XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

DIREITO E SAÚDE I

JANAÍNA MACHADO STURZA

MARCOS VINÍCIUS VIANA DA SILVA

LUIZ BRÁULIO FARIAS BENÍTEZ

Copyright © 2022 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

D597

Direito e saúde I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Janaína Machado Sturza; Luiz Bráulio Farias Benítez; Marcos Vinícius Viana da Silva. – Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-648-2
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito. 3. Saúde. XXIX Congresso Nacional do CONPEDI Balneário Camboriu - SC (3: 2022: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

DIREITO E SAÚDE I

Apresentação

O XXIX Congresso Nacional do CONPEDI – Balneário Camboriú, em seu Grupo de trabalho Direito a Saúde, apresentou diferentes temas relacionados ao direito fundamental a saúde, servindo esta apresentação como introdução aos artigos apresentados neste GT, informando desde já, que os temas se completam e permitem o devido aprofundamento teórico prático.

O primeiro artigo, "PATOLOGIAS ZOONÓTICAS NA ERA DO ANTROPOCENO: UMA ANÁLISE SANITÁRIA DA VARÍOLA DOS MACACOS (MONKEYPOK) COMO EMERGÊNCIA DE SAÚDE GLOBAL" de autoria das pesquisadoras Janaína Machado Sturza, Gabrielle Scola Dutra e Sandra Regina Martini, discutiu como o desequilíbrio dos limites do planeta terra produzem obstacularizações à vida terrestre, e configuram patologias biológicas e sociais, que transcendem as fronteiras impostas pelo Estado-Nação.

O artigo intitulado "SAÚDE E POBREZA: O "APARTHEID VACINAL" INSTAURADO PELA COVID-19 DIANTE DA DINÂMICA PERVERSA DA VARIANTE ÔMICRON", escrito por Janaína Machado Sturza e Gabrielle Scola Dutra, tratou da crise sanitária e humanitária, potencializadas especialmente pelo período pandêmico, e as consequências em todos os países do mundo.

O estudo desenvolvido por Edith Maria Barbosa Ramos, Eliane De Jesus Cunha Pires e Fabrício Alberto Lobão de Oliveira, denominado de "DESENVOLVIMENTO SOCIAL EM SAÚDE: PERSPECTIVA JUDICIALIZADA", tratou da judicialização no tocante ao direito à saúde e como este fenômeno tem se manifestado na implementação de políticas públicas como fator de desenvolvimento social.

"JUDICIALIZAÇÃO DE MEDICAMENTOS, PRAGMATISMO JURÍDICO E ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO" foi desenvolvido por Marcos Vinícius Viana da Silva e Hernani Ferreira, e se ocupou de discutir como judicialização da saúde tem crescido no âmbito jurídico brasileiro, e faz-se necessário sua análise com base nos efeitos econômicos nos entes federados.

Patricia Candemil Farias Sordi Macedo e Milena Petters Melo escreveram o artigo intitulado "A ATENÇÃO À SAÚDE INDÍGENA COMO DEVER DO ESTADO: UMA DECISÃO EMBLEMÁTICA NA ADPF 709", que tratou de uma discussão teórica para a reflexão crítica sobre a complexidade da proteção da saúde como direito de todos e dever do Estado, na especificidade dos sujeitos e comunidades que constituem a sociedade brasileira.

"A ATUAÇÃO DO STF FRENTE AO CONFLITO DE COMPETÊNCIAS NA PANDEMIA DE COVID-19", produzido por Márcia Haydée Porto de Carvalho, Fredson De Sousa Costa e Wanderson Carlos Medeiros Abreu, abordou a crise do federalismo brasileiro, levando em consideração o debate sobre o sistema de repartição de competências no federalismo brasileiro na área da saúde.

"A AUTONOMIA DO IDOSO FRENTE AO TRATAMENTO PARA SARS-COV-2 (COVID-19) E A RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE", de autoria de Gabriel Trentini Pagnussat, Fabio Caldas de Araújo e Luiz Roberto Prandi, apresentou pesquisa sobre a autonomia do paciente idoso frente ao tratamento para o COVID-19, especialmente em tempos de fake news, propondo mecanismo de dupla verificação das informações.

Ana Lenira Ribeiro Coutinho Maia apresentou trabalho intitulado "AÇÃO CIVIL PÚBLICA COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DA INCLUSÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO MERCADO DE TRABALHO", que propõe um estudo sobre o papel da Ação Civil Pública na luta pela inclusão de pessoas com deficiência do mercado formal de trabalho.

"ACESSIBILIDADE DIAGNÓSTICA DO AUTISMO EM MENINAS: A CONTRIBUIÇÃO DO ESTEREÓTIPO DE GÊNERO PARA O SUBDIAGÓSNTICO FEMININO E A CONSEQUENTE SUPRESSÃO DE SEUS DIREITOS", escrito por Júlia Sousa Silva, narra como o autismo é diagnosticado em mulher é mais complexo de ser verificado e os seus impactos para a vida destas pessoas.

"COLISÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NO PROCESSO VACINAL DA COVID-19: O DIREITO À LIBERDADE DO INDIVÍDUO E A SUA LIMITAÇÃO PELO EXERCÍCIO DA LIBERDADE DA COLETIVIDADE", de autoria de Alice Benvegnú e Aline Hoffmann, dispõe sobre a colisão de princípios constitucionais no processo vacinal da Covid-19 em decorrência da exigência estabelecida de apresentação do passaporte sanitário para frequentar determinados locais.

Janaina Lenhardt Palma e Rafael Padilha dos Santos apresentou o artigo intitulado "DIREITO À SAÚDE, UMA ANÁLISE DOS CONTRAPONTOS ATIVISMO JUDICIAL X JUSTIÇA SOCIAL", que analisa a atuação do Poder Judicial em demandas de saúde na atual conjuntura social, principalmente pela inércia ou pela incapacidade de atuação dos poderes Executivo e Legislativo em suas funções.

"DIREITO HUMANO À ALIMENTAÇÃO ADEQUADA NA PERSPECTIVA DE IMPLEMENTAÇÃO DE PROGRAMAS ATRELADOS AO GUIA ALIMENTAR PARA A POPULAÇÃO BRASILEIRA", escrito por Mariana Amorim Murta, analisa a construção do quadro normativo-jurídico do direito à alimentação no desenho das políticas públicas de SAN, como fator decisivo para as condições de saúde e nutrição da sociedade

"O CERTIFICADO NACIONAL DE VACINAÇÃO COVID-19 COMO INSTRUMENTO DE IMPLEMENTAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO", de Vera Lúcia Pontes, aborda as medidas sanitárias adotadas no enfrentamento da emergência da saúde pública, derivada da pandemia COVID-19, a qual, dentro de um contexto de vacinação compulsória, levou à exigência do Certificado Nacional de Vacinação COVID-19.

Por fim, o artigo "O IMPACTO DA LGPD NOS SERVIÇOS DE SAÚDE", de Rebeca de Aguilar Pereira Neves e Nelson Pietniczka Junior, tratou de informar o impacto da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), na área da saúde, posto os dados pessoais tratados e sua consideração como sensíveis.

Por todo este conteúdo, os trabalhos do GT do Conselho Nacional de Pesquisa em Direito, renderam uma tarde profícua de produção intelectual aplicada ao bom serviço do Sistema Nacional de Pós-Graduação na área do Direito.

Tenham uma excelente leitura.

Dra. Janaína Machado Sturza

Dr. Luiz Bráulio Farias Benitez

Dr. Marcos Vinícius Viana da Silva.

A ATENÇÃO À SAÚDE INDÍGENA COMO DEVER DO ESTADO: UMA DECISÃO EMBLEMÁTICA NA ADPF 709

INDIGENOUS HEALTH CARE AS A DUTY FOR THE STATE: AN EMBLEMATIC DECISION IN THE ADPF 709

Patricia Candemil Farias Sordi Macedo [1]
Milena Petters Melo [2]

Resumo

Inserindo-se em um projeto de pesquisa mais abrangente, que se volta à análise das políticas constitucionais para a proteção do direito fundamental à saúde no Brasil, este trabalho busca oferecer subsídios teóricos para a reflexão crítica sobre a complexidade da proteção da saúde como direito de todos e dever do Estado, na especificidade dos sujeitos e comunidades que constituem a sociedade brasileira. Centra a atenção nos povos indígenas e mais especificamente em uma recente decisão emanada pelo Supremo Tribunal Federal que lhes resguarda. Nesse sentido, o objetivo geral deste trabalho é analisar o conteúdo da decisão estruturante proferida na cautelar pelo Relator Ministro Luís Roberto Barroso e referendada pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 709/DF. Resultado de pesquisa bibliográfica e de documentos, o estudo privilegia o âmbito disciplinar do Direito Constitucional na perspectiva metodológica do estudo do direito como política constitucional, aplicando o método hipotético-dedutivo para análise da jurisprudência e legislação pertinente. Parte-se da hipótese de que a decisão na ADPF n. 709/DF é uma decisão emblemática para a proteção do direito fundamental à saúde. O trabalho se articula em quatro tópicos: 1. Vidas vulneráveis: o direito fundamental à vida e à saúde dos povos indígenas; 2. O subsistema de saúde indígena e a ineficácia normativa diante da falta de políticas adequadas; 3. O protagonismo dos povos indígenas na ADPF 709; 4. Uma decisão estruturante na tutela jurisdicional de direitos sociais prestacionais em um diálogo institucional e intercultural.

Palavras-chave: Adpf 709, Saúde, Povos indígenas, Estado democrático, Políticas constitucionais

Abstract/Resumen/Résumé

Part of a broader research project, which analysis constitutional policies for the protection of the fundamental right to health in Brazil, this study seeks to offer theoretical contributions for a critical reflection on the complexity of health protection as a right to all and a duty for the

[1] Mestranda do PPGD da Universidade Regional de Blumenau – FURB. Pesquisadora do CONSTINTER. Especialista em Direito Constitucional pela UNIVALI. Procuradora do Município de Blumenau, atuante na área de Direito à Saúde.

[2] Professora Titular de Direito Constitucional, FURB. Coordenadora do núcleo de pesquisas em Constitucionalismo, Internacionalização e Cooperação – CONSTINTER, FURB e do Centro Euro-Americano sobre Políticas Constitucionais, Itália. Doutora em Direito.

State, contemplating the specificity of the subjects and communities that constitute the Brazilian society. Focusing indigenous peoples health, the aim of this paper is to analyze the content of the structuring decision in the injunction handed down by the Rapporteur Minister Luís Roberto Barroso and endorsed by the Plenary of the Federal Supreme Court, in the Action for Noncompliance with Fundamental Precept (ADPF) n. 709/DF. Result of bibliographical and documentary research, on the field of Constitutional Law, by the methodological perspective of law as constitutional policies, applies the hypothetical-deductive method for the analysis of jurisprudence and pertinent legislation. The hypothesis highlights the decision in ADPF 709 as an emblematic decision for the fundamental right to health safeguard. The work is articulated in four topics: 1. Vulnerable lives: the indigenous peoples fundamental right to life and health; 2. The indigenous health subsystem and normative ineffectiveness in the face of the lack of adequate policies; 3. The protagonism of indigenous peoples at ADPF 709; 4. A structuring decision in the judicial review for social rights protection in an institutional and intercultural dialogue.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Adpf 709, Health, Indigenous peoples, Democratic state, Constitutional policies

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho se insere em um projeto de pesquisa mais abrangente, em andamento, que tem como problema de pesquisa a análise das políticas constitucionais para a proteção do direito fundamental à saúde no Brasil, considerando a complexidade da proteção da saúde como direito de todos e dever do Estado, na especificidade dos sujeitos e comunidades que constituem a sociedade brasileira. No intento de questionar as particularidades da proteção da saúde em função das especificidades culturais das pessoas e comunidades, este momento da pesquisa centra a atenção nos povos indígenas e mais especificamente em uma recente decisão emanada pelo Supremo Tribunal Federal que lhes resguarda.

Nesse contexto, o objetivo geral deste trabalho é analisar o conteúdo da decisão de deferimento parcial da cautelar proferida pelo Ministro Relator Luís Roberto Barroso, em 8 de julho de 2020 e referendada em 05 de agosto de 2020, por maioria, pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal (STF), na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 709/DF (BRASIL, 2020), pendente de julgamento de mérito.

A ação (a seguir identificada por ADPF 709) trata dos efeitos da pandemia sobre os povos indígenas no Brasil, sua vulnerabilidade e a insuficiência de políticas públicas do Estado brasileiro, na forma de omissão do seu dever constitucional e, ainda, a proteção deficiente no que concerne os povos originários, especialmente no que toca os seus direitos fundamentais à saúde e à vida. Analisa a violação de preceito fundamental e o reconhecimento do direito de existir dos povos indígenas, ou seja, o direito de não serem exterminados, tanto pelas políticas anti-indigenistas, como pela Covid-19. Considerando-se que os Povos Indígenas são especialmente vulneráveis a doenças infectocontagiosas, para as quais apresentam baixa imunidade e taxa de mortalidade superior à média nacional, na ação, destacam-se os indícios de expansão acelerada do contágio da COVID-19 entre as comunidades indígenas e se alega a insuficiência das ações promovidas pela União para sua contenção. A ação evidencia, ainda, a ameaça real de extermínio de povos indígenas e suas culturas que correm o risco de efetivamente desaparecer. A dimensão do problema e a relevância do bem que se busca proteger – a saúde de todos e, em particular, a saúde dos povos indígenas – impulsionaram e justificam o estudo desenvolvido.

Resultado de pesquisa bibliográfica e de documentos, o estudo privilegia o âmbito disciplinar do Direito Constitucional na perspectiva metodológica do estudo do direito como

política constitucional[1], com a aplicação do método hipotético dedutivo para análise da legislação pertinente e da jurisprudência, em específico da ADPF 709. A hipótese segue no sentido de afirmar que: mesmo que tenha ganhado corpo no contexto da pandemia de COVID-19, a decisão proferida na cautelar da ADPF 709 é uma decisão emblemática por contribuir para a compreensão da complexidade e abrangência da proteção do direito fundamental à saúde e a necessária ação coordenada do Estado democrático nos diferentes níveis de governo, em sinergia com a sociedade civil, nas especificidades dos sujeitos e coletividades.

Buscando contribuir com subsídios teóricos para a reflexão crítica sobre estes temas, o trabalho se articula em quatro tópicos: 1. Vidas vulneráveis: o direito fundamental à vida e à saúde dos povos indígenas; 2. O subsistema de saúde indígena e a ineficácia normativa diante da falta de políticas adequadas; 3. O protagonismo e a participação ativa dos povos indígenas na ADPF 709; 4. Uma decisão estruturante na tutela jurisdicional de direitos prestacionais em um diálogo institucional e intercultural.

2. VIDAS VULNERÁVEIS: O DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA E À SAÚDE DOS POVOS INDÍGENAS

O reconhecimento e proteção dos direitos humanos e dos direitos fundamentais formam as bases das constituições democráticas no constitucionalismo contemporâneo que começa a ganhar corpo com o fim da Segunda Guerra Mundial. No contexto que levou a segunda metade do século passado a ser definida como "A Era dos Direitos" (BOBBIO, 2004, p. 16), caracterizando-se pela expansão do elenco dos direitos humanos e dos direitos fundamentais respectivamente no plano internacional e constitucional, o grande problema, ainda atual, não é tanto justificá-los, mas, de fato, protegê-los[2]. Assim, a questão central não se coloca tanto no plano filosófico da fundamentação, mas sim, aponta para o seu caráter político, no plano das ações e políticas necessárias para a realização dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, através do efetivo acesso aos bens tutelados por estes direitos. Nesse sentido, cresce em relevância o estudo do direito como política constitucional (MELO; CARDUCCI,

[1] Compreendendo, portanto, o direito constitucional como uma ciência de textos e contextos em que a Constituição ganha corpo, através das ações do Estado e da sociedade, para além da jurisdição, por meio de politicas, de qualquer conteúdo e nível (econômico, privado, comercial, tributário, cultural, pedagógico, local, nacional, supranacional, internacional etc.), "que contribuem para promover ou condicionar a atuação das Constituições e, portanto, do Direito, como desenhos da convivência civil (como "*normalidade constitucional*", segundo H. Heller) e da vida em comunidade", Cf. MELO; CARDUCCI, 2021, p. 10.

[2] Como destacou Norberto Bobbio, não obstante as críticas, que podem, e foram lançadas contra esse entendimento, pois para a garantia dos direitos, certamente, é necessária uma base de fundamentação compartilhada. A propósito e para aprofundamentos, v. BOBBIO, 2004.

2021), na compreensão do direito constitucional como uma ciência de textos e contextos. No que toca especificamente a saúde como direito de todos e dever do Estado, o estudo das políticas constitucionais voltadas à proteção do direito fundamental à saúde e, portanto, destinadas também à proteção da vida, focaliza a real efetivação destes direitos através de ações, iniciativas, programas, políticas, envolvendo as sinergias entre o Estado e os diferentes setores da sociedade, para a sua promoção e garantia.

O conceito de saúde, universalmente consolidado do ponto de vista institucional, emana do preâmbulo da Constituição da Organização Mundial de Saúde (OMS) de 1946, como "um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não somente ausência de afecções e enfermidades" (OMS, 1946).

Com a afirmação dos direitos humanos na nova ordem que se buscou instituir com o fim da Segunda Guerra Mundial, o direito à saúde passa a ser reconhecido no plano internacional como um direito humano, conforme dispõe o art. 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948) e o art. 12 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (ONU, 1966, ratificado pelo Brasil em 1992). A importância da proteção da saúde pública é reconhecida pelo Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (ONU, 1966, também ratificado pelo Brasil em 1991), que prevê, inclusive, a restrição de direitos que possam atentar contra ela, como disposto nos seus artigos 12, 18, 19, 21 e 22 (ONU, 1966).

Na Constituição Federal de 1988, o direito à saúde é garantido como direito fundamental e está protegido e regulamentado nas suas especificidades em vários dispositivos. Dentre as disposições constitucionais pertinentes e relacionadas, pode-se iniciar com o art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, determinando a proteção constitucional do direito à saúde, como o corolário do direito à vida, com respeito à dignidade da pessoa humana, como fundamento da República Federativa do Brasil. De forma complementar, o inciso IV do art. 3º afirma como objetivo da República brasileira a promoção do bem de todos. O art. 5º prevê a inviolabilidade do direito à vida e o art. 6º consagra o direito à saúde expressamente dentre os direitos sociais fundamentais. O art. 23 estabelece o dever cuidar da saúde, como de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal (DF) e dos Municípios; o art. 24, XII, dispõe sobre a competência concorrente da União, Estados e DF para legislar sobre proteção e defesa da saúde e o art. 196 a 200 enfatizam a relevância pública e a implementação de políticas públicas, dispondo sobre o Sistema Único de Saúde (SUS). Para os objetivos deste estudo, merece especial menção o artigo 196 da Constituição, que protege a saúde como "direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à

redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação" (BRASIL, 1988).

No quadro dos direitos fundamentais sociais, o direito social à saúde tem uma faceta positiva, exigindo a ação do Poder Público na consecução das prestações materiais, comportando também a faceta negativa dos direitos sociais prestacionais, no sentido de que ao Estado não incumbe apenas a tarefa de prestar o serviço de saúde, mas também a de abster-se de prejudicar a saúde dos indivíduos (SARLET, 2009, p. 278). A dimensão subjetiva e a dimensão objetiva do direito fundamental à saúde na ordem constitucional brasileira se destacam no próprio texto constitucional, respectivamente como "direitos de todos" e "dever do Estado" (como dispõe o art. 196 acima citado).

Os povos indígenas recebem proteção especial no sistema constitucional brasileiro, bem como no sistema internacional. Mas, especificamente no que toca os direitos dos povos indígenas, em particular o direito à saúde, são notáveis os déficits de efetividade. Não obstante a ampliação do leque de direitos e das dinâmicas multiníveis de proteção aos povos indígenas – nos níveis nacional, regional e internacional – ainda permanece uma lacuna entre as determinações normativas e a sua operacionalidade concreta (MELO; BURCKHART, 2021, p.8).

Com relação à saúde dos povos indígenas, um grupo em situação de especial vulnerabilidade, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, expediu a Resolução n° 01/2020 sobre "Pandemia e Direitos Humanos nas Américas", reconhecendo que os povos indígenas sofrem ainda mais os impactos da pandemia, dada a desigualdade e violência generalizada a que estão expostos e recomendando diversas medidas de proteção. Os atos e recomendações internacionais apontam para as obrigações dos governos nacionais de garantir os direitos dos povos indígenas durante a pandemia, em consonância com a Constituição de 1988, que além de proteger os direitos fundamentais à vida e à saúde de todos, consagra o direito dos povos indígenas a viver em seus territórios, de acordo com os seus costumes e tradições, no capítulo específico "Dos Índios, no Título VII, "Da Ordem Social", art. 231 e 232.

Como observa Carlos Frederico Marés de Souza Filho, a leitura do texto constitucional brasileiro, se não for atenta, pode levar a crer que não há proteção à saúde indígena mais do que a proteção geral estabelecida a todos os cidadãos brasileiros. Visto que não há um dispositivo específico à saúde dos índios ou dos povos indígenas, como deflui do texto constitucional especificamente à terra, à cultura, à organização social (na literalidade do art. 231). Porém, analisando mais de perto a Constituição de 1988, especificamente no capítulo destinado à cultura, em que encarrega o Estado brasileiro de prestar proteção às "culturas populares,

indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional" (art. 215, § 1º); no capítulo sobre os índios, onde reconhece a organização social, costumes, línguas, crenças e tradições dos povos indígenas (art. 231); e, ainda, no capítulo que dispõe sobre a educação, onde é assegurada "às comunidades indígenas também a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem" (art. 210, § 2º), observa-se que estes dispositivos "elevam à categoria de direitos a diferença cultural dos povos indígenas" (SOUZA FILHO, 2008, p. 109). Assim, os direitos indígenas à saúde envolvem dois direitos ao mesmo tempo: por um lado, "os direitos dos povos indígenas a ter e manter seus próprios métodos, conhecimentos e instrumentos de cura e prevenção e, de outro lado, receber os métodos, conhecimentos e instrumentos de cura e prevenção oferecidos a todos os cidadãos brasileiros" (SOUZA FILHO, 2008, p. 109).

3. O SUBSISTEMA DE SAÚDE INDÍGENA E A INEFICÁCIA NORMATIVA DIANTE DA FALTA DE POLÍTICAS ADEQUADAS

O Subsistema de Atenção à Saúde Indígena (SASI - SUS) foi criado em 1999 pela lei n. 9.836, com vistas a prover atenção primária à saúde dos povos indígenas, de maneira diferenciada e articulada com a rede SUS. Este subsistema é organizado a partir de 34 Distritos Sanitários Especiais Indígenas (DSEIs). Sua gestão em nível federal é realizada pela Secretaria Especial de Saúde Indígena (SESAI), vinculada ao Ministério da Saúde (MS).

Até a criação do subsistema indígena, a responsabilidade pela assistência estava sob competência da Fundação Nacional do índio – FUNAI. A lei 9.836/99 acrescentou dispositivos à lei 8.080/1990 e reconheceu aos povos indígenas o direito de usufruir de um subsistema de saúde orientado por especificidades étnicas e culturais, reconhecendo assim que os povos indígenas enfrentam situações distintas de riscos e vulnerabilidades (MATTIA DEBASTIANI, 2020, p. 8).

A Lei n. 9.836/99 (Lei Arouca), tem como um ponto crucial, no que se refere ao direito à saúde, os Distritos Sanitários Especiais Indígenas (Dseis) que se configuram em uma rede de serviços implantada nas terras indígenas para atender essa população a partir de critérios geográficos, demográficos e culturais. Seguindo os princípios do SUS, esse subsistema considerou a participação indígena como uma forma de obter controle e planejamento dos serviços, bem como de reforçar a autodeterminação dos povos indígenas (JULIANO, 2021, p. 19).

De forma proeminente, a pandemia de COVID-19 evidenciou as deficiências do Subsistema de Atenção à Saúde Indígena do Sistema Único de Saúde e a sua frágil articulação com os demais níveis de complexidade da rede SUS (PONTES, 2021, p. 124).

No período anterior à pandemia, foi expedida normativa nacional importante a respeito da contenção de epidemias nas comunidades indígenas e seu sistema de saúde: a Portaria Conjunta nº 4.094/2018, do Ministério da Saúde e da Funai, que disciplinou a instalação de uma "Sala de Situação" para subsidiar a tomada de decisões dos gestores e a ação das equipes locais, diante do estabelecimento de situações de contato, surtos ou epidemias envolvendo os Povos Indígenas Isolados e de Recente Contato.

A seu turno, a Lei nº 8.080/1990 dispôs sobre a atenção à saúde dos indígenas, assegurando a todos eles serviços especializados que levem em conta a sua realidade local e a sua cultura:

> Art. 19-A. As ações e serviços de saúde voltados para o atendimento das populações indígenas, em todo o territórionacional, coletiva ou individualmente, obedecerão ao disposto nesta Lei.
> Art. 19-B. É instituído um Subsistema de Atenção à Saúde Indígena, componente do Sistema Único de Saúde – SUS, criado edefinido por esta Lei, e pela Lei no 8.142, de 28 de 29 dezembro de 1990, com o qual funcionará em perfeita integração.
> Art. 19-C. Caberá à União, com seus recursos próprios, financiar o Subsistema de Atenção à Saúde Indígena.
> Art. 19-F. Dever-se-á obrigatoriamente levar em consideração a realidade local e as especificidades da cultura dos povos indígenas e o modelo a ser adotado para a atenção à saúde indígena, que se deve pautar por uma abordagem diferenciada e global, contemplando os aspectos de assistência à saúde, saneamento básico, nutrição, habitação, meioambiente, demarcação de terras, educação sanitária e integraçãoinstitucional. (BRASIL, 1990)

Todavia, tais normativas não se demonstraram eficazes ou plenamente adequadas ao correto enfrentamento da pandemia de Covid-19, diante da falta de políticas apropriadas[3], ressaltando a necessidade de que o governo adote medidas específicas a fim de evitar uma verdadeira, e já em curso, crise humanitária no país (BRASIL, 2021)[4].

Neste contexto foi proposta a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 709/DF, contra graves falhas e omissões do governo federal no enfrentamento da pandemia do coronavírus entre os povos indígenas.

---

[3] Para aprofundamentos sobre o contexto da pandemia no Brasil, especialmente sobre as omissões e ações do Estado que comportaram violações dos direitos humanos neste contexto, a estratégia federal de disseminação de COVID.19 e o caráter desumano da gestão sanitária no Brasil, as pesquisas desenvolvidas e reflexões propostas por Deisy Ventura são uma fonte riquíssima e indispensável. A propósito, v. VENTURA, 2020; VENTURA; AITH, 2020; VENTURA; BUENO, 2021; VENTURA; PERRONE-MOISÉS; MARTIN-CHENUT, 2021; VENTURA; REIS, Rosana, 2021.

[4] Uma crise humanitária que ganha corpo no Brasil e, também, nos países do Mercosul, a propósito e para aprofundamentos, v. MARTINI; STURZA; GIMENEZ, 2020.

4. O PROTAGONISMO E A PARTICIPAÇÃO ATIVA DOS POVOS INDÍGENAS NA ADPF 709

A petição inicial na ADPF 709 foi proposta pela Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB), uma organização indígena que representa os povos indígenas de todo o Brasil, juntamente com seis partidos políticos. Há um marco importante nesta ação, pois é a primeira vez na história que os indígenas são protagonistas diretos numa ação judicial junto ao Supremo Tribunal Federal e os partidos políticos figuram como coadjuvantes, prestando apoio aos povos indígenas. Consubstancia-se, assim, uma mudança no entendimento do Supremo Tribunal Federal, que passa a reconhecer a legitimidade ativa em sede de uma jurisdição constitucional concentrada, ampliando a compreensão do art. 103, IX da Constituição Federal para a inclusão de grupos vulneráveis.

A orientação jurisprudencial antes vigente, considerava qualificadas como "entidades de classe de âmbito nacional" apenas as organizações que representassem segmentos econômicos ou profissionais específicos. Como observa Daniel Sarmento, esta interpretação conservadora destoava do espírito da Carta de 1988, conferindo mais proteção aos interesses econômicos e corporativos do que aos direitos fundamentais dos grupos vulneráveis. Por tal exegese, os direitos dos grupos estigmatizados podiam chegar à jurisdição constitucional brasileira somente através da eventual mediação de instituições como a Procuradoria Geral da República, os partidos políticos e o Conselho Federal da OAB, o que, no mais das vezes, não ocorria. E, mesmo quando a ação fosse proposta, "as vozes dos excluídos eram geralmente abafadas e eles acabavam perdendo o protagonismo na defesa dos seus próprios direitos perante o STF" (SARMENTO, 2020)[5].

O "protagonismo indígena" é destacado na petição inicial com a assinatura dos autointitulados "advogados indígenas", representantes de diversas etnias ali nominadas. Importante reiterar que somente com a Constituição Federal de 1988 os povos indígenas tiveram reconhecido o direito de se apresentarem em juízo defendendo seus direitos e interesses. O art. 232 da Constituição da República reconhece aos índios, suas comunidades e organizações, legitimidade para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses.

[5] A mudança jurisprudencial deve ser celebrada, pois empoderou os grupos vulneráveis, e pode, desse modo, promover a aproximação entre o discurso de legitimação do Supremo Tribunal Federal, no seu "papel contra majoritário" como "protetor das minorias", e a sua efetiva prática institucional. Trata-se, na opinião de Daniel Sarmento, "do mais importante avanço na jurisdição constitucional brasileira desde a promulgação da Constituição de 88. Promovê-la era um dos objetivos institucionais da Clínica de Direitos Fundamentais da UERJ, definido desde a sua fundação, em 2013. Mas a vitória impõe novos desafios". Cf. SARMENTO 2020.

Também nesse sentido, a Carta Constitucional de 1988 rompeu com o paradigma tutelar e integracionista que até então orientava a política indigenista brasileira. Todavia, passados mais de 30 anos da promulgação da Constituição, esta foi a primeira vez que os povos indígenas vão ao Supremo, em nome próprio, defendendo direito próprio e por meio de advogados próprios, propondo uma ação de jurisdição constitucional (ELOY, 2020).

A participação ativa dos povos indígenas na tomada de decisões que lhes afetam é protegida também pela normatividade internacional. O artigo 8º, 1, da Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), dispõe que "ao aplicar a legislação nacional aos povos interessados deverão ser levados na devida consideração seus costumes ou seu direito consuetudinário" e o seu artigo 12 estabelece que os povos indígenas "deverão ter proteção contra a violação de seus direitos, e poder iniciar procedimentos legais, seja pessoalmente, seja mediante os seus organismos representativos, para assegurar o respeito efetivo desses direitos". Também no sistema regional, a Corte Interamericana de Direitos Humanos reforça o dever de respeitar as cosmovisões dos povos indígenas e de lhes assegurar o acesso à justiça e garantir a consulta prévia, livre e informada, levando em consideração as suas especificidades culturais e a relação diferenciada que possuem com o território e o meio ambiente (BRASIL, 2020, p. 187).

Assim, a ADPF 709 é uma oportunidade histórica para que as instituições do Estado Democrático assegurem justiça aos povos originários que recorrem à mais alta Corte de Justiça brasileira, provocando-a para atuar em uma das suas funções mais nobres: a garantia dos direitos fundamentais na defesa de grupos vulneráveis caracterizados pelas especificidades étnicas e culturais, e, portanto, também na defesa e proteção do pluralismo constitutivo da sociedade brasileira na sua diversidade.

A propósito, o voto do Ministro Edson Fachin, no referendo da Medida Cautelar na ADPF n. 709, enfatiza o risco de genocídio de etnias indígenas inteiras e a relevância da garantia de representação judicial dos indígenas:

> Ora, se numa ação que pretende evitar, no extremo das graves alegações ali contidas, verdadeiro genocídio de etnias indígenas inteiras, não se mostra razoável glosar sua capacidade para figurar como parte legítima para ingressar com o presente feito, especialmente em se considerando que a Carta de 1988 representa, em verdade, a superação do paradigma tutelar relativo aos indígenas, alçando-os à cidadania plena. Assim, a garantia da representação judicial das mais diversas etnias indígenas por meio de uma entidade de âmbito nacional, constituída pelos próprios índios, com atribuições de defesa de seus direitos, concretiza essa transição paradigmática e deve, pois, ser plenamente acolhida por esta Corte. (BRASIL, 2020)

Os problemas relatados na ação se relacionam com a dificuldade operacional da Fundação Nacional do Índio (FUNAI) e a ausência de políticas públicas e articulações para efetivamente garantir os direitos dos povos originários, especialmente a sua saúde e o direito

de existir (DEBASTIANI; PILAU SOBRINHO; CALGARO, 2022). Esses problemas evidenciam a necessidade de maior proteção desses grupos, em especial no contexto de uma pandemia, diante do risco real de genocídio ou de etnocídio.

Como se lê no voto do Ministro Luiz Fux na ADPF 709 (BRASIL, 2020), considerando as declarações alarmantes, como da líder indígena brasileira Sônia Guajajara, referir o genocídio[6] "não é realmente um exagero", "falar em genocídio em curso significa que o povo indígena está morrendo e que o Estado brasileiro não pode continuar a fazer de conta que não está verificando essa tragédia".

No voto o Ministro Fux também alude expressamente o "etnocídio" e, fazendo referência à indígena Ângela Kaxuyana, membro do povo Kahyana, tece interessante reflexão sobre o que comporta para o patrimônio cultural dos povos originários a morte de líderes indígenas idosos na pandemia:

> Há um detalhe também, Senhor Presidente, que está em consonância com os valores culturais protegidos pela Constituição e que apresentam um efeito reflexo com a morte desses indígenas, principalmente os idosos. E é fácil perceber que o alto número de mortes de indígenas idosos pela covid-19 tem colocado em risco líderes em terras excepcionais que só continuaram a ser preservadas em razão desses membros mais antigos da comunidade. Isso é algo que não tínhamos noção, mas é traduzido pela *expertise* dos líderes indígenas.
> Então a indígena Ângela Kaxuyana, membro do povo Kahyana e coordenadora do COIAB - Coordenação das Organizações Indígenas da Amazônia Brasileira, destacou, com muita propriedade, que as comunidades originais, ao perderem uma pessoa mais velha, forçosamente perdem a memória da própria existência do povo indígena. E ela fez uma comparação muito interessante, dizendo: A morte desses idosos indígenas é, *mutatis mutandis*, o mesmo que o Museu Nacional pegar fogo, destruindo toda a memória de uma civilização. Por isso, apelou, naquela oportunidade, quando declarou que esse etnocídio, essa preocupação com a morte dos idosos tem sido o verdadeiro desespero para os mais jovens, exatamente porque, de um dia para o outro, uma parte significativa do conhecimento indígena se vai juntamente com as vidas desses líderes idosos. (BRASIL, 2020).

Na ação foram formulados pedidos específicos em relação aos povos indígenas na sua generalidade, e em particular aos povos em isolamento ou de contato recente. Apontando vários atos omissivos e comissivos violadores de seus direitos, os pedidos, em síntese, referem-se à:

[6] Genocídio é um crime cometido com o intuito de destruir, o todo ou uma parte de um grupo nacional, ético, racial ou religioso, nos termos artigo II da "Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio", aprovada na Assembleia Geral das Nações Unidas em 9 de dezembro 1948, e promulgada no Brasil através do Decreto 30.822, de 6 de maio de 1952. O Estatuto de Roma, que dispõe sobre o Tribunal Penal Internacional (TPI), celebrado em 17 de julho de 1998 e incorporado no Brasil pelo Decreto 4.388, de 25 de setembro de 2002, veicula semelhante conceituação em seu art. 6º. Em nível nacional, o crime foi tipificado na Lei 2.889/1956, com os mesmos contornos da Convenção. Sobre os indícios de cometimento de genocídio no Brasil, no contexto da pandemia, cita-se reportagem sobre declarações do Ministro Gilmar Mendes e a opinião de Deisy Ventura sobre o caso específico dos povos indígenas, com a possibilidade de tipificação como genocídio, o mais grave entre os crimes contra a humanidade: https://brasil.elpais.com/brasil/2020-07-22/ha-indicios-significativos-para-que-autoridades-brasileiras-entre-elas-o-presidente-sejam-investigadas-por-genocidio.html Frise-se que há denúncia junto ao Tribunal Penal Internacional.

1) criação de barreiras sanitárias, diante de diversas ações equivocadas do governo federal em matéria de saúde, como o ingresso em terras indígenas de equipes de saúde sem cumprimento de quarentena e sem a observação de medidas de prevenção ao contágio; 2) instalação de "sala de situação", 3) retirada de invasores das terras indígenas, diante da não contenção de invasões às terras indígenas ou a não remoção de seus invasores, forçando contato com as tribos, 4) decisão política da Fundação Nacional do Índio (Funai) e da Secretaria Especial de Saúde Indígena (Sesai) de só prestar assistência especializada de saúde a povos residentes em terras indígenas homologadas, remetendo-se os indígenas não aldeados (urbano), ou que habitem áreas que ainda não foram definitivamente demarcadas, ao SUS geral (sem expertise para trato de indígenas), deixando as demais tribos residentes em terras indígenas não homologadas, sem atendimento, requerendo assim o acesso de todos os indígenas ao Subsistema Indígena de Saúde e 5) diante da não elaboração de um plano pormenorizado e concreto, que contenha uma estratégia de proteção das comunidades indígenas e um cronograma de implementação, com a participação das comunidades indígenas, requereu-se a elaboração de um plano para enfrentamento e monitoramento da COVID-19.

As situações históricas que demonstram e reiteram a fragilidade da proteção dos povos indígenas foram aviltadas com a pandemia, pois tendo os índios uma imunidade natural menor, a situação torna ainda mais evidente a vulnerabilidade dos povos indígenas com relação à saúde destes povos e dos indivíduos que os compõem.

Importante ressaltar que um problema anterior à pandemia foi ulteriormente acrescido neste período: as invasões de terras indígenas por grupos que praticam diversas irregularidades, grileiros, latifundiários e garimpeiros, em sua maioria. Estas práticas ilícitas são facilitadas pelas omissões do governo em descumprimento do dever de fiscalização e enfrentamento destes ilícitos – que colocam em risco não apenas a vida, a saúde e a segurança dos povos indígenas, como também o patrimônio ambiental e cultural constitucionalmente protegido. É cediço que a política no vértice do governo federal atual incorpora o culto neoliberal com objetivo de diminuir os órgãos estatais em suas funções e políticas públicas, no intuito de instituir um Estado particularmente minimalista no que toca as políticas constitucionais que deveriam assegurar os direitos de grupos com proteção constitucional especial, como é o caso dos povos indígenas.

Globalmente o advento da pandemia de COVID-19 colocou em evidência um ator político que no período recente encontrava-se em relativa perda de protagonismo: o Estado. Um ator político, este, fundamental neste cenário, especialmente diante da necessidade de articulação de respostas jurídicas e políticas efetivas à pandemia, tanto no plano interno quanto

internacional, no âmbito dos sistemas internacional e regionais de proteção dos direitos humanos e da cooperação internacional (MELO, BURCKHART, 2020, p. 8). Um ator político que, durante a pandemia, no Brasil se demonstrou omissivo, deficiente, ou mesmo irresponsável, na consecução das políticas públicas necessárias para a saúde da população, especialmente no que toca os grupos vulneráveis.

A ADPF 709 segue no sentido de reforçar o dever constitucional do Estado de agir para garantir a saúde e a vida como direito de todos, atentando para as especificidades dos sujeitos e coletividades, de acordo também com as diretrizes da Organização das Nações Unidas (ONU), da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e do Sistema interamericano (OEA), que ressaltam o dever dos Estados de assegurar efetivamente aos povos indígenas uma especial proteção e a participação na tomada de decisões que podem afetar os seus interesses e direitos.

5. UMA DECISÃO ESTRUTURANTE NA TUTELA JURISDICIONAL DE DIREITOS PRESTACIONAIS EM UM DIÁLOGO INSTITUCIONAL E INTERCULTURAL

A decisão cautelar referendada pelo Pleno do STF na ADPF n. 709 representou mais um passo importante para a consolidação da "técnica decisória estruturante", em especial ao determinar a consecução da "sala de situação" (criada antes da pandemia pela Portaria Conjunta nº 4.094/2018, do Ministério da Saúde e da FUNAI e não colocada em prática pelo governo federal) e a adoção de uma política de combate e contenção da pandemia a ser formulada diretamente pelo Conselho Nacional de Direitos Humanos, em conjunto com representantes das comunidades indígenas, chegando inclusive a definir prazos e parâmetros para a formulação da política pública e participação dos atores envolvidos (SARLET, 2021).

As decisões estruturantes na tutela jurisdicional de direitos prestacionais são aquelas por meio das quais se busca a reestruturação de determinada organização social ou política pública, com o objetivo de concretizar direitos ou interesses socialmente relevantes. Esta técnica que se inspira nos provimentos de natureza estruturante na jurisdição constitucional norte-americana, incorpora ressignificação pelo constitucionalismo social (FACHIN, 2018, p. 212) e começa a ser implementada no Estado brasileiro no exercício da jurisdição constitucional para induzir as políticas constitucionais voltadas à garantia dos direitos sociais. Reforça-se, portanto, a dimensão subjetiva e objetiva dos direitos sociais fundamentais.

Nessa direção, a decisão em comento deferiu parcialmente a liminar pleiteada, determinando ao governo federal a adoção das seguintes medidas concretas: 1) Determinação de criação de barreiras sanitárias, conforme plano a ser apresentado pela União, ouvidos os

membros da Sala de Situação, no prazo de 10 dias, contados da ciência desta decisão; 2) Determinação de instalação da "Sala de Situação", como previsto em norma vigente, para gestão de ações de combate à pandemia voltadas aos povos indígenas em isolamento e de contato recente, com participação de representantes das comunidades indígenas, da Procuradoria Geral da República e da Defensoria Pública da União, observados os prazos e especificações detalhados na decisão; 3) Quanto aos povos indígenas em geral: a) Determinação de que os serviços do Subsistema Indígena de Saúde sejam acessíveis a todos os indígenas aldeados, independentemente de suas reservas estarem ou não homologadas. b) Quanto aos não aldeados (urbanos), por ora, a utilização do Subsistema de Saúde Indígena se dará somente na falta de disponibilidade do SUS geral; 4) Determinação de elaboração e monitoramento de um Plano de Enfrentamento da COVID-19 para os Povos Indígenas Brasileiros, de comum acordo, pela União e pelo Conselho Nacional de Direitos Humanos, com a participação das comunidades indígenas, observados os prazos e condições especificados na decisão.

Segundo o Relator da ADPF 709, a decisão foi tomada com base no princípio da prevenção ou da precaução, pois nas matérias que envolvam o direito à vida e à saúde, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem utilizado esses princípios, no sentido de que se adotem todas as medidas protetivas cabíveis, desde que razoáveis e proporcionais. A preocupação foi a proteção da vida e da saúde dos povos indígenas, inclusive pelo risco de extinção de etnias, caso a doença se espalhe de forma descontrolada. Para o Ministro relator, deve-se "salvar o maior número possível de vidas e preservar etnias" (BRASIL 2020).

A decisão destacou a relevância do diálogo institucional entre os Poderes Judiciário e Executivo, pois a concretização das políticas públicas necessárias depende diretamente da atuação da União Federal, também por intermédio do Ministério da Saúde e, inclusive, das Forças Armadas. Segundo o Ministro Barroso, não haveria como o Poder Judiciário elaborar esses planos e dar-lhes execução sem a comparticipação do Executivo, e, por essa razão, o diálogo institucional entre os Poderes é imperativo. Um diálogo necessário para a garantia dos direitos, especialmente o direito à saúde como direito de todos e dever do Estado; e, também, imprescindível para a salvaguarda da força normativa da Constituição (HESSE, 1991), para a qualidade e durabilidade da vida constitucional.

A decisão ressaltou também o necessário diálogo intercultural, diante das peculiares socioculturais indígenas, pois além de imprescindível para a solução adequada dos problemas, este diálogo também é uma prerrogativa dos povos indígenas, de acordo com a normatividade constitucional e internacional. O direito de participação das comunidades indígenas na formulação e execução das ações de saúde que lhes são destinadas, além de decorrer de um

princípio de justiça e legitimidade no Estado Democrático – porque estas políticas surtem efeitos diretos no seu direito à vida, à terra e à cultura – também decorre de tratados internacionais que determinam que sejam ouvidos e considerados em todas as questões que lhes digam respeito, direito assegurado pela Constituição de 1988 e pela Convenção 169 da OIT.

As comunidades indígenas têm o direito de expressar suas necessidades e demandas, e auxiliar o Estado na busca das soluções cabíveis e possíveis que tenham em consideração suas tradições culturais e as especificidades dos seus modos de vida. Nesse processo, a saúde pode representar o bem-estar em uma vida digna e plena; e o diálogo com o envolvimento ativo dos povos indígenas, na tomada de decisões que lhes afetam, consubstancia-se em exercício de cidadania, compreendida como inclusão social, participação ativa e identidade cultural (MELO, 2010).

Contudo, destaca-se aspectos negativos da decisão, com a oportunidade perdida através do indeferimento do pedido de retirada de invasores de sete terras indígenas localizadas na Amazônia. Estas invasões, "geralmente perpetradas por garimpeiros e madeireiros, e muitas vezes facilitadas pela ineficiência ou conivência das autoridades competentes", além de comportar devastação ambiental e fomentar conflitos violentos com os indígenas, acabaram por representar "o principal vetor de disseminação do coronavírus nas áreas invadidas, colocando em risco a sobrevivência de diversos povos originários" (SARMENTO, 2020).

Após a decisão proferida na ADPF 709, no mês de outubro de 2021, o STF homologou parcialmente o Plano de Barreiras Sanitárias apresentado e solicitou a manutenção das reuniões da "sala de situação" para proteção dos povos isolados e de recente contato. Por sua vez, após duas reformulações, o chamado Plano de Enfrentamento e Monitoramento da Covid-19 para Povos Indígenas pela União não foi aprovado. Diante disso, o STF determinou nova elaboração, agora coordenada pelo Ministério da Justiça, com previsão de entrega no fim de novembro de 2021.

Apesar disso, foram observados alguns progressos, tais como a reativação do Fórum de Presidentes de Conselhos Distritais; a elaboração de protocolos sanitários para entrada de profissionais da saúde em territórios indígenas; atualizações de informes técnicos da Secretaria Especial de Saúde Indígena (SESAI); disponibilização parcial de dados sobre a Covid-19 a partir do Sistema de Informação da Atenção à Saúde Indígena (SIASI), o reconhecimento pela SESAI de que seu monitoramento de óbitos pela Covid-19 cobre apenas uma parcela dos casos efetivamente observados na população indígena no país; e a inclusão dos indígenas como grupo prioritário no Plano Nacional de Imunização da Covid-19 (PONTES, 2021, p. 127).

Somente em 11 de janeiro de 2022, "quase 2 anos após o início da pandemia, o Executivo cria um comitê de enfrentamento à Covid destinado a povos indígenas. O Decreto foi editado 22 meses após a Organização Mundial de Saúde (OMS) declarar a pandemia do coronavírus (março de 2020). No dia 18 de janeiro de 2022, foi relatado por meio de petição da APIB na ADPF 709, que o órgão indigenista oficial do Estado brasileiro, a FUNAI, que tem por missão precípua a defesa dos direitos e interesses dos povos indígenas, está adotando postura de defesa mínima e ainda excluiu as Terras Indígenas não homologadas das atividades de proteção. Cerca de 239 territórios tradicionais foram afetados diretamente com a medida e 114 povos em isolamento voluntário e de recente contato.

Segundo os dados atualizados do Ministério da Saúde, através do Boletim Epidemiológico da SESAIS[7], de outubro de 2022, até o momento foram 69.588 casos confirmados e 928 óbitos de indígenas das mais diversas etnias em todo o Brasil, sem contar as subnotificações que aumentariam os dados de morte de indígenas exponencialmente. Importante ressaltar que dentre os casos confirmados, estes decorreram do contanto com pessoas de fora das etnias indígenas, inclusive dentro de seus territórios protegidos, por meio de invasões, como demonstram também os dados alarmantes de aumento de desmatamento ilegal em terras indígenas durante o ano de 2020 e 2021.

Nesse contexto, a ADPF 709 é uma ação significativa por várias razões. Godoy, Santana e Oliveira (2021), em oportuna síntese, destacam quatro: por quem a propôs; pelo que ela pede; pelas decisões iniciais, tanto do ministro relator Luís Roberto Barroso quanto do Plenário do STF; pelo que tem se tornado. Em efeito, como bem destacam estes autores, na ADPF 709 as decisões iniciais do relator e do STF foram relevantes e promissoras, pois "reconheceram a legitimidade ativa, deram visibilidade e voz às demandas urgentes e emergentes dos indígenas durante a pandemia" (p. 2198 - 2199).

> A decisão monocrática do ministro Barroso, determinando uma série de medidas ao governo federal e aos diversos órgãos que deveriam estar envolvidos e dedicados à proteção dos direitos indígenas (plano de contingência, instalação da sala de situação etc.), foi necessária e bem-vinda. O endosso maciço do Plenário do STF também. Não à toa o ministro Barroso elencou esta decisão como uma das 15 decisões históricas do Tribunal. (*Idem Ibidem*)

Nessa perspectiva, especialmente digna de nota é a observação dos autores, supracitados, sobre o que a ADPF 709 "tem se tornado", na realidade do "espaço e tempo jurídicos de uma burocracia que não anda, de um diálogo que não escuta, de uma decisão que, cumprida a conta gotas e sempre com respostas insuficientes às determinações, ao fim e ao cabo

[7] Disponível em: http://www.saudeindigena.net.br/coronavirus/mapaEp.php

não se cumpre"; "o espaço e o tempo para que o governo federal diga que está fazendo algo, que está se esforçando por cumprir as determinações" (GODOY; SANTANA; OLIVEIRA 2021, p. 2199).

> E nessas idas e vindas, entre ofícios, apresentações de inúmeras versões de uma política pública de atenção e cuidado que não sai do papel, os indígenas morrem. As terras indígenas são invadidas. A floresta é derrubada e contaminada. A Sala de Situação, um espaço e tempo que deveria servir para o diálogo interinstitucional e intercultural, tornou-se palco de ofensas por parte do Governo e, inclusive, perseguições e assédios a quem ali, atuando nas instituições governamentais, busca apresentar algo de concreto para proteção dos direitos dos indígenas. (*Idem ibidem*)

Observa-se, portanto, que, não obstante os esforços da jurisdição constitucional na decisão emblemática emanada na cautelar da APDF 709, a falta de "vontade de constituição" por parte do vértice do executivo nacional, mantém obstinadamente distante a máxima efetividade do direito fundamental à saúde.

A propósito do princípio da máxima efetividade, sabe-se que a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. Embora se trate de um princípio aplicável a toda norma constitucional, tem especial relevância quando o tema é a saúde, pois a proteção da saúde envolve a efetivação em uma perspectiva sistêmica (SCHWARTZ, 2001) em ações e políticas constitucionais que compreendam a complexidade da proteção normativa (com normas advindas do plano constitucional, infraconstitucional e internacional) aliada à cooperação tripartite nos níveis nacional, estaduais e municipais, e, ainda, a interação entre o setor público e privado, para a sua proteção.

6. CONCLUSÃO

No quadro da globalização, a pandemia de COVID-19 impôs a reflexão sobre as necessárias sinergias transnacionais para a proteção do direito à saúde, um direito humano salvaguardado pelo sistema internacional de proteção dos direitos humanos, tanto no plano global pelos documentos emanados pela ONU e OMS, quanto no plano regional da Organização dos Estados Americanos. Protegido também como direito fundamental em grande parte das Constituições democráticas, como é o caso da Constituição brasileira. No plano normativo, portanto, o direito à saúde é um direito fundamental no âmbito do constitucionalismo em níveis múltiplos, no diálogo entre os planos constitucionais dos Estados e o plano internacional, contudo, a cooperação e planificação estratégica dos Estados para a efetiva proteção deste direito tem se demonstrado deficitária. No contexto brasileiro, a falta de coordenação federal e a ineficiência das autoridades competentes comportaram violações que atendem, ainda, a

devida responsabilização dos atores e sujeitos. Estas violações afetam com especial dramaticidade os povos indígenas.

Nesse sentido, especificamente no que toca a saúde e os direitos dos povos indígenas, a decisão proferida na cautelar pelo Relator Ministro Luís Roberto Barroso e referendada pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal na ADPF 709 se apresenta como uma decisão emblemática em dois sentidos.

Por um lado, pelo protagonismo dos povos indígenas e o reconhecimento, por unanimidade do Plenário do Supremo Tribunal Federal, da legitimidade ativa da Articulação dos Povos Indígenas do Brasil para propor ações na jurisdição constitucional concentrada, revertendo, assim, a orientação jurisprudencial antes vigente, que considerava qualificadas como entidades de classe de âmbito nacional apenas as organizações que representassem segmentos econômicos ou profissionais específicos, em uma leitura restritiva do art. 103, IX, da Constituição. Essa mudança de jurisprudência que se abre para a participação dos grupos vulneráveis é emblemática e deve ser celebrada.

Por outro lado, a decisão é emblemática por representar um passo importante para a consolidação da "técnica decisória estruturante" na tutela jurisdicional dos direitos sociais prestacionais, e, portanto, também para a proteção do direito fundamental à saúde, estabelecendo medidas importantes em defesa dos povos indígenas e por enfatizar a necessidade e relevância do diálogo institucional e intercultural.

Conclui-se, portanto, que a hipótese foi confirmada, a decisão analisada é uma decisão emblemática que contribui para a compreensão sistemática e reflexiva do direito à saúde como direito de todos e dever do Estado, no respeito das especificidades que devem ser comtempladas nas especificidades dos sujeitos e comunidades e, no objeto específico deste estudo, na atenção com a saúde indígena.

Mesmo que a decisão tenha ganhado corpo no contexto da pandemia de COVID-19, contribui para a compreensão da complexidade e abrangência da proteção do direito fundamental à saúde e a necessária ação coordenada do Estado democrático, nos diferentes níveis de governo, em sinergia com a sociedade civil, tendo em consideração as particularidades socioculturais dos sujeitos e coletividades. Partindo desta compreensão, as políticas constitucionais, especificamente voltadas à saúde dos povos indígenas, podem funcionar como instrumentos para o desempenho legítimo, eficaz e oportuno na defesa do direito à saúde e, ao mesmo tempo, como instrumentos de promoção da dignidade humana e da cidadania, entendida como inclusão social, participação política e identidade cultural.

REFERÊNCIAS

ARTICULAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS DO BRASIL (APIB). **Apib aciona STF e MPF contra FUNAI e Governo Federal por abandono a proteção territorial**. 18/01/2022. Site Apib Oficial. Org**.** Disponível em: https://apiboficial.org/2022/01/18/apib-aciona-stf-e-mpf-contra-funai-e-governo-federal-por-abandono-a-protecao-territorial/ Acesso em 25/01/2022.

BARROSO, Luís Roberto. **Sem data venia: um olhar sobre o Brasil e o mundo**. Rio de Janeiro: História Real, 2020.

BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos de. "Como salvar a Amazônia". **Jota**, Curitiba, 30 de mar. 2021, on-line. Disponível em: https://www.jota.info/especiais/como-salvar-a-amazonia-30032021 Acesso em: 20 de outubro de 2022.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 1998.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 17 de dezembro de 2021.

BRASIL. **Decreto n. 30.822**, de 06 de maio de 1952. Promulga a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos/decretos/1952/D30822.html Acesso em: 18 de outubro de 2022.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Política Nacional de Atenção à Saúde dos Povos Indígenas**. 2. ed. Brasília, 2002. Disponível em: Política Nacional de Atenção à Saúde dos Povos Indígenas (saude.gov.br). Acesso em: 25 de janeiro de 2022.

BRASIL. **Portaria Conjunta nº 4.094**, de 20 de dezembro de 2018, do Ministério da Saúde e da Funai. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2018/poc4094_28_12_2018.html Acesso em: 13 de setembro de 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.080**, de 19 de setembro de 1990. Lei Orgânica da Saúde. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm Acesso em: 13 de setembro de 2022.

BRASIL. **Decreto n. 3.156**, de 27 de agosto de 1999. Decreto sobre as condições para a prestação de assistência à saúde dos povos indígenas, no âmbito do Sistema Único de Saúde, pelo Ministério da Saúde. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3156.htm Acesso em: 13 de setembro de 2022.

BRASIL. **Lei n. 9.836**, de 23 de setembro de 1999. Lei de instituição do Subsistema de Atenção à Saúde Indígena. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9836.htm Acesso em: 13 de setembro de 2022.

BRASIL - SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 709.** Relator: Luis Roberto Barroso, 2020. Disponível em:

http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5952986 Acesso em: 10 de dezembro de 2021.

BRUM, Eliane. "Há indícios significativos para que autoridades brasileiras, entre elas o presidente, sejam investigadas por genocídio". **El Pais**, Brasil, 22 de julho de 2020. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2020-07-22/ha-indicios-significativos-para-que-autoridades-brasileiras-entre-elas-o-presidente-sejam-investigadas-por-genocidio.html Acesso em: 19 de outubro de 2022.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Et al*. **Direitos humanos e políticas públicas**. São Paulo. Editora Pólis. 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio. **Comentários à Constituição do Brasil.** São Paulo. Editora Saraiva. 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Et al*. **Direitos fundamentais sociais**. São Paulo. Editora Saraiva. 2010.

CIDH, Comissão Interamericana de Direitos Humanos. "**Pandemia e Direitos Humanos nas Américas".** Resolução n° 01/2020. Site da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, 2020. Disponível em: https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf Acesso em: 18 de dezembro de 2021.

ELOY, Luiz Henrique. (2020). **ADPF 709 no Supremo: Povos Indígenas e o direito de existir!** Site apiboficial.org**,** 1 ago. 2020.

FACHIN, Melina Girardi; SCHINEMANN, Caio Cesar Bueno. Decisões Estruturantes Na Jurisdição Constitucional Brasileira: Critérios Processuais da Tutela Jurisdicional de Direitos Prestacionais. **Revista Estudos Institucionais**, Vol. 4, 1, 2018. Disponível em: https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/247. Acesso em: 18 de dezembro de 2021.

GODOY, Miguel Gualano de; SANTANA, Carolina Ribeiro; OLIVEIRA, Lucas Cravo de. STF, povos indígenas e Sala de Situação: diálogo ilusório. **Revista Direito e Práxis**, v. 12, p. 2174-2205, 2021. Disponível em: https://www.scielo.br/j/rdp/a/VXrsPwRRbwVgWV8WhxfhV5N/abstract/?lang=pt Acesso em 19 de outubro de 2022.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

JULIANO, Tainá Costa**. A proteção dos direitos humanos dos povos indígenas: a situação dos índios no contexto da covid-19 e uma breve análise jurídica da ADPF 709**. Trabalho de Conclusão de Curso, Bacharelado em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2021. Disponível em: https://app.uff.br/riuff/handle/1/24212 Acesso em: 21 de janeiro de 2022.

MATTA, Gustavo Correa; REGO, Sergio; SOUTO, Ester Paiva; SEGATA, Jean (org). **Os impactos sociais da Covid-19 no Brasil: populações vulnerabilizadas e respostas à pandemia [online].** Rio de Janeiro: Observatório Covid 19; Editora FIOCRUZ, 2021.

DEBASTIANI, Joana Silvana Mattia; PILAU SOBRINHO, Liton Lanes; CALGARO, Cleide. Covid-19 e políticas anti-indigenistas no Brasil: o caso da ADPF 709/DF para o reconhecimento do direito de existir. **Nuevo Derecho**, v. 16, n. 27, 2020. Disponível em: https://doi.org/10.25057/2500672X.1365 Acesso em: 25 de janeiro de 2022.

MARTINI, Sandra Regina; STURZA, Janaína Machado; GIMENEZ, Charlise Paula Colet**. O direito à saúde frente à pandemia COVID-19: da crise sanitária à crise humanitária no Mercosul**. Porto Alegre: Evangraf, 2020.

MELO, Milena Petters; BURCKHART, Thiago**.** The rights of Indigenous peoples in Brazilian Amazon during Covid-19 pandemic: national and internacional legal measures. **Revista Jurídica UNICURITIBA**, v. 2, n. 64, Curitiba, 2021, pp. 235-260. Disponível em: http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/5156Acesso em 25 de janeiro de 2022.

MELO, Milena Petters; BURCKHART, Thiago. Direitos de Povos Indígenas no Brasil: O "Núcleo Essencial de Direitos" Entre Diversidade e Integracionismo**. Revista Eletrônica Do Curso De Direito Da UFSM,** v. 15, n. 2., 2020. Disponível em: https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/39249/pdf_1. Acesso em 15 de dezembro de 2021.

MELO, Milena Petters. Cidadania e Direito Humanos. In. LUNARDI, Giovani; SECCO, Marcio. **A Fundamentação Filosófica dos Direitos Humanos.** Florianópolis: Editora da UFSC, 2010.

MELO, Milena Petters Melo; CARDUCCI, Michele (ccord.). Apresentação. In **Políticas Constitucionais Desafios Contemporâneos**. Volume 1. Proteção dos Bens Comuns e Sustentabilidade Socioambiental. Florianópolis: Imaginar o Brasil Editora, 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Constituição da Organização Mundial da Saúde**. 1946. Disponível em: http://www.nepp-dh.ufrj.br/oms2.html Acesso em: 18 de maio de 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio.** 1948. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/genocidio/conv48.htm Acesso em: 18 de outubro de 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal de Direitos Humanos**, 1948. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos Acesso em: 18 de maio de 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas. 2008**. Disponível em: https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_pt.pdf Acesso em: 16 de fevereiro de 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Convenção nº. 169**. 1991. Disponível em:https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@normes/documents/publication/wcms_100907.pdf Acesso em: 10 de maio de 2022.

PONTES, Ana Lucia de Moura; CARDOSO, André Moreira; BASTOS, Leonardo; SANTOS, Ricardo Ventura. **Pandemia de Covid-19 e os Povos Indígenas no Brasil cenários sociopolíticos e epidemiológicos**. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.** Porto Alegre. Editora Livraria do Advogado. 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **O STF e os direitos fundamentais na crise da Covid-19 — uma retrospectiva**. Revista Consultor Jurídico, 5 de fevereiro de 2021. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2021-fev-05/direitos-fundamentais-stf-direitos-fundamentais-covid-19 Acesso em: 20 de janeiro de 2022.

SARMENTO, Daniel. A jurisdição constitucional e o empoderamento dos excluídos: a mudança jurisprudencial na ADPF 709 e os novos desafios. 15 de agosto de 2020. **JOTA.** Clínica UERJ Direitos. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-jurisdicao-constitucional-e-o-empoderamento-dos-excluidos-15082020. Acesso em: 27 de setembro de 2022.

SCHWARTZ, Germano. **Direito à saúde: Efetivação em uma Perspectiva Sistêmica.** Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora. 2001.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. A Saúde como Cultura, a Cultura como Direito. In **Revista de Direito Sanitário**. São Paulo, v. 9, n. 3, nov. 2008/fev. 2009, p. 109-114.

VENTURA, Deisy; AITH, Fernando. COVID-19: combate à pandemia deve respeitar direitos humanos, **Jornal da USP**, 13 abril 2020. Disponível em: https://jornal.usp.br/artigos/COVID-19-combate-a-pandemia-deverespeitar-direitos-humanos/ Acesso em: 03 dez 2021.

VENTURA, Deisy de Freitas Lima; BUENO, Flávia Thedim Costa. De líder a paria da saúde global: Brasil como laboratório do "neoliberalismo epidemiológico" diante da Covid-19. **Fórum internacional**, v. 61, n. 2, pág. 427-467, 2021.

VENTURA, Deisy de Freitas Lima et al. Desafios da pandemia de COVID-19: por uma agenda brasileira de pesquisa em saúde global e sustentabilidade. **Cadernos de Saúde Pública**, São Paulo, n. 36, 2020.

VENTURA, Deisy de Freitas Lima; PERRONE-MOISÉS, Cláudia; MARTIN-CHENUT, Kathia. Pandemia e crimes contra a humanidade: o "caráter desumano" da gestão da catástrofe sanitária no Brasil. **Revista Direito e Práxis**, v. 12, p. 2206-2257, 2021.

VENTURA, Deisy de Freitas Lima; REIS, Rosana. A linha do tempo da estratégia federal de disseminação da covid-19. In **Direitos na pandemia: mapeamento e análise das normas jurídicas de resposta à Covid-19 no Brasil**, n. 10, São Paulo, 2021, p. 6-31. Disponível em: https://static.poder360.com.br/2021/01/boletim-direitos-na-pandemia.pdf. Acesso em: 16 out. 2022.