



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
EQUIPE REGIONAL DE MATÉRIA FINALÍSTICA DA 2ª REGIÃO
SUBNÚCLEO DE ATUAÇÃO PRIORITÁRIA - NÚCLEO DE AMBIENTAL, FUNDIÁRIO E INDÍGENA

EXCELENTÍSSIMO(A) SENHOR(A) JUIZ(A) DO(A) JUÍZO SUBSTITUTO DA 1ª VF DE ANGRA DOS REIS

NÚMERO: 5000066-84.2023.4.02.5111

REQUERENTE(S): MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E OUTROS

REQUERIDO(S): FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI

FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI, pessoa jurídica de direito público, representado(a) pelo membro da Advocacia-Geral da União infra assinado(a), vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, apresentar

CONTESTAÇÃO

1. SÍNTESE DA DEMANDA

Cuida-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal contra a FUNAI, UNIÃO e ESTADO DO RIO DE JANEIRO com o objetivo de assegurar o direito à segurança de comunidade indígena, supostamente em decorrência da não atuação ou da atuação sem coordenação na repressão e prevenção aos crimes praticados contra o povo guarani que integra a Terra Indígena Tekoha Jevy, localizada no município de Paraty, Estado do Rio de Janeiro.

Contra a FUNAI, o MPF faz os seguintes pedidos:

(b.2) condenar a FUNAI, a União e o Estado do Rio de Janeiro a obrigação de fazer consistente na elaboração de protocolos de cooperação e mecanismos de comunicação para estabelecer com clareza as respectivas responsabilidades e se coordenar a fim de evitar conflitos de atribuições em relação à segurança dos integrantes da Terra Indígena Tekoha Jevy;

(b.3) condenar a FUNAI a obrigação de fazer consistente na criação de conselhos consultivos ou na formação de equipes de segurança comunitária que necessariamente deverão contar com a participação do povo guarani da aldeia do Rio Pequeno no processo de tomada de decisão;

[...]

(b.5) condenar a FUNAI a obrigação de fazer consistente na monitoração, por meio da elaboração de relatórios mensais, sobre a situação da aldeia do Rio Pequeno, notadamente aos possíveis conflitos, para dirimir conflitos ou se antecipar a eles;

Registre-se que foram solicitados subsídios técnicos e fáticos à FUNAI para a defesa em Juízo, mas estes não foram prestados até a apresentação desta contestação.

2. RAZÕES DE DEFESA

Em resumo, a requerente imputa à FUNAI responsabilidade administrativa por omissão no dever de proteção e segurança de comunidade indígena, com base no art. 1º, inciso VII, da Lei nº 5.371/1967, sustentando que:

Em tese, a FUNAI deveria ser, primordialmente, o ente que tem como função garantir a segurança e a integridade física dos indígenas, além de preservar a biodiversidade e os recursos naturais das terras indígenas. Isso deveria incluir a realização de patrulhas, acompanhamento de atividades econômicas, investigação de denúncias de violações e ações de fiscalização.

2.1 FUNAI NÃO É ÓRGÃO DE SEGURANÇA PÚBLICA

Consoante art. 1º do Decreto n. 9.010/2017, a FUNAI é fundação pública instituída em conformidade com a Lei n. 5.371, de 5 de dezembro de 1967, vinculada ao Ministério da Justiça e Segurança Pública, tem sede e foro no Distrito Federal, circunscrição no território nacional e prazo de duração indeterminado.

As atribuições da FUNAI estão previstas nos arts. 2º, 3º e 4º do Decreto nº 11.226/2022:

Art. 2º A Funai tem por finalidade:

- I - proteger e promover os direitos dos povos indígenas, em nome da União;
- II - formular, coordenar, articular, monitorar e garantir o cumprimento da política indigenista do Estado brasileiro, baseada nos seguintes princípios:
 - a) reconhecimento da organização social, dos costumes, das línguas, das crenças e das tradições dos povos indígenas;
 - b) respeito ao cidadão indígena e às suas comunidades e organizações;
 - c) garantia, aos povos indígenas, do direito originário, da inalienabilidade e da indisponibilidade das terras que tradicionalmente ocupam, da posse permanente e do usufruto exclusivo das riquezas nelas existentes;
 - d) garantia, aos povos indígenas isolados, do exercício de sua liberdade e de suas atividades tradicionais sem a necessidade de serem contatados;
 - e) garantia da proteção e da conservação do meio ambiente nas terras indígenas;
 - f) garantia da promoção de direitos sociais, econômicos e culturais aos povos indígenas; e
 - g) garantia da participação dos povos indígenas e das suas organizações em instâncias do Estado que estabeleçam políticas públicas que lhes digam respeito;
- III - administrar os bens do Patrimônio Indígena, conforme o disposto no art. 23;
- IV - promover e apoiar levantamentos, censos, análises, estudos e pesquisas científicas sobre os povos indígenas, com vistas à valorização e à divulgação de suas culturas;
- V - monitorar as ações e os serviços de atenção à saúde dos povos indígenas;
- VI - monitorar as ações e os serviços de educação diferenciada para os povos indígenas;
- VII - promover e apoiar o desenvolvimento sustentável nas terras indígenas, conforme a realidade de cada povo indígena;
- VIII - despertar, por meio de instrumentos de divulgação, o interesse coletivo para a causa indígena; e
- IX - exercer o poder de polícia em defesa e proteção das terras e dos povos indígenas.

Art. 3º Compete à Funai prestar a assistência jurídica aos povos indígenas.

Art. 4º A Funai promoverá estudos de identificação e delimitação, demarcação, regularização fundiária e registro das terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas.

Parágrafo único. As atividades de medição e de demarcação poderão ser realizadas por entidades públicas ou privadas, por meio de convênios ou contratos, desde que a Funai não tenha condições de realizá-las diretamente.

Apesar da previsão do art. 2º, IX, do Decreto nº 11226/2022, o exercício do poder de polícia e a fiscalização a serem exercidos pela FUNAI se restringe à regulação administrativa e proteção do território dos indígenas contra violações de seus direitos, e não o combate ao crime, que é papel atribuído aos órgãos policiais previsto no art. 144 da Constituição Federal:

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

I - polícia federal;

II - polícia rodoviária federal;

III - polícia ferroviária federal;

IV - polícias civis;

V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.

VI - polícias penais federal, estaduais e distrital.

Como se vê, a FUNAI não está listada entre os órgãos de segurança pública, e não tem competência para prevenir ou combater ações criminais, mesmo aquelas cometidas em território indígena, e especialmente o tipo de ação criminal violenta descrita na inicial, não tendo seu corpo funcional condições de enfrentar estes ilícitos.

Dentro do poder de polícia e de proteção das terras indígenas, a FUNAI tem competência e atua de forma a intermediar, facilitar, e apoiar o exercício dos direitos pelos indígenas, inclusive o direito à segurança, o que vem sendo feito conforme noticiado no evento 17, mas não pode a autarquia federal ser responsabilizada pela falta de segurança da comunidade tradicional.

2.2 RESERVA DO POSSÍVEL E RESTRIÇÕES ORÇAMENTÁRIAS

Ora, ainda que se entenda como plausíveis os pedidos iniciais do MPF neste feito – o que só se admite por hipótese e amor ao debate - não é crível supor que a Administração Pública Federal tenha recursos operacionais e financeiros para colocar em funcionamento todas as ações exigidas nesta ação, considerando inclusive as dificuldades em controlar a violência urbana e rural em todo o país. Facilmente podemos recorrer ao senso comum e às regras de experiência para constatar que a Administração Pública não tem recursos financeiros para atender a integridade das demandas públicas.

Infelizmente, a capacidade operacional e o orçamento da autarquia federal é insuficiente para proceder às referidas tarefas, sendo certo que já restou demonstrado que a entidade vem exercendo suas competências nos limites das restrições impostas pela realidade financeira atual.

Nesse sentido, citamos trechos da decisão proferida nos autos da ADPF 45 MC/DF - Políticas Públicas - Intervenção Judicial - "Reserva do Possível", relator Min. Celso de Melo:

*“Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da "reserva do possível", ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, **(1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas.***

*Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, **pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos.***

Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre

reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo.

Extremamente pertinentes, a tal propósito, as observações de ANDREAS JOACHIM KRELL ("Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha", p. 22-23, 2002, Fabris):

"A constituição confere ao legislador uma margem substancial de autonomia na definição da forma e medida em que o direito social deve ser assegurado, o chamado 'livre espaço de conformação' (...). Num sistema político pluralista, as normas constitucionais sobre direitos sociais devem ser abertas para receber diversas concretizações consoante as alternativas periodicamente escolhidas pelo eleitorado. A apreciação dos fatores econômicos para uma tomada de decisão quanto às possibilidades e aos meios de efetivação desses direitos cabe, principalmente, aos governos e parlamentos.

Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional.

No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais.

A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais a prestações materiais depende, naturalmente, dos recursos públicos disponíveis; normalmente, há uma delegação constitucional para o legislador concretizar o conteúdo desses direitos. Muitos autores entendem que seria ilegítima a conformação desse conteúdo pelo Poder Judiciário, por atentar contra o princípio da Separação dos Poderes (...). (grifos nossos).

Cabe salientar que constitui prerrogativa da Administração Pública, no exercício de seu poder discricionário, verificar a necessidade de determinar as providências a serem adotadas, estabelecendo as prioridades na execução de ações exigidas para a proteção do território indígena, em consonância com os recursos financeiros disponíveis e em estrita obediência aos princípios da razoabilidade e da supremacia do interesse público, visando à proteção dos direitos das comunidades tradicionais. Apesar da importância das providências requeridas pelo Ministério Público Federal, a FUNAI age hoje nos limites de sua capacidade orçamentária e de pessoal.

Com efeito, a correta análise da matéria não pode deixar de considerar o papel atual do princípio da separação de poderes e funções estatais, bem como seu núcleo intangível e essencial, uma vez que foi consagrado pelo constituinte de 1988, no art. 2º da *Lex Legum*, como princípio fundamental do Estado brasileiro.

Ensina José Afonso da Silva (**Curso de Direito Constitucional Positivo**, 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, pp. 110 e ss) que a divisão de poderes encontra fundamento em dois elementos básicos: *a) especialização funcional* – cada órgão é especializado no exercício de uma função; cabendo, assim, às assembleias a função Legislativa; ao Executivo, a função executiva (que se biparte em função de governo e de administração); e ao Judiciário, a função jurisdicional; *b) independência orgânica* – além da especialização funcional, é necessário que cada órgão seja, de fato, independente dos outros, o que se revela na **ausência de meios de subordinação**. Trata-se de uma forma de organização jurídica das manifestações do Poder.

Não é despendendo lembrar que a doutrina da separação dos poderes assume significados e contornos diferentes nos sistemas de governo presidencialista e parlamentarista. Na divisão de poderes no presidencialismo (sistema de governo adotado pela *Lex Fundamental* brasileira), foram desenvolvidas as técnicas da independência orgânica e da harmonia dos poderes. Conforme demonstra José Afonso da Silva:

“A independência dos poderes significa: (a) que a investidura e a permanência das pessoas num dos órgãos do governo não dependem da confiança nem da vontade dos outros; (b) que, no exercício das atribuições que lhes sejam próprias, não precisam os titulares consultar os outros nem necessitam de sua autorização; (c) que, na organização dos respectivos serviços cada um é livre, observadas apenas as disposições constitucionais e legais; (...) A harmonia entre os poderes verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito. De outro lado, cabe assinalar que

nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem sua independência são absolutas. Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade (...). Se ao Legislativo cabe a edição de normas gerais e impessoais, estabelecesse um processo para a sua formação em que o Executivo tem participação importante, quer pela iniciativa das leis, quer pela sanção e pelo veto. Mas a iniciativa legislativa do Executivo é contrabalançada pela possibilidade que o Congresso tem de modificar-lhe o projeto via de emendas e até de rejeitá-lo. (...)

Tudo isso demonstra que os trabalhos do Legislativo e do Executivo especialmente, mas também do Judiciário, só se desenvolverão a bom termo, se esses órgãos se subordinarem ao princípio da harmonia, que não significa nem o domínio de um pelo outro nem a usurpação de atribuições, mas a verificação de que, entre eles, há de haver consciente colaboração e controle recíproco (que, aliás, integra o mecanismo), para evitar distorções e desmandos”. (grifou-se - Op. cit., p. 114).

Em outros termos, a técnica apontada decorre de expressa previsão e delimitação constitucionais. Logicamente, as funções estatais não são estanques e incomunicáveis. Cada Poder (órgão supremo) recebe o nome da função que desempenha com predominância (função típica) sobre as outras que eventualmente a Constituição, anômala e expressamente, outorgou-lhe (funções atípicas, por isso, excepcionais). Isso faz parte do próprio mecanismo de freios e contrapesos, indispensável para evitar a concentração excessiva do poder nas mãos de um só órgão, em detrimento dos outros. Daí se infere que as exceções ao aludido preceito fundamental devem decorrer expressamente da Constituição, além de merecerem interpretação restritiva, como qualquer exceção, devendo ser exercitadas com comedimentos, pena de se transformar a exceção em regra ou ir além do preceituado na norma constitucional.

Dessa forma, a intromissão de outro Poder em prerrogativa de extração constitucional, ainda que de forma indireta, acabaria por subverter o sistema constitucional de competências. **É imperativo afastar a ingerência do Poder Judiciário e Ministério Público na tarefa, afeta ao Executivo, de sopesamento dos valores constitucionais a serem concretizados, tendo em vista que inúmeros são os escopos a atingir, sem que existam meios (recursos) suficientes para tanto.**

Importante destacar a escassez de recursos financeiros e técnicos desta entidade, o que a impossibilita de atender a todas as demandas existentes.

Ora, cabe a esta autarquia federal, na apreciação do mérito do ato administrativo, verificar a necessidade e urgência de execução das ações visando à proteção dos direitos dos indígenas, de forma a determinar a ordem prioritária de eventual realização destes.

3. CONCLUSÃO E PEDIDOS

Face ao exposto, requer seja a presente ação julgada improcedente.

Protesta pela produção de todas as provas em direito admitidas.

Rio de Janeiro, 20 de março de 2023.

LUIZ HENRIQUE PANDOLFI MIRANDA
PROCURADOR FEDERAL