

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR MINISTRO RELATOR DO SUPERIOR
TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ**

“Para o índio, a terra não é um bem mercantil, passível de transação. Para os índios, a terra é um totem horizontal, é um espírito protetor, é um ente com o qual ele mantém uma relação umbilical” (Ministro Ayres Britto, Ex-Presidente do Supremo Tribunal Federal – ACO 312).

Ref. MS nº 20.683

COMUNIDADE INDÍGENA TUPINAMBÁ DA SERRA DO PADEIRO e COMUNIDADE INDÍGENA TUPINAMBÁ DE OLIVENÇA, da Terra Indígena Tupinambá, Município de Ilhéus, Estado da Bahia, representada por sua organização social, vem respeitosamente por intermédio de seus advogados, com base nos arts. 1º, III, 3º, I e IV, 231 e 232, todos da Constituição Federal, na Convenção 169 da OIT e art. 113 e ss. do Novo Código de Processo Civil, requerer o ingresso como **LITISCONSORTE PASSIVO NECESSÁRIO (Súmula 631)** nos presentes autos de **MANDADO DE SEGURANÇA** c/c pedido de **NULIDADE DE TODOS OS ATOS PROCESSUAIS** bem como, no mérito, oferecer **CONTESTAÇÃO**, de acordo com o que passam a expor:

I. RESUMO DOS FATOS

Pleitearam os impetrantes junto a este Egrégio STJ a suspensão, em sede liminar, do procedimento administrativo de demarcação do Território Indígena do Povo Tupinambá da Bahia.

Alegam vícios no processo administrativo iniciado na Funai. Afirmam que o que

levou o órgão indigenista a aprovar o Relatório Circunstanciado de Reconhecimento e Delimitação das Terras Tradicionais dos Indígenas foi um laudo sem respaldo científico. O *quantum* reconhecido pela Funai chega a 47.000 hectares e que esse elemento, embora embasado na lei, seria pernicioso às centenas de produtores rurais que habitam a região.

Fundamentam, ainda, sua tese no: 1 – descumprimento do Decreto 1.775/1996, quanto ao contraditório no processo administrativo de demarcação; 2 – desobediência à Exposição de Motivos Interministerial nº 62/1980, segundo a qual a declaração de posse imemorial dos silvícolas sobre determinadas áreas deverá ser precedida de cuidadosos estudos, pela FUNAI, tendo em vista as consequências que essa declaração acarreta em relação aos “civilizados” acaso instalados nessas áreas; 3 - que a FUNAI não cumpriu a Portaria MJ 2.498/11, que lhe ordena a intimação dos entes federados cujos territórios se localizam nas áreas em estudo para identificação e delimitação de terras indígenas, no caso, o Estado da Bahia e os Municípios de Ilhéus, Buerarema e Una para manifestarem-se sobre o relatório.

Alega, ademais, 1 – não serem da etnia Tupinambá os indígenas habitantes da área em processo de demarcação; 2 – não haverem indígenas em 05 de outubro de 1988 na região; 3 – de serem caboclos e não índios os interessados na demarcação; 4 – que perderam alguns traços tradicionais, como a antropofagia, teares e artesanatos e a forma como enterram seus mortos; 5 – não têm a cultura do milho, tratos culturais marítimos, consomem alimentos típicos de não-índios e não possuem língua materna.

É o suficiente a relatar.

II. DA DECISÃO LIMINAR

Vossa Excelência, em juízo preliminar, no mês de dezembro do ano de 2013 indeferiu a medida de urgência pleiteada pelos impetrantes sob o argumento de inexistir a presença da fumaça do direito e do perigo da demora.

Notadamente, na data de 05 de abril de 2016, Vossa Excelência determinou a suspensão do processo administrativo de demarcação da T.I. Tupinambá, alegando, doravante, a pacificação da matéria pelo STF. Acatou, ainda, os fundamentos dos impetrantes quanto ao possível desrespeito ao Decreto 1.775/96, à Exposição de Motivos Interministerial nº 62/1980 e à Portaria 2.498/1911.

Contudo, não há falar em desrespeito às regras procedimentais, já que todas

devidamente obedecidas. Ademais, veremos adiante que o Pleno do STF destituiu posição da Segunda Turma quanto a aplicação do marco temporal e a possibilidade de discutir a matéria sob a égide do *Mandamus*. E que neste debate não se pode perder de vista que o julgamento da Petição 3388/RR – quando se discutiu sobre a constitucionalidade da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, se deveria ser contínua ou em ilhas –, a decisão da Suprema Corte foi integralmente favorável às Comunidades Indígenas, como pode ser observada em sua Ementa:

EMENTA: AÇÃO POPULAR. DEMARCAÇÃO DA TERRA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO-DEMARCATÓRIO. OBSERVÂNCIA DOS ARTS. 231 E 232 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, BEM COMO DA LEI N° 6.001/73 E SEUS DECRETOS REGULAMENTARES. CONSTITUCIONALIDADE E LEGALIDADE DA PORTARIA N° 534/2005, DO MINISTRO DA JUSTIÇA, ASSIM COMO DO DECRETO PRESIDENCIAL HOMOLOGATÓRIO. RECONHECIMENTO DA CONDIÇÃO INDÍGENA DA ÁREA DEMARCADA, EM SUA TOTALIDADE. MODELO CONTÍNUO DE DEMARCAÇÃO. CONSTITUCIONALIDADE. REVELAÇÃO DO REGIME CONSTITUCIONAL DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL COMO ESTATUTO JURÍDICO DA CAUSA INDÍGENA. A DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS COMO CAPÍTULO AVANÇADO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. INCLUSÃO COMUNITÁRIA PELA VIA DA IDENTIDADE ÉTNICA. VOTO DO RELATOR QUE FAZ AGREGAR AOS RESPECTIVOS FUNDAMENTOS SALVAGUARDAS INSTITUCIONAIS DITADAS PELA SUPERLATIVA IMPORTÂNCIA HISTÓRICO-CULTURAL DA CAUSA. SALVAGUARDAS AMPLIADAS A PARTIR DE VOTO-VISTA DO MINISTRO MENEZES DIREITO E DESLOCADAS PARA A PARTE DISPOSITIVA DA DECISÃO.

III. PRELIMINARMENTE

III.I. DA INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. INEXISTÊNCIA DA JUNTADA DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DE RECONHECIMENTO E DELIMITAÇÃO DO TERRITÓRIO TUPINAMBÁ E DEMAIS ACERVOS PROBATÓRIOS.

Veja-se, Excelência, como pode se constituir um direito líquido e certo – num debate acerca de matéria extremamente complexa – sem a juntada, na íntegra, do processo administrativo de demarcação e do vasto material produzido acerca dos indígenas Tupinambá?

Essa questão está sendo invocada porque o Mandado de Segurança exige, *incontinenti*, a juntada de todo corpo probatório logo na inicial. Apenas o Laudo Antropológico é constituído de quase 800 páginas, enquanto o presente MS, até o momento, possui pouco mais de 700 folhas. No *DESPACHO Nº SEPRO/DAGES/FUNAI*, de 18 de dezembro de 2012 da FUNAI (doc. 5), informa que o processo administrativo nº 08620.001523/2008-43 e seus apensos, enviados ao Ministério da Justiça, totalizam 48 volumes, ou seja, o processo integral é constituído de milhares de páginas que inadvertidamente não foram juntados ao processo judicial. Isso significa dizer que muitos elementos não foram trazidos à Sua apreciação, o que garante a derrocada do presente *writ*.

O direito líquido e certo, a ser demonstrado desde o ingresso do *Mandamus*, deveria ser calcado em todo o material até então produzido por cientistas, estudiosos, pesquisadores **e ouvida a comunidade indígena**, o que, diga-se de passagem, *ad argumentandum tantum*, é impossível através do MS. Isso significa dizer, ademais, que é impossível a demanda ser exaurida pela via estreita do Mandado de Segurança, já que extremamente complexa (matéria já pacificada pelo STF. Vide MS 31.100 e MS 27.939).

Portanto, sem a juntada de todo o corpo probatório, em prol ou contra os impetrantes, não há que atravessar os limites de admissibilidade por inadequação da via eleita. Depois, nem mesmo o laudo antropológico foi trazido aos autos, quiçá toda a história indígena na região ou a situação social de vulnerabilidade das famílias extensas ao longo dos últimos anos. Por esse motivo deve ser extinto o presente *writ*.

III.II. DO ACESSO À JUSTIÇA: A COMUNIDADE INDÍGENA TUPINAMBÁ COMO LITISCONSORTE PASSIVO NECESSÁRIO – DA EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO.

Consta dos autos que a Comunidade indígena Tupinambá tem relação tradicional, cultural e espiritual com o bem imóvel rural objeto do presente MS. Contudo, a Comunidade indígena não foi chamada ao processo para apresentar defesa.

O processo que tramita no STJ, como já dito acima, não têm a comunidade indígena como parte, o que seria necessário. Contudo, o STJ e o STF já decidiram sobre a premente e necessária citação de pessoas com direito subjetivo afetado por possível decisão judicial em Mandado de Segurança, sob pena de nulidade absoluta dos atos. Vejamos entendimento do STJ.

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. NULIDADE DECRETADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. AUSÊNCIA DE FORMAÇÃO DE LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. NULIDADE PROCESUAL. SÚMULA 631/STF. ART. 24, DA LEI N.º 12.016/2009. EMPRESA VENCEDORA DO CERTAME. PETIÇÃO DE TERCEIRO INTERESSADO. PEDIDO DE NULIDADE ACOLHIDO. **1. A eficácia da sentença quando repercute na esfera jurídica alheia impõe o litisconsórcio necessário, ante a *ratio essendi* do art. 47, do CP e da Súmula 145 do extinto Tribunal Federal de Recurso, sendo certo que ausência de citação daquele gera nulidade do processo.** Precedentes do STJ: RMS 20.780/RJ, DJ 17.09207; RMS 23406/SC, DJ 26.04207 e REsp 793.20/GO, DJ19.06206. 2. (...) 3. A ausência de citação de litisconsorte passivo necessário em sede de mandado de segurança, como na hipótese *in foco*, e nos termos do art. 24, da Lei n.º 12.016/2009, enseja aplicação do entendimento cristalizado pela Súmula 631 do Supremo Tribunal Federal, *verbis*: "Extingue-se o processo de mandado de segurança se o impetrante não promove, no prazo assinado, a citação do litisconsorte passivo necessário."4. Pedido do terceiro interessado formulado às fls. 2453/246 e reiterado às fls. 2564/2567 deferido par anular Documento: 102757 -DJe: 25/02/01Página 1 de 12; Superior Tribunal de Justiça RECURSO ESPECIAL Nº1.59.71 -RJ (209/02760-2) RELATOR: Min. LUIZ FUX.

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. CARTÓRIO. TITULARIDADE. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. CITAÇÃO. NECESSIDADE. ART. 47 DO CPC. NULIDADE DA RELAÇÃO PROCESSUAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. FUNDAMENTOS SUFICIENTES A EMBASAR A DECISÃO. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO. (...). 2. Consoante entendimento firmado no Superior Tribunal de Justiça, aqueles que podem ter suas esferas jurídicas afetadas por decisão proferida em mandado de segurança devem ser chamados a ingressar na lide na condição de litisconsortes passivos

necessários, sob pena de nulidade do julgamento. Inteligência do art. 47 do CPC. (RMS 19096-MG, DJ 12.04.2007).

Sobre o tema, há, inclusive, a súmula 631 do STF, assim redigida:

“Extingue-se o processo de mandado de segurança se o impetrante não promove, no prazo assinado, a citação do litisconsorte passivo necessário”.

No mesmo sentido, ainda, temos os seguintes entendimentos jurisprudenciais:

Processo: 4282 PR 1994/0009867-7. Relator(a): MINISTRO PEÇANHA MARTINS; Julgamento: 21/11/1994; Órgão Julgador T2 - **SEGUNDA TURMA. RECURSO ORDINARIO. MANDADO DE SEGURANÇA. LITISCONSORCIO NECESSARIO. AUSENCIA DE CITAÇÃO. NULIDADE, EXTINÇÃO DO FEITO.** 1. A FALTA DE CITAÇÃO DO LITISCONSORTE NECESSARIO, EM MANDADO DE SEGURANÇA, CONDUZ A NULIDADE DO PROCESSO E, EM CONSEQUENCIA, A DECRETAÇÃO DA SUA EXTINÇÃO, NA FORMA DO ART. 47 C/C ART. 267, VI, DO CPC E 19 DA LEI 1.533/51. 2. RECURSO ORDINARIO CONHECIDO E IMPROVIDO.

"PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. AUSÊNCIA DE CITAÇÃO DOS LITISCONSORTES NECESSÁRIOS. ANULAÇÃO. (...) II — Não tendo sido requerido pelos impetrantes, nem ordenado pelo Tribunal a quo que estes providenciassem a citação dos litisconsortes necessários, faz-se necessário anular os atos à instância a quo, seja cumprida a exigência posta no art. 47, parágrafo único, do CPC. Precedentes: EREsp nº 209.111/MQ Rel. Min. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, DJ de 19/12/02 e REsp nº 410 209.111/M Rel. Min. FRANCIULLI NETTO, DJ de 15/10/01. III — Recurso especial provido" (I STI - Resp 782.655/MG, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julg. Em 14/10/2008, Dje 29/10/2008.

Portanto, o presente caso onde a comunidade necessariamente deveria ter sido chamada para compor a lide como litisconsorte passivo necessário, como entende a jurisprudência pátria, deve ter seus atos todos anulados. Como não houve a citação

regularizada da comunidade, como parte interessada, nulos são todos os atos processuais, já que é a maior interessa na demanda.

O que pode variar é o entendimento quanto a revitalização do processo, determinando a citação, voltando os autos à fase inicial ou motivando a extinção do feito sem resolução do mérito.

Nosso entendimento é o segundo, ou seja, pela incidência da nulidade absoluta dos atos, quedando-se o processo ineficaz desde o seu ingresso, já que foram desrespeitados os pressupostos processuais pela parte requerente, tornando inepta a inicial, de acordo ainda com a Súmula 631 do STF¹.

O caso *in concreto* já discutido, consoante a matéria por ora entelada e pela mais alta Corte Constitucional (direito indígena) diz respeito exatamente sobre direitos originários dos Guarani Kaiowá, terra indígena Ñande Ru Marangatú, do MS. Vejamos:

É o que, aliás, confirma a doutrina: **"Toda vez que o mandado de segurança implicar modificação da posição jurídica de outras pessoas, que foram diretamente beneficiadas pelo ato impugnado, ou, mais precisamente, quando a sentença modificar o direito subjetivo criado pelo ato impugnado em favor de outras pessoas haverá "litisconsórcio necessário", e a sentença não poderá ser dada sem que esses terceiros sejam citados como partes passivas na ação. Se o impetrante não houver pedido a citação, deverá o juiz determiná-la, na forma do art. 47, parágrafo único, do Código de Processo civil."**(CELSE AGRÍCOLA BARBI, "Do Mandado de Segurança", Forense, RJ, 9ª ed., 2000, p. 131.) E é o que assentou a jurisprudência da Corte: **"MANDADO DE SEGURANÇA. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO.** Se o ato impugnado conferiu direito subjetivo em favor de terceiro, este há de ser citado para integrar a lide, como parte passiva, pois a decisão a ser proferida diz diretamente com sua situação jurídica, e, assim, não é lícito impedir participe o terceiro do devido processo legal, omitindo seu chamamento a juízo, a fim de se defender. Inteligência do art. 19 da Lei nº 1533, de

¹ "Extingue-se o processo de mandado de segurança se o impetrante não promove, no prazo assinado, a citação do litisconsorte passivo necessário".

31.12.51, com a redação da Lei nº 6071, de 03.07.74, e do art. 47, do CPC. Precedentes do STF. (...) Reconhecimento de violação, por parte do julgado rescindendo, do instituto do litisconsórcio necessário, pela ausência de citação da autora Ruth Israel Lopes, que deveria integrar a lide no pólo passivo, tendo em vista a possibilidade de alteração de sua situação jurídica de dependente (Processo: MS 25463 DF; Relator: Min. CEZAR PELUSO. Julgamento: 04/04/2006. Publicação: DJ 07/04/2006 PP-00073).

Em relação ao princípio da dignidade da pessoa humana, na situação das Comunidades indígenas, o que concerne a dignidade étnica, o tema merece melhor análise dos Tribunais brasileiros, considerando as inovações trazidas pelo Constituinte de 1988 através dos arts. 231 e 232, mais a legislação internacional que o Brasil internalizou, a exemplo da Convenção 169 da OIT.

Analisando os dispositivos Constitucionais e a Convenção 169 da OIT, percebe-se que a tutela indígena não foi recepcionada e as Comunidades indígenas precisam ser chamadas aos processos ou até mesmo ouvidas pelo Poder Judiciário, quando em discussão direitos coletivos de seu interesse.

Neste aspecto, vejamos o brilhante e emérito entendimento do TRF3 sobre a representação processual e o litisconsórcio necessário, quando em pauta os direitos indígenas:

PROCESSUAL CIVIL. DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. REPRESENTAÇÃO AUTÔNOMA DE GRUPO INDÍGENA. POSSIBILIDADE. PRERROGATIVA INSTITUCIONAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO. I. Embora a elaboração e a execução da política indigenista representem atribuições da União, a Constituição Federal garante a atuação processual autônoma das comunidades indígenas (artigo 232). **II. O reconhecimento dos direitos dos índios, inclusive os de natureza fundiária - espaços tradicionalmente ocupados -, sofreria um retrocesso, se eles não pudessem acessar diretamente a Justiça.** **III. A admissão de um nível de organização que se estenda ao Poder Judiciário constitui uma medida natural à dignificação étnica.** IV. A exclusividade da representação pela FUNAI seria até contraditória, porquanto grande parte dos deveres previstos em favor dos

silvícolas recai sobre a União. V. **Eles devem ter meios de exigir o cumprimento de cada obrigação;** a demora na demarcação dos territórios, prevista originalmente para cinco anos, é uma situação emblemática (artigo 67 da ADCT). VI. A Comunidade Indígena Guaiviry, após ingressar no processo como litisconsorte passiva necessária, apresentou contestação, assinada por advogado de confiança do líder comunitário. Ao agir dessa forma, manifestou a vontade de exercer por meios próprios as garantias da ampla defesa e do contraditório. VII. **O fato de ela constar da contestação da FUNAI não exerce influência.** VIII. **O desempenho das funções pelas entidades encarregadas da política indigenista não retira a prerrogativa do grupo de expor individualmente os interesses institucionais,** confirmando ou complementando a atuação dos organismos estatais. IX. **Agravo de instrumento a que se dá provimento.** ACÓRDÃO Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. São Paulo, 21 de julho de 2015. Antonio Cedenho Desembargador Federal (AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0017285-93.2014.4.03.0000/MS).

No mesmo sentido é a recente decisão do ministro Luiz Edson Fachin, senão vejamos:

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 (ACO 1.100. Min. Rel. Luiz Edson Fachin: 25/02/2016) g.n.

O que se conclui, doravante, é pela imediata extinção do processo sem resolução do mérito, de acordo com precedentes do STJ e do STF, já que não há falar em discutir sobre processo demarcatório pela via do Mandado de Segurança, depois, sem a citação da Comunidade Indígena como parte necessariamente interessada.

III.III. MANDADO DE SEGURANÇA. DA VIA INADEQUADA PARA DIRIMIR CONTROVÉRSIAS RELACIONADAS AS DEMARCAÇÕES DE TERRAS TRADICIONALMENTE OCUPADAS POR COMUNIDADES INDÍGENAS. POSIÇÃO SEDIMENTADA NO PLENO DO STF.

Os Tupinambá, a despeito de ser ou não Mandado de Segurança o mecanismo processual usado para aferir direitos, têm pleno direito de serem parte no processo que discute seu território. Ademais, é dizer que o *Mandamus*, via demasiada estreita, queda-se impossível de recepcionar a travessia do pleito.

Assim entendeu a Ministra Relatora, Eliana Calmon, sobre a matéria: ***“o mandado de segurança constitui via inadequada para questionar o ato de demarcação de terras indígenas, já que os fatos apresentados pelos impetrantes são controvertidos” e a revisão do processo de demarcação encontra guarida na ordem jurídica instaurada pela Constituição Federal de 1988, diploma que alterou o modo de lidar com os indígenas, procurando preservar sua cultura e identidade*** (MS 14987, fls. 05/06 do Acórdão) g.n.

O entendimento da ilustre relatora ministra do STJ, restou consagrado em recentes decisões do Pleno do STF. Vejamos:

CONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO PREVENTIVO CONTRA ATO A SER PRATICADO PELA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, CONSISTENTE NA EDIÇÃO DE DECRETO HOMOLOGANDO PORTARIA DE DEMARCAÇÃO DE TERRA INDÍGENA. **NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA, TENDO EM VISTA A PRESENÇA DE INTERESSES DE AMPLÍSSIMO ESPECTRO DE SITUAÇÕES FÁTICAS HETEROGÊNEAS, TITULARIZADOS POR INÚMEROS SUBSTITUÍDOS PROCESSUAIS. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA.** ANTERIOR PROPOSITURA DE AÇÃO ORDINÁRIA CONTRA A UNIÃO E A FUNAI, COM O MESMO OBJETIVO.

LITISPENDÊNCIA CONFIGURADA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (AG. REG. EM MANDADO DE SEGURANÇA 31.245 DISTRITO FEDERAL. Relator: MIN. Teori Zavascki. Julgado em 19 de agosto de 2015).

E ainda:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS. ATO “PROVÁVEL” DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I - Como consignado no MS 30.531/DF, Rel. Min. Carmen Lúcia, “ a natureza subjetiva e a celeridade preconizada no rito do mandado de segurança não se coadunam com os procedimentos de intervenção de terceiros (...) sendo certo, ainda, que a Lei n. 12.016/2009 não prevê a assistência ou a figura do *amicus curiae* em mandado de segurança”. II - **O exame de todas as alegações expostas na exordial da impetração, em face da complexidade da discussão que a permeia, não se revela possível sem apreciação adequada do contexto fático-probatório que envolve a controvérsia, inexecuível, todavia, nos estreitos limites do *mandamus*.** Precedentes. (...) - Agravo regimental a que se nega provimento (AG. REG. EM MANDADO DE SEGURANÇA 27.939 DISTRITO FEDERAL; Rel. Ricardo Lewandowski. Jul. 13/08/2014).

No mesmo sentido é a decisão do Pleno no MS nº 31.100, na qual o Ministro Relator Luiz Edson Fachuin nega seguimento ao *Mandamus* por entender inadequado o remédio constitucional para dirimir controvérsias relacionadas a demarcação de terras indígenas.

Consta ademais que a área é pertencente ao Povo Tupinambá, já que a comprovação técnica não nos deixa contradizer. Há forte lastro de *animus* de permanência e pertença, já que são resistentes no território, vivem nele coletando, pescam e caçam, fazem pequenas plantações e habitam as adjacências.

Isso comprova, ademais, a necessidade de o Povo Indígena, ora peticionário, ter sido chamado para compor a lide e poder fazer sua defesa como litisconsorte passivo necessário, já que o grupo é imediatamente afetado por decisão judicial.

O que se conclui é pela imediata extinção do processo sem resolução do mérito, de acordo com precedentes dos tribunais.

IV. DO MÉRITO

IV.I. DA INCONSTITUCIONALIDADE DA APLICAÇÃO DO MARCO TEMPORAL.

Caso Vossa Excelência entender por não acolher as preliminares, no mérito não resta melhor sorte, devendo negar o presente *writ*.

Mais recentemente, em 11/05/16, **o Tribunal Pleno** confirmou decisão em Agravo Regimental julgado em agosto de 2014 que decidiu sobre a estreiteza do Mandado de Segurança para discutir matéria complexa, bem como, no mesmo acórdão, sobre a **inaplicabilidade do marco temporal a casos análogos ao da Pet. 3388/RR**, senão vejamos:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS. ATO “PROVÁVEL” DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I - Como consignado no MS 30.531/DF, Rel. Min. Carmen Lúcia, “a natureza subjetiva e a celeridade preconizada no rito do mandado de segurança não se coadunam com os procedimentos de intervenção de terceiros (...) sendo certo, ainda, que a Lei n. 12.016/2009 não prevê a assistência ou a figura do *amicus curiae* em mandado de segurança”. II - **O exame de todas as alegações expostas na exordial da impetração, em face da complexidade da discussão que a permeia, não se revela possível sem apreciação adequada do contexto fático-probatório que envolve a controvérsia, inexecuível, todavia, nos estreitos limites do mandamus.** Precedentes. III - **O Plenário deste Tribunal, quanto ao alcance da decisão proferida na Pet 3.388/RR e a aplicação das condicionantes ali fixadas, firmou o entendimento no sentido de que “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". IV - Agravo regimental a que se nega provimento (AG. REG. EM MANDADO DE SEGURANÇA 27.939 DISTRITO FEDERAL; Rel. Ricardo Lewandowski. Jul. 13/08/2014).

Na mesma linha foi a decisão no MS nº 31.100, pendente de análise, nestes autos, os Embargos de Declaração da parte impetrante, veja-se:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS. ATO "EM VIAS DE SER PRATICADO" PELA PRESIDENTE DA REPÚBLICA. PORTARIA DO MINISTRO DE ESTADO DA JUSTIÇA. DECRETO 1.775/1996. CONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I - **O exame de todas as alegações expostas na exordial da impetração, em face da complexidade da discussão que a permeia, não se revela possível sem apreciação adequada do contexto fático-probatório que envolve a controvérsia, inexecuível, todavia, nos estreitos limites do mandamus.** Precedentes. II - O processo administrativo visando à demarcação de terras indígenas é regulamentado por legislação própria - Lei 6.001/1973 e Decreto 1.775/1996 -, cujas regras já foram declaradas constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. Precedentes. III - Não há qualquer ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa, pois, conforme se verifica nos autos, a recorrente teve oportunidade de se manifestar no processo administrativo e apresentar suas razões, que foram devidamente refutadas pela FUNAI. IV - **O Plenário deste Tribunal, quanto ao alcance da decisão proferida na Pet 3.388/RR e a aplicação das condicionantes ali fixadas, firmou o entendimento no sentido de que "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**". V - Agravo regimental a que se nega provimento (MS 31100 A GR / DF, Rel. Ricardo Lewandowski. Jul. 13/08/2014).

Diferentemente entenderam o ministro Gilmar Mendes (RMS nº 29087) e a ministra Carmen Lúcia (RMS nº 29542), todos da Segunda Turma, divergindo do Pleno da Suprema Corte, o que é inadmissível. A Turma deve se submeter a pacificação da matéria pelo Tribunal Pleno, bem como os demais Tribunais devem seguir a orientação do Plenário e não de uma das turmas do STF.

Sobre o tema, o renomado professor de direito da USP e constitucionalista José Afonso da Silva emitiu parecer sobre o marco temporal e as condicionantes do caso Raposa Serra do Sol. Assim começa o douto jurista (Doc. 6):

10. “Marco temporal de ocupação das terras indígenas pelos índios” é um dos conceitos questionáveis estabelecidos pelo acórdão proferido no processo da Pet. 3.388 sobre as *Terras Indígenas Raposa da Serra do Sol*, questionável em primeiro lugar porque fixado pretorianamente de modo arbitrário como sendo a data da promulgação da Constituição Federal de 5 de outubro de 1988. Questionável também por ter dado ao conceito uma dimensão normativa com aplicação geral a todos os casos de ocupação de terras indígenas.

13. Diz o texto que “A Constituição Federal trabalhou com data certa, a de sua promulgação a 5 de outubro de 1988”. Onde está isso na Constituição? Como pode ela ter trabalhado com essa data, se ela nada diz a esse respeito nem explícita nem implicitamente? Nenhuma cláusula, nenhuma palavra do art. 231 sobre os direitos dos índios autoriza essa conclusão. Ao contrário, se se ler com a devida atenção o caput do art. 231, ver-se-á que dele se extrai coisa muito diversa. Vejamos:

“São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, língua, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os bens”.

Se são “reconhecidos... os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam”, é porque já existiam antes da promulgação da Constituição. Se ela dissesse: “são conferidos, etc.”, então, sim, estaria fixando o momento de sua promulgação como marco temporal desses direitos.

Depois, nesse diapasão, além da impossibilidade de se discutir sobre demarcação de terras indígenas através de Mandado de Segurança, se afigura como pacificado pelo Pleno que o marco temporal (o estar situado na terra reivindicada em 05 de outubro de 1988) é inconstitucional e não se estende a casos similares ao da Pet. 3388/RR, visto que

o acórdão do caso Raposa Serra do Sol não tem efeito vinculante, se limitando a resolver apenas aquele caso, considerando ainda a especificidade de cada caso e a necessidade de fazimento de provas quanto aos casos e suas particularidades, já que tendem, por sua natureza, a serem diferentes.

IV.II. DO AUTO RECONHECIMENTO DOS POVOS INDÍGENAS E TRADICIONAIS.

Vale ressaltar, aqui, o critério da auto-identificação como identificador dos grupos sociais, aos quais se aplica a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT (Art. 1º, 2), ratificada pelo Governo Brasileiro, em 2002, representa uma inversão de papéis entre o “sujeito de direito” e o “aplicador do direito”. O disposto no item 2 do art. 1º da Convenção 169 da OIT preceitua que: “A consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser tida como critério fundamental para determinar os grupos aos quais se aplicam as disposições desta Convenção”.

Doravante, com base nesses argumentos, embasados na legislação supralegal (Convenção 169 – OIT), há que se questionar os argumentos dos impetrantes quando questionam a origem étnica dos Tupinambá. Não há falar em discriminação ou negação de direitos étnicos quando o grupo se reconhece enquanto povo tradicional, detentor, inclusive, de direitos territoriais, como se encontra sedimentado na nossa Carta Política (art. 231 e 232 da CF/88).

A Convenção 169 da OIT não define quem são os povos indígenas ou tribais, mas estabelece o critério da auto-definição como instrumento para que os próprios sujeitos de direito se identifiquem. Portanto, não cabe ao Estado julgador ou os impetrantes decidirem quem é ou não indígena.

Outro dispositivo de grande importância na Convenção 169 da OIT, em especial à substância do caso concreto da TI Tupinambá, é o que dispõe o item I do art. 7º: “Os povos indígenas e tribais deverão ter o direito de decidir suas próprias prioridades no que se refere ao processo de desenvolvimento na medida em que afete suas vidas, crenças, instituições e bem-estar espiritual, e às terras que ocupam ou utilizam de alguma forma, e de controlar, na medida do possível, seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural” (CONVENÇÃO 169 da OIT).

Esse elemento dá conta de responder mais um questionamento dos impetrantes, quando alegam perda de identidade. Segundo Ayres Brito (Pet. 3388/RR) os indígenas têm direito em experimentar o “*plus*” cultural não-indígena, acrescentando elementos e, por

isso, ganhos à sua condição social. Ademais, com a queda da tutela e a internalização de preceitos de direito interacional, os povos tradicionais têm autonomia para deliberarem sobre sua economia, crença, cultura, línguas e demais elementos identitários, sem que por isso sofram qualquer espécie de preconceito e discriminação.

O texto da Convenção, além de basear-se na auto-definição dos sujeitos sociais, reconhece explicitamente a usurpação de suas terras. Diante do exposto no item I do art. 7º da Convenção 169 da OIT, observamos que a negação de identidade e do território aos Tupinambá contradiz a referida Convenção, bem como agride frontalmente a CF/88, por isso improcedentes todos os argumentos dos impetrantes.

IV.III. DA OCUPAÇÃO TRADICIONAL CONTINUADA AO LONGO DE QUATRO SÉCULOS.

Em toda a área habitada pelos Tupinambá, hoje objeto de demarcação, totalizando 47 mil hectares, estão as famílias extensas desse povo, segundo a mesma pesquisadora (antropóloga) usada como referência pelo impetrante na inicial. As formas de economia, segundo ela (Viegas), se baseiam no acesso aos recursos naturais existentes na região:

A unidade de habitação é aqui entendida no sentido etnográfico que tem para os índios Tupinambá: nela integram-se quer as estruturas de abrigo quer os recursos naturais (água e combustível para o fogo alimentar) quer os recursos de subsistência alimentar (roças, acesso a rios, a mata, ao mar e casas de farinha).

Sobre o fato de inexistir entre os Tupinambá a antropofagia, teares e artesanatos seculares e a forma como enterram seus mortos (em posição fetal), bem como não manterem alguns tratos com a cultura do milho, tratos culturais marítimos, consumirem alimentos típicos de não-índios e não possuírem mais a língua materna, o ex-Ministro Carlos Ayres Britto, do STF, no acórdão do caso Raposa Serra do Sol (Pet. 3388/RR) deixa bem clara a possibilidade, em o indígena querendo, aproveitar o que chama de “*plus*”, absorvendo, no que interessa, a cultura do não-índio, sem perder o que é próprio de sua tradição.

Poder inteirar-se do *modus vivendi* ou do estilo de vida dos brasileiros não-índios, para, então, a esse estilo se adaptar por vontade livre e consciente. (...) assim como os não-índios

conservam a sua identidade pessoal e étnica no convívio com os índios, os índios também conservam a sua identidade étnica e pessoal no convívio com os não-índios, pois a aculturação não é um necessário processo de substituição de mundividências (a originária a ser absorvida pela adquirida), mas a possibilidade de experimento de mais de uma delas. É um somatório, e não uma permuta, menos ainda uma subtração (Ayres Britto, Pet. 3388/RR).

Ainda, em 13 de maio do ano de 2002 foi atestada a identidade dos Tupinambá (doc. 7), o que não deixa margem de dúvidas acerca da etnia. Depois, se torna preconceituosa com grupos étnicos a negativa de identidade, bem como do seu território por considerar sua cultura como perdida, no que concerne a alguns fatores, como a inexistência de antropofagia, por exemplo.

Quanto ao reconhecimento étnico, ele ocorreu antes mesmo da integralização no sistema constitucional brasileiro da Convenção 169 da OIT, a qual condiciona o auto reconhecimento enquanto povo indígena. Após essa assunção de deveres, o Estado brasileiro não pode negar direitos identitários, muito menos negar o direito à demarcação dos territórios tradicionais.

Ademais, são 23 as comunidades de indígenas da etnia Tupinambá distribuídas por todo o território. Vejamos nas palavras da antropóloga que realizou os estudos (a mesma usada como referência pelos impetrantes):

Tendo em vista a sistematização e organização analítica do espaço territorial Tupinambá, nomeadamente para o trabalho do GT, proponho o agrupamento das vinte e três (23) “comunidades” reconhecidas pelos Tupinambá, e por nós conhecidas em Agosto de 2003, em **6 agrupamentos sócio-ecológicos**.

Isso significa dizer que quanto às dúvidas calcadas pelos impetrantes sobre a identidade do povo e seu auto-reconhecimento, não há relacionar os estudos de Viegas à inexistência dos Tupinambá na área em processo de demarcação, já que a mesma demonstra desde a períodos imemoriais que o povo habitou aquelas terras e por fim, nos últimos anos, estavam espremidos e confinados em pequenos sítios engolidos por fazendas.

Um outro elemento importante é que na década de 1930 uma liderança Tupinambá

procurou refúgio em uma habitação constituída de rochedos. Levada a antropóloga coordenadora do GT até o local, constatou a existência de artefatos cerâmicos. O material foi levado a estudo científico para comprovação e aferição de sua autenticidade. A conclusão é que um grupo de indígenas Tupinambá só se refugiaram na 'gruta' pelo fato de conhecerem minuciosamente o território; os 'parentes' que conduziram a antropóloga ao local (Serra das trempes), confirmam a oralidade da história Tupinambá de posse tradicional (fls. 80 do Processo Adm. de demarcação):

Os dois fragmentos encontrados no abrigo da Serra das Trempes, são inquestionavelmente, materiais arqueológicos que provam a ocupação dele como área de habitação indígena. Esta identificação por si só já justifica a solicitação de incorporar o local ao Cadastro Nacional de Sítios Arqueológicos, para seu tombamento pelo Instituto de Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN). Porém, existe outro aspecto que deve ser ressaltado para que o sítio seja protegido legalmente. Conforme o documento da Coordenação do GT Tupinambá o local reveste-se de um caráter simbólico de extrema importância para o grupo que reivindica o reconhecimento de sua etnicidade Tupinambá, posto que segundo a tradição oral, ele foi utilizado tradicionalmente como abrigo e, sobretudo, porque nele procurou refugio o líder

Segundo o Relatório de Identificação e Reconhecimento Territorial dos Tupinambá, os indígenas "*habita(m) nesta região entre a atual cidade de Ilhéus e a região de Una há pelo menos quatro séculos*" (fls. 199 do Processo administrativo de demarcação). Isso significa dizer, apoiando-se no laudo contido no processo administrativo de demarcação, que os indígenas nunca deixaram de habitar e povoar a região hoje em processo de demarcação. Depois, nunca perderam o *animus* e o interesse no território – esses dois elementos, *ad argumentandum tantum*, impediria a aplicação do marco temporal, caso fosse usado para burlar demarcações de terras indígenas.

Segundo Viegas, antes mesmo da promulgação a CF/88 os indígenas, ainda tutelados, passam a ter noção do sufocamento e confinamento agressivo causado por não-índios:

É principalmente a partir da década de 1960-1970 que os Tupinambá de Olivença passam a ganhar consciência de que esta presença dos “brancos” estava a inviabilizar o seu relacionamento com o espaço. A percepção do confinamento do seu território faz-se assim, não através da idéia de se estarem a diminuir fronteiras físicas, mas de se estar a inviabilizar o modo de vida de cada uma das unidades de habitação (Cf. Viegas 2003, 2007). Esta

Isso significa dizer que os indígenas da etnia Tupinambá nunca deixaram de habitar as terras reivindicadas e jamais perderam o *animus* e interesse no território. Essa reivindicação começa a ocorrer principalmente após a promulgação da CF/88, a qual conseguiu definir categoricamente a relação étnica, cultural, tradicional do indígena com a terra e o seu próprio auto-reconhecimento, bem como erradicou a tutela indígena do ordenamento jurídico brasileiro, libertando os povos tradicionais do jugo de não serem sujeitos de direito. Contudo, segundo Viegas, a consciência de invasão territorial e cultural em face dos Tupinambá ocorreu nas décadas de 1960 e 1970.

Como demonstração do verossímil trato cultural com a suas terras, nunca abandonado pelos indígenas Tupinambá, é que a cacique Valdelice, em carta endereçada à FUNAI, esclarece sobre a espiritualidade e relação tradicional com a natureza (fls. 204 do Proc. Adm. de demarcação):

“Cada planta que nasce, cada árvore, é nossos antepassados dando força pra que a terra não fique nua. Os brancos só querem deixar a terra nua. Cada vez que vejo as máquinas destruindo a mata, aquilo dói, eles tirando as vidas, e nos sabe quanto tempo demora uma mata para nascer” (Valdelice, cacique Tupinambá de Olivença, nome indígena *Jamopoty*, 14 de Julho de 2003).

O que houve, como se constata do laudo antropológico que faz prova da realidade cultural e territorial dos Tupinambá, e que não foi juntado aos autos (apenas o laudo contém quase 800 páginas) é que a invasão das terras indígenas na região de Ilhéus, Una e Olivença não impediu a manutenção dos indígenas nas suas áreas seculares. Ocorreu um processo de confinamento que condicionou os indígenas a viverem em pequenas unidades com suas famílias extensas, mantendo tratos tradicionais com o meio ecológico.

Vários fatores como a exploração nociva das suas terras por fazendeiros, a promulgação da CF/88, o fim da tutela, o seu crescimento populacional e o conhecimento dos seus direitos levaram os Tupinambá a pleitear a demarcação junto ao Estado brasileiro.

A mestra em direito pela Universidade de Brasília, Daniela Alarcon, estudiosa do povo Tupinambá, assim descreve a resistência dos indígenas no território:

Outro componente fundamental da resistência Tupinambá é o conjunto de casos em que os indígenas conseguiram se manter na terra – melhor dito, em parte dela – a despeito da ação expropriatória. Quando se considera cada situação individualmente, o que primeiro salta aos olhos é a dimensão da perda. Geralmente se trata de uma família extensa, que mantinha a posse de uma porção ampla do território e terminou reduzida em uma pequena fração do mesmo (fls. 150 da Dissertação: O Retorno da Terra)².

E ainda sustenta:

Na conservação dos sítios, junto à (inegável) perda, há, contudo, um êxito. A capacidade de resistir às variadas e intensas pressões dos não-indígenas, em um contexto tão desproporcional, por vezes assumia, nas falas dos índios, contornos épicos; além disso, o minúsculo triunfo teve desdobramentos importantes. Ainda que tivessem de passar a maior parte da vida fora, alguns indígenas sempre teriam aonde voltar, graças à permanência de seus parentes nos sítios. Eram esses indivíduos que garantiam o vínculo dos parentes dispersos com o território e, fincados na terra, acenando com um “nem tudo está perdido”, permitiam que se pensasse na futura recuperação das áreas em posse dos não-índios. Por isso, os indígenas que ficaram muitas vezes eram referidos como “mourões”, as estacas grossas que sustentam a cerca (ver imagens 3.1 a 3.4). Uma senhora indígena, que vivia à beira do rio de Una desde os nove anos de idade, explicou-me que foi ela quem “segurou” o sítio que pertencera a seus pais (ver imagem 3.9). “Uns saíram, outros morreram, eu fiquei aqui. Eu que dei resistência aos outros tudo. Porque se eu tivesse saído... Eu fiquei. Ou sofrendo, ou sorrindo, ou chorando, eu fiquei foi aqui.”³

São elementos e provas científicas que demonstram a inexistência de direito líquido e certo dos impetrantes, uma vez que a juntada de documentos à inicial não faz

² file:///C:/Users/Usu%C3%A1rio/Downloads/2013_DanielaFernandesAlarcon.pdf.

³ Idem.

prova do conjunto de direitos em disputa.

Por fim, não restam dúvidas de que os Tupinambá nunca abandonaram o território. O que houve foram expulsões e confinamento de famílias extensas em pequenos nacos de terra ou em sítios espremidos entre as fazendas, o que faz provar a inexistência de direito líquido e certo e a impossibilidade de discussão da matéria através de Mandado de Segurança, já que demasiada complexa.

IV.IV. DA LEGISLAÇÃO QUE REGULA A DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS.

Quanto a regulamentação do processo de demarcação, não há dúvida da regularidade do procedimento adotado para delimitação e antes, do reconhecimento da etnicidade do povo Tupinambá.

A FUNAI, no seu recurso de Agravo Interno, fundamenta da seguinte forma, a qual seguimos na íntegra:

Quanto ao primeiro aspecto, o §4º, do Decreto nº 1.775, de 1996, prevê que “o grupo técnico solicitará, quando for o caso, a colaboração de membros da comunidade científica ou de outros órgãos públicos para embasar os estudos de que trata este artigo”. Ora, o dispositivo em tela é bastante claro ao dispor que a colaboração da comunidade científica e de outros órgãos públicos é facultativa e depende única e exclusivamente da discricionariedade do grupo técnico.

Quanto ao segundo aspecto, de acordo com a prova trazida pela própria impetrante às fls. 45-50, o Resumo do Relatório Circunstanciado de Delimitação da Terra Indígena Tupinambá de Olivença foi publicado em 20/4/2009. Sendo assim, em decorrência de questão temporal, a Portaria MJ nº 2.498, de 31/10/2011 não se aplica ao presente caso, já que foi publicada posteriormente à conclusão dos trabalhos de identificação e delimitação da área e à apresentação do relatório circunstanciado pela FUNAI, momento em que os entes federados devem ser intimados para manifestação.

Ademais, o Decreto 1775/96 já foi julgado constitucional pelo STF e foi devidamente respeitado no presente caso, já que é **facultada** a intervenção de entes

federados no processo administrativo de demarcação; embora o STF tenha garantido a participação desses entes federados, eles devem requerer o ingresso, já que o Decreto 1775/96 determina a faculdade de intervenção e o STF não determina que a FUNAI crie mecanismos de intimação e não a obriga a fazê-lo. Portanto, há um vácuo situacional de inexistência de regramento específico e coativo para a citação de interessados. Depois, o processo é público e os despachos, editais e demais formas de publicização dos atos da administração seguem as regras procedimentais próprias.

Portanto, segue a Comunidade Indígena, ora peticionária, a orientação da FUNAI quanto ao Decreto 1775/96, bem como quanto a sua definição no que se refere à Portaria Interministerial nº 2.498/11, publicada posteriormente à iniciação do processo administrativo de demarcação.

V. DOS PEDIDOS FINAIS

Diante do exposto, requer preliminarmente o recebimento da presente manifestação para admitir as Comunidades Indígenas Tupinambá como litisconsorte passiva necessária, já que imediatamente afetadas no processo e por toda e qualquer decisão judicial que dele advenha.

Ainda em sede preliminar, requer a nulidade de todos os atos processuais em função da inexistência do Povo Tupinambá como parte, já que sua esfera jurídica está sendo diretamente afetada nos autos do presente *writ*, sem que possa oferecer defesa, nos termos da Súmula 631 do STF e do art. 113 e ss. do Novo CPC.

De acordo com o entendimento do STJ e do STF, ainda em preliminar, requer não seja admitido o presente Mandado de Segurança, extinguindo o feito sem resolução do mérito.

Caso vencidas as preliminares, requer, no mérito, a impossibilidade de aplicação do marco temporal, de acordo com decisões recentes do Pleno do STF (MS 31.100 e MS 27.939) e o reconhecimento da presença constante e tradicional das Comunidades Tupinambá na área em processo de demarcação, bem como da existência de *animus* de pertencimento e presença no território.

Por fim, requer o desprovemento do presente *writ* e a manutenção do processo administrativo de demarcação da Terra Indígena Tupinambá, nos termos apontados na presente manifestação e na juntada de provas que segue em anexo.

Pede deferimento.

Brasília-DF, 28 de junho de 2016.

ADELAR CUPSINSKI

OAB-DF 40.422

RAFAEL MODESTO DOS SANTOS

OAB-DF 43.179