



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-REGIONAL DA UNIÃO DA 1ª REGIÃO
NÚCLEO ESTRATÉGICO (PRUIR/COREPAM/NUEST)

EXCELENTÍSSIMO(A) SENHOR(A) JUIZ(A) DO(A) 7ª VARA FEDERAL AMBIENTAL E AGRÁRIA DA SJAM

NÚMERO: 1052263-53.2025.4.01.3200 (REF. 1052263-53.2025.4.01.3200)

REQUERENTE(S): ASSOCIAÇÃO DO POVO INDÍGENA TENHARIM MOROGITÁ E OUTROS

REQUERIDO(S): UNIÃO FEDERAL

UNIÃO, 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** aos termos da petição inicial do processo em epígrafe, com base nas razões de fato e de direito a seguir aduzidas.

1. DA SÍNTESE DA LIDE

Trata-se de Ação Civil Pública proposta pela Associação do Povo Indígena Tenharim Morogitá (APITEM), em face da União, do IBAMA, da FUNAI e do Estado do Amazonas.

Pretende-se a condenação dos requeridos à adoção de medidas estruturais e permanentes para a desintrusão da Terra Indígena Tenharim Marmelos - em especial, da Gleba B -, que tem sido alvo de invasões, desmatamento e exploração madeireira. Registrou-se haver *“grave violação dos direitos constitucionais dos Tenharim, que veem seu território invadido e sua cultura ameaçada, bem como a afronta às obrigações estatais previstas na Constituição Federal (arts. 231 e 232), na Convenção 169 da OIT e na Declaração da ONU sobre Direitos dos Povos Indígenas e decisões recentes da Suprema Corte brasileira”*.

Os pedidos urgentes formulados na exordial consistem em:

1. A concessão de tutela provisória de urgência (art. 300 do CPC) para determinar que os réus, especialmente a União, Funai e IBAMA, apresentem, no prazo de 45 quarenta e cinco dias, plano emergencial de desintrusão da Terra Indígena Tenharim Marmelos, com detalhamento de cronograma, identificação de órgãos responsáveis, previsão de uso de força pública, e ações integradas de segurança e fiscalização territorial. Nos moldes das ações realizadas nas TIs Yanomami, Munduruku, Trincheira Bacajá e Apyterewa, com atuação coordenada entre os Ministérios da Justiça, dos Povos Indígenas, do Meio Ambiente, da Defesa e Casa Civil. Caso seja necessário determinar abertura de créditos extraordinários para os cumprimentos das medidas.
2. determine que o Instituto de Proteção Ambiental do Estado do Amazonas –IPAAM informe, no prazo de 15 (quinze) dias, sob pena de multa diária, todas as licenças, autorizações ou registros administrativos concedidos nos últimos cinco anos relativos a atividades econômicas, exploração florestal, uso do solo, requerimentos minerários, agropecuária ou regularização fundiária incidentes

sobre a Terra Indígena Tenharim Marmelos, especificando: (i) número do processo; (ii) natureza da atividade licenciada; (iii) localização georreferenciada da área; e (iv) beneficiários identificados.

3. Que seja determinado à União, por meio dos Ministérios da Justiça, dos Povos Indígenas, dos Direitos Humanos e da Cidadania, bem como à FUNAI e à Polícia Federal, que adotem, de forma imediata, medidas para garantir a integridade física e a segurança das lideranças e comunidades da Terra Indígena Tenharim Marmelos, diante do contexto de invasões, conflitos fundiários e risco de retaliações durante a tramitação da presente ação.

No mérito, pleiteia-se:

4. A condenação dos réus à adoção de medidas estruturantes de governança climática local, com participação da comunidade Tenharim e dos Agentes Ambientais Indígenas, incluindo: reflorestamento estratégico, proteção de nascentes, reocupação do território após a desintrusão, zoneamento de áreas de uso tradicional e ações de mitigação e adaptação climática;

5. A anulação de todos os requerimentos e títulos administrativos de uso, exploração ou pesquisa emitidos pelo Estado do Amazonas ou por quaisquer órgãos federais sobre a Terra Indígena Tenharim Marmelos, por ausência de consulta prévia, livre e informada (Convenção 169 da OIT) e violação ao art. 231 da CF;

6. A condenação dos réus, de forma solidária, ao pagamento de indenização por dano ambiental e dano climático difuso, no valor estimado com base nas emissões causadas pelo desmatamento ilegal (tCO₂e) e no valor do custo social do carbono (CSC), a ser revertida para comunidade Tenharim.

7. Após a desintrusão seja realizado um plano de reocupação da terra indígena com participação dos entes federados.

8. A concessão dos benefícios da justiça gratuita à parte autora, nos termos do art. 98 do CPC, em razão de sua natureza de associação sem fins lucrativos, voltada à defesa de direitos coletivos e originários;

9. A condenação dos réus ao pagamento das custas processuais e honorários periciais, caso sejam necessários, na forma do art. 18 da Lei nº 7.347/85;

10. Requer, na hipótese de procedência total ou parcial da presente ação, a condenação dos réus ao pagamento de honorários advocatícios, nos termos do art. 85, § 3º, do CPC, a serem arbitrados com base na complexidade da causa.

11. Ao final, requer seja julgada totalmente procedente a presente ação, com a confirmação de todas as tutelas e obrigações de fazer, não fazer e indenizar aqui requeridas, com efeitos vinculantes e permanente.

Diante do cenário traçado, em uma análise preliminar do caso, verifica-se que o juízo deferiu o pedido de tutela provisória de urgência nos seguintes termos:

7. Diante do exposto, com fundamento no art. 300 do CPC, **DEFIRO PARCIALMENTE** o pedido liminar de tutela de urgência para:

7.1. Ordenar que a **UNIÃO**, a **FUNAI** e o **IBAMA** apresentem, no prazo de 90 (noventa) dias, **Plano Emergencial de Desintrusão da Terra Indígena Tenharim Marmelos**, o que inclui exemplificativamente cronograma, a identificação dos órgãos responsáveis, a previsão de uso da força pública, a adoção de medidas para assegurar segurança à população indígena, aos destinatários da desintrusão e aos agentes públicos encarregados do cumprimento, monitoramento territorial, dentre outras providências;

7.2. Determino ao IPAAM que informe, no prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de multa diária de R\$10.000,00 (dez mil reais), até perfazer R\$500.000,00 (quinhentos mil reais), na forma do art. **537 do CPC**, a existência de licenças, autorizações ou registros administrativos concedidos nos últimos cinco anos relativos a atividades econômicas, exploração florestal, mineração, agropecuária ou qualquer outra informação de atividades econômicas que estejam sobrepostas ao território das Terras Indígena Tenharim Marmelos e Tenharim Marmelos Gleba B, com as especificações elencadas pelos autores.

DEFIRO o pedido de gratuidade da justiça pleiteado pela requerente, haja vista que se trata de associação indígena sem fins lucrativos.

Ainda, **INTIME-SE o MPF**, na forma do art. 5º, §1º da Lei 7.347/1985.

CUMRA-SE em caráter de urgência. Para tanto, expeçam-se os atos de comunicação para cumprimento da liminar.

Na mesma oportunidade, **CITEM-SE** os requeridos para o cumprimento imediato desta decisão e para, querendo apresentar contestação no prazo legal, juntar informações e documentos (art. 183 c/c art. 335 do CPC).

Sem prejuízo dos cumprimentos e prazos acima, após todas as medidas pela SECVA, tornem os autos conclusos, com anotação de urgência, para agendamento de audiência de justificação e tentativa de conciliação.

Regularmente citada, a União passa a demonstrar que o pleito autoral deve ser integralmente rejeitado.

2. DA ILEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO

De começo, levando-se em conta os pedidos formulados pela parte autora, a União defende sua ilegitimidade para figurar na presente relação processual, o que será detalhado sob o ponto de vista do Ministério do Meio Ambiente e Mudança do Clima e do Ministério da Justiça e Segurança Pública, de modo a afastar eventuais providências materiais almejadas pela demandante com relação ao ente central.

2.1 DA QUESTÃO AMBIENTAL RELACIONADA E DAS COMPETÊNCIAS DO MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE E MUDANÇA DO CLIMA

Como visto, trata-se de Ação Civil Pública proposta pela Associação do Povo Indígena Tenharim Morogitá (APITEM), em face da União, do IBAMA, da FUNAI e do Estado do Amazonas, pela qual se requer condenação dos requeridos à adoção de medidas estruturais e permanentes para a desintrusão da Terra Indígena Tenharim Marmelos.

Nesse contexto, ao se cotejar a matéria envolvida, as providências necessárias para implementar o comando judicial e as competências previstas na Lei nº 14.600/2023 e no SISNAMA - Sistema Nacional do Meio Ambiente, é de se concluir pela ilegitimidade da União para atendimento de eventuais associadas ao ponto, uma vez que as competências do Ministério do Meio Ambiente e Mudança do Clima(MMA) dizem respeito ao planejamento, coordenação, supervisão e controle da política nacional do meio ambiente e as diretrizes governamentais fixadas para o meio ambiente (art. 6º, III, da Lei nº 6.938 de 31 de agosto de 1981).

Sob a perspectiva ambiental, os fatos tratados na demanda não são diretamente relacionados a atribuições da União, por intermédio do MMA, haja vista que, no âmbito federal, questões executivas/operacionais incumbem ao IBAMA e/ou ao ICMBio, dentro de suas respectivas competências.

Isso porque a Constituição da República Federativa de 1988 instituiu um federalismo cooperativo de 3º nível e impôs que a proteção do meio ambiente seja realizada de forma comum pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 23, incisos VI e VII, ao passo que a Lei Complementar nº 140, de 8 de dezembro de 2011, que regulamentou o referido dispositivo, estabeleceu entre os objetivos previstos no art. 3º, a harmonização das *"políticas e ações administrativas para evitar a sobreposição de atuação entre os entes federativos, de forma a evitar conflitos de atribuições e garantir uma atuação administrativa eficiente"*, e a garantia da *"uniformidade da política ambiental para todo o País, respeitadas as peculiaridades regionais e locais"*.

Como corolário deste modelo de forma de estado, a lei que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente, a Lei nº 6.938/1981, estruturou o Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA) no art. 6º, sem prejuízo da participação de demais órgãos e entes que lidem com a temática ambiental, pois se trata de um rol aberto.

Já o Decreto nº 99.274/2000, que regulamenta a Política Nacional do Meio Ambiente, estatui que a atuação do SISNAMA efetivar-se-á mediante *"articulação coordenada dos órgãos e entidades que o constituem"* (art. 14), contudo, a fim de que seja concretizado o mandamento constitucional de eficiência, evitando-se a sobreposição de competências constitucionais dos integrantes do SISNAMA, a própria Política Nacional do Meio Ambiente repartiu o dever ambiental de cada qual, interessando destacar ao caso dos autos, os órgão central e os executores, *textus*:

Art. 6º - Os órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, bem como as fundações instituídas pelo Poder Público, responsáveis pela proteção e melhoria da qualidade ambiental, constituirão o Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA, assim estruturado:

(...)

III - órgão central: a Secretaria do Meio Ambiente da Presidência da República, com a finalidade de planejar, coordenar, supervisionar e controlar, como órgão federal, a política nacional e as diretrizes governamentais fixadas para o meio ambiente;

IV - órgãos executores: o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA e o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade - Instituto Chico Mendes, com a finalidade de executar e fazer executar a política e as diretrizes governamentais fixadas

para o meio ambiente, de acordo com as respectivas competências; (Redação dada pela *Lei nº 12.856, de 2013*)

Ante a assunção das atribuições da Secretaria do Meio Ambiente da Presidência da República pelo MMA, passou a ser sua responsabilidade o planejamento, coordenação, supervisão e controle da política nacional e das diretrizes governamentais fixadas para o meio ambiente, não lhe sobejando qualquer atividade de natureza executiva, a exemplo das ações de desintrusão ou aquelas de reflorestamento estratégico, proteção de nascentes, reocupação do território após a desintrusão, etc.

Considerando isso, no âmbito do SISNAMA, incumbiu ao IBAMA, no âmbito federal, exercer o poder de polícia ambiental e executar ações das políticas nacionais de meio ambiente, referentes às atribuições federais, relativas ao licenciamento ambiental, ao controle da qualidade ambiental, à autorização de uso dos recursos naturais e à fiscalização, monitoramento e controle ambiental, observadas as diretrizes emanadas do Ministério do Meio Ambiente, nos termos do art. 2º, incisos I e II da Lei 7.735/1989, com redação dada pela Lei 11.516/2007. Nesta mesma levada, com o advento da Lei nº 12.856/2013, esta atribuição executória também incumbe ao Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade - ICMBio, que possui a finalidade de executar e fazer executar a política e as diretrizes governamentais fixadas para o meio ambiente, de acordo com o círculo competencial que deve ser interpretado sistematicamente com as disposições da **Lei nº 9.985/2000 - Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza (SNUC)** - e da Lei nº 11.516/20017.

Nessas circunstâncias, deve ser afastada qualquer cominação em face da União com relação à questão ambiental suscitada nos autos.

2.2 DA QUESTÃO AFETA À SEGURANÇA PÚBLICA E DAS COMPETÊNCIAS DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA

Ultrapassado esse primeiro enfoque relacionado à temática ambiental, agora voltando-se às competências da União por intermédio do Ministério da Justiça e Segurança Pública, calha tecer considerações pertinentes ao “*uso de força pública e ações integradas de segurança*” bem como às eventuais ações relativas à “*desintrusão*” de terra indígena estipulada na decisão de ID 2223655103.

No ponto, inicialmente, mostra-se oportuno ressaltar alguns esclarecimentos quanto às competências da Fundação Nacional dos Povos Indígenas.

Saliente-se que a **Fundação Nacional dos Povos Indígenas - FUNAI** (nomenclatura prevista no art. 58 da Medida Provisória nº 1.154/2023) é entidade integrante da Administração Indireta, com atribuições descentralizadas para a promoção da política indigenista oficial do Estado brasileiro, visando proteger e promover os direitos dos povos indígenas. A referida entidade autárquica possui patrimônio e personalidade jurídica próprios. Compete-lhe, desse modo, atuar descentralizadamente em favor das comunidades indígenas, para a garantia da posse permanente das terras tradicionais e a proteção dos respectivos direitos.

Nesse contexto, veja-se o disposto na Lei nº 5.371/1967:

"Art. 1º Fica o Governo Federal autorizado a instituir uma fundação, com patrimônio próprio e personalidade jurídica de direito privado, nos termos da lei civil, denominada "**Fundação Nacional do Índio**", com as seguintes finalidades:

I - estabelecer as diretrizes e garantir o cumprimento da política indigenista, baseada nos princípios a seguir enumerados:

- a) respeito à pessoa do índio e as instituições e comunidades tribais;
- b) garantia à posse permanente das terras que habitam e ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nela existentes;
- c) preservação do equilíbrio biológico e cultural do índio, no seu contacto com a sociedade nacional;
- d) resguardo à aculturação espontânea do índio, de forma a que sua evolução socioeconômica se processe a salvo de mudanças bruscas;

II - gerir o Patrimônio Indígena, no sentido de sua conservação, ampliação e valorização;

III - promover levantamentos, análises, estudos e pesquisas científicas sobre o índio e os grupos sociais indígenas;

IV - promover a prestação da assistência médico-sanitária aos índios;

[...]

VII - **exercitar o poder de polícia nas áreas reservadas e nas matérias atinentes à proteção do índio.**

Parágrafo único. A Fundação exercerá os poderes de representação ou assistência jurídica inerentes ao regime tutelar do índio, na forma estabelecida na legislação civil comum ou em leis especiais." (grifou-se)

Ressalte-se que o Decreto-Lei nº 200, de 1967, prevê a autonomia das fundações, estipulando que:

"Art. 5º. Para os fins desta lei, considera-se:

[...]

IV - Fundação Pública - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, criada em virtude de autorização legislativa, para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público, com autonomia administrativa, patrimônio próprio gerido pelos respectivos órgãos de direção, e funcionamento custeado por recursos da União e de outras fontes."

Por sua vez, a finalidade institucional da Fundação Nacional dos Povos Indígenas é muito bem delineada no Anexo I do Decreto nº 11.226/2022, na forma que segue:

"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 - participar da gestão do Patrimônio Indígena e promover a sua conservação, a sua ampliação e a sua valorização, na forma prevista no art. 23; ([Redação dada pelo Decreto nº 12.581, de 2025](#)).

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. 17. À Diretoria de Proteção Territorial compete:

I - planejar, coordenar, propor, implementar e monitorar as políticas de proteção territorial, em articulação com o Ministério dos Povos Indígenas e os demais órgãos e entidades da administração pública federal, estadual, distrital e municipal; ([Redação dada pelo Decreto nº 12.581, de 2025](#))

[...]

III - restringir o acesso e o trânsito de terceiros nas áreas em que se constate a presença de indígenas isolados; ([Redação dada pelo Decreto nº 12.581, de 2025](#))

IV - implementar ações de fiscalização nas terras indígenas, em conjunto com os órgãos competentes, com vistas à posse plena e ao usufruto exclusivo dos povos indígenas; ([Redação dada pelo Decreto nº 12.581, de 2025](#))

V - consolidar a proteção das terras indígenas, por meio de ações de vigilância e capacitação; ([Redação dada pelo Decreto nº 12.581, de 2025](#))

VI - planejar, executar e monitorar as atividades de prevenção e manejo integrado do fogo e apoiar o combate a incêndios nas terras indígenas, em articulação com os órgãos competentes; ([Redação dada pelo Decreto nº 12.581, de 2025](#))

VII - planejar, executar e monitorar as atividades de inteligência destinadas à proteção das terras indígenas; ([Redação dada pelo Decreto nº 12.581, de 2025](#))

VIII - articular, fornecer informações e apoiar as ações de segurança pública realizadas pelas forças de segurança em terras indígenas; ([Redação dada pelo Decreto nº 12.581, de 2025](#))

IX - planejar, executar e monitorar as ações de suporte especializado relacionadas à proteção das terras indígenas; ([Redação dada pelo Decreto nº 12.581, de 2025](#)) "

Assim, compete à Fundação Nacional dos Povos Indígenas "*exercer o poder de polícia em defesa e proteção das terras e dos povos indígenas*", consoante a **norma regulamentar** expedida pelo Poder Executivo Federal, qual seja: o Decreto nº 11.226/2022. O mencionado instrumento normativo efetiva o comando inserto no art. 1º, inciso VII, da Lei nº 5.371/1967, o qual incumbe à FUNAI "*exercitar o poder de polícia nas áreas reservadas e nas matérias atinentes à proteção do índio*".

Nesse panorama, entrou em vigor o Decreto nº 12.373/2025, regulamentando "*o exercício do poder de polícia da Fundação Nacional dos Povos Indígenas*", na forma que segue:

"Art. 1º Este Decreto regulamenta o exercício do poder de polícia da Fundação Nacional dos Povos Indígenas – Funai nas terras indígenas e nas áreas objeto de portaria de restrição de uso para a proteção dos direitos desses povos.

Art. 2º As ações do poder de polícia executadas pela Funai têm como finalidade:

I - a prevenção e a dissuasão da violação ou da ameaça de violação a direitos dos povos indígenas;

II - a prevenção e a dissuasão da ocupação ilegal de terceiros em terras indígenas; e

III - a execução do consentimento de polícia, nos casos previstos em lei.

Art. 3º Constituem infrações aos direitos dos povos indígenas, entre outras previstas em lei:

I - o ingresso de não indígenas em terras indígenas, em desacordo com o disposto em lei;

II - as práticas que atentem contra o patrimônio cultural, material e imaterial dos povos indígenas;

III - as práticas que atentem contra o conhecimento tradicional dos povos indígenas;

IV - as edificações ilegais e as atividades agrossilvopastoris ou turísticas promovidas por terceiros em terras indígenas em desacordo com o disposto em lei;

V - a remoção de grupos indígenas de suas terras;

VI - a violação ao usufruto exclusivo das riquezas naturais, conforme disposto na Constituição;

VII - a utilização imprópria da imagem dos indígenas ou de suas comunidades sem a devida autorização, inclusive para fins comerciais, promocionais ou lucrativos; e

VIII - a dilapidação dos bens ou a descaracterização dos limites das terras indígenas, e os danos às placas e aos marcos delimitadores de terras indígenas ou a sua remoção.

Parágrafo único. As condutas e as atividades consideradas lesivas aos direitos dos povos indígenas sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, às sanções cabíveis, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Art. 4º Em caso de risco iminente aos direitos dos povos indígenas, a Funai poderá adotar, motivadamente, entre outras, na forma do disposto em lei, as seguintes medidas cautelares:

I - interditar ou restringir o acesso de terceiros a terras indígenas, por prazo determinado e prorrogável;

II - expedir notificação de medida cautelar a infratores, para lhes cientificar a respeito da infração cometida e estabelecer, se for o caso, prazo para sua cessação ou retirada voluntárias, sob pena da adoção subsequente de medidas administrativas ou judiciais coercitivas;

III - determinar a retirada compulsória de terceiros das terras indígenas quando houver evidência de prejuízo ou risco iminente para os povos ou para as terras indígenas;

IV - restringir o acesso e o trânsito de terceiros nas terras indígenas e nas áreas em que se constate a presença de indígenas isolados, nos termos do disposto no art. 7º do Decreto nº 1.775, de 8 de janeiro de 1996;

V - solicitar a colaboração de autoridades de outros órgãos ou de entidades públicas de controle e repressão, respeitadas as respectivas competências legais;

VI - apreender bens ou lacrar instalações de particulares empregados na prática de infração; e

VII - realizar, excepcionalmente, a destruição, a inutilização ou a destinação de bens utilizados na prática de infração.

Art. 5º No exercício de suas atribuições, a Funai poderá solicitar aos órgãos de segurança pública, especialmente à Polícia Federal, às Forças Armadas e às forças auxiliares, a cooperação necessária à proteção das comunidades indígenas, da sua integridade física e moral e do seu patrimônio, quando as atividades necessárias a essa proteção forem próprias da competência dos órgãos de segurança pública.

Art. 6º A implementação das medidas previstas neste Decreto será realizada conforme as atribuições legais das carreiras da Funai.

Art. 7º No curso do processo administrativo de apuração de ilícitos contra os direitos indígenas, a Funai deverá promover vistorias, elaborar relatórios circunstanciados e encaminhá-los, quando cabível, aos órgãos ou às entidades públicas competentes, inclusive quando for necessário para a propositura de ações judiciais.

Art. 8º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação."

Portanto, os supostos atos fiscalizatórios referidos na petição inicial, em matéria de poder de polícia, não se inserirem nas atribuições **finalísticas** da União através do Ministério da Justiça e Segurança Pública.

Frise-se que, **independentemente da matéria** tratada numa ação judicial que envolva obrigação de fazer, a requisição de força policial é uma prerrogativa do Juízo, de acordo com os seguintes preceitos do Código de Processo Civil:

"Art. 536. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente.

§ 1º Para atender ao disposto no caput, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, **podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial.**" (grifou-se)

Assim, o mero auxílio de força policial não significa (por si só) que a matéria em análise se situe dentre as competências finalísticas da União (Ministério da Justiça e Segurança Pública).

Dessa forma, há que ser afastada a legitimidade da União com relação ao exercício do Poder de Polícia indicado na vestibular (*uso de força pública e ações integradas de segurança*), porquanto demonstrada a responsabilidade já atribuída à FUNAI.

3. MÉRITO

3.1 DA NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Conforme relatado, afirma a parte autora que trata-se de *“litígio climático de natureza estrutural, que demanda do Estado não apenas medidas repressivas imediatas, mas a formulação e execução de um plano abrangente de proteção territorial, com mecanismos de fiscalização, segurança e prevenção de novos ilícitos ambientais, climáticos e fundiários. Além de adotar providências para salvaguardar direitos sobre requerimentos minerários que afetem a terra indígena, por fim garantir a integridade física, cultural e ambiental do território que presta um serviço ecossistêmico para toda sociedade”*.

Nesse contexto, embora seja compreensível a iniciativa da Associação do Povo Indígena Tenharim Morogitá (APITEM), orientada para a proteção da Terra Indígena Tenharim Marmelos, mediante o requerimento da adoção de medidas para evitar o desmatamento, a exploração madeireira e a especulação minerária, tal pretensão não pode ser acolhida, porquanto não se adstringe ao sistema normativo-administrativo, assim como não está pautada pelas determinações legais quanto ao exercício dos misteres constitucionais que foram atribuídos a cada órgão, entidade pública ou agente público, posto que cada qual devendo agir dentro de suas esferas de competência.

Sob este aspecto, a parte autora pretende impor obrigações à União, **invocando a teoria do processo estrutural**, afirmando que *“resta evidenciado que a presente ação civil pública possui natureza estrutural, voltando-se a debelar um cenário continuado de violações complexas que não será resolvido por meras ordens individuais. Assim, mostra-se juridicamente adequada e necessária a formulação de pedidos estruturantes”*.

Apesar das ponderações da Associação do Povo Indígena Tenharim Morogitá, é necessário a estrita observância do Princípio da Separação dos Poderes, previsto no art. 2º da CRFB/88, o qual, embora comumente se confunda com sua vertente da necessidade de controle por intermédio do sistema de fiscalização e limitações recíprocas entre Executivo, Legislativo e Judiciário (sistema de freios e contrapesos), não pode ser o único elemento a ser considerado. Isso porque, além dessa (real) necessidade de controle, é preciso se retomar uma das premissas básicas do postulado da separação de poderes: **respeito ao âmbito de atuação e à discricionariedade constitucionalmente atribuída a cada esfera de Poder, aspecto que confere equilíbrio ao sistema de freios e contrapesos e impede que um deles desborde das próprias competências e invada as de outro, mormente a pretexto de controlar sua atuação.**

Nesse sentido, merece destaque a lição doutrinária de J. J. Canotilho, Gilmar Mendes, Ingo Sarlet, Lenio Streck e outros (destaques acrescidos):

O princípio da separação de poderes é ancorado na acepção de discricionariedade: um poder está proibido de invadir a discricionariedade dos outros. Este o ponto de equilíbrio, a linha fronteira. Acontece que a apreensão do juízo discricionário passar por uma (r)evolução, uma acentuada mudança, e, assim, a separação dos poderes. Discricionariedade não significa liberdade total, a sabor da opinião individual do agente, refém do subjetivismo (solipsismo), onipotência, juízo fora ou ignorante do Direito, sem parâmetros, sem balizas. **Juízo discricionário somente ocorre quando comprovadamente existem duas ou mais condutas equivalentes, igualmente admitidas pelo Direito, não sendo possível determinar, com certeza ou precisão, qual o melhor comportamento, o mais em conformidade com o Direito.**

CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo, Saraiva/Almedina, 2013, p. 145.

A reboque da discussão, doutrina e jurisprudência sempre buscaram oferecer parâmetros para definir 1) de um lado, as zonas limítrofes em que há exercício legítimo de controle entre poderes, e 2) de outro, as hipóteses em que a ingerência se torna excessiva e desrespeita a discricionariedade inerente ao Executivo, ao Legislativo ou ao Judiciário.

Tem-se, assim, como caracterizadores do núcleo duro de cada atividade os conceitos de **reserva de administração, reserva legal e reserva de jurisdição**, indicando searas absolutamente exclusivas à atuação de cada um dos Poderes - merecendo destaque, ao presente feito, a **reserva de administração**.

A reserva de administração é caracterizada pela doutrina como "*verdadeiro núcleo funcional da administração resistente à lei*". *Daí a Constituição, em situações específicas, determinar que o tratamento de determinadas matérias fica adstrito ao âmbito exclusivo da Administração Pública*".

Dimensionando a importância do postulado, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 427.574-ED, já reconheceu, inclusive, ser ela princípio constitucional que impede a ingerência normativa do Poder Legislativo em matérias sujeitas à competência administrativa do Poder Executivo, sob pena grave violação à separação de poderes.

Ressalte-se não se desconhecer que o conceito de reserva de administração é utilizado, ordinariamente, para se contrapor ao de reserva legal, delimitando a atuação do Legislativo e do Executivo. **Não obstante, a lógica é perfeitamente transponível ao Poder Judiciário** e se reveste, em linguagem moderna, na necessidade de adoção de **posturas de autocontenção**, em substituição ao conhecido ativismo judiciário.

A preocupação se coaduna, inclusive, com a inclusão da norma agora presente no art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/1942), que passou a determinar que o julgador deve considerar **as consequências práticas de sua decisão**, *in verbis*:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

(grifos acrescidos)

Assim, acolher os pedidos formulados na inicial, determinado que a Administração Pública modifique o planejamento de órgãos públicos, com o redirecionamento da força de trabalho de agentes públicos, **que no momento se encontram focados na consecução das atividades previamente planejadas e dentro de suas competências, para a consecução de outras, como as narradas na exordial, seria conferir legitimação à parte autora e ao Judiciário para a formulação de políticas públicas, cuja competência constitucional é, evidentemente, do Poder Executivo**.

O ordenamento jurídico pátrio rechaça a possibilidade de o Poder Judiciário substituir o Poder Executivo na fixação de providências e diretrizes administrativas, por mais relevantes que sejam, sob pena de se comprometer, irreparavelmente, o princípio da harmonia e separação dos Poderes.

De fato, a discricionariedade é um poder delimitado previamente pelo legislador, que, ao definir um determinado ato, intencionalmente deixa um espaço para livre decisão da Administração, legitimando previamente a sua opção. Consequentemente, não pode o Judiciário invadir esse espaço reservado, pela lei, ao administrador, pois, caso contrário, estaria

substituindo, por seus próprios critérios de escolha, a opção legítima realizada pela autoridade competente com base em razões de conveniência e oportunidade.

Como bem destaca VALÉRIA MARTINEZ GAMA (O ativismo judicial sob o enfoque do Direito Financeiro e Tributário. Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT, Belo Horizonte, ano 13, n. 78, nov./dez.2015. Disponível em <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdicntd=239257>):

(...) Pode-se afirmar que o orçamento expressa a “reserva do possível”, pois compreende a possibilidade fática do ente político de arcar economicamente com os gastos necessários à efetivação das políticas públicas indispensáveis à concretização do bem-estar social.

Assim, ao avocar para si a função atípica de determinar políticas públicas em ações individuais ou coletivas, o Poder Judiciário interfere nas ações sociais a serem implementadas pelo Poder Executivo e devidamente previstas no orçamento público aprovado pelo Poder Legislativo.

Ao trazer para si a incumbência de efetivar direitos que deveriam ter sido concretizados por meio da atuação política de outros poderes, o Poder Judiciário fundamenta-se apenas na aferição da ineficiência da política pública adotada e utiliza apenas o critério da averiguação das necessidades, sem qualquer verificação sobre a questão orçamentária.

Nessas constatações sobre a ineficiência das políticas públicas, o Poder Judiciário deixa de analisar os objetivos sociais a serem alcançados com a política, os resultados para a sociedade em geral e os impactos orçamentários.

Isso porque normalmente as informações obtidas pelo Poder Judiciário, através de audiências públicas e perícias, não são capazes de esclarecer o suficiente para a elaboração da política pública, que exige, além de conhecimento técnico entre órgãos, dados complexos.

Existe um universo de variáveis a serem consideradas, dentre as quais a disponibilidade de recursos, as políticas integradas em planos plurianuais e em diretrizes orçamentárias e medidas legislativas ordenadoras de receitas e despesas que não são analisadas pelo Poder Judiciário no momento em que, através de uma decisão judicial, deferir um gasto considerado como política pública premente no seu entender. Em uma ação judicial, quando é deferida tutela antecipada, nos termos do artigo 273 do Código de Processo Civil, para obrigar o Poder Executivo a praticar determinada ação considerada pelo Judiciário como sendo um direito subjetivo público do autor da demanda, v.g. fornecimento de medicamento, indigitada decisão terá caráter satisfativo, pois dificilmente será viável o restabelecimento ao status quo ante.

O cumprimento dessas decisões judiciais acarreta risco de desvirtuamento da própria política pública, prejuízo do planejamento e até mesmo de outras políticas públicas que poderiam ser implementadas, pois o equilíbrio orçamentário (receita e despesa) será afetado com a superveniência de obrigação de efetivar gasto não previsto no orçamento.

O Poder Judiciário necessita respeitar as margens de discricionariedade do legislador e do administrador fixadas na própria Constituição Federal, sob pena de ocasionar impacto não previsto no orçamento público, acarretando redução de investimento em outras áreas.

Conceder benefício sem indicar a fonte de custeio, o que é exigência até para o Poder Legislativo e afastamento do parâmetro atuário (aquele que o orçamento comporta), acarreta o rompimento da viabilidade das políticas públicas pelo Poder Executivo. (...)

Saliente-se, no ponto, que não se está a defender o afastamento da possibilidade de controle judicial de eventuais omissões administrativas, mas apenas a se buscar a delimitação de seu âmbito de incidência em situações em que se impugne as escolhas de natureza política da gestão pública, máxime em face da notória limitação de recursos humanos e financeiros.

Por certo, as políticas públicas e a realização de despesas públicas devem ser implementadas no interesse coletivo ou geral, a partir de planejamento administrativo que privilegie não apenas um segmento específico, mas toda a sociedade, sem privilégios ou preferências, afigurando-se temerária a prolação de ordem judicial para a realização de condutas que vão importar em enorme deslocamento de força de trabalho e geração de inúmeras despesas, sem previsão legal ou orçamentária, em detrimento de outros serviços, destinatários e regiões.

Não se olvida, no ponto, que os direitos elencados na Constituição Federal de 1988 devem ser concretizados, já que a Lei Maior não é mera declaração nem diretriz ou regra de aconselhamento e o texto constitucional de fato preconiza princípios e regras impositivas.

Acontece que a concretização desses direitos deve ser realizada dentro da realidade do financiamento possível, uma vez que, como sabido, os recursos públicos são finitos, havendo uma assimetria entre as receitas e os gastos. A dizer, **a atuação estatal condiciona-se à teoria da reserva do possível** - concretamente incidente ao caso, dadas as inúmeras

providências administrativas postuladas pela parte autora, a estabelecer limites de razoabilidade e proporcionalidade ao controle judicial das omissões administrativas, por meio da compreensão das circunstâncias fáticas que cercam a situação, as quais impõem ao agente público a necessidade de promover escolhas, frente a recursos que superam a demanda e se mostram escassos.

No escólio de José dos Santos Carvalho Filho:

Incide aqui o que a moderna doutrina denomina de reserva do possível, para indicar que, por vários motivos, nem todas as metas governamentais podem ser alcançadas, principalmente pela costumeira escassez de recursos financeiros. Somente diante dos concretos elementos a serem sopesados no momento de cumprir determinados empreendimentos é que o administrador público poderá concluir no sentido da possibilidade de fazê-lo, à luz do que constitui a reserva administrativa dessa mesma possibilidade. Por lógico, não se pode obrigar a Administração a fazer o que se revela impossível. Em cada situação, todavia, poderá a Administração ser instada a demonstrar tal impossibilidade; se esta inexistir, não terá como invocar em seu favor a reserva do possível. Ilegais, desse modo, são as omissões específicas, ou seja, aquelas que estiverem ocorrendo mesmo diante de expressa imposição legal no sentido do facere administrativo em prazo determinado, ou ainda quando, mesmo sem prazo fixado, a Administração permanece omissa em período superior ao aceitável dentro de padrões normais de tolerância ou razoabilidade.

(CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 23.ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010, p. 49.)

Como ao norte afirmado, a implantação de políticas públicas e o planejamento das atividades da Administração demandam a análise de uma série de impactos sociais, financeiros e orçamentários, elementos fáticos e materiais que nem sempre são levados em conta pelos juízes e tribunais, por falta de conhecimentos técnicos específicos e também por estarem alheios às peculiaridades inerentes ao comando e gerência da máquina administrativa.

Logo, ao ajuizar ação judicial postulando a adoção e implementação das inúmeras medidas contidas na petição inicial, em verdade, o que se pretende é que um único integrante do Poder Judiciário fixe as linhas administrativas da atuação estatal, contrapondo-se às regularmente instituídas pela Administração Pública Federal.

Sendo assim, embora seja indiscutível a necessidade de proteção da Terra Indígena Tenharim Marmelos, mediante a adoção de medidas para evitar o desmatamento, a exploração madeireira e a especulação minerária, deve-se ponderar que, estando os órgãos da União a adotar as medidas que lhes são possíveis, em especial considerando o postulado da reserva do possível e a existência de recursos escassos para a consecução de um gigantesco número de atividades que lhe foram atribuídas, não há que se falar em omissão que justifique intervenção judicial.

Sob esta ótica, não se deve admitir que a parte autora - com base em seu convencimento individual e em detrimento de uma visão sistemática da situação e necessidades dos órgãos federais - pretenda impor decisão de gestão pública, escolhendo quais direitos deverão ter prioridade sobre outros, comprometendo toda a organização administrativa, atuação que acaba sendo, ainda que involuntariamente, inconsequente, por não ponderar quais outras áreas, recursos e direitos serão restringidos ou excluídos com o ajuizamento da presente ação.

Apesar desta constatação, como relatado, a parte demandante invoca a **aplicação do processo estruturante**, o qual pode ser definido como *"aquele em que se pretende a reorganização, pela via judicial, de uma estrutura pública ou privada que se encontra em um estado de desconformidade estruturada. Há, deste modo, um problema estrutural. O objetivo, portanto, é substituir o estado de desconformidade por um estado ideal de coisas, nos termos do nosso ordenamento jurídico"* [\[1\]](#).

Contudo, a parte autora não responde como o processo estruturante poderia ter aplicação ao caso dos autos sem subjugar o princípio da separação de poderes, posto que os pedidos formulados na inicial estão adstritos a políticas públicas, que, como reiteradas vezes afirmado, são atribuições do Poder Executivo.

Quanto ao tema, revela-se importante transcrever as ponderações do Juiz Federal, Eduardo José da Fonseca Costa (Especialista, Mestre e Doutor pela PUC-SP), que publicou artigo jurídico intitulado **"DEZ SENÕES DO PROCESSO ESTRUTURAL"** [\[1\]](#), no qual apresenta diversos questionamentos sobre a (in)aplicabilidade do processo estruturante, *in verbis*:

(...)

É interessante perceber como a ciência procedimental civil brasileira se tem feito de modismos e como cada modismo se tem divulgado na mídia por intermédio de slogans. Nos primeiros cinco anos de vigência do CPC/2015, as tendências foram o precedentalismo (com os slogans da «segurança» e da «isonomia»), o cooperativismo (com os slogans da «efetividade» e da «justiça»), o eficientismo (com os slogans da «celeridade» e dos «bons resultados») e o negocialismo (com os slogans da «flexibilização» e da «democracia»). A propósito, sob a vigência do CPC/1973, a propagandização de instituições procedimentais civis já se fazia sentir, por exemplo, no inquisitivismo probatório e nos seus respectivos slogans («verdade», «paz social» etc.). Recentemente, duas novas outfit ideias ganharam força no mercado da moda: a desjudicialização da execução civil (com os slogans da «desburocratização» e da «simplificação») e o processo estrutural (com os slogans da «complexidade», da «multilateralidade» e da «necessidade de alteração do estado de coisas»). Por ora, interessamos analisar mais de perto a doutrina publicitária do chamado «processo estrutural». Provavelmente é o modismo mais decantado pela intelligentsia jurídica progressista brasileira atual, a qual enxerga no direito em geral e no processo em particular um «instrumento dúctil de transformação da realidade social». Trata-se do processo em juízo por meio do qual se busca a reestruturação de instituições ou políticas públicas para um melhor atendimento sistêmico aos direitos fundamentais (em sentido similar, e. g.: DIDIER JR., Fredie, ZANETI JR., Hermes e OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. n. 75, jan/mar 2020, p. 104). É bem verdade que o seu design dogmático tem sido desenvolvido pelo esforço intelectual de respeitabilíssimos juristas. Esmerados livros, teses, dissertações, monografias e artigos têm sido escritos sobre o tema. Vários cursos e palestras têm sido ministrados. Congressos, simpósios, seminários e encontros têm sido organizados no Brasil e no exterior. Todo esse arcabouço acadêmico-institucional e literário-científico tem influenciado a quotidianidade prática do Poder Judiciário, servindo-lhe de fundamento para sentenças, acórdãos e recomendações administrativas interna corporis. No entanto, algumas questões fundamentais estão ainda mal resolvidas, ainda não foram enfrentadas, ou simplesmente ainda não foram formuladas. Trata-se de questões teóricas cuja superação cabal é imprescindível para que se possa falar em uma «doutrina do processo estrutural» com cor, silhueta, caimento, textura e harmonia. Sem isso, a ambiciosa teoria se comporta como um vestuário inovador e ousado, mas desbotável na primeira lavagem. Dessa maneira, deixo essas questões registradas neste pequeno artigo para que elas não se percam no horizonte do esquecimento. Quiçá um dia aos estruturalistas sobrem o tempo e a vontade necessários para encará-las de um modo mais adequado.

Em primeiro lugar, os teóricos do processo estrutural precisam solucionar a equação democrática contra a qual as suas ideias parecem atentar. A edição de políticas públicas para a realização de tarefas, metas, objetivos e finalidades exige a conjugação de atos legislativos e governamentais. Exige-se o concurso coordenado de atos praticados por agentes eleitos diretamente pelo povo. Todavia, muitas vezes essas políticas não são implementadas [= inexistência], são implementadas de modo bastante [= insuficiência] ou, embora implementadas, não logram atingir a finalidade para a qual foram criadas [= ineficiência]. Logo, geralmente, os legitimados ativos pedem a concessão de tutela «jurisdicional» para que essas políticas sejam implementadas, complementados ou retificadas. Desse jeito, leis e decretos cedem passo a decisões judiciais. Em lugar do protagonismo governantes-parlamentares, assiste-se ao protagonismo promotor-juiz. A política deixa de se plasmar por agentes eleitos pelo povo e passa a se plasmar por agentes aprovados em concurso público. Uma ação política passa a ser praticada por agentes não políticos, que não têm legitimidade para expressar a vontade générale du peuple. De um lado, o Poder Judiciário padece do «pecado original da aristocraticidade crônica»; logo, faltando-lhe democraticidade constitutiva, cabe-lhe extraí-la aplicando à risca as regras editadas ex ante pelos representantes eleitos do povo (sobre o tema, v. nosso O Poder Judiciário diante da soberania popular... <<https://cutt.ly/Ob00krI>>). De outro lado, o Ministério Público não é um quarto poder que emana do povo e, assim, não é um órgão de soberania popular, mas «função essencial à Justiça»: exerce-se perante o Poder Judiciário e em razão dele, ainda que de forma judicial ou extrajudicial; posiciona-se ao redor da jurisdição, tem natureza circunjurisdicional. É função anexa, não inexas; não flui de dentro do povo, apesar de se juntar por fora aos poderes que do povo fluem; o nexa com o povo e, por via reflexa, com os três Poderes, é externo, não interno; é função criada pela Constituição para se acoplar desde fora, não emanada do povo para concertar desde dentro (sobre o tema, v. nosso O fundamento do Ministério Público. <<https://cutt.ly/nb03ZNv>>).

Nota-se, assim, que no processo estrutural a «conta democrática» não fecha (salvo se se entender que o concurso público per se é fator de legitimidade democrática, o que geraria dois problemas: conferiria legitimidade indistintamente a todo e qualquer concursado e não explicaria a legitimidade de ministros de tribunais superiores e desembargadores nomeados politicamente - sem razão, portanto: ARRUDA NETO, Pedro Thomé de. Direito das políticas públicas. BH: Fórum, 2015, p. 110). Talvez fechasse se o legitimado ativo ad causam fosse o defensor do povo (também conhecido como provedor de justiça). Trata-se de órgão de controle independente e com autonomia funcional para a promoção da cidadania, dotado de capacidade de atuar em juízo e fora dele, não raro com imunidades e prerrogativas próprias aos congressistas, cujo ocupante é eleito direta ou indiretamente para mandato com prazo fixo (v. Constituição argentina de 1995, art. 86; Constituição colombiana de 1991, artigos 178-1, 277-2, 281 a 284; Constituição peruana de 1993, artigos 161 e 162; Constituição equatoriana de 1998, artigo 216; Constituição boliviana de 2009, artigos 162-8 e 218 a 224; Constituição espanhola de 1978, artigos 54 e 70, 1, c; Constituição portuguesa de 1976, art. 23º; Tratado de Maastricht de 1992, art. 138-E) (sobre

o defensor do povo, p. ex.: BEZERRA, Helga Maria Saboia. Defensor do Povo: origens do instituto Ombudsman e a malograda experiência brasileira. Direito, Estado e Sociedade. n. 36. jan-jun/2010, p. 46-73). Decerto a presença do defensor do povo democratizaria sobremaneira o processo estrutural. Mas é figura inexistente no Brasil. Como se não bastasse, os institutos participativos da audiência pública, da consulta pública e do amicus curiae raramente propiciam democracia efetiva: na prática, os processos estruturais são mal divulgados, o interesse comunitário por eles é pouco, não se consegue reproduzir neles o ambiente parapolítico das town meetings e, dessarte, a democracia é tímida e eventual. Daí por que seria necessário refundar uma teoria jurídica da democracia - se é que é possível - para só depois extrair dela uma teoria jurídica do processo estrutural.

Em segundo lugar, os estruturalistas precisam explicar como se pode teorizar a interferência judicial sobre os outros poderes sem se teorizar a fundo a própria separação de poderes. A rigor, não há previsão constitucional expressa sobre o controle judicial de políticas públicas. A intromissão judicial em escolhas discricionárias indevassáveis excepciona a separação de poderes em sua concepção mais tradicional. Por isso, aos teóricos do processo estrutural não basta acusar essa concepção de «atrasada», nem bradar aos quatro ventos a necessidade de uma concepção mais «avançada»: eles precisam de uma vez por todas apresentar essa teoria «avançada» e minudenciar dogmaticamente essa «nova» separação de poderes em seus aspectos analíticos, hermenêuticos e pragmáticos, derivando dela a possibilidade de o Judiciário readequar instituições e políticas. Contudo, a tarefa não é fácil. À Constituição cabe estabelecer os limites positivos e negativos do poder; logo, só a ela cabe prever quando há negligência de determinado poder [= regra de conduta] e quando se autoriza que ele seja substituído pontualmente por outro [= regra de sanção]. Por força da garantia da separação de poderes [CF, artigos 2º e 60, § 4º, III], é necessário que essas regras sejam excepcionais, claras, objetivas e expressas. Daí por que a Constituição não prevê sanção para toda e qualquer negligência. Ademais, nem sempre a sanção consiste na substituição ad hoc de um poder por outro. Vigem regimes fragmentários, pois: visto que a interferência de um poder sobre outro deve ser mínima, as hipóteses constitucionalmente qualificadas de negligência e de conseguinte substituição ad hoc se reservam a situações graves selecionadas com pudor pela própria Constituição.

Logo, quando se diz que o Judiciário pode suprir negligências governamentais e legislativas de forma geral e irrestrita, é preciso justificar a vigência conjunta de - pelo menos - cinco regras constitucionais com hipóteses de incidência e consequências jurídicas muito bem definidas: REGRA 1: o duo legislativo-governamental tem o dever de editar políticas públicas sobre os temas A, B e C do modo x, y ou z; REGRA 2: Se não se editam políticas sobre os temas A, B e C, ou se não se editam do modo x, y ou z, há um estado de negligência; REGRA 3: Havendo negligência, o órgão competente para pronunciá-la é o Judiciário; REGRA 4: Pronunciada a negligência, pode o Judiciário exercer como substituto a função legislativo-governamental, suprindo a política no ponto em que ela se operou de maneira inexistente, insuficiente ou ineficiente; REGRA 5: Se a negligência é judiciária, os demais poderes não têm competência para reconhecer esse estado, nem para exercer substitutivamente a função jurisdicional típica. Sem essas justificativas, nenhum jurista pode advogar as mágicas prometidas pelo processo estrutural (v. nosso A (in)justificabilidade normativa da legiferação judiciária. <<https://cutt.ly/Wb3qax0>>). Tudo isso mostra que a reestruturação judicial de instituições e políticas públicas depende de emenda constitucional e, ulteriormente, de regulamentação legal. É modelo de constitutione ferenda, não de constitutione lata. Para se fugir a esse inconveniente, aqui e ali se veem três argumentos: 1) o processo estrutural precisa edificar-se porque a jurisprudência dos tribunais tem admitido a intervenção judicial em instituições e políticas; 2) as circunstâncias fáticas impelem os juizes a relativizar a separação de poderes. 3) a fundamentação das decisões judiciais supre o sistema de checks and balances. Contudo, os argumentos são frágeis. Um revirement jurisprudencial arruinaria por completo a ideia de processo estrutural. Essa baixa densidade dogmática se evidencia ainda mais quando se percebe a teoria basear-se em um costume judicial contra constitutionem. Ademais, um juiz com habilidade retórico-argumentativa mediana pode fundamentar qualquer arbitrariedade (cf. RODRIGUES, Rui Martinho e ALBUQUERQUE, Cândido Bittencourt. A República entre igualdade e especificidade. A (i)legitimidade das políticas públicas. SP: Malheiros, 2015, p. 36). Por esse ângulo, a teoria lembra a estátua de Nabucodonosor: cabeça de ouro, peito de prata, quadris de bronze, pernas de ferro e pés de barro. Na prática, os estruturalistas têm aceitado a concepção tradicional de separação de poderes, mas feito relativizações ad hoc sem qualquer critério dogmático desenvolvido ex ante.

Em terceiro lugar, os estruturalistas precisam explicar por que têm capacidade imaginativa para medidas pró-estruturantes, mas não para medidas anti-desestruturantes. Não raro, a otimização judicial de uma determinada política - privilegiada de modo exclusivo e isolado pelo Ministério Público - enseja a desotimização judicial das políticas não privilegiadas. Nutrindo-se financeiramente uma delas, desnudem-se as restantes (às vezes, tão ou mais carentes e emergenciais). Desorganiza-se por completo, assim, a metodologia discricionária de repartimento proporcional dos recursos finitos definida pelo governante (obs.: muitas vezes, esse planejamento financeiro obedece a promessas de campanha determinantes para a eleição democrática do governante e, justamente por isso, sintoniza com a vontade de povo). Enfim, o superdimensionamento idealizado de uma única política pode prejudicar a eficiência alocativa do sistema equilibrado de distribuição de recursos limitados. Isso é bastante comum nos entes federativos cujas políticas públicas operam homogeneamente em nível sub-ótimo. Não raro, a

intervenção judicial desestabiliza uma hipercomplexidade que já é de difícil estabilização. Força o administrador a revisar as prioridades locais e, por conseguinte, os critérios originários de repartição do bolo orçamentário. Ou seja, antes da intervenção judicial, o administrador precisava dividir um cobertor curto; após a intervenção, precisa improvisadamente reequilibrar os pratos para minimizar o impacto negativo das medidas (des)estruturantes.

Portanto, todo processo estrutural traz riscos. O juiz não conhece as necessidades de cada tema governamental. É alheio às intimidades da Administração Pública e aos múltiplos fatores que determinam a sua economia interna. Não tem uma visão global dos problemas que lhe permita sentir a conveniência e a oportunidade de fazer prevalecer um sobre os outros. Tampouco o proponente da demanda estrutural tem essa visão. Dessa forma, é preciso evitar que se desencadeiem amplas distorções no arranjo harmonioso das políticas públicas. É preciso impedir que uma justiça pontual provoque uma injustiça sistêmica. Não se pode simplesmente favorecer uma pasta de governo desconsiderando-se as carências atendidas pelas demais. Para tanto, seria recomendável que os processos estruturais sempre se antecedessem de um consistente estudo prévio de impacto orçamentário. O Ministério Público deveria ter o ônus de provar que a realocação de verbas para uma determinada política não compromete as demais. Deveria deixar claro que as políticas dispensadas não necessitam do excesso de recursos que se lhes destinam, ou que necessitam menos do que a política escolhida. Deveria demonstrar, enfim, que há benefício mais significativo na destinação de novos recursos para a política eleita do que na manutenção deles nas políticas preteridas. A realização desse estudo poderia talvez servir de condição liebmaniana da ação [= condição de apreciabilidade do mérito da causa estrutural]. É certo que essa específica condição da ação não tem previsão na lei. Entretanto, para a teoria do processo estrutural isso jamais foi um empecilho: ela parece ser um jardim de delícias para a confusão desinibida entre os modelos de *lege lata* e os modelos de *lege ferenda*. Logo, sem oferecer medidas precaucionais contra os efeitos colaterais indesejados da intervenção judicial em políticas públicas, a teoria do processo estrutural continuará incompleta. Pior: temerária para as finanças públicas. Será uma teoria do poder estruturante sem contrapartida em *accountability*. Portanto, será uma teoria antirrepublicana. Exatamente por isso, seguirá despertando desconfiças. Por enquanto, ela soa mais como uma doutrina ativista para o empoderamento do Ministério Público e do Poder Judiciário, fazendo governantes de promotores e juizes. Não por outro motivo, de vez em quando prefeitos de pequenos municípios - totalmente reféns do Ministério Público - submetem extraoficialmente os seus planos de ação ao aval do promotor da comarca. Tem sido uma forma pragmática de se acautelarem contra ações penais, ações civis públicas, ações de improbidade administrativa e enxurradas desarrazoadas de requisições de informações e ofícios de recomendação. Em situações folclóricas extremas, o prefeito entrega literalmente as «chaves da prefeitura» ao promotor. Um gesto que vale por mil doutrinas.

Em quarto lugar, os estruturalistas precisam erradicar toda sorte de subjetivismos e desenvolver critérios mais objetivos para que o demandante possa selecionar de modo mais racional a política pública sub *judice*. Nesse assunto, a teoria do processo estrutural tem sido um verdadeiro deserto de propostas. Nada se escreve sobre o tema. Em tese, podem-se conceber quatro modelos de escolha: i) escolha legalmente tabelada ii) escolha discricionária racionalmente motivada; iii) escolha íntima imotivada; iv) escolha vinculada a critérios objetivos cientificamente fundados. Em (i), a política estruturanda já está preestabelecida em lei; no entanto, esse modelo engessa evidentemente o sistema, pois pode deixar de fora políticas não priorizadas *ex lege*, posto que desestruturadas *ex realitate*. Ou seja, é possível que a política desprezada pela lei careça mais de intromissão judicial do que a política laureada pela lei. Em (ii), a política estruturanda é escolhida pelo promotor mediante a externalização de critérios racionais desenvolvidos por ele próprio de maneira unilateral e casuística; todavia, o modelo não elimina por inteiro a discricionariedade do promotor. Existe ampla margem para que o proponente da ação estrutural justifique a necessidade de intervenção judicial em políticas deveras deficitárias, conquanto não prioritárias. Em (iii), a política estruturanda é escolhida pelo promotor *secundum conscientiam*. Ele se utiliza de critérios não externados e, por conseguinte, não sindicáveis pelo juiz, nem por órgão ministerial de controle interno. Na prática, infelizmente, é o modelo imperante no Brasil. Muitas vezes, o controle judicial de políticas públicas fica à mercê das preferências pessoais dos promotores. Em outros termos, cada promotor tem um «estilo próprio», um «gosto pessoal», um «traço identitário» nessa matéria. Alguns deles são aficionados por política indigenista; outros por política de saúde; outros por política ambiental; outros por política educacional; outros por política habitacional; outros por política anticorrupção; outros por política histórico-cultural; outros por política de segurança pública; outros por políticas afirmativas. Cada qual parece seguir uma segunda vocação temática além do direito. Noutras vezes, o promotor é seduzido pela representação que lhe é feita e se sensibiliza com as carências de uma categoria específica vitimada por determinada desestruturação política ou institucional.

No entanto, nem sempre a política subjetivamente preferida coincide com a política objetivamente preferencial. A separação de poderes é um tecido bastante sensível, razão por que se aconselha precaução, cautela, moderação, bom senso, equilíbrio e responsabilidade na escolha que provocará a interferência excepcional do Poder Judiciário na esfera legislativo-governamental. Daí a necessidade de se despsicologizar o sistema de controle judicial de políticas públicas e, destarte, de se adotar o modelo (iv). A política estruturanda deve ser eleita pelo promotor mediante a externalização de critérios técnico-científicos intersubjetivamente compartilhados. Esse externalização se poderia consubstanciar num estudo prévio de impacto estrutural com modelo regulado em lei. Isso

permitiria ao juiz e ao órgão ministerial de controle interno verificar in concreto se a política pública escolhida está de fato abaixo dos padrões mínimos toleráveis de eficiência e se, conseqüentemente, ela prefere às políticas públicas não escolhidas (obedecida a atribuição material do ramo e do órgão do Ministério Público envolvidos). Trocando em miúdos, isso permitiria a um e outro um juízo preliminar de seletividade. Havendo porventura políticas públicas preteridas com maior prioridade, poderia o juiz extinguir o processo sem resolução do mérito por ausência de necessidade primacial. O juiz poderia proferir sentença terminativa sob o fundamento de que a política pública escolhida, apesar de relativamente ineficiente, não é absolutamente ineficiente. Ela tem necessidades, mas não é «a» mais necessitada. Não é the highest of all priorities. É muito difícil encontrar um ente federativo cujas políticas de governo não funcionem todas elas abaixo do nível ideal; assim sendo, permitir que o promotor escolha ao seu exclusivo talante qual delas será controlada marcar o controle judicial de políticas públicas com o selo da aleatoriedade.

Em quinto lugar, os estruturalistas precisam justificar melhor o lócus privilegiado do juiz estruturador no quadro geral dos agentes públicos. Como sabido, para que tenham a competência discricionária de fazer escolhas político-deliberativas, os agentes governamentais: a) precisam filiar-se a um partido político, disputar eleições e eleger-se pelo voto popular para se investirem no cargo; b) são fiscalizados por órgãos de controle interno (auditorias ad hoc, controladoria geral etc.), por órgãos de controle externo (parlamento, tribunal de contas, MP, Judiciário etc.) e pela sociedade em geral (organizações não governamentais, população etc.); c) diante de más escolhas, podem sofrer sanções tanto técnico-jurídicas (ex.: impeachment, sanções por improbidade administrativa, sanções penais por crime comum) quanto prático-políticas (ex.: derrota na disputa eleitoral seguinte). Por sua vez, os agentes jurisdicionais: a) necessitam das garantias funcionais da vitaliciedade, da inamovibilidade e da irredutibilidade de vencimentos para se vincularem exclusivamente ao sistema de direito positivo vigente e, com isso, exercerem com independência e imparcialidade as competências técnico-burocráticas que lhe são atribuídas; b) são investidos no cargo mediante aprovação em concurso público de provas e títulos, ou mediante nomeação política pelo chefe do Poder Executivo; c) são fiscalizados pelas partes, pelos seus advogados, por terceiros interessados, pelo MP quando intervém como custos legis e pelas instâncias superiores no julgamento dos recursos e das ações impugnativas; d) as suas más decisões podem ser nulificadas ou reformadas. Note-se, assim, que a natureza de cada função determina materialmente os ônus, os bônus e as conseqüências dos atos praticados.

No entanto, quando se permite uma interferência judicial sistêmica em escolhas político-governamentais, cria-se ipso facto uma figura híbrida, excêntrica, superpoderosa e, portanto, antirrepublicana de agente público. Fica-se diante de um superadministrador «convenientemente» blindado com as garantias da vitaliciedade, da inamovibilidade e da irredutibilidade de vencimentos. Trata-se de um centauro mezzo-juiz mezzo-governante. Enfim, trata-se de um ornitorrinco jurídico, que exerce competência governamental substitutiva, mas sem filiação partidária, sem disputa eleitoral e sem legitimação pelo voto do povo. As escolhas desastrosas para a população, que porventura tome no curso do processo estrutural, não lhe acarretam sanções, salvo se procede «com dolo ou fraude» [CPC, art. 143, I]. No desempenho de «atividade jurisdicional» [rectius: atividade estruturante para- ou co-governamental], não responde por improbidade administrativa, nem por crime comum, nem por crime político. Não apresenta relatório e balanço anuais a tribunal de contas. É o melhor dos mundos: os bônus da função democrático-governamental combinados com os bônus da função aristocrático-jurisdicional; os bônus da função democrático-governamental sem os ônus da função democrático-governamental. Com grandes poderes vêm grandes responsabilidades, exceto para o «juiz governante» do processo estrutural. Daí a forte tentação para a megalomania judiciária. Nos autos da ADPF 635, o Ministro Edson Fachin concedeu tutela provisória para restringir a realização de incursões policiais em comunidades do Rio de Janeiro enquanto perdurar o estado de calamidade pública decorrente da pandemia da Covid-19; porém, se porventura a medida se revelar desastrosa para a política de segurança pública local, Sua Excelência não sofrerá qualquer sanção. Em contraposição, se a medida tivesse partido do Governador, a improbabilidade de reeleição e a enxurrada de ações civis públicas e ações de improbidade administrativa seriam inevitáveis. Ainda assim, há uma lei impessoal e infalível da vida social: nunca há bônus sem ônus. A física política se encarrega de colocar sobre os ombros do superjuiz os pesos do megapoder discricionário que ele irroga a si próprio. Um desses pesos é a exposição ao julgamento e achincalhamento populares. Como bem pontuava JOHN LOCKE, o povo é «o» juiz dos governantes (Second Treatise on Civil Government, §§ 240-242). Quem se excede no vinho político, cedo ou tarde lhe prova o amargor. Quem governa, há de suportar as amolações e cobranças próprias a esse officium publicum. Quem atua como «governante juiz» não escapa ao juiz dos governantes.

Em sexto lugar, os estruturalistas precisam ser mais claros sobre o papel da lei em sentido formal no direito em geral e no direito processual em particular. A Constituição Federal de 1988 prescreve: a) a garantia da lei como fonte reguladora exclusiva das condutas [art. 5º, II]; b) a garantia do devido processo legal como via única para o Estado privar a liberdade e os bens dos cidadãos [art. 5º, LIV]; c) as leis complementar, ordinária e delegada - que são atos do Poder Legislativo - como expressões da lei [art. 59, II a IV]; d) a competência privativa da União para legislar sobre direito processual [art. 22, I]. Portanto, a CF/1988 prescreve o processo como direito subjetivo fundamental de liberdade, i. e., como garantia individual dos cidadãos contra o eventual arbítrio estatal. Mais: prescreve que essa garantia de liberdade só pode ser regulada em lei editada pelo Poder Legislativo da União. Não obstante, parte considerável das propostas procedimentais feitas pelos estruturalistas atenta contra a

ideia de processo como garantia do cidadão-jurisdicionado, aderindo à visão autoritária e inconstitucional de processo como instrumento do Estado-jurisdicção. Melhor dizendo, o processo serviria à otimização flexível de medidas estruturantes, não ao refreamento rígido de medidas estruturantes arbitrárias. Como se não bastasse, parte considerável dessas propostas não encontra qualquer respaldo na legislação federal atualmente vigente. Ao contrário: violam-na. Tudo isso seria perdoável se a teoria do processo estrutural fosse um modelo prescritivo, normativo, de iure condendo. Contudo, ela é vendida pelos seus próceres como um modelo descritivo, positivo, de iure condito. Daí as ginásticas interpretativas que eles fazem para justificar a própria teoria.

Uma delas é a «atenuação das regras da congruência objetiva externa e da estabilização objetiva da demanda, com possibilidade de alteração do objeto». Segundo FREDIE DIDIER JR., HERMES ZANETI JR. e RAFAEL ALEXANDRIA DE OLIVEIRA, seria preciso atenuar a «correlação entre a decisão e a demanda que ela resolve», libertando «o magistrado das amarras dos pedidos das partes, haja vista que a lógica que preside os processos estruturais não é a mesma que inspira os litígios não estruturais, em que o julgador se põe diante de três caminhos a seguir, quais sejam: o deferimento, o deferimento parcial ou o indeferimento da postulação». Isso porque, para se «alcançar uma finalidade, mediante a execução estruturada de certas condutas», «nem sempre é possível à parte antever todas as condutas que precisam ser adotadas ou evitadas pela parte contrária». Igualmente, seria preciso «atenuar a regra da estabilização objetiva da demanda, permitindo-se até mesmo que haja alteração do objeto, desde que assegurado o contraditório prévio e substancial» (Ob. cit., p. 124-126. Em sentido similar: ARENHART, Sergio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. Revista de processo comparado. v. 2. 2015, p. 211-229; GALDINO, Matheus Souza. Processos estruturais. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 97 et seq.). Todavia, o termo «atenuação» opera aí como um indisfarçável eufemismo. Com efeito, trata-se de interpretação contra legem. É violação nua e crua dos artigos 141, 492 e 329 do CPC. A expressão «complexidade do litígio estrutural» não pode ser usada como uma espécie de «fórmula invocatória sociológica» para a convalidação de ilegalidades. Não vige no sistema procedimental civil brasileiro qualquer regra legal expressa pré-excludente das exigências de congruência objetiva externa e de estabilização objetiva da demanda. O juiz deve restringir-se à causa de pedir e ao pedido tal como estabilizados, não podendo imprimir qualquer «dinamização» - o abraçadabra dos ativistas - aos *themæ disputandum* e, em consequência, aos *themæ decidendum*. Portanto, é necessário repetir mil vezes: o processo estrutural depende de regulamentação legal específica (abstraindo-se, evidentemente, a necessidade de prévia reforma constitucional). Tal como proposto, é «apenas» um modelo de *lege ferenda*, não de *lege lata*. E isso por si só já deveria orgulhar os seus defensores: o trabalho acadêmico de social design é digno, embora pouco desenvolvido no Brasil. Infelizmente, porém, os processualistas nacionais são viciados em si mesmos e, por isso, não diferenciam mais entre a realidade interna subjetiva das suas ideias doutrinárias e a realidade externa objetiva do direito posto.

Em sétimo lugar, como cediço, «a noção de processo estrutural surgiu nos Estados Unidos, a partir do ativismo judicial que marcou a atuação do Poder Judiciário norte-americano entre 1950 e 1970» (DIDIER JR., Fredie, ZANETI JR., Hermes e OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Ob. cit., p. 102). Os estruturalistas costumam invocar como *relevant historical example* o famoso precedente *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954). Nesse caso, a Suprema Corte dos EUA declarou por unanimidade a inconstitucionalidade das divisões raciais entre estudantes brancos e negros em escolas públicas afirmando que «*separate educational facilities are inherently unequal*» (para uma análise detida do precedente, p. ex.: JOBIM, Marco Félix. Medidas estruturantes. Porto Alegre, 2013, p. 75 et seq.; PUGA, Mariela. La litis estructural en el caso *Brown v. Board of Education*. Processos estruturais. Org. Sergio Cruz Arenhart et al. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 85-139). Contudo, esses teóricos precisam justificar melhor por que precedentes norte-americanos tão antigos devem servir de inspiração à realidade brasileira atual. As demandas sociais norte-americanas dos anos 1950 a 1970 são similares às demandas sociais brasileiras dos anos 2020? Em que sentido? Ainda que exista similaridade entre as duas realidades sociais, existe similaridade entre os dois sistemas de direito positivo? O direito brasileiro vigente nos anos 2020 é tão permeável à medidas estruturantes quanto foi o direito norte-americano vigente entre os anos 1950 e 1970? Havia realmente essa permeabilidade ou as medidas estruturantes foram introduzidas a *forceps*? De uma maneira geral, como a doutrina norte-americana da época recebeu o estruturalismo praticado pela Suprema Corte? Houve divergência doutrinária? Ela se dividia em quantas correntes? Quais os principais argumentos da corrente adversária às *structural reforms*? Essa corrente era minoritária ou majoritária? Como os Poderes Legislativo e Executivo reagiram a esse ativismo judicial? Houve crises institucionais? Os processos estruturais sempre foram bem-sucedidos? Houve experiências malsucedidas? Em que medida elas foram malsucedidas? Qual a proporção entre experiências bem-sucedidas e experiências malsucedidas? A práxis estruturante encontra eco na tradição judiciária anglo-saxã em geral e na tradição judiciária norte-americana em particular? O Brasil está radicado em tradição institucional semelhante? Por que os teóricos do processo estrutural não invocam precedentes norte-americanos dos anos 1980 em diante? Dos anos 1980 em diante a sociedade norte-americana passou a dispensar o ativismo judicial que outrora lhe havia sido benéfico? Qual o motivo dessa dispensa: a desnecessidade superveniente do ativismo judicial ante a eficientização global máxima das políticas públicas dos EUA, ou a conscientização posterior de que o ativismo judicial é pernicioso para a democracia daquele país? Como tem sido nos últimos anos a jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos sobre a concessão e o cumprimento de *structural injunctions*? De ordinário, como a doutrina

norte-americana atual tem reagido a essa jurisprudência? Não se está de fato importando mais um «rejeito jurisprudencial» do Primeiro Mundo? Assim como nos EUA, não se trata de novidade fadada a abusos, ao descrédito e, portanto, ao desuso?

Como se vê, sob o ponto de vista metodológico, é imprescindível que as circunstâncias sociológicas, axiológicas e normativas do Brasil de hoje e dos Estados Unidos da América de ontem sejam cotejadas entre si de forma analítica e cuidadosa. Não se pode cair na tentação colonial de um copismo institucional sem filtros rígidos e adaptações severas. Pior: um copismo institucional deslocado no tempo. Toda importação de institutos estrangeiros deve submeter-se a forte «barreira jurídico-sanitária», pois regularmente a livre circulação deles pelo País dissemina pragas e doenças de difícil combate. Basta lembrar que teorias alienígenas como a normatividade dos princípios, a ponderação de direitos fundamentais, a cooperação processual e a vinculatividade dos precedentes judiciais estão sendo reproduzidos em terra brasilis de forma distorcida ou incompleta, gerando um alto risco de autocracia judicial e, conseqüentemente, de desequilíbrio político-constitucional.

Em oitavo lugar, os estruturalistas precisam esclarecer qual o lugar de estudo do processo estrutural: 1) a dogmática do procedimento civil ou 2) a pragmática da conciliação e da mediação? Isso porque boa parte do êxito que se atribui ao processo estrutural está associada ao seu modelo de «execução cooperativa ou participativa de políticas públicas». Na verdade, o texto pioneiro sobre o tema no Brasil foi meu: A «execução negociada» de políticas públicas em juízo. RePro 212. out/2012, p. 25–56. À época, tentei relatar a minha experiência como juiz federal em Natal/RN e Corumbá/MS na execução de sentenças proferidas por outros juizes, que condenavam entes públicos à implementação de políticas públicas e que me pareciam irrealizáveis ou de difícil realização. Trata-se de uma reunião de fórmulas práticas bem-sucedidas; entretanto, elas não dizem respeito a medidas coercitivas como imposição de multa diária e ameaça de responsabilização penal (que sempre se me mostraram não efetivas), mas ao cumprimento voluntário de um cronograma negociado multilateralmente etapa a etapa por todos os setores públicos e privados implicados na elaboração da política pública. A despeito de algum verniz dogmático, o texto é predominantemente pragmático. Ele explana estratégias de mediação e conciliação a que cheguei nessa matéria por tentativa e erro. É certo que escrevi o trabalho empolgado pelo tema do controle judicial de políticas públicas. Naquele momento me faltavam maturidade, leitura e tempo de reflexão. De todo modo, o artigo é menos uma apologia ao controle de políticas públicas e mais um conjunto de propostas para driblar os inconvenientes graves que esse tipo de controle traz.

Ainda assim, uma «execução negociada» só é viável se o ente público obrigado está disposto a colaborar. Se ele decide avançar a implementação das medidas estruturantes (o que não é raro), o encanto do processo estrutural simplesmente se esvaece, caindo no velho inconveniente das penas pecuniárias (que só fazem sangrar os cofres públicos) e das ameaças de abertura de investigação criminal (que, quando muito, levam o agente público recalcitrante a sanções pífias). Com isso, a execução judicial da política pública se arrasta por anos mandato após mandato, avolumando-se em autos intermináveis e desmoralizando a justiça. Logo, não se pode fundar dogmaticamente o acerto de uma teoria com base num evento futuro, incerto e extraordinário. Dizer que o processo estrutural é bom porque o ente público colabora com a implementação da política pública equivale a dizer que a execução monetária é boa porque o devedor paga espontaneamente (?!). O eventual pagamento espontâneo não demonstra que o procedimento de execução monetária é bastante para invadir com agilidade o patrimônio do devedor; igualmente, a eventual colaboração com a implementação da política pública não demonstra que o procedimento do processo estrutural é bastante para extenuar qualquer teima do ente público. Execução civil é sanção, consequência jurídica negativa, desestímulo, imposição a fórceps. O traço invariante do processo estrutural como fenômeno é a coerbilidade [= coerção em potência], ainda que nem sempre precise converter-se em coercitividade [= coerção em ato]. Ora, se as medidas coercitivas à disposição do juiz estruturador não se mostram eficientes, então o processo estrutural mais promete que cumpre. Se o sucesso do processo estrutural depende de uma ocasional «execução cooperativa ou participativa», então ele não é propriamente uma categoria autônoma da ciência procedimental civil. Na realidade, ele é uma categoria extradogmática das técnicas de solução consensual de conflitos. Pertence a um saber interdisciplinar que mobiliza diferentes áreas (psicologia, antropologia, sociologia, filosofia etc.) para uma convivência dialogada e harmônica entre as partes envolvidas. Nesse sentido, o juiz do processo estrutural é um mediador que aposta todas as fichas em ferramentas como a escuta ativa e a pressuposição com o objetivo de construir relações de confiança entre os participantes e, a partir daí, lograr uma reestruturação negociada pragmaticamente bem-sucedida e, portanto, tolerável. Enfim, o processo estrutural só é legítimo como prática judicial se limitado a uma experiência alternativa de mediação pública interinstitucional *praeter constitutionem*. Fora disso, nada mais é do que o Poder Judiciário com mania de grandeza.

Em nono lugar, os estruturalistas precisam justificar melhor qual a regra vigente no sistema jurídico positivo atual cuja incidência faz nascer a pretensão de direito material à reestruturação de instituições ou políticas. De um modo geral, os estruturalistas defendem que: i) no processo estrutural se pretende essa reestruturação para um melhor atendimento sistêmico aos direitos fundamentais; ii) direitos fundamentais se definem como princípios; iii) princípios descrevem um «estado ideal de coisas»; iv) se o «estado real de coisas» não corresponde ao «estado ideal de coisas», é porque a política ou a instituição promocional é ineficiente; vi) nesse

caso, nasce a pretensão a uma política ou a uma instituição eficiente na promoção sistêmica do direito fundamental. Sem razão, porém. Direitos fundamentais são regras, não princípios. Grosso modo, a regra é um imperativo hipotético-condicional [«Se A, então B deve ser»]; o princípio, um imperativo categórico [«C deve ser»]. Isso mostra que o princípio não tem autossuficiência operacional. Não têm normatividade. Afinal, ele não esclarece quando se aplica, nem quais as consequências decorrentes da sua aplicação. O princípio não tem hipótese de incidência [it.: fattispecie, situazione-tipo ipotizzata; al.: Tatbestand], nem consequência jurídica [it.: statuzione, conseguenza giuridica; al.: Rechtsfolge]. Para se realizar e, com isso, concretizar o «estado ideal de coisas» nele descrito, o princípio necessita da intermediação de regras. Daí por que não existe aplicação per saltum de princípios. Mesmo quando o juiz alega estar aplicando «diretamente» um princípio, em verdade ele está aplicando uma regra de intermediação oculta que ele próprio criou ao seu talante (para um aprofundamento do tema, v. nosso Princípio não é norma - 1ª parte. <<https://cutt.ly/vnbxPEu>>).

Por isso, quando a Constituição Federal de 1988 diz que «as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata» [art. 5º, § 1º], ela só faz explicitar o óbvio: essas normas são regras. Uma vez que os direitos fundamentais são direitos subjetivos de liberdade contra o Estado, eles defluem de regras com a seguinte estrutura lógico-proposicional: Se alguém está submetido à soberania do Estado brasileiro [= hipótese de incidência], então esse alguém tem pretensão ao exercício espontâneo de uma determinada autonomia individual [= consequência jurídica]. Em se tratando de direito fundamental de primeira dimensão, esse exercício espontâneo exige uma não interferência do Estado e, portanto, uma prestação passiva ou omissiva [= liberdade negativa]; em contrapartida, em se tratando de direito fundamental de segunda dimensão, exige-se uma interferência do Estado e, portanto, uma prestação ativa ou comissiva [= liberdade positiva]. Como se vê, regras sobre direitos fundamentais são regras primárias, de primeiro grau ou de conduta. Se o Estado interfere na autonomia dos indivíduos, ou se não interfere para a promoção dessa autonomia, resta saber quais são as regras secundárias, de segundo grau ou de sanção. Ora, como não poderia deixar de ser, todas elas se encontram previstas no próprio texto constitucional (mandado de injunção, mandado de segurança, habeas corpus, habeas data etc.). Lendo-se o texto constitucional, porém, nele não se divisa qualquer regra que preveja como sanção a intromissão judicial em políticas ou instituições. Nem poderia haver regra desse quilate: ela atentaria contra o modelo de freios e contrapesos instituído expressamente na Constituição, desequilibrando o pêndulo da balança para o lado judiciário, desarmonizando a relação entre os Poderes e implantando um Estado de Juizes. No fundo, a teoria do «estado inconstitucional de coisas» é o mais do mesmo: uma teoria de empoderamento judiciário, que tenta conferir normatividade aos princípios e, assim, permitir que sejam «aplicados» mediante a criação paralegislativa inconfessa de regras intermediadoras pelo próprio juiz. Pois é justamente isto que os estruturalistas fazem: transformam os direitos fundamentais em «estados ideais de coisas», cotejam essa idealidade normativa com a realidade social, constataam um «desacordo ilícito» entre uma coisa e outra, inventam post causam as regras intermediadoras implicitamente violadas e, num passe de mágica, sacam da cartola a reestruturação de políticas ou instituições como «a» sanção impositiva ao incumprimento dessas regras.

Em décimo lugar, os estruturalistas precisam explicar como se podem selecionar juizes capacitados para o controle judicial de políticas públicas. Afinal de contas, é certo que esse tipo de controle pressupõe uma expertise incomum a bacharéis em geral e a juizes em particular. Aliás, essa expertise sequer é exigida nos concursos de provas e títulos para a magistratura. Nem mesmo é comum que as escolas de magistratura capacitem os membros do Poder Judiciário no exercício satisfatório do referido controle. Ainda assim, o domínio completo do conjunto de habilidades necessárias para o desempenho da função judiciário-estruturante pressupõe um homem fantásticamente idealizado. Enfim, o a priori antropológico-cognitivo para a viabilidade do processo estrutural é irreal. Pudera: ser um «juiz governante» implica sair do seu nicho confortável, arriscar-se em escolhas acadêmicas complementares e ampliar-se em uma combinação polipericial tanto para as coisas da justiça quanto para as coisas do governo. Pressupõe ciência concentrada para o cálculo mediatório, para o cálculo adjudicatório e para o cálculo governamental. Para o exercício ordinário da judicatura tradicional, espera-se do magistrado que promova soluções técnico-jurídicas mediante a elaboração retrospectiva de juízos conceito-substantivos [= enquadramento do caso concreto na hipótese descritiva abstrata contida na regra] e juízos de estatuição [= extração das consequências jurídicas previstas na regra]. Em compensação, para o exercício extraordinário da judicatura estruturante, espera-se do magistrado que também promova soluções político-deliberativas mediante a elaboração prospectiva de juízos tóxico-sobresubstantivos. Ele deve: 1) constatar um desconformidade entre um «estado ideal de coisas» e o «estado real das coisas» [= atividade típica de juiz]; 2) inventar post causam as regras implícitas de intermediação supostamente violadas e definir como consequência jurídica comum a todas elas a reestruturação de determinada política ou instituição [= atividade típica de legislador]; 3) esquematizar ele próprio a forma e o conteúdo da estratégia de reestruturação da política ou da instituição [= atividade típica de administrador]; 4) prestar assistência a todos os envolvidos a fim de que cheguem porventura à tão desejada «implantação cooperativa ou participativa» [= atividade típica de mediador].

Como se nota, o juiz pressuposto pelos estruturalistas é um verdadeiro super-homem. É praticamente um polímata renascentista. Trata-se de um sujeito todo-poderoso de racionalidade ilimitada, que - para além das vocações desejadas em um juiz tradicional - deve ter: preparo profissional para a mediação, pluralidade de conhecimentos, pensamento interdisciplinar, capacidade de agregar informações e emitir juízos mais integrados,

plasticidade intelectual, ampliação cognitiva de caráter combinatório, inclinação para o diálogo multilateral, disposição para a desconstrução de impasses, senso de interrupção adequada, competência para a apreensão de interesses não externados, habilidade de coordenação técnico-racional de ações, capacidade de elaboração de diagnósticos públicos e de soluções criativas, vocação para a direção jurídica não autoritária de condutas, persuasão, flexibilidade, curiosidade, liquidez, improviso, escuta ativa, comprometimento, bom senso, paciência, domínio das linguagens político-administrativa e técnico-científica, repertórios conceituais diferentes do usual, etc. Com outras palavras, o juiz fictício do processo estrutural está condenado a ser um ativista despreparado. Porque uma coisa é certa: se existe um juiz com talento cumulativo para juiz, legislador, administrador público e mediador, então que ele seja Presidente da República ou Secretário-Geral da ONU. O Brasil e o Mundo precisam com urgência dos superpoderes gnósticos dele. Poder-se-ia eventualmente defender a substituição do juiz estruturador nas práticas em que ele não é versado. A tentativa de acordo poderia ser delegada a um experto em mediação pública multilateral; o monitoramento das etapas de implantação da política pública, a um special master. Não se pode esperar, entretanto, que em cada comarca interiorizada haja um profissional com tamanho grau de especialização. Sequer é fácil encontrá-los em grandes capitais. Tanto menos nos pequenos municípios das comarcas de entrância inicial, em que o processo estrutural costuma produzir os seus maiores estragos.

De uma vez por todas, o destino do processo estrutural deve ser decidido pelo Congresso Nacional. É na agora democrático-parlamentar que os representantes do povo devem discutir sobre a oportunidade e a conveniência de se entregar ao Poder Judiciário - mediante emenda constitucional - o controle externo das políticas públicas. É necessário ponderar, porém, que existem formas alternativas para esse controle que são menos restritivas à separação de poderes e à democracia. Deteriorar a harmonia entre os Poderes Constituídos, adulterar a lógica da legitimação democrática e hipertrofiar as atribuições judiciárias por via oblíqua são as atitudes mais cômodas, pois não se fazem por debate legislativa, mas por monólogo doutrinário. A imaginação jurídica, as propostas experimentais e os redesenhos institucionais devem ser vazados pela via creatrix do processo legislativo, não pelo iter descriptivus da dogmática jurídica. De constitutione ferenda se poderia pensar, por exemplo, em um colegiado multidisciplinar judicialiforme, permanente ou ad hoc, para a solução adjudicada de conflitos estruturais. O acionamento ficaria a cargo do Defensor do Povo. O colegiado seria composto por representantes da sociedade civil e dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. O Ministério Público interviria como «fiscal da ordem jurídica» [custos legis]. Mais: o colegiado teria poderes de coadministração especial temporária («intervenção branca») até que a reestruturação se conclua. Além disso, ele seria assessorado por um staff técnico concursado para o monitoramento das etapas de implementação, complementação ou correção de políticas públicas declaradas inexistentes, insuficientes ou deficientes. O colegiado competente para controlar políticas federais teria suas diretrizes fundamentais (recrutamento, prerrogativas, poderes, secretaria, funcionamento etc.) estabelecidas na Constituição Federal; o colegiado competente para controlar políticas estaduais e municipais, na respectiva constituição estadual. Entretanto, ao que parece, não há pressão política para que isso ocorra, uma vez que o investimento doutrinário-jurisprudencial no processo estrutural produz algum grau de distensão social. O progressismo doutrinário vai induzindo uma prática judicial desajeitada, mas com algum grau de funcionalidade, que esfria o debate público e acomoda os parlamentos. Na realidade, todavia, as energias intelectuais se deveriam voltar para a arquitetura de um modelo institucional inédito de soluções de problemas estruturais, não para um estica-e-puxa hermenêutico, que degrada a autonomia do direito e perpetua violações sistêmicas à Constituição e à lei. Pela força cômica das coisas, o processo estrutural gera inconstitucionalismo e ilegalismo estruturais. Em respeitável prefácio à obra coletiva *Processos estruturais* (Org. Sergio Cruz Arenhart et al. Salvador: Juspodivm, 2017), o Eminentíssimo Professor JOSÉ MARIA TESHEINER exerce uma honestidade intelectual ímpar: ao mesmo tempo em que exalta o processo estrutural, reconhece que o «fio condutor do processo estrutural [...] parece estar na ultrapassagem da separação dos poderes [...]» (p. 22). Antes, porém, convém avisar os ingleses. Afinal, o artigo 60, § 4º, III, da Constituição Federal de 1988, não admite nada tendente a abolir a separação dos Poderes.

No caso concreto, sob o manto da aplicação da teoria do processo estruturante, bem como com a invocação de preceitos constitucionais vagos e que se prestariam a fundamentar qualquer alegação, o que a Associação do Povo Indígena Tenharim Morogitá busca é a substituição da atuação política/administrativa, regularmente concedida aos atores constitucionalmente competentes e pela via constitucionalmente adequada, por outra que a demandante, particularmente, entende mais eficaz – o que viola frontalmente o princípio da separação de Poderes previsto no art. 2º da Constituição da República.

Portanto, a competência do Poder Judiciário deve ser desempenhada, necessariamente, de maneira consentânea com o modelo em vigor no Estado Brasileiro, vale dizer, com respeito às atribuições e competências exclusivas dos demais Poderes da República, sob pena de criação de tensões e desnecessárias crises institucionais e da já tantas vezes mencionada violação à tripartição de Poderes instituída pela Carta Maior.

3.2 DA IMPOSSIBILIDADE DA CONCESSÃO DA TUTELA DE URGÊNCIA

Para a concessão de medida liminar, faz-se necessária a demonstração da presença de requisitos positivos - quais sejam, a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo (art. 300 do Código de Processo Civil) -, bem como não se configurar hipótese de irreversibilidade da medida (art. 300, § 3º, do CPC) nem de outra situação vedada pela legislação.

Portanto, para o deferimento de decisões provisórias (de urgência ou de evidência) no Direito Brasileiro faz-se necessário demonstrar requisitos específicos, a exemplo da probabilidade do direito, que é mais que mera verossimilhança, assim como o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo ou, no caso da tutela de evidência, o abuso de direito da parte ou a possibilidade de demonstração apenas documental dos fatos alegados.

No caso dos autos, não estão presentes os requisitos necessários para a concessão do pedido liminar, porquanto a parte demandante não apresenta, concretamente, elementos de indiquem perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, não contendo, desta forma, fundamentação que poderia justificar a tutela provisória contra a União.

Portanto, na hipótese sob exame, verifica-se que a parte autora requer a excepcional e extrema tutela provisória à revelia dos requisitos necessários para a concessão do pedido urgente, razão pela qual **deve ser revogada a decisão de ID 2223655103.**

4. CONCLUSÃO

Por todo o exposto, requer a União:

- a. Seja reconhecida sua ilegitimidade passiva com relação aos pedidos destacados nos itens preliminares;
- b. No mérito, sejam julgados improcedentes os pedidos, nos termos do art. art. 487, I, do CPC, revogando-se a decisão que concedeu o pedido de tutela provisória de urgência;
- c. A produção de todas as provas admitidas em direito, sem prejuízo de outros meios de prova, postulando a juntada posterior de documentos que esclareçam as providências em curso nos órgãos federais relacionados ao tema.

Pede deferimento.

Brasília, 19 de fevereiro de 2026.

IVO LOPES MIRANDA
Advogado da União