



Nuevo Derecho

ISSN: 2011-4540

nuevo.derecho@iue.edu.co

Institución Universitaria de Envigado

Colombia

Mattia Debastiani, Joana Silvia; 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, vol. 16, núm. 27, julio-diciembre, 2020, pp. 1-21

Institución Universitaria de Envigado

Disponível em: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=669770739005>

- Como citar este artigo
- Número completo
- Mais artigos
- Home da revista no Redalyc

redalyc.org

Sistema de Informação Científica

Rede de Revistas Científicas da América Latina, Caribe, Espanha e Portugal

Projeto acadêmico sem fins lucrativos desenvolvido no âmbito da iniciativa Acesso Aberto

Covid-19 e políticas anti-indigenistas no Brasil: o caso da adpf 709/df para o reconhecimento do direito de existir

Covid-19 y políticas anti-indigenistas en el Brasil: el caso adpf 709/df para el reconocimiento del derecho a existir

Joana Silvia Mattia Debastiani¹

Liton Lanes Pilau Sobrinho²

Cleide Calgaro³

Recibido: 18/06/2020 – Aprobado: 01/09/2020 – Publicado: 30/11/2020

Resumo:

O presente trabalho apresenta as políticas anti-indigenista no Brasil, deste modo, se analisa o caso da ADPF 709/DF para o reconhecimento do direito de existir. O método utilizado é o analítico tendo como base o estudo e a análise da ADPF 709/DF. Também se estuda o direito da saúde e o SUS nas questões indígenas dentro do período de pandemia da Covid-19. Conclui-se que as políticas brasileiras devem buscar o reconhecimento do direito de existir, trazendo o dignidade e autonomia a essas populações. A

¹ Doutoranda no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Caxias do Sul - UCS. Bolsista CNPq. Integrante do grupo de pesquisas “Metamorfose jurídica”. Mestra em Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo - UPF em dupla titulação com o programa de *Tecnologías y políticas públicas sobre la gestión ambiental* na Universidade de Alicante, Espanha. Bolsista Prosup- CAPES. Integrante do grupo de pesquisas Dimensões do Poder, Gênero e Diversidade. Colaboradora voluntária no Programa de Extensão universitária PROJUR Mulher e Diversidade - UPF. Pós-graduada em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade Anhanguera. Graduada em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, URI Campus de Erechim Professora na Faculdade de Ciências Jurídicas de Erechim - Anhanguera. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-8457-3716>. E-mail: joanamattia@gmail.com

² Pós-doutor em Direito pela Universidade de Sevilha - US. -Espanha. Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS (2008), Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC (2000). Possui graduação em Direito pela Universidade de Cruz Alta (1997). Professor dos cursos de Mestrado e Doutorado no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí. Professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu Mestrado em Direito da Universidade de Passo Fundo. Coordenador do PPGDireito da Universidade de Passo Fundo. Pós-doutor em Direito pela Universidade de Sevilha - US. -Espanha. Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS (2008), Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC (2000). Possui graduação em Direito pela Universidade de Cruz Alta (1997). Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-5696-4747>. E-mail: litonlanes@gmail.com

³ Pós-Doutora em Filosofia e em Direito ambos pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. Doutora em Ciências Sociais na Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Doutora em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS, na condição de taxista CAPES. Doutoranda em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Atualmente é Professora da Graduação e Pós-Graduação - Mestrado e Doutorado - em Direito na Universidade de Caxias do Sul. É Líder do Grupo de Pesquisa “Metamorfose Jurídica” da Universidade de Caxias do Sul-UCS e Vice-Líder do Grupo de Pesquisa “Filosofia do Direito e Pensamento Político” da Universidade Federal da Paraíba-UFPB. Atua como pesquisadora no Grupo de pesquisa “Regulação ambiental da atividade econômica sustentável (REGA)” da Escola Superior Dom Helder Câmara. É membro do Comitê Assessor de Ciências Humanas e Sociais da FAPERGS: Membro Titular (2019-2021). Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-1840-9598>. CV: <http://lattes.cnpq.br/8547639191475261>. E-mail: ccalgaro1@hotmail.com

ADPF é a busca jurídico-legal para evitar o genocídio e o etnocídio do povo indígena no Brasil por conta da contaminação desenfreada da covid-19.

Palavras-chaves: Covid-19; Políticas Anti-Indigenistas; ADPF 709/DF; Reconhecimento do Direito de Existir; Brasil;

Resumen:

El presente trabajo presenta las políticas anti-indígenas en Brasil, de esta manera se analiza el caso de ADPF 709 / DF para el reconocimiento del derecho a existir. El método analítico utilizado se basa en el estudio y análisis de ADPF 709 / DF. Lo derecho de salud y el SUS también se estudian en temas indígenas durante el período de la pandemia Covid-19. Se concluye que las políticas brasileñas deben buscar el reconocimiento del derecho a existir, otorgando dignidad y autonomía a estas poblaciones. La ADPF es la búsqueda legal-legal para prevenir el genocidio y etnocidio de pueblos indígenas en Brasil debido a la contaminación desenfrenada del covid-19.

Palabras-claves: COVID-19; Políticas anti-indígenas; ADPF 709 / DF; Reconocimiento del derecho a existir; Brasil;

1. Introdução

O presente trabalho parte da problemática de analisar o COVID-19 e políticas anti-indigenistas no Brasil, a partir do estudo do caso da ADPF 709/DF para que haja o reconhecimento do direito de existir.

Como método utilizado se tem o analítico-dedutivo, o qual permite o estudo dos direitos fundamentais e a análise da ADPF 709/DF com o intuito de verificar como se pode conceder os direitos aos indígenas.

Inicialmente se faz um estudo com notas preliminares acerca dos direitos fundamentais e sua importância na sociedade atual. Esses direitos são os catalogados na Constituição Federal de 1988, sendo a base do Estado brasileiro.

Posteriormente, num segundo momento se analisa o direito à saúde dentro dos preceitos constitucionais, onde todos tem acesso ao mesmo no Brasil. Juntamente com o direito à saúde verifica-se o sistema único de saúde - SUS e a sua atuação em tempos de pandemia do coronavírus. No que se refere ao subsistema em saúde indígena, o mesmo pode considerado um avanço, contudo acaba sendo difícil fazer um balanço em termos de indicadores de saúde dessa população, diante da falta de pesquisas ou, ainda, a inconsistência de dados, fatos que não permitem a construção de comparativos que seja preciso sobre a temática.

Por fim, estuda-se a violação de preceito constitucional e o direito de existir dos povos indígenas, onde a ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental

- ADPF 709/DF permite uma análise dos povos indígenas brasileiro postulam, judicialmente, o reconhecimento do direito de existir, pelo direito de não ser exterminado, seja por políticas anti-indigenistas, seja pela Covid-19. Essa ADPF busca evitar o genocídio e o etnocídio do povo indígena no Brasil por conta da contaminação da pandemia da Covid-19.

Conclui-se que no caso brasileiro, mais precisamente o enfrentamento da propagação e mortalidade do vírus em comunidades indígenas, deste modo, o reconhecimento do direito à saúde como um direito fundamental permite a sua indissociabilidade do direito à vida e à dignidade da pessoa humana.

2. Direitos fundamentais: notas preliminares

Não se pode negar que o século XXI é marcado pela centralidade ocupada pelos direitos fundamentais no constitucionalismo contemporâneo. Eles são uma construção integrada ao patrimônio comum da humanidade fato que garantiu sua gradual consagração no panorama do direito internacional e constitucional.

Na Antiguidade, passando pela Idade Média e Moderna, até os dias atuais, é possível encontrar registros de proteção a direitos considerados fundamentais. Apesar de, por vezes, o reconhecimento da fundamentalidade não ser algo idealizado à época pelo direito, é possível observar o estabelecimento de comportamentos humanos que decorriam da aceitação de determinadas práticas.

A definição do que sejam Direitos Fundamentais mostra-se complexa quando o *locus* investigativo de estabelece em uma perspectiva histórico-social. Bobbio (1992) aponta a existência de quatro dificuldades na busca de um fundamento absoluto para os Direitos Fundamentais. A primeira é o reconhecimento de que a expressão “direitos do homem” é vaga e acaba por assumir termos avaliativos interpretados de modo diverso de acordo com a ideologia do intérprete. Em segundo lugar, aponta para a variabilidade desses direitos diante da modificação contínua diante das alterações das condições históricas, “carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios para a realização dos mesmos, das transformações técnicas” (Bobbio, 1992, p. 12).

Segundo o autor é possível identificar, a exemplo de direitos que foram proclamados como absolutos no século XVIII, como a propriedade, sofreram limitações nas declarações contemporâneas. Outros, por sua vez sequer eram mencionados, como os direitos sociais, agora são declarados. Veja-se, o que parece ser fundamental em um determinado contexto histórico, em determinada civilização pode não ser em outras épocas ou culturas.

Outra dificuldade apontada é a heterogeneidade, ou seja, a existência de diversos direitos que, por vezes são conflitantes entre si. A última dificuldade contada por Bobbio está na existência de direitos fundamentais que denotam liberdades em antinomia com outros que consistem em poderes. Para Bobbio (1992) os primeiros exigem obrigações puramente negativas, a abstenção de determinados comportamentos, os segundos,

por sua vez são podem ser realizados pela imposição aos outros, incluindo o Estado, de um número de obrigações positivas. O reconhecimento da antinomia se dá porque, “a realização integral de uns impede a realização integral dos outros” (Bobbio, 1992, p. 15).

Apesar das dificuldades apontadas na busca de um fundamento absoluto que respalde o transcorrer histórico dos direitos fundamentais, o fundamento apresenta-se como questão inerente à sua própria defesa, serve como respaldo para garantir a sua efetividade. Por isso, a temática dos direitos fundamentais transforma-se em uma preocupação transdisciplinar, que percorre a filosofia, a sociologia, a política e o direito. (Bobbio, 1992).

A definição da terminologia adequada a ser utilizada ainda se apresenta um entrave. A partir da segunda metade do século XVIII, a expressão direito do homem passou a substituir a expressão clássica de direitos naturais. Os termos direitos fundamentais surgiram no centro do movimento político francês que culminou com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789. Ambas as expressões, direitos do homem e direitos fundamentais, revelam aspirações do constitucionalismo iluminista para constitucionalizar os direitos naturais. A partir desse marco histórico, o debate passou a se situar em relação ao emprego dos termos, embora, a princípio, pareçam sinônimos há entendimento de que direitos fundamentais são apenas os que estão positivados nas Constituições e os direitos humanos abarcariam os direitos reconhecidos nos textos internacionais e não teriam força constitucional. Os direitos fundamentais seriam, assim, aqueles reconhecidos e garantidos na Constituição de um determinado Estado. (Cano-telho, 1993; Peña Freire, 1997; Sarlet, 2019).

Bonavides (1996), avança na crítica da falta de consenso acerca de uma terminologia que garanta a abrangência e o conceito de direitos fundamentais. Apesar de amplamente utilizada no direito internacional e constitucional, a temática ainda encontra expressões indiferentes, tais como “direitos humanos”, direitos do homem”, “direitos subjetivos públicos”, “liberdades públicas”, “direitos individuais”, “direitos fundamentais” e “direitos humanos fundamentais”.

A própria Constituição da República Federativa do Brasil (Brasil, 1988) faz uso de diversas expressões direitos humanos (art. 4º, II), direitos e garantias fundamentais (título II), direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI), Direitos Fundamentais da pessoa humana (art. 17). Para Sarlet (2019, p. 44) “*se puede verificar, desde ahora, que las expresiones “derechos fundamentales” y “derechos humanos” (o similares), pese a su habitual utilización como sinónimos, se remiten, por varias posibles razones, a significados distintos*”. Por não ser objeto primeiro do artigo a discussão do alcance de cada uma das terminologias, far-se-á, no decorrer do uso da expressão Direitos Fundamentais para tratar dos direitos positivados, aqueles que nascem e se desenvolvem nas Constituições em que são reconhecidos e assegurados, é nesta perspectiva – não excluindo outras – que serão analisadas ao longo do estudo.

Com a consagração dos direitos fundamentais nas primeiras Constituições aponta a uma nova problemática: suas gerações ou dimensões. Para Sarlet (2019) essa problemática está intimamente relacionada as transformações geradas pelo reconhecimento

de novas necessidades básicas, especialmente com a evolução do Estado Liberal (Estado formal de Direito) para o Estado moderno de Direito (Estado social e democrático material de Direito). Associado ao novo modelo Estatal, as mutações advindas com os processos de industrialização e suas consequências, os impactos tecnológicos e científicos, e tantos outros fatores, implicaram direta ou indiretamente nesse contexto.

É cediço que, ao longo da história, a positivação dos direitos fundamentais ocorreu lentamente e após conflitos, debates, confrontos, travados com o objetivo de conter poderes arbitrários e/ou opressivos. Tal reconhecimento reforça o entendimento de que a afirmação dogmática dos direitos fundamentais se deu em momentos históricos diferenciados. Foram formalmente reconhecidos os direitos de liberdade, depois os de igualdade e, na sequência àqueles ligados à noção de solidariedade. (Comparato, 2013).

Os direitos de primeira dimensão referem-se às liberdades negativas clássicas, que enfatizam o princípio da liberdade, configurando os direitos civis e políticos. Como respostas ao Estado Absolutista, foram frutos de revoluções liberais, nas quais a burguesia reivindicava respeito às liberdades individuais e a limitação dos poderes absolutos do Estado. Assim, classicamente, os direitos fundamentais foram concebidos como limites à atuação de governantes em prol da liberdade e autonomia privada dos governados. (Sarmiento, 2006). Nesse contexto, há a nítida separação entre as esferas pública e privada, delineada com o advento do Estado Liberal, erigido na Europa Ocidental e nos Estados Unidos após a revolução burguesa do século XVII (inglesa) e XVIII (norte-americana e francesa). (Sarmiento, 2010).

Os direitos de segunda dimensão relacionam-se com as liberdades positivas no intuito de assegurar o princípio da igualdade material entre as pessoas. Correspondem “a la evolución del Estado de Derecho, de origen liberal-burgués, hacia el Estado democrático y social de Derecho, incorporándose a la mayor parte de las Constituciones de la segunda post-guerra.” (Sarlet, 2019, p. 241). Devem ser considerados em sentido amplo, na medida em que não se restringem aos direitos sociais, considerados em sua dimensão prestacional. São os direitos sociais, econômicos e culturais, que pressupõe uma conduta ativa e atuante do Estado junto à sociedade. A dependência de recursos orçamentários para a implementação das prestações materiais e jurídicas necessárias à redução das desigualdades no plano fático é apontada como responsável ao menor grau de efetividade desses direitos, quando comparados aos direitos de defesa.

O surgimento de direitos de terceira dimensão, ligados à fraternidade ou à solidariedade, e atribuído à constatação da necessidade de atenuar as diferenças entre nações desenvolvidas e em desenvolvimento, por meio da colaboração dos países mais ricos para os mais pobres. Para Bonavides (1996) esta dimensão compreende o direito ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à autodeterminação dos povos, a propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação. Os direitos de terceira dimensão são transindividuais que, segundo o artigo 81, parágrafo único, I e II, da Lei 8.078/1990 (Brasil, 1990), são àqueles de natureza invisível, cuja titularidade é de “pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato” (direitos difusos) ou de que “seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”.

Ainda segundo Bonavides o autor, (1996) os direitos fundamentais de quarta geração compreendem o futuro da cidadania e correspondem à institucionalização do Estado social. São imprescindíveis para a realização e legitimidade da globalização política, responsável por introduzir, no âmbito jurídico, os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo. Bobbio (1992), por sua vez, entende que os direitos fundamentais de quarta geração são àqueles relacionados com a bioética.

Para Novelino (2015), a incorporação de novas dimensões aos direitos fundamentais revela o caráter dinâmico da sua trajetória histórico-evoluída, ainda que na essência, os novos direitos guardem uma ligação mais ou menos estreita com os três valores tradicionais: liberdade, igualdade e fraternidade.

3. Direito à saúde, sistema único de saúde - sus e subsistema na pandemia do coronavírus

O direito à saúde, garantido constitucionalmente no art. 196 da Constituição da República Federativa do Brasil (Brasil, 1988), é um direito de todos e constitui um dever do Estado na sua efetivação.

Ao Estado cabe promover políticas sociais e econômicas destinadas a possibilitar o acesso universal e igualitário às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde. Para Pilau Sobrinho

A saúde é uma realidade paradoxal. Ao mesmo tempo em que a Carta Política de 1988 é cristalina ao estabelecer e generalizar o alcance da prestação sanitária a todos os indivíduos, indistintamente, bem como atribuir competência aos poderes públicos para sua promoção, manutenção e recuperação, a violação de tais direitos apresenta-se cotidianamente. (2016, p. 19)

A Constituição Federal de 1988 reconheceu a garantia irrestrita à saúde e à própria vida enquanto direito fundamental do indivíduo, cabendo ao Estado o respeito incondicional a tais bens, inclusive, devendo preocupar-se, nos termos dos arts. 166 e 198, II (BRASIL, 1988), com a prevenção de doenças, diante da redução dos riscos.

Por ser indissociável do direito à vida e da dignidade da pessoa humana, o direito à saúde possui um caráter de fundamentalidade, que o inclui, não apenas dentre os direitos fundamentais sociais (art. 6º), mas também no seleto grupo de direitos que compõem o mínimo existencial.

A temática, segundo Tavares (2010), relaciona-se diretamente com a dignidade da pessoa humana e o direito à igualdade, que pressupõem o Estado-garantidor, cujo dever é o de assegurar o mínimo de condições básicas para que as pessoas possam se desenvolver.

A Constituição brasileira (Brasil, 1988) atentou à necessidade da presença efetiva do Estado nas ações e serviços de saúde, a ponto de prever, em seu art. 200, uma série de medidas necessárias nessa seara.

Essas ações e serviços públicos de saúde devem se integrar em todos o território, compondo um sistema único, regionalizado e hierarquizado, organizado de maneira descentralizada, com direção única em cada uma das esferas de governo, ou seja, na esfera federal, na estadual e na municipal. Isso garante a solidariedade entre os entes federados e, segundo jurisprudência do STF, o polo passivo das demandas judiciais pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente ou conjuntamente.

As competências do sistema único de saúde – SUS, enumeradas na Constituição Federal⁴ em um rol exemplificativo, foram regulamentadas e ampliadas pela Lei Orgânica da Saúde, nº 8.080/90, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.

É necessário reconhecer que as ações e serviços públicos em saúde submetem-se ao princípio do atendimento integral que, diferentemente do acesso universal, refere-se ao próprio serviço, ou seja, deve abranger todas as necessidades do ser humano relacionados à saúde.

Logo, as prestações estatais no âmbito sanitário possuem um caráter promocional, visando a constante melhora da qualidade de vida dos indivíduos. A problemática da saúde pública brasileira se dá justamente pela inoperância dos entes públicos, constitucionalmente obrigados às prestações sanitárias. (Pilau Sobrinho, 2016, p. 19).

Portanto, não só todos têm direito à saúde como esta deve ser prestada de maneira completa, sem exclusão de doenças ou patologias, seja por dificuldades técnicas ou financeiras do Estado, ao qual não é permitido esquivar-se da prestação de saúde em todos os setores. (Tavares, 2010).

A Constituição brasileira ainda diferenciou “ações e serviços públicos de saúde” e a “assistência à saúde”, sendo esta livre à iniciativa privada. Assim, ainda que haja prestação de um serviço por parte do Poder Público, em caráter de obrigatoriedade, não obstante a iniciativa privada como complementar. A livre iniciativa privada em saúde não pode ser compelida a prestar a assistência sem a devida contraprestação. A sua partici-

⁴ “Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos; II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador; III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde; IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico; V - incrementar, em sua área de atuação, o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 85, de 2015); VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano; VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos; VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho”. (BRASIL, 1988).

pação no SUS é instrumentalizada através de contratos de direito público ou convênios, firmados, preferencialmente com entidades filantrópicas e sem finalidade lucrativa, nos termos do art. 199, § 1º da Constituição Federal. (Brasil, 1988).

Apesar do avanço na consolidação democrática e da instituição de bases jurídicas para o reconhecimento, inclusive dos direitos sociais, o texto constitucional (BRASIL, 1988) não garantiu representatividade da população indígena na forma em que o SUS foi concebido. A luta de movimentos surgidos na década de 80 pautados na ideia do direito à diferença e do multiculturalismo (OIT, 1989), e em um modelo que, além da biomedicina, considera formas específicas de atenção à saúde e à doença usadas pelos diversos povos e comunidades indígenas, impulsionou a criação da atual atenção à saúde dos povos indígenas brasileiro: um subsistema vinculado ao SUS.

Até a criação do subsistema de atenção à saúde indígena a responsabilidade pela assistência estava sob competência da Fundação Nacional do índio – FUNAI. A lei 9.836, de 23 de setembro de 1999 acrescentou dispositivos à lei 8.080/1990 e instituiu o subsistema de atenção à saúde indígena. Ao reconhecer aos povos indígenas o direito de usufruir de um subsistema de saúde orientado por especificidades étnicas e culturais, o Estado brasileiro reconhece que os povos indígenas enfrentam situações distintas de riscos e vulnerabilidades.

A viabilização do acesso dos povos indígenas a uma rede de serviços básicos – por meio da implantação dos Distritos Sanitários Especiais Indígenas (DSEI) –, organizados, hierarquizados, com participação dos povos indígenas e com recursos humanos qualificados em quantidade necessária para o desenvolvimento de ações de atenção à saúde, além da garantia de referência especializada na rede SUS, ficaram sob responsabilidade da Fundação Nacional de Saúde (Funasa), enquanto à Secretaria de Atenção à Saúde (SAS) do Ministério da Saúde (MS) caberia a articulação com estados e municípios para garantir que as populações indígenas tivessem acesso às ações e serviços do SUS em qualquer nível de complexidade, compreendendo a atenção primária, secundária e terciária. (Brasil, 1999).

Através da Portaria MS-GM Nº 1.163/99 o Ministério da Saúde, através de seu Ministro da Saúde dispôs acerca das responsabilidades de assistência aos povos indígenas. As ações e serviços organizados pelos DSEI se concentram no campo daquilo que se convencionou denominar de Atenção Básica em Saúde, também conhecida internacionalmente como Atenção ou Cuidados Primários à Saúde, sendo dirigidos principalmente aos povos indígenas que vivem em aldeias e/ou territórios indígenas.

O subsistema de saúde indígena do Sistema Único de Saúde gerido pela Funasa, durante anos, foi alvo de denúncias ligadas a corrupção e deficiências no atendimento. O movimento indígena lutou para que a gestão da saúde indígena passasse às mãos de uma secretaria específica, diretamente vinculada ao Ministério da Saúde – demanda que foi atendida pela presidência da República no ano de 2010.

Os DSEIs são, atualmente, de responsabilidade da Secretaria Especial de Saúde Indígena (Sesai), e foram delimitados a partir de critérios epidemiológicos, geográficos e

etnográficos. Cada um possui um conjunto de equipamentos que permite a realização do atendimento de casos simples, ficando as ocorrências de alta complexidade a cargo de hospitais regionais, implicando em um aparato para remoção dos doentes.

Aos estados e municípios cabem garantir, através da rede de serviços dos SUS, retaguarda para o subsistema, ou seja, promover a oferta de serviços especializados e de maior complexidade aos problemas de saúde que não forem solucionados no âmbito da atenção básica pelas equipes de saúde dos DSEI.

Segundo o Ministério da Saúde (2020, s.p.), existem 34 DSEI's espalhados pelo território nacional. A delimitação considera critérios como a distribuição demográfica tradicional dos povos indígenas, que não coincide necessariamente com os limites territoriais de estados e municípios onde estão localizadas as terras.

Todos dispõem de uma rede de serviços de saúde em seu território: cada aldeia abriga um posto de saúde e cada conjunto de aldeias fica sob a responsabilidade de um polo-base, que funciona como uma unidade básica. É nele que ficam as equipes multiprofissionais de saúde indígena, que fazem visitas periódicas às aldeias. Integram ainda a rede de serviços dos Dseis as Casas de Saúde do Índio, ou Casais, que cuidam dos indígenas encaminhados para serviços de média e alta complexidade.

Apesar do subsistema em saúde indígena ser considerado um avanço ainda é difícil fazer um balanço em termos de indicadores de saúde da população, diante da falta de pesquisas ou, ainda, a inconsistência de dados, fatos que não permitem a construção de comparativos. Segundo o Inquérito Nacional de Saúde e Nutrição dos Povos Indígenas, devido as drásticas transformações no estilo de vida e a interação com a população não indígena, os povos originários começaram a sofrer de obesidade, pressão arterial e diabetes. Os resultados do fórum também apontaram para elevada prevalência de desnutrição e anemia em mulheres e crianças indígenas.

Pressões exercidas pela expansão dos projetos de colonização rural e empresas agropecuárias, garimpos e indústria extrativista, aliadas a ambientes degradados, comprometem seriamente sua segurança alimentar e saúde geral da população, mas alcançam mais sorrateiramente àqueles que retiram seus alimentos da própria terra, caso dos indígenas que ainda residem em suas terras. Os indígenas que, atualmente, residem em áreas urbanas, não mais produzem diretamente os alimentos consumidos, fato que também corrobora para a agudização de problemas de saúde. (Fiocruz, 2010).

Para o Instituto Socioambiental alguns casos relacionados ao direito à saúde são emblemáticos no Brasil. Veja-se:

as mortes por desnutrição das crianças Guarani Kaiowá no Mato Grosso do Sul, a volta da epidemia de malária entre os Yanomami de Roraima e Amazonas, o alto índice de vítimas fatais causados por acidentes ofídicos no Alto Rio Negro, o falecimento de dezenas de crianças Apinajé no Tocantins e Marubo do Vale do Javari, no Amazonas. Nem o Parque

Indígena do Xingu, espécie de cartão-postal da política indigenista oficial e que conta há 40 anos com a presença de médicos da Universidade Federal de São Paulo, se vê livre de sérios problemas: atualmente uma epidemia de doenças sexualmente transmissíveis (DSTs) avança sobre a população xinguana, causando, como mais grave consequência, a morte de mulheres por câncer de colo de útero. (Instituto Socioambiental, 2018, s.p.)

Não bastasse a incidência de malária, tuberculose e DST's que avançam sobre os povos indígenas das diferentes regiões do Brasil, o mundo, em 2020, foi assolado pela pandemia da COVID-19. De acordo com dados da Organização Mundial da Saúde (OMS) foi em dia 30 de janeiro de 2020, que a epidemia da doença causada pelo novo coronavírus, se constituiu uma Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional de acordo com o previsto no Regulamento Sanitário Internacional.

Em 11 de março de 2020, a COVID-19 foi qualificada pela OMS como uma pandemia, sendo que já foram confirmados no mundo mais de 25 milhões de infectados, segundo a plataforma da Universidade Johns Hopkins em 30 de agosto de 2020. O Brasil, atinge a marca de 3.862.311 infectados e ultrapassa a marca de 120 mil mortos em decorrência da infecção pelo vírus.

O coronavírus despertou, em inúmeros Estados, uma crise sanitária que está adquirindo contornos de crise política diante das decisões acerca das medidas enfrentamento à pandemia. No Brasil, as maiores discussões, se deram entre as autoridades quando da edição da Medida Provisória (MP) 926/2020⁵. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6341 proposta perante o STF pelo Partido Democrático Trabalhista apontou que a MP violou o regime de cooperação entre os entes federativos, pois confiou à União as prerrogativas de isolamento, quarentena, interdição de locomoção, de serviços públicos e atividades essenciais e de circulação. A maioria dos membros da Corte entenderam que a União pode legislar sobre o tema, mas o exercício desta competência deve sempre resguardar a autonomia dos demais entes. No entendimento do Ministro Edson Fachin, a possibilidade do chefe do Executivo Federal definir por decreto a essencialidade dos serviços públicos, sem observância da autonomia dos entes locais, afrontaria o princípio da separação dos poderes.

As orientações da OMS (2020), indicam que, para a contenção do vírus, é preciso isolamento, quarentena e distanciamento social, principalmente diante do fato de não haver vacina, associado à rapidez do contágio. Para Sánchez Bravo (2020):

Lo desconocido, y al mismo tiempo, contundente de la pandemia, aunque las noticias llegaban alarmantes desde enero, hacen que las políticas que se implementan se basen en procesos de aciertos y error, con lo que ello supone, infelizmente, de pérdidas de vidas humanas (p. 66).

Ainda, em março de 2020 a Associação Brasileira de Saúde Coletiva (ABRASCO) e Associação Brasileira de Antropologia (ABA) emitiram uma Nota Técnica acerca dos

⁵ A medida provisória foi convertida na Lei 14.035/2020 em 11 de agosto de 2020.

desafios e medidas necessárias para conter o avanço da Covid-19 entre a população indígena. A suscetibilidade à doença atinge a todos, indígenas e não indígenas, porém, a iniquidade previamente instalada em suas condições de vida e situações de saúde, que tende a afetá-los de modo mais negativo.

Experiências anteriores à pandemia, demonstraram que doenças infecciosas introduzidas em grupos indígenas se espalharam mais rapidamente, comparativamente à população não indígena. A existência de comorbidades tornam essas pessoas mais vulneráveis a complicações, gerando preocupação sobre o modo como a epidemia poderá se comportar na população indígena, em termos de evolução e gravidade.

Os desafios para cumprir as orientações da OMS no que tange ao isolamento dos indígenas são enormes diante das habitações que frequentemente têm grande número de moradores e, diante das características da vida comunitária. Para garantir o isolamento, quarentena e afastamento, a Nota é taxativa ao apontar como sendo uma das principais estratégias de prevenção o controle da entrada de pessoas com ou sem sintomas respiratórios (incluindo casos suspeitos e confirmados) em territórios indígenas.

A lei 14.021, de 7 de julho de 2020 passou a dispor sobre medidas de proteção social para prevenção do contágio e da disseminação da COVID-19 nos territórios indígenas através da criação de um Plano Emergencial para enfrentamento do coronavírus, com objetivo de assegurar o acesso aos insumos necessários à manutenção das condições de saúde para prevenção do contágio e da disseminação da Covid-19, bem como para o tratamento e a recuperação dos infectados, com observância dos direitos sociais e territoriais dos povos indígenas. (art. 4º).

Sob duras críticas da camada política e da sociedade civil, o Presidente do Brasil, sancionou a lei com vetos. Entre os dispositivos vetados estão cesso universal a água potável; distribuição gratuita de materiais de higiene, limpeza e desinfecção de superfícies; oferta emergencial de leitos hospitalares e de unidade de terapia intensiva (UTI); aquisição de ventiladores e máquinas de oxigenação sanguínea; distribuição de materiais informativos sobre a covid-19; e pontos de internet nas aldeias.

De acordo com a Lei 14.021 (Brasil, 2020) o atendimento dos indígenas que moram fora das terras demarcadas deve ser feito diretamente pelo Sistema Único de Saúde (SUS) e não lhe é garantido o acesso ao subsistema de atenção à saúde indígena. Para que sejam “respeitadas as especificidades culturais e sociais dos povos”, os pacientes devem apresentar “comprovação documental”, como o Registro Administrativo de Nascimento do Indígena (Rani) ou a certidão de nascimento com identificação étnica, no intuito de restringir o acesso à saúde do povo que reside em área ainda não demarcada.

Os conflitos entre os povos indígenas – ou de sua maioria, com o Governo Federal no Brasil antecede à pandemia. Durante a campanha eleitoral de 2018, o ora presidente Bolsonaro, apresentava, enquanto promessa de governo a paralização das demarcações de terras indígenas (tem cumprido) e atuaria na busca para reduzir as áreas já demarcadas. A pauta inclui, ainda, a abertura das terras indígenas para atividades econômicas de grande escala, a exemplo da mineração e do agronegócio. Depois de

eleito, permaneceu com o mesmo teor discursivo, inclusive na abertura da 74ª Assembleia Geral das Nações Unidas referiu “O índio não quer ser latifundiário pobre em cima de terras ricas. Especialmente das terras mais ricas do mundo. É o caso das reservas Ianomâmi e Raposa Serra do Sol. Nessas reservas, existe grande abundância de ouro, diamante, urânio, nióbio e terras raras, entre outros.” (Brasil, 2019), defende publicamente atividades ilegais praticadas em territórios por invasores, a exemplo do garimpo e da extração da madeira. (Projeto de Lei 191/2020).

Contudo, o conflito entre os povos indígenas e o governo brasileiro foi aumentando na mesma velocidade da transmissibilidade da covid-19. Segundo a Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB) o colapso sanitário está instalado. Em 29 de agosto de 2020 estavam confirmados 28.744 indígenas afetados em 156 povos. A articulação contabiliza a morte de 757 indígenas pelo coronavírus. Para denunciar o descaso do Estado, a necessidade da luta pelo direito de existir e viver e, ainda, contra o genocídio e etnocídio do povo indígena, a APIB ingressou no STF com uma ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) 709/2020.

4. Violação De Preceito Constitucional E O Direito De Existir Dos Povos Indígenas

A ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) foi introduzida no direito brasileiro através da Constituição de 1988 (Brasil, 1988) e regulamentada apenas em 03 de dezembro de 1999, pela Lei 9.882 (Brasil, 1999). É um instrumento constitucional de controle concentrado, cuja competência para processar e julgar ficou reservada para o Supremo Tribunal Federal (STF), corte Suprema no Brasil.

A ação, juntamente com a ação direta de inconstitucionalidade, a declaratória de constitucionalidade, a direta de inconstitucionalidade por omissão, o mandado de injunção, bem como o recurso extraordinário formam, atualmente, o núcleo do sistema de controle de constitucionalidade e legitimidade de leis ou atos normativos, e omissões. (Mendes; Branco, 2017). Tal como outros países da América Latina, a ordem jurídica brasileira não possui apenas um instrumento para a defesa de direitos subjetivos públicos.

A ADPF é uma das novidades da Constituição Federal e tem como objetivo suprir as lacunas deixadas pelas ações diretas de inconstitucionalidade, que não podem ser propostas contra leis ou atos normativos que entraram em vigor antes a promulgação da própria Constituição, nem contra atos municipais. Sua previsão constitucional se deu de forma bastante singela “a arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei” (art. 102, § 1º, Brasil, 1988), porém, a ação produz efeitos *erga omnes* e vinculante.

A ADPF é utilizada para evitar ou reparar lesão a algum preceito fundamental resultante de atos da União, estados, Distrito Federal e municípios, mas só pode ser admitida quando não houver outro meio eficaz capaz de sanar a lesividade apontada (art. 4º, § 1º, da Lei 9.882/1999), daí seu caráter de subsidiariedade. O parâmetro constitucional violado deve ser preceito fundamental, conforme o art. 1º, *caput* da Lei 9.882/1999),

isto é, norma (princípio ou regra) da Constituição imprescindível para a preservação da sua identidade ou regime por ela adotado. (Novelino, 2015). Segundo Tavares (2001, p. 117) “o fundamental, portanto, apresenta a conotação daquilo sem o que não há como se identificar uma Constituição. São preceitos fundamentais aqueles que conformam a essência de um conjunto normativo-constitucional.”

Nesse sentido, doutrinariamente, concebe-se que, dentre as previsões constitucionais, os preceitos com caráter de fundamentalidade são os princípios fundamentais, constantes no Título I, os direitos e garantias fundamentais (Título II), àqueles que garantem autonomia aos entes federativos, os princípios constitucionais sensíveis (art. 34, VII) e as cláusulas pétreas (art. 60, 4º). Ao enfrentar a temática na ADPF 33, o relator do caso, Ministro Gilmar Mendes, referiu que:

[...] É muito difícil indicar, a priori, os preceitos fundamentais da Constituição passíveis de lesão tão grave que justifique o processo e o julgamento da arguição de descumprimento. Não há dúvida de que alguns desses preceitos estão enunciados, de forma explícita, no texto constitucional. Assim, ninguém poderá negar a qualidade de preceitos fundamentais da ordem constitucional aos direitos e garantias individuais (art. 5º, dentre outros). Da mesma forma, não se poderá deixar de atribuir essa qualificação aos demais princípios protegidos pela cláusula pétrea do art. 60, § 4º, da Constituição, quais sejam, a forma federativa de Estado, a separação de Poderes e o voto direto, secreto, universal e periódico. Por outro lado, a própria Constituição explicita os chamados ‘princípios sensíveis’, cuja violação pode dar ensejo à decretação de intervenção federal nos Estados-Membros (art. 34, VII). É fácil ver que a amplitude conferida às cláusulas pétreas e a ideia de unidade da Constituição (*Einheit der Verfassung*) acabam por colocar parte significativa da Constituição sob a proteção dessas garantias. (STF, 2003, p 5-6).

Mas o Relator da ADPF 33 vai além e reconhece, em seu voto, um conceito extensivo de preceito fundamental, considerando a força normativa da Constituição:

(...) O efetivo conteúdo das ‘garantias de eternidade’ somente será obtido mediante esforço hermenêutico. Apenas essa atividade poderá revelar os princípios constitucionais que, ainda que não contemplados expressamente nas cláusulas pétreas, guardam estreita vinculação com os princípios por elas protegidos e estão, por isso, cobertos pela garantia de imutabilidade que delas dimana. Os princípios merecedores de proteção, tal como enunciados normalmente nas chamadas ‘cláusulas pétreas’, parecem despidos de conteúdo específico. Essa orientação, consagrada por esta Corte para os chamados ‘princípios sensíveis’, há de se aplicar à concretização das cláusulas pétreas e, também, dos chamados ‘preceitos fundamentais’. (...) É o estudo da ordem constitucional no seu contexto normativo e nas suas relações de interdependência que permite identificar as disposições essenciais para a preservação dos princípios basilares dos preceitos fundamentais em um determinado sistema. (...) Destarte, um juízo mais ou menos seguro sobre a lesão de preceito fundamental consistente nos princípios da divisão de Poderes, da forma federativa do Estado ou dos direitos e garantias individuais exige, preliminarmente, a identificação do conteúdo dessas categorias na ordem constitucional e, especialmente, das suas relações de interdependência. (STF, 2003, p 5-6).

Para o Ministro, a lesão a preceito fundamental não se configura apenas quando se verificar possível afronta a um princípio fundamental, tal como previsto na ordem constitucional, mas também a disposições que confirmam densidade normativa ou significado específico a esse princípio, tendo em vistas as conexões e interdependências dos princípios e regras.

Ao considerar a opção do legislador em não reconhecer taxativamente entre os dispositivos constitucionais àqueles que devem ser considerados preceitos fundamentais, valendo-se de um conceito jurídico indeterminado, a lei concedeu maleabilidade aos julgamentos do STF e à formação da sua jurisprudência. (Sarmiento, 2001).

Assim, o descumprimento é compreendido de modo mais amplo que a inconstitucionalidade, a fim de abranger toda e qualquer ameaça ou violação a preceitos constitucionais fundamentais, inclusive causadas por atos do poder público anteriores à Constituição da República Federativa do Brasil.

A ADPF 709/DF foi imperada para evitar o genocídio e o etnocídio do povo indígena no Brasil por conta da contaminação desenfreada da covid-19, associada à adoção de políticas anti-indigenista pelo governo federal. Segundo a APIB requerente na ação⁶, um conjunto de atos comissivos e omissivos do Poder Público, relacionados ao combate à pandemia por COVID-19, que implicariam alto risco de contágio e de extermínio de diversos povos indígenas, em violação à dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, inc. III), aos direitos à vida (CF, art. 5º, caput) e à saúde (CF, arts. 6º e 196), bem como ao direito de tais povos a viverem em seu território, de acordo com suas culturas e tradições (CF, art. 231).

Segundo os requerentes, o contágio e a expansão da pandemia por COVID-19 estão ocorrendo em grande velocidade entre os povos indígenas. Tais comunidades reuniriam componentes que as tornam mais vulneráveis ao vírus do que a população em geral. Em primeiro lugar, os indígenas detêm maior vulnerabilidade imunológica, pois historicamente mais suscetíveis a doenças infectocontagiosas, diante da sua menor exposição a tais patologias.

Em segundo lugar, maior vulnerabilidade sociocultural: seu modo de vida tradicional é geralmente marcado por um intenso contato comunitário, com o compartilhamento de habitações e utensílios, além de viverem, muitas vezes, em áreas remotas ou de difícil acesso. E essas características favoreceriam uma maior taxa de mortalidade entre indígenas, em decorrência da COVID-19, uma maior propagação do vírus em suas comunidades, bem como menor acesso a serviços de saúde. Os requerentes afirmam já haver indícios técnicos de que a população indígena seria rapidamente e gravemente afetada.

À vulnerabilidade política dos povos indígenas, reconhece-os como grupos minoritários, cujas práticas culturais e condições geográficas não favorecem a viabilidade

⁶ Atuam como *amicus curie* o Partido Socialista Brasileiro, Partido Socialismo e Liberdade, Partido Comunista do Brasil, Rede Sustentabilidade, Partido dos Trabalhadores, Partido Democrático Trabalhista, Conselho Indigenista Missionário – CIMI, Conecta Direitos Humanos – Associação Direitos Humanos em Rede, ISA – Instituto Socioambiental, Defensoria Pública da União, Movimento Nacional de Direitos Humanos, Conselho Indígena Tapajós e Arapiuns, Terra de Direitos, e Comissão Guarani Yvyrupa.

de sua representação pelos mesmos meios reconhecidos pelo Estado brasileiro. Em razão disso, as comunidades indígenas enfrentariam enorme dificuldade em ter os seus interesses contemplados nas instâncias majoritárias e teriam baixíssimo acesso a todo tipo de serviços públicos essenciais. Tal vulnerabilidade se agravou no curso do atual governo, dada a evidente resistência manifestada pelo Chefe do Executivo à proteção aos direitos dos indígenas e ao meio ambiente de que dependem.

A APIB imputa, na petição inicial, os seguintes atos comissivos e/ou omissivos ao Poder Público: a não contenção de invasões às terras indígenas ou a não remoção de seus invasores, que ingressam nas respectivas áreas para a prática de ilícitos como: grilagem, garimpo ilegal e extração ilegal de madeira, forçando contato com as tribos; ações imperitas do governo federal em matéria de saúde, com o ingresso, em terras indígenas, de equipes de saúde sem cumprimento de quarentena e sem a observação de medidas de prevenção ao contágio; 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 (urbanos) ao SUS geral (sem expertise para trato de indígenas) e, aparentemente, deixando as demais tribos, que residem em terras indígenas pendentes de homologação, sem atendimento; 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.

Com base nos argumentos, requereram em análise preliminar: à União tome todas as medidas necessárias para que sejam instaladas e mantidas barreiras de proteção das terras indígenas onde estão localizados povos isolados ou de recente contato⁷; a instalação e funcionamento da 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; União Federal que tome imediatamente todas as medidas necessárias para a retirada dos invasores nas Terras Indígenas Yanomami, Karipuna, Uru-Eu-Wau-Wau, Kayapó, Araribóia, Munduruku e Trincheira Bacajá, valendo-se para tanto de todos os meios necessários, inclusive, se for o caso, do auxílio das Forças Armadas; que a União garanta acesso aos serviços do Subsistema de Saúde Indígena do SUS devem ser imediatamente prestados a todos os indígenas no Brasil, inclusive os não aldeados (urbanos) ou que habitem áreas que ainda não foram definitivamente demarcadas; seja determinado a elaboração de um plano de enfrentamento para os povos indígenas brasileiros.

A ação foi distribuída ao Ministro Luis Roberto Barroso que na Medida Cautelar reconheceu a legitimidade ativa da APIB para a propositura da ação, na condição de entidade

⁷ Dos povos isolados, Alto Tarauacá, Araribóia, Caru, Himerimã, Igarapé Taboca, Kampa e Isolados do Rio Envira, Kulina do Rio Envira, Riozinho do Alto Envira, Kaxinauá do Rio Humaitá, Kawahiva do Rio Pardo, Mamoadate, Massaco, Piripkura, Pirititi, Rio Branco, Uru-Eu-Wau-Wau, Tanaru, Vale do Javari, Waimiri-Atroari, e Yanomami; e dos povos de recente contato, Zo'é, Awa, Caru, Alto Turiaçu, Avá Canoeiro, Omerê, Vale do Javari, Kampa e Isolados do Alto Envira e Alto Tarauacá, Waimiri-Atroari, Arara da TI Cachoeira Seca, Araweté, Suruwahá, Yanomami, Alto Rio Negro, Pirahã, Enawenê-Nawê, Juma e Apyterewa.

de classe de âmbito nacional, consoante art. 103, IX da Constituição Federal. (BRASIL, 1988). Para o Ministro, todos os demais requisitos para a admissibilidade da ação foram observados.

Nesse sentido, a alegação de violação à dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, inc. III), aos direitos à vida (CF, art. 5º, caput) e à saúde (CF, arts. 6º e 196), bem como ao direito dos povos indígenas a viverem em seu território, de acordo com suas culturas e tradições (CF, art. 231), enquadra-se como ameaça a preceito fundamental, conforme doutrina e jurisprudência sobre a matéria [2]. A ação volta-se contra um conjunto de atos comissivos e omissivos, normativos e concretos, praticados pelo Poder Público, de natureza heterogênea, já indicados acima. Tais atos e os pedidos veiculados pelos requerentes só poderiam ser apreciados, em seu conjunto, por meio de arguição de descumprimento de preceito fundamental. Não há outra ação direta que comporte tal objeto. E há necessidade de que se produza uma decisão com efeitos vinculantes e gerais para o Judiciário e para a Administração Pública. Está presente, portanto, a exigência de subsidiariedade da ação. (STF, 2020, p. 12).

Ao analisar os princípios da precaução e da prevenção, o Ministro apontou que a inicial contempla a descrição de um risco iminente de extermínio em massa de povos indígenas em decorrência da expansão da pandemia por COVID-19. Associado à pandemia, o Ministro Barroso registou a resistência do governo na concretização dos direitos dos povos indígenas⁸, fato que reforça o dever de cuidado por parte do STF, bem como, a necessidade de um diálogo intercultural.

Para a proteção de povos em isolamento e de contato recente reconheceu, nos termos das diretrizes internacionais da ONU e da Comissão IDH (Resolução nº 1/2020) que a “a medida protetiva mais eficaz a ser tomada em favor de tais povos é assegurar-lhes o isolamento da sociedade envolvente, por meio de barreiras ou cordões sanitários que impeçam – inclusive com o uso da força, se necessário – o acesso de estranhos às suas terras.” (STF, 2020, p. 17).

A criação de Sala de Situação para a gestão de epidemia, no que respeita a povos indígenas e de recente contato, tem previsão na Portaria Conjunta nº 4.098/2018, do Ministério da Saúde e da Funai. Veja-se, há norma vigente, não há o que falar em interferência do Poder Judiciário ou ainda, de interferência em decisões políticas acerca de políticas públicas, mas mera implementação de norma, não observada pelo Estado.

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. Quanto aos não aldeados, por ora, a utilização do Subsistema de Saúde Indígena se dará somente na falta de disponibilidade do SUS geral.

⁸ De fato, a imprensa atribui ao atual Presidente da República as seguintes declarações: “Não entro nessa balela de defender terra pra índio”; “[reservas indígenas] sufocam o agronegócio” (Campo Grande News, 22.04.2015); “Em 2019 vamos desmarcar [a reserva indígena] Raposa Serra do Sol. Vamos dar fuzil e armas a todos os fazendeiros” (No Congresso, 21.01.2016); “Se eu assumir [a Presidência do Brasil] não terá mais um centímetro quadrado para terra indígena” (Dourados, Mato Grosso do Sul, 08.02.2018); “Reservas indígenas inviabilizam a Amazônia” (Revista Exame, 13.02.2020).

Por fim, a 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.

Assim, a medida cautelar foi deferida parcialmente e referendada pelo Tribunal Pleno. Para Luiz Henrique Eloy, indígena, advogado da APIB, a presença da articulação como autora da ADPF é um ponto fundamental, pois,

Durante muito tempo os povos indígenas foram colocados numa posição de subalternidade legal. Ainda no início da colonização questionou-se até se os “índios eram detentores de almas”. Foi preciso um documento do Papa reconhecendo que os mesmos possuíam alma e, portanto, eram passíveis de catequização. Superado esta visão, os povos indígenas foram subjugados a tutela jurídica, considerados como incapazes para a prática dos atos da vida civil, estes não podiam se fazer representar, necessitando sempre do aval do Serviço de Proteção ao Índio (SPI) e depois da Fundação Nacional do Índio (Funai). (Eloy, 2020, s.p.).

Somente com a Constituição Federal de 1988 que os povos indígenas tiveram reconhecido o direito de estarem em juízo defendendo seus direitos e interesses. A Carta constitucional rompeu com o paradigma tutelar e integracionista que até então orientava a política indigenista brasileira. Mas, passados mais de 30 anos da sua promulgação, esta é a primeira vez que os povos indígenas vão ao STF, em nome próprio, defendendo direito próprio e por meio de seus advogados, propondo uma ação de jurisdição constitucional. (Eloy, 2020).

A ADPF 709 permanece em tramitação junto ao STF. Como uma invocação em um ritual, ao som do maracá, os povos indígenas brasileiro postulam, judicialmente, o reconhecimento do direito de existir, pelo direito de não ser exterminado, seja por políticas anti-indigenistas, seja pela Covid-19.

5. Considerações Finais

O coronavírus, considerado pandemia pela OMS, vem causando um cenário catastrófico mundialmente. Os números de infectados e mortos se alastram rapidamente diante do alto fator de contágio do vírus. Não bastasse a crise sanitária, muitos países estão aproximando-se de uma crise política, principalmente pela necessidade de tomadas de decisões pelo poder público que, por vezes se omite ou, ainda, enfrenta a pandemia com parcimônia.

O artigo analisou o caso brasileiro, mais precisamente o enfrentamento da propagação e mortalidade do vírus em comunidades indígenas. O *locus* para a análise é o reconhecimento do direito à saúde como um direito fundamental, garantido pela Constituição Federativa do Brasil. Diante da sua indissociabilidade do direito à vida e à dignidade da pessoa humana, passa a ser cânone de preceito fundamental.

O Estado brasileiro, após lutas de comunidades indígenas, que se espalham por praticamente todo o território nacional, reconheceu que a garantia constitucional do direito à saúde aos povos indígenas precisava considerar as particularidades dos destinatários. Com isso, além do Sistema único de saúde, foi criado um subsistema destinado a saúde primária de indígenas aldeados ou não, residentes em terras demarcadas ou em processo demarcatório. Apesar das grandes dificuldades ainda apresentadas a criação do subsistema foi um avanço do Estado brasileiro.

Mas o cenário da população indígena brasileira que já sofria na linha de frente com os processos de desmatamento, poluição, mudanças climáticas, pois, dependem da relação que mantêm com a Terra para a sua subsistência agravou-se com a eleição presidencial de 2018.

De candidato à Presidente da República, Jair Messias Bolsonaro manteve-se fiel aos discursos anti-indigenistas, que vão desde impedir o andamento de processos demarcatórios de terras indígenas à querer explorá-las economicamente através de madeireiros e garimpos. Com os primeiros casos de coronavírus no Brasil, além do negacionismo acerca da letalidade do vírus, o Estado, segundo denunciaram líderes indígenas, não estava tomando as medidas necessárias e cautelares para evitar a chegada do vírus às aldeias. O vírus atingiu, inclusive, as tribos indígenas de recente contato ou de isolamento.

Ao sancionar a Lei 14.021/2020, o Presidente da República vetou pontos importantes da legislação que trata de proteção de povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais frente à pandemia de Covid-19, dentre os mais polêmicos estão o acesso à água potável, cestas básicas, materiais de higiene e limpeza, leitos hospitalares, distribuição de material informativo a indígenas, quilombolas e povos tradicionais.

Todo esse movimento anti-indigenista levou a Articulação dos Povos indígenas do Brasil a ingressar, junto ao Supremo Tribunal Federal, Suprema Corte brasileira, com uma Ação de Arguição de Descumprimento de preceito fundamental, denunciando as falhas e omissões do governo federal e o alto grau de contágio do coronavírus podem resultar no extermínio de etnias no Brasil.

A ação foi distribuída ao Ministro Luís Roberto Barroso que, em sede de análise cautelar determinou a criação de barreiras sanitárias, de uma sala de situação, da apresentação de um plano de enfrentamento ao Covid-19 e a determinação que a União apresente um plano e cronogramas de desintrusão para a retirada de invasores.

As medidas cautelares foram referendadas pelo Pleno do STF e a ação permanece em andamento. Enquanto as determinações judiciais não surtem o efeito desejado, indígenas permanecem denunciando o genocídio e o etnocídio do Estado brasileiro e lutam diuturnamente para garantir seu direito de existir.

6. Referências

- Abrasco; ABA. (2020). *A covid-19 e os povos indígenas: desafios e medidas para controle de seu avanço*. 21 mar. 2020. Disponível em: <https://www.abrasco.org.br/site/noticias/posicionamentos-oficiais-abrasco/a-covid-19-e-os-povos-indigenas-desafios-e-medidas-para-controle-do-seu-avanco/45866/>. Acesso 17 ago. 2020.
- Brasil. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 17 ago. 2020.
- Brasil. (1990). *Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em 17 ago. 2020.
- Brasil. (1999). *Lei nº 9.836, de 23 de setembro de 1999*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9836.htm. Acesso em 17 ago. 2020.
- Brasil. (1999). *Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm#:~:text=LEI%20No%209.882%2C%20DE%203%20DE%20DEZEMBRO%20DE%201999.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20processo%20e,102%20da%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20Federal. Acesso em: 17 ago. 2020.
- Brasil. (2020). *Lei nº 14.021, de 7 de julho de 2020*. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14.021-de-7-de-julho-de-2020-265632745>. Acesso em 17 ago. 2020.
- Brasil. (2020). *Medida provisória nº 926, de 20 de março de 2020*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv926.htm. Acesso 17 ago. 2020.
- Brasil. (1999). Ministério da Saúde. Gabinete do Ministro. *Portaria nº 1.163, de 14 de setembro de 1999*. Disponível em: http://www.funasa.gov.br/site/wp-content/files_mf/Pm_1163_1999.pdf. Acesso em 17 ago. 2020.
- Brasil. Ministério das Relações Exteriores. (2019). *Discurso do presidente Jair Bolsonaro na abertura da 74ª Assembleia Geral das Nações Unidas*. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/discursos-artigos-e-entrevistas-categoria/presidente-da-republica-federativa-do-brasil-discursos/20890-discurso-do-presidente-jair-bolsonaro-na-abertura-da-74-assembleia-geral-das-nacoes-unidas-nova-york-24-de-setembro-de-2019>. Acesso em 28 ago. 2020.
- Brasil. (2020). *Projeto de Lei nº 191, de 6 de fevereiro de 2020*. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2236765>. Acesso em 17 ago. 2020.
- Brasil. (2020). Supremo Tribunal Federal. **ADPF 33/PA**. Medida Cautelar. Relator Ministro Gilmar Mendes Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=348434>. Acesso em 17 ago. 2020.
- Brasil. (2020). Supremo Tribunal Federal. **ADI 6341/DF**. Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5880765>. Acesso em 17 ago. 2020.
- Brasil. (2020). Tribunal Federal. **ADPF 709/DF**. Medida Cautelar. Relator Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5952986>. Acesso 17 ago. 2020.

- Bobbio, N. (2004). *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- Bonavides, P. (2002). *Curso de direito constitucional*. 6 eds. São Paulo: Malheiros, 2002.
- Canotilho, J. J. G. (1993). *Direito Constitucional*. 6 ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.
- CIDH. (2020). *Pandemia e Direitos Humanos nas Américas*. Resolução 1/2020. Disponível em <https://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/pdf/Resolucao-1-20-pt.pdf>. Acesso em 17 ago. 2020.
- Comparato, F. K.. (2013). *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- Eloy, L. H.. (2020). *ADPF 709 no Supremo: Povos Indígenas e o direito de existir! 1 ago. 2020*. Disponível em <http://apib.info/2020/08/01/adpf-709-no-supremo-povos-indigenas-e-o-direito-de-existir/>. Acesso em 17 ago. 2020.
- Fiocruz. (2020). *Inquérito nacional revela perfil de saúde e nutrição dos povos indígenas*. 14 maio 2010. Disponível em <https://agencia.fiocruz.br/inqu%C3%A9rito-nacional-revela-perfil-de-sa%C3%BAde-e-nutri%C3%A7%C3%A3o-dos-povos-ind%C3%ADgenas>. Acesso em 17 ago. 2020.
- Instituto Socioambiental. (2006). *Caos e retrocessos*. Junho de 2006. Disponível em https://pib.socioambiental.org/pt/Caos_e_retrocesso. Acesso em 17 ago. 2020.
- Johns Hopkins University. (2020). *COVID-19 Dashboard by the Center for Systems Science and Engineering (CSSE) at Johns Hopkins University (JHU)*. 30 ago. 2020. Disponível em <https://coronavirus.jhu.edu/map.html>. Acesso em 30 ago. 2020.
- Mendes, G. F.; Branco, P. G. G.. (2017). *Curso de Direito Constitucional*. 12 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.
- Novelino, M.. (2015). *Curso de Direito Constitucional*. 10 ed. rev. atual. Salvador: Ed. JusPodvim, 2015.
- Organização Mundial Da Saúde [OMS]. (2020). *La OMS, la Fundación pro Naciones Unidas y sus asociados ponen en marcha el Fondo de Respuesta Solidaria a la COVID-19, primera iniciativa en su género*. Disponível em <https://www.who.int/es/news-room/detail/13-03-2020-who-un-foundation-and-partners-launch-first-of-its-kind-covid-19-solidarity-response-fund>. Acesso em 17 ago. 2020.
- Organização Internacional Do Trabalho [OIT]. (2020). *Convenção sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes [Convenção 169]*. 27 jun. 1989. Disponível em <https://www.oas.org/dil/port/1989%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20Povos%20Ind%C3%ADgenas%20e%20Tribais%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20OIT%20n%C2%BA%20169.pdf>. Acesso em 17 ago. 2020.
- Peña Freire, A. M.. (1997). *La garantía en el Estado Constitucional de derecho*. Madrid: Trotta, 1997
- Pilau Sobrinho, L. L. (2016). *Comunicação e direito à saúde*. Sevilha: Punto Rojo Libros, 2016.
- Sánchez Bravo, Á. A.. (2020). *Covid-19: Impactos y efectos. Una reflexión desde e inicio del fin del confinamiento*. In: PILAU SOBRINHO, Liton Lanes; CALGARO, Cleide; ROCHA, Leonel Severo.(orgs.). **Covid-19 e seus paradoxos**. Itajaí: Univali, 2020.

- Sarlet, I. W. (2019). *La eficacia de los derechos fundamentales: Una teoría general desde la perspectiva constitucional*. Lima: Palestra Editores, 2019.
- Sarmiento, D. (2001). Apontamentos sobre a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. In: Tavares, André Ramos; Rothenburg, Walter Claudius (org.). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à Luz da Lei Nr 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001.
- Sarmiento, D. (2006). *Livres e iguais: estudos de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- Sarmiento, D. (2010). *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- Tavares, A. R. (2001). *Tratado da arguição de preceito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- Tavares, A. R. (2010). *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.