostas por outros proprietários de áreas remanescentes da antiga Fazenda Passo Liso, em Laranjeiras do Sul/PR, que foram atingidos pelo mesmo processo demarcatório da Terra Indígena Boa Vista, feitos esses que foram melhor instruídos, alguns dos quais estou trazendo à apreciação da Turma nesta mesma sessão (processos 5006473- 76.2012.404.7006 e 5006463-32.2012.404.7006).

A propósito, transcrevo excerto do voto que estou lançando no segundo processo acima mencionado, valendo referir que a situação fática e jurídica ali tratada é exatamente a mesma deste processo, diferindo apenas quanto ao acervo probatório juntado naqueles autos, uma vez que ali foi colacionada prova pericial emprestada, produzida em outro processo similar, proposto por outro proprietário atingido. Naquele processo estou reconhecendo a inexistência de ocupação indígena na área em comento (antiga Fazenda Passo Liso) na data de 05 de outubro de 1988, bem como afastando a configuração de 'esbulho renitente', nos seguintes termos:

'A sentença recorrida (processo originário, evento 45), com base no ludo antropológico realizado em processo análogo, envolvendo a mesma região (autos 500397- 07.2010.404.7006), pela antropóloga Cláudia Inês Parellada em fevereiro de 2013 e adotado nestes autos como prova emprestada, assim descreve o histórico da ocupação indígena na localidade:

A expert demonstrou de forma cabal que as terras localizadas no Município de Laranjeiras do Sul foram ocupadas pelos indígenas da etnia kaingang há mais de dois séculos. Note-se a transcrição da parte inicial da resposta ao quesito 'b' (evento 27, LAUI, fl. 31):

'b) Em qual período os indígenas ocuparam as terras indígenas objeto da Portaria nº 1794/ 2007 do Ministério da Justiça?

A análise de documentação histórica e arqueológica, observar cronologia descrita em detalhes, aponta para a ocupação tradicional da área em tempos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

anteriores ao século XIX até 1962, sendo que aconteceu o retorno efetivo de um grupo de indígenas Kaingang em 1995. Houve tentativas sucessivas de retirada dos indígenas da região desde o início do século XX, apesar das leis e portarias, conforme dados em Blasi et al. (1999) e Helm (2003), indicassem que a terra lhes pertencia. Deve ser comentado que algumas famílias de indígenas, como a de Lucas Corinba, mesmo com o Poder Público as retirando oficialmente da área e fechando o Posto Indígena da Boa Vista, em 1962, permaneceram pelas fazendas da região, morando em habitações improvisadas ou sob abrigo de fazendeiros e, portanto, não se desvinculando desta área. (...)’ A resposta transcrita no quesito ‘c’, do mesmo laudo, demonstra que os indígenas foram retirados daquela área, por volta do ano de 1962, mediante interferência externa, e não por vontade própria (evento 27, LAUI, fl. 41):

’c) Por qual motivo deixaram essas terras?

Foram pressionados pelos Alves Pires, conforme informações detalhadas na cronologia inserida na resposta anterior, e depois transferidos com violência, em 1962, para outras áreas indígenas. Deve ser destacado que a força política dos Alves Pires fez com que houvesse novas prerrogativas para a retirada forçada dos indígenas da área em questão. Infelizmente, muitos acabaram perdendo grande parte da criação de animais e de seus roçados em áreas contíguas ao Posto Indígena Boa Vista. Nas entrevistas com indígenas mais idosas, como Lídia Mathias e Angélica Diabrel, houve relatos sobre a transferência dos indígenas em caminhão onde foram misturados a móveis e a alguns animais, além de sacos com grãos e sementes. Assim, em 1962, quando chegaram em Marrecas houve a constatação de mortes de crianças Kaingang sufocadas e/ou esmagadas pela carga. Os idosos choravam muito quando chegavam a esta parte do relato de como tinham saído de Boa Vista. Mas diziam estar muito felizes agora por retornarem, enfim, ao local que tinham nascido e vivido uma parte de sua existência. (...)’

Destaque-se que todos os demais quesitos e referências trazidas no laudo antropológico são explícitos em atestar a tradicional ocupação, pelos indígenas, das terras em que se situam os imóveis do autor - ocupação interrompida, apenas, no interregno de 1962 a 1995, ante a interferência dos novos possuidores/proprietários das terras e o deslocamento promovido pela FUNAI para reservas indígenas vizinhas (evento 27, LAUI, fls. 41, 44 e 45).

Essa narrativa, que estabelece o ano de 1962 como o da cessação da ocupação da área pelos indígenas kaingang, que foram então transferidos (em circunstâncias pouco esclarecidos) para outras terras indígenas próximas, é



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reproduzida no Parecer Técnico de Antropologia ofertado pelo Ministério Público Federal, de lavra da Analista Perícia em Antropologia Luciana Ramos (processo originário, evento 34, LAU2):

(...)

O estabelecimento de um contato efetivo entre os Kaingang e frentes da sociedade nacional só teria se dado a partir do século XVIII (1771/1772) e, de forma mais continuada, sobretudo na região em questão, somente a partir da segunda metade do XIX, ou seja, por volta de 1858 e da criação de uma colônia indígena (ver pp 23).

Todavia, tudo indica que os ascendentes dos Kaingang hoje localizados na TI Boa Vista conseguiram manter seu modo de vida próprio e relativamente distanciados dos não indígenas até as décadas de 1920/1930, momento em que chegam na região do que se configuraria no atual município de Laranjeiras do Sul levas de migrantes e, com eles, o surgimento das primeiras propriedades tituladas sobre as áreas que, até então, eram de ocupação exclusiva dos indígenas.

De acordo com os dados da perita, embora sejam registrados conflitos entre parcialidades Kaingang e segmentos não indígenas desde o século XIX, foi sobretudo quando da transferência de parte das áreas tituladas aos irmãos Antonio e Juvenal Alves Pires (especialmente o último) que a situação territorial dos indígenas de Boa Vista se complicou significativamente; culminando na retirada forçada do grupo do local em 1962/63 e no retomo de algumas famílias cerca de 30 anos depois, no ano de 1995.

(...)

Os dados e análises efetuados nesta parte do laudo pela perita levam ao entendimento de que a área delimitada e declarada como terra tradicionalmente ocupada por meio da Portaria MJ 1794/2007 seria o pouco do que restou do amplo território histórico, sendo justamente aquela com a qual os Kaingang ali localizados ainda mantém ativa a vinculação sócio-afetiva e simbólica, e o espaço a partir do qual pretendem dar suporte à manutenção das suas práticas e modos de vida tradicionais. Ressalta-se que esta parte do território histórico corresponde, em larga medida, as áreas mantidas com a coletividade Kaingang de Boa Vista até por volta da década de 1930/40 e que foram reivindicadas por alguns dos agentes do SPI dessas décadas até pelo menos o início da década de 1960.

(...)

No Segundo quesito, relativo ao momento em que os indígenas ocuparam as terras declaradas como indígenas pelo Ministro da Justiça (ou as objeto da Portaria



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1794/2007), consta como resposta da perita uma cronologia (das pags 32-38), construída sobretudo com base nos estudos do historiador Lúcio Tadeu Mota, do antropólogo Luis Fernando Larroque, em documentos do SPI e no relatório de identificação e delimitação da TI Boa Vista. Esta cronologia cobre um período de quase dois séculos e vai do ano de 1832 ao de 2007. Por meio dela é possível verificar que há uma contínua ocupação da área, de modo expandido, por varias parcialidades Kaingang ate o ano de 1962/63, momento em que os indígenas, a partir da pressão dos condôminos e de acordos entre o governo do estado do Paraná e a direção do SPI são retirados do local e levados para basicamente duas áreas indígenas: Josè Maria de Paula ou TI Marrecas e a TI Rio das Cobras.

Observa-se pelos dados e documentos citados e transcritos no texto da perita que houve resistência à ocupação das áreas por não-indígenas - que se inicia a partir das décadas de 1920/30 - tanto pelos próprios Kaingang, quanto por parte de alguns agentes do SPI, embora logo no início da década de 1960 surja um posicionamento do Orgão indigenista oficial - que tudo indica vinha sendo gestado pela sua direção em Curitiba a partir da segunda metade da década de 1950, mas que era do conhecimento da administração local (ou do chefe de Posto Boa Vista) e dos próprios indígenas - no sentido de cessão das áreas ocupadas pelos indígenas aos fazendeiros do entorno que, de algum modo, as haviam adquirido/apossado, ocorrendo a transferência das famílias Kaingang do local'.

Afastada a residência, a presença física dos índios na região em 05 de outubro de 1988, resta examinar a configuração ou não do 'esbulho renitente', nos moldes definidos pelo STF para fins de caracterização da 'terra tradicionalmente ocupada pelos índio' naquela data.

A propósito, transcrevo os termos da narrativa da autoridade indigenista no processo de identificação e demarcação da Terra Indígena de Boa Vista, descrevendo a reação dos indígenas após sua remoção, lançada no processo para refutar a argumentação dos proprietários não-índios constestantes no processo demarcatório, de que houvera descontinuidade da posse indígena a partir de 1962:

Notamos que os dados apresentados pelos Contestantes [proprietários não-índios atingidos pela demarcação] reforçam exatamente o argumento dos estudos de identificação quanto à remoção forçada dos Kaingang de Boa Vista. Eles foram obrigados a mudar os locais de residência, passando a recorrer a estratégias para manter o contato com seus lugares de referência na região de Laranjeiras do Sul. (...); graças à ação de remoção, é possível



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

hoje aos Contestantes argumentarem que a posse sofreu descontinuidade, pois confiam ser frágil a possibilidade de mostrar a continuidade de ocupação indígena por outras vias, tais como: os índios aceitarem trabalhar para os não-índios em imóveis estabelecidos sobre terras indígenas, o recurso à ocupação discreta - quase clandestina - para caçar, pescar e realizar atividades de coleta, a manutenção do trânsito por antigos caminhos e trilhas de acesso. Essas formas de continuidade no uso da TI de Boa Vista, em que não temos residência de índios na Terra, estão descritas no relatório. Entretanto, vale destacar com toda a ênfase que esses subterfúgios caracterizam as etapas bastante tardias do processo de restrição territorial decorrente da colonização, pois, embora o poder público projete a colonização, a presença não indígena não ocorre de forma completa imediatamente, e normalmente não implica no total cercamento das terras e impedimento definitivo à presença indígena. Esse impedimento, que gera uma reação dos índios em favor de seus direitos, é progressivo e se dá acompanhado por dois fenômenos concomitantes: o cercamento das terras por particulares e a derrubada das áreas de mata que passam a ser usadas em atividades diversas - agricultura, pecuária, exploração mineral e outras. Por outro lado, os índios, que vinha suportando a crescente restrição territorial com estratégias discretas de ocupação, passam a reagir ao cercamento e à degradação dos recursos naturais de que dependem para sobreviver. Historicamente, tal reação se apresenta ao Órgão indigenista oficial na forma de reivindicação pela regularização da Terra Indígena tradicional, podendo vir acompanhada de medidas mais enfáticas por parte dos índios, como o assentamento de residências e m imóveis localizados na área que consideram de ocupação tradicional.

A TI Boa Vista não difere desse padrão, havendo no relatório de identificação elementos suficientes para respaldar o entendimento desta CGID de que se trata de uma terra indígena não apenas pela ocupação pretérita supostamente interrompida pela remoção dos índios em 1962, mas pela continuidade da ocupação por esses meios 'quase clandestinos' a que nos referimos acima. (processo originário, evento 15, PROCADM2, fl. 12 e ss do documento eletrônico).

Teor semelhante tem a resposta da antropóloga Cláudia Inês Parellada, perita designada nos autos da ação 5000397-07.2010.404.7006, da qual se tomou a prova pericial emprestada para esta ação, ao quesito formulado pelo autor daquela ação, proprietário de imóvel em situação idêntica ao aqui controvertido (processo originário, evento 27, LAU1, pág. 46 do laudo):



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

b) *Queira a Sra. Perita esclarecer se, em 05/10/88, havia alguma controvérsia real e efetiva entre índios e não índios acerca da posse da área objeto desta demanda. Em caso positivo, queira especificar quais eram tais demandas.*

Sim, na referida data existiam indígenas Kaingang tentando ocupar novamente a área da Fazenda Passo Liso, antiga Boa Vista, que tradicionalmente ocupavam em tempos anteriores.

Os Kaingang Lucas Corinba e Vadico Jeca, moradores atualmente na Terra Indígena de Boa Vista, relataram que existiam visitas a essa área por vários indígenas, pois sempre se considerou esse local como um espaço Kaingang, cuja memória estava presente.

Algumas famílias da etnia Kaingang, originárias de Boa Vista e que tinham sido transferidas para Marrecas e Rio das Cobras, quando viajavam para vender artesanato, tentavam visitar a área de Boa Vista para lembrar os espaços sagrados: os cemitérios, as minas de água, os taquarais, os locais onde nasceram e cresceram.

Esses depoimentos indicam que não chegou a se estabelecer litígio efetivo entre índios e não-índios sobre a posse da terra depois deles terem sido desalojados da Fazenda Passo Liso, no início da década de 1960, mantendo os indígenas apenas uma relação tênue com a área da qual foram desalojados, não mais intensa do que aquela que as circunstâncias permitiam, sem configurar efetivo litígio possessório.

Aliás, a permanência dessa relação dos índios com a terra que lhe fora tirada, mais anímica do que efetiva, estava presente naqueles precedentes em que o Supremo Tribunal Federal afastou a configuração do esbulho renitente.

Exemplificativamente, no caso objeto do ARE 803462, em que não foi reconhecido o esbulho renitente, o laudo pericial antropológico havia narrado a seguinte situação:

*Com relação às terras da fazenda Santa Bárbara, podemos indicar que existiu ocupação indígena (no sentido de uso para habitação) até o ano de 1953, quando em meio ao processo de demarcação houve a expulsão dos índios da área, **mas a ocupação (como uso de recursos naturais e ambientais) permanece até os dias de hoje, uma vez que os índios praticam a caça e coleta na serra.**' [O grifo é meu]*

No voto do relator, Ministro Teori, há ainda a seguinte afirmação:

Também não pode servir como comprovação de 'esbulho renitente' a sustentação desenvolvida no voto vista



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*proferido no julgamento do acórdão recorrido, no sentido de que os índios Terena pleitearam junto a órgãos públicos, desde o começo do Século XX, a demarcação das terras do chamado Limão Verde, nas quais se inclui a Fazenda Santa Bárbara. Destacou-se, nesse propósito, (a) a missiva enviada em 1966 ao Serviço de Proteção ao Índio; (b) o requerimento apresentado em 1970 por um vereador Terena à Câmara Municipal, cuja aprovação foi comunicada ao Presidente da Funai, através de ofício, naquele mesmo ano; e (c) cartas enviadas em 1982 e 1984, pelo Cacique Amâncio Gabriel, à Presidência da Funai. **Essas manifestações formais, esparsas ao longo de várias décadas, podem representar um anseio de uma futura demarcação ou de ocupação da área; não, porém, a existência de uma efetiva situação de esbulho possessório atual.***

Portanto, 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 exige conflito possessório efetivo.

Finalizando, é de se referir que, em casos em tudo semelhantes ao dos autos, envolvendo a mesma terra indígena de Boa Vista, o mesmo processo de demarcação, esse Tribunal decidiu pela não configuração da 'terra tradicionalmente ocupada pelos índios' (AC 5006476-31.2012.404.7006, 4ª Turma, Rel. Des. Federal Luís Alberto Aurvalle, julgado em 07-04-2015, AC 5004695-71.2012.404.7006, 3ª Turma, Rel. Des. Fed. Fernando Quadros da Silva, julgado em 08 de outubro de 2014) ou pela nulidade do processo de demarcação pela falta de levantamento fundiário (AC 5006466-84.2012.404.7006, 3ª Turma, Rel. Des. Federal Thompson Flores Lenz, julgado em 10 de setembro de 2014).

Concluindo, a prova produzida nos autos, corroborada pelos elementos contidos em feitos trazidos ao conhecimento desta Turma, que tratam da mesma situação fática e jurídica, indica que o marco temporal da ocupação indígena apontada pelo STF - 05 de outubro de 1988 - para a configuração de 'terra indígena', suscetível de demarcação, não foi atendido no caso dos autos, impondo-se o acolhimento do pedido formulado na ação e a consequente confirmação da sentença, ainda que por fundamentos diversos daqueles por ela adotados.

Inicialmente, constata-se que não se configura a ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil/1973, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

solucionou a controvérsia, tal como lhe foi apresentada.

Não é o órgão julgador obrigado a rebater, um a um, todos os argumentos trazidos pelas partes em defesa da tese que apresentaram. Deve apenas enfrentar a demanda, observando as questões relevantes e imprescindíveis à sua resolução. Nesse sentido: REsp 927.216/RS, Segunda Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 13/8/2007, e REsp 855.073/SC, Primeira Turma, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJ de 28/6/2007.

Dessarte, como se observa de forma clara, não se trata de omissão, mas sim de inconformismo direto com o resultado do acórdão, que foi contrário aos interesses das recorrentes.

Não merece prosperar a alegação de que "não houve exame, no acórdão ora embargado, acerca da situação de benefício pela própria torpeza de não índios, que impediram a entrada da equipe técnica responsável pelo levantamento fundiário", pois assertiva é repelida pela própria embargante em outro trecho dos Aclaratórios: "o setor técnico da CGAF/DPT entendeu que a finalização das vistorias só poderia se dar mediante autorização judicial e uso de força policial" (fl. 1.180, e-STJ).

Assim, se as ora recorrentes tinham conhecimento das medidas necessárias para a conclusão do levantamento fundiário, mas deixaram de adotá-las no momento oportuno, não se pode dizer que se está diante de "situação de benefício pela própria torpeza de não índios", senão das próprias recorrentes.

Ressalte-se que a mera insatisfação com o conteúdo da decisão embargada não enseja Embargos de Declaração. Esse não é o objetivo dos aclaratórios, recurso que se presta tão somente a sanar contradições ou omissões decorrentes da ausência de análise dos temas que lhe forem trazidos à tutela jurisdicional, no momento processual oportuno, conforme o art. 535 do CPC/1973. Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. EFEITOS INFRINGENTES. IMPOSSIBILIDADE. (TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO. LEI 9.316/96. ACÓRDÃO RECORRIDO FUNDADO EM MATÉRIA CONSTITUCIONAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA).

1. O inconformismo, que tem como real escopo a pretensão de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reformular o decisum, não há como prosperar, porquanto inócenas as hipóteses de omissão, contradição, obscuridade ou erro material, sendo inviável a revisão em sede de embargos de declaração, em face dos estreitos limites do art. 535 do CPC.

2. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

3. A pretensão de revisão do julgado, em manifesta pretensão infringente, revela-se inadmissível, em sede de embargos

(...)

4. Embargos de declaração rejeitados (EDcl no AgRg no REsp 824.309/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 11.5.2009).

Por outro lado, verifica-se que o pedido autoral foi julgado procedente pelas instâncias ordinárias ao fundamento de que, além de não estar demonstrada a realização do levantamento fundiário exigido pelo artigo 2º, § 1º, do Decreto 1.775/1996 e pelo artigo 1º, sexta parte, da Portaria 14/1996, do Ministério da Justiça, não estavam terras em questão sendo ocupadas pelos indígenas ou configurado o "esbulho renitente" na data da promulgação da Constituição de 1988, requisitos necessários para caracterização como "terra tradicionalmente ocupada pelos índios".

Quanto ao primeiro fundamento adotado pela Corte *a quo*, a jurisprudência do STJ se firmou no sentido de que realização do levantamento fundiário não é elemento secundário ou dispensável, mas etapa obrigatória nos procedimentos de demarcação de terra indígena, cuja ausência importa em nulidade do processo administrativo.

A propósito:

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 uma área em análise sem a observância dos requisitos legais.

Recurso especial improvido.

(REsp 1551033/PR, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 16.10.2015)

Cabe destaque o seguinte excerto do voto condutor do acórdão, proferido pelo Ministro Humberto Martins:

O pedido de reforma do acórdão de origem sustenta que a fase de levantamento fundiário é etapa prescindível à regularidade na demarcação de área indígena. Isso porque, no momento a ser feito o levantamento, já foram realizados os trabalhos de identificação e delimitação da terra indígena de maneira bem avançada, o que, por sua vez, "*possibilita traçar com segurança os contornos da área tradicionalmente ocupada pelos índios.*" (fl. 1.049, e-STJ)

Em que pesem os argumentos levantados, o inconformismo não merece prosperar.

Da análise do Decreto 1.775/96, verifica-se que o procedimento de demarcação das terras indígenas passa por duas etapas obrigatórias: estudo técnico antropológico e levantamento da área demarcada.

(...)

O procedimento estabelecido pela lei não pode ser interpretado de maneira diferente, inicialmente porque a delimitação da área indígena será executada pela Administração Pública, por meio de um procedimento previamente delimitado em lei, o que leva ao órgão executor o dever de agir em estrita legalidade, não havendo nessa atividade espaço para locuções de conveniência e oportunidade.

Ainda, quando se trata de demarcação de áreas indígenas, estão sendo preservadas extensões pertencentes à União, passíveis de destinação especificada pela norma, conforme dispõe o art. 231, §6º, da CF/88:

(...)

Nesse sentido, o levantamento da área demarcada não se mostra como um elemento secundário e dispensável como tenta afirmar a recorrente.

Desse mesmo entendimento, comunga o ilustre jurista José Afonso da Silva, *verbis*:

"17. Tudo isso mostra que a localização e a extensão de uma terra indígena não é determinada por critérios de oportunidade e conveniência do Poder Público. A demarcação é um ato declaratório e, como tal, está vinculado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aos critérios constitucionalmente estabelecidos no art. 231 e seus §§1º e 2º. Por ser simples ato declaratório tem que cobrir o conteúdo do objeto reconhecido, não podendo a União, por esse ato - a demarcação -, diminuir ou dividir as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, sob pena de incidir em grave inconstitucionalidade e nulidades." (Demarcação de Terra Indígena. Biblioteca Digital Revista Interesse Público. Belo Horizonte, ano 10, n. 52, nov. 2008)

Isso porque a premissa acima decorre da incidência do princípio da continuidade, que, por sua vez, informa que devem ser resguardados aos índios o uso tradicional de sua área de ocupação, necessário à reprodução física e cultural da etnia.

Dessarte, a partir do exame do acórdão de origem, resta evidenciado que houve o descumprimento do devido processo legal administrativo, ensejador de 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.

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 uma área em análise sem a observância dos requisitos legais.

Nesse sentido, a decisão de nulidade do procedimento administrativo deve ser vista como medida de cautela diante dos direitos constitucionalmente estabelecidos.

Incide, *in casu*, o princípio estabelecido na Súmula 83/STJ: "Não se conhece do Recurso Especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida."

Ressalta-se que o referido verbete sumular aplica-se aos Recursos Especiais interpostos tanto pela alínea "a" quanto pela alínea "c" do permissivo constitucional. Nesse sentido: REsp 1.186.889/DF, Segunda Turma, Relator Ministro Castro Meira, DJe de 2.6.2010.

No tocante ao segundo fundamento adotado pelo acórdão impugnado, à margem do alegado pelas recorrentes, rever o entendimento da Corte regional quanto à não configuração do "esbulho renitente" somente seria possível por meio do reexame do acervo fático-probatório existente nos autos, o que não se permite em Recurso Especial, ante o óbice da Súmula 7/STJ.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Diante do exposto, **não conheço do Recurso Especial.**

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2015/0309000-5 **PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.572.069 / PR**

Números Origem: 450167485320124040000 50059766220124047006 PR-50059766220124047006
TRF4-50167485320124040000

PAUTA: 06/12/2016

JULGADO: 13/12/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. SANDRA VERÔNICA CUREAU

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : UNIÃO
RECORRENTE : FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI
RECORRIDO : BRUNISWUAVA PAVLAK
ADVOGADO : JOSÉ ANTONIO PAVLAK - PR039924

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

Os Srs. Ministros Og Fernandes, Mauro Campbell Marques, Assusete Magalhães (Presidente) e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro Relator.