

05/08/2020

PLENÁRIO

**REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA ARGUIÇÃO DE
DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 709 DISTRITO FEDERAL**

RELATOR : **MIN. ROBERTO BARROSO**
REQTE.(S) : ARTICULAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS DO
BRASIL (APIB)
ADV.(A/S) : LUIZ HENRIQUE ELOY AMADO E OUTRO(A/S)
REQTE.(S) : PARTIDO SOCIALISTA BRASILEIRO - PSB
ADV.(A/S) : DANIEL ANTONIO DE MORAES SARMENTO
REQTE.(S) : PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE (P-SOL)
ADV.(A/S) : ANDRE BRANDAO HENRIQUES MAIMONI
REQTE.(S) : PARTIDO COMUNISTA DO BRASIL
ADV.(A/S) : PAULO MACHADO GUIMARAES
REQTE.(S) : REDE SUSTENTABILIDADE
ADV.(A/S) : DANIEL ANTONIO DE MORAES SARMENTO
REQTE.(S) : PARTIDO DOS TRABALHADORES
ADV.(A/S) : EUGENIO JOSE GUILHERME DE ARAGAO
REQTE.(S) : PARTIDO DEMOCRATICO TRABALHISTA
ADV.(A/S) : LUCAS DE CASTRO RIVAS
INTDO.(A/S) : UNIÃO
PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
INTDO.(A/S) : FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL FEDERAL
AM. CURIAE. : CONSELHO INDIGENISTA MISSIONARIO CIMI
ADV.(A/S) : RAFAEL MODESTO DOS SANTOS
AM. CURIAE. : CONECTAS DIREITOS HUMANOS - ASSOCIAÇÃO
DIREITOS HUMANOS EM REDE
ADV.(A/S) : JULIA MELLO NEIVA
ADV.(A/S) : GABRIEL DE CARVALHO SAMPAIO
ADV.(A/S) : GABRIEL ANTONIO SILVEIRA MANTELLI
ADV.(A/S) : THIAGO DE SOUZA AMPARO
AM. CURIAE. : ISA INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL
ADV.(A/S) : JULIANA DE PAULA BATISTA
AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL
AM. CURIAE. : MOVIMENTO NACIONAL DE DIREITOS HUMANOS

ADPF 709 MC-REF / DF

- MNDH

ADV.(A/S) :CARLOS NICODEMOS OLIVEIRA SILVA
AM. CURIAE. :CONSELHO INDIGENA TAPAJOS E ARAPIUNS
AM. CURIAE. :TERRA DE DIREITOS
ADV.(A/S) :LUCIANA CRISTINA FURQUIM PIVATO E
OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. :COMISSAO GUARANI YVYRUPA
ADV.(A/S) :ANDRE HALLOYS DALLAGNOL
ADV.(A/S) :GABRIELA ARAUJO PIRES

Ementa: DIREITOS FUNDAMENTAIS. POVOS INDÍGENAS. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. TUTELA DO DIREITO À VIDA E À SAÚDE FACE À PANDEMIA DA COVID-19. CAUTELARES PARCIALMENTE DEFERIDAS.

1. Ação que tem por objeto falhas e omissões do Poder Público no combate à pandemia da COVID-19 entre os Povos Indígenas, com alto risco de contágio e mesmo de extermínio de etnias.

2. A Articulação dos Povos Indígenas do Brasil – APIB possui legitimidade ativa para propor ação direta perante o Supremo Tribunal Federal e, bem assim, os partidos políticos que assinam a petição inicial.

PREMISSAS DA DECISÃO

3. Os Povos Indígenas são especialmente vulneráveis a doenças infectocontagiosas, para as quais apresentam baixa imunidade e taxa de mortalidade superior à média nacional. Há indícios de expansão acelerada do contágio da COVID-19 entre seus membros e alegação de insuficiência das

ADPF 709 MC-REF / DF

ações promovidas pela União para sua contenção.

4. Os Povos Indígenas têm o direito de participar da formulação e execução das ações de saúde que lhes são destinadas. Trata-se de direito assegurado pela Constituição de 1988 e pela Convenção 169 da OIT, que é norma interna no Brasil.

5. A análise aqui desenvolvida observou três diretrizes: (i) os princípios da precaução e da prevenção, no que respeita à proteção à vida e à saúde; (ii) a necessidade de diálogo institucional entre o Judiciário e o Poder Executivo, em matéria de políticas públicas decorrentes da Constituição; e (iii) a imprescindibilidade de diálogo intercultural, em toda questão que envolva os direitos de povos indígenas.

PEDIDOS FORMULADOS

6. Na ação são formulados pedidos específicos em relação aos povos indígenas em isolamento ou de contato recente, bem como pedidos que se destinam aos povos indígenas em geral. Tais pretensões incluem a criação de barreiras sanitárias, a instalação de sala de situação, a retirada de invasores das terras indígenas, o acesso de todos os indígenas ao Subsistema Indígena de Saúde e a elaboração de plano para enfrentamento e monitoramento da COVID-19.

7. Todos os pedidos são relevantes e pertinentes. Infelizmente, nem todos podem ser integralmente acolhidos no âmbito

ADPF 709 MC-REF / DF

precário de uma decisão cautelar e, mais que tudo, nem todos podem ser satisfeitos por simples ato de vontade, caneta e tinta. Exigem, ao revés, planejamento adequado e diálogo institucional entre os Poderes.

DECISÃO CAUTELAR

Quanto aos pedidos dos povos indígenas em isolamento e de contato recente

8. 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.

9. Determinação de instalação da *Sala de Situação*, como previsto em norma vigente, para gestão de ações de combate à pandemia quanto 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.

Quanto aos povos indígenas em geral

10. A *retirada de invasores* das terras indígenas é medida imperativa e imprescindível. Todavia, não se trata de questão nova e associada à pandemia da COVID-19. A remoção de dezenas de milhares de pessoas deve considerar: a) o risco de conflitos; e b) a necessidade de ingresso nas terras indígenas de forças policiais e militares, agravando o perigo de

ADPF 709 MC-REF / DF

contaminação. Assim sendo, sem prejuízo do dever da União de equacionar o problema e desenvolver um plano de desintrusão, **fica determinado**, por ora, que seja incluído no Plano de Enfrentamento e Monitoramento da COVID-19 para os Povos Indígenas, referido adiante, medida emergencial de contenção e isolamento dos invasores em relação às comunidades indígenas ou providência alternativa apta a evitar o contato.

11. Determinação de que os *serviços do Subsistema Indígena de Saúde* sejam acessíveis a todos os indígenas aldeados, independentemente de suas terra 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.

12. 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.

13. Voto pela ratificação da cautelar parcialmente deferida.

A C Ó R D Ã O

ADPF 709 MC-REF / DF

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão realizada inteiramente por videoconferência - Resolução 672/2020/STF, sob a presidência do Ministro Dias Toffoli, na conformidade da ata de julgamento, por maioria de votos, em referendar a cautelar deferida parcialmente, em 8 de julho de 2020, pelo Ministro Luís Roberto Barroso (Relator), nos seguintes termos: “III. SÍNTESE DAS CAUTELARES DEFERIDAS 62. Diante do exposto, são as seguintes as medidas cautelares deferidas por este Relator: III.1. QUANTO AOS POVOS INDÍGENAS EM ISOLAMENTO OU POVOS INDÍGENAS DE RECENTE CONTATO: 1. Criação de barreiras sanitárias, que impeçam o ingresso de terceiros em seus territórios, conforme plano a ser apresentado pela União, ouvidos os membros da Sala de Situação (infra), no prazo de 10 dias, contados da ciência desta decisão. 2. Criação de Sala de Situação, para gestão de ações de combate à pandemia quanto aos Povos Indígenas em Isolamento e de Contato Recente, nos seguintes termos: (i) composição pelas autoridades que a União entender pertinentes, bem como por membro da Procuradoria-Geral da República, da Defensoria Pública da União e por representantes indígenas indicados pela APIB; (ii) indicação de membros pelas respectivas entidades, no prazo de 72 horas a contar da ciência desta decisão, apontando-se seus respectivos nomes, qualificações, correios eletrônicos e telefones de contato, por meio de petição ao presente juízo; (iii) convocação da primeira reunião da Sala de Situação, pela União, no prazo de 72 horas, a contar da indicação de todos os representantes, por correio eletrônico com aviso de recebimento encaminhado a todos eles, bem como por petição ao presente juízo; (iv) designação e realização da primeira reunião, no prazo de até 72 horas da convocação, anexada a respectiva ata ao processo, para ciência do juízo. III.2. QUANTO A POVOS INDÍGENAS EM GERAL 1. Inclusão, no Plano de Enfrentamento e Monitoramento da Covid-19 para os Povos Indígenas (infra), de medida emergencial de contenção e isolamento dos invasores em relação às comunidades indígenas ou providência alternativa, apta a evitar o contato. 2. Imediata extensão dos serviços do Subsistema Indígena de Saúde aos povos aldeados situados em terras não homologadas. 3. Extensão dos serviços do Subsistema Indígena de Saúde aos povos indígenas não aldeados, exclusivamente, por ora, quando verificada

ADPF 709 MC-REF / DF

barreira de acesso ao SUS geral. 4. Elaboração e monitoramento de um Plano de Enfrentamento da COVID-19 para os Povos Indígenas Brasileiros pela União, no prazo de 30 dias contados da ciência desta decisão, com a participação do Conselho Nacional de Direitos Humanos e dos representantes das comunidades indígenas, nas seguintes condições: (i) indicação dos representantes das comunidades indígenas, tal como postulado pelos requerentes, no prazo de 72 horas, contados da ciência dessa decisão, com respectivos nomes, qualificações, correios eletrônicos e telefones de contatos, por meio de petição ao presente juízo; (ii) apoio técnico da Fundação Oswaldo Cruz e do Grupo de Trabalho de Saúde Indígena da Associação Brasileira de Saúde Coletiva – ABRASCO, cujos representantes deverão ser indicados pelos requerentes, no prazo de 72 horas a contar da ciência desta decisão, com respectivos nomes, qualificações, correios eletrônicos e telefones de contato; (iii) indicação pela União das demais autoridades e órgãos que julgar conveniente envolver na tarefa, com indicação dos mesmos elementos. 63. Observa-se, por fim, que todos os prazos acima devem ser contados em dias corridos e correrão durante o recesso. O término do recesso coincidirá aproximadamente com a conclusão da elaboração dos planos e seu exame pelo juízo, de modo que não há risco de concretização de medidas irreversíveis antes do retorno do Supremo Tribunal Federal a pleno funcionamento, ressalvadas novas situações emergenciais que possam ocorrer no período e que demandem interferência imediata. 64. A implementação das cautelares não prejudica que se dê continuidade a todas as ações de saúde já em curso e planejadas em favor das comunidades indígenas, que não devem ser interrompidas. CONCLUSÃO 65. Por todo o exposto, defiro parcialmente as cautelares postuladas pelos requerentes, nos termos e condições previstos acima (item III)”, vencidos parcialmente o Ministro Edson Fachin, que deferia a liminar em maior amplitude, e o Ministro Ricardo Lewandowski, que acompanhava o Relator e estabelecia prazos. Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello e Cármen Lúcia.

Brasília, 05 de agosto de 2020

MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - RELATOR

03/08/2020

PLENÁRIO

**REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA ARGUIÇÃO DE
DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 709 DISTRITO FEDERAL**

RELATOR : **MIN. ROBERTO BARROSO**
REQTE.(S) : ARTICULAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS DO
BRASIL (APIB)
ADV.(A/S) : LUIZ HENRIQUE ELOY AMADO E OUTRO(A/S)
REQTE.(S) : PARTIDO SOCIALISTA BRASILEIRO - PSB
ADV.(A/S) : DANIEL ANTONIO DE MORAES SARMENTO
REQTE.(S) : PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE (P-SOL)
ADV.(A/S) : ANDRE BRANDAO HENRIQUES MAIMONI
REQTE.(S) : PARTIDO COMUNISTA DO BRASIL
ADV.(A/S) : PAULO MACHADO GUIMARAES
REQTE.(S) : REDE SUSTENTABILIDADE
ADV.(A/S) : DANIEL ANTONIO DE MORAES SARMENTO
REQTE.(S) : PARTIDO DOS TRABALHADORES
ADV.(A/S) : EUGENIO JOSE GUILHERME DE ARAGAO
REQTE.(S) : PARTIDO DEMOCRATICO TRABALHISTA
ADV.(A/S) : LUCAS DE CASTRO RIVAS
INTDO.(A/S) : UNIÃO
PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
INTDO.(A/S) : FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL FEDERAL
AM. CURIAE. : CONSELHO INDIGENISTA MISSIONARIO CIMI
ADV.(A/S) : RAFAEL MODESTO DOS SANTOS
AM. CURIAE. : CONECTAS DIREITOS HUMANOS - ASSOCIAÇÃO
DIREITOS HUMANOS EM REDE
ADV.(A/S) : JULIA MELLO NEIVA
ADV.(A/S) : GABRIEL DE CARVALHO SAMPAIO
ADV.(A/S) : GABRIEL ANTONIO SILVEIRA MANTELLI
ADV.(A/S) : THIAGO DE SOUZA AMPARO
AM. CURIAE. : ISA INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL
ADV.(A/S) : JULIANA DE PAULA BATISTA
AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL
AM. CURIAE. : MOVIMENTO NACIONAL DE DIREITOS HUMANOS

ADPF 709 MC-REF / DF

- MNDH

ADV.(A/S) :CARLOS NICODEMOS OLIVEIRA SILVA

AM. CURIAE. :CONSELHO INDIGENA TAPAJOS E ARAPIUNS

AM. CURIAE. :TERRA DE DIREITOS

ADV.(A/S) :LUCIANA CRISTINA FURQUIM PIVATO E
OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. :COMISSAO GUARANI YVYRUPA

ADV.(A/S) :ANDRE HALLOYS DALLAGNOL

ADV.(A/S) :GABRIELA ARAUJO PIRES

RELATÓRIO:

1. Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental proposta pela Articulação dos Povos Indígenas do Brasil – APIB, pelo Partido Socialista Brasileiro – PSB, pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, pelo Partido Comunista do Brasil – PC do B, pelo Rede Sustentabilidade – Rede, pelo Partido dos Trabalhadores – PT e pelo Partido Democrático Trabalhista – PDT. A ação tem por objeto 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).

2. 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*. São historicamente mais suscetíveis a doenças infectocontagiosas, por sua menor exposição a tais patologias. Detêm, em segundo lugar, maior *vulnerabilidade sociocultural*: seu modo de vida tradicional é geralmente

ADPF 709 MC-REF / DF

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 que, segundo dados da APIB, a taxa de mortalidade por COVID-19 entre indígenas é de 9,6%, contra 5,6% na população brasileira em geral.

3. Por fim, os requerentes aludem, ainda, à *vulnerabilidade política* dos povos indígenas. Trata-se, afirmam, de grupos minoritários, cujas práticas culturais e condições geográficas não favorecem a viabilidade 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, tais como: educação, saneamento básico e saúde. Afirmam que 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.

4. No que respeita especificamente à presente ação, os requerentes imputam os seguintes atos comissivos e/ou omissivos ao Poder Público: (i) a não contenção de invasões à 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; (ii) 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; (iii) 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

ADPF 709 MC-REF / DF

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; (iv) 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.

5. Com base em tais argumentos, requerem, em sede cautelar:

“(a) Seja determinada à União Federal que tome imediatamente todas as medidas necessárias para que sejam instaladas e mantidas barreiras sanitárias para proteção das terras indígenas em que estão localizados povos indígenas isolados e de recente contato. As terras são as seguintes: 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, Mamoodate, Massaco, Piriipkura, 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.

(b) Seja determinado à União Federal que providencie o efetivo e imediato 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”(art. 12 da Portaria Conjunta n. 4.094/2018, do Ministério da Saúde e da Funai), o qual deve necessariamente passar a contemplar, em sua composição,

ADPF 709 MC-REF / DF

representantes do Ministério Público Federal, da Defensoria Pública da União e dos povos indígenas, estes indicados pela APIB.

(c) Seja determinado à 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.

(d) Seja determinado à União Federal que os 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.

(e) Seja determinado ao Conselho Nacional de Direitos Humanos (CNDH) que, com auxílio técnico das equipes competentes da Fundação Oswaldo Cruz do Grupo de Trabalho de Saúde Indígena da Associação Brasileira de Saúde Coletiva (ABRASCO), e participação de representantes dos povos indígenas, elabore, em 20 dias, plano de enfrentamento da COVID-19 para os povos indígenas brasileiros, com medidas concretas, e que se tornará vinculante após a devida homologação pelo relator desta ADPF. Os representantes dos povos indígenas na elaboração do plano devem ser indicados pela APIB (pelo menos três) e pelos Presidentes dos Conselhos Distritais de Saúde Indígena (pelo menos três).

(f) Após a homologação do plano referido acima, seja determinado o seu cumprimento pelo Estado brasileiro, delegando-se o seu monitoramento ao Conselho Nacional de Direitos Humanos, com auxílio técnico da equipe competente da Fundação Oswaldo Cruz, e participação de representantes dos povos indígena, nos termos referidos no item anterior”.

6. Diante da urgência do caso, determinei a intimação do Exmo. Sr. Presidente da República, do Exmo. Sr. Procurador-Geral da

ADPF 709 MC-REF / DF

República e da Advocacia-Geral da União, no prazo de 48 horas, para manifestação, de forma a evitar que a cautelar fosse apreciada *inaudita altera pars*.

7. A Advocacia-Geral da União apresentou manifestação, acompanhada de informações da Controladoria-Geral da União, do Ministério da Defesa, do Ministério da Justiça, do Ministério da Saúde e da Secretaria Especial de Saúde Indígena – SESAI. Em sua manifestação, a AGU afirma, em breve síntese: (i) a inadmissibilidade da ação, por ausência de subsidiariedade; (ii) a ocorrência de suspensão dos ingressos de terceiros nas terras de povos indígenas em isolamento; (iii) o caráter complementar da atuação da SESAI com relação ao SUS, que expressaria uma opção razoável de política pública em matéria de saúde; (iv) o risco de colapso do atendimento da SESAI, caso se expanda sua atuação para povos indígenas em área urbana (não aldeados); (v) a impossibilidade de alteração de tal política pública pelo Judiciário, sob pena de violação ao princípio da separação dos Poderes; (vi) a existência de uma multiplicidade de normas e planos de contingência nacional e distrital para enfrentamento da pandemia entre povos indígenas, bem como a criação de Equipes de Resposta Rápida (ERR) e de Comitês de Gestão de Crise (CGC).

8. As informações da AGU não mencionam propriamente a criação de barreiras sanitárias para a proteção de povos indígenas em isolamento ou de recente contato, com uso de força, se necessário, para impedir a entrada em suas áreas. Aludem apenas a uma determinação de suspensão de ingresso de terceiros em tais terras. Também não negam a afirmação, constante da inicial, de que a SESAI excluiu do escopo de sua atuação os povos indígenas aldeados, cujas terras ainda estejam pendentes de homologação. Tal fato é, portanto, incontroverso. As informações prestadas pelos demais órgãos alegam a ilegitimidade ativa da APIB para deflagrar o controle concentrado da constitucionalidade; relatam operações da Polícia Federal, da Polícia Rodoviária Federal, da

ADPF 709 MC-REF / DF

Força Nacional de Segurança e das Forças Armadas, voltadas à proteção de terras indígenas, incluída a menção à criação de barreira sanitária fluvial em circunstâncias específicas pelas Forças Armadas. Referenciam operações de combate a ilícitos, de contenção de invasões e de desintrusão de invasores. Aludem, ainda, à prestação de assistência à saúde, à entrega de cestas básicas, de equipamentos, à criação de boletins, protocolos, campanhas educativas e a uma multiplicidade de outras iniciativas voltadas à proteção de diversos povos indígenas. Observam que os recursos materiais e humanos disponíveis para o combate a uma pandemia com tais proporções são limitados, que há maior capacidade institucional e expertise técnica por parte de tais órgãos do que por parte do Judiciário, e que a interferência desse último Poder pode desorganizar as políticas em andamento e produzir impacto adverso sobre a proteção de tais povos.

9. Faço o registro do *admirável empenho da Advocacia-Geral da União e de todas as demais instituições antes mencionadas em contribuir com informações para esse juízo*, em tempo extremamente exíguo, para fornecer-lhe elementos para apreciação da cautelar. À luz dos fatos narrados, deferi parcialmente a cautelar, em decisão assim ementada:

Ementa: Direitos fundamentais. Povos indígenas. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. TUTELA DO DIREITO À VIDA E À SAÚDE DOS POVOS INDÍGENAS FACE À PANDEMIA DA COVID-19. CAUTELARES PARCIALMENTE DEFERIDAS.

1. Ação que tem por objeto falhas e omissões do Poder Público no combate à pandemia da COVID-19 entre os Povos Indígenas, com alto risco de contágio e mesmo de extermínio de etnias.

2. A Articulação dos Povos Indígenas do Brasil – APIB possui legitimidade ativa para propor ação direta perante o Supremo Tribunal Federal e, bem assim, os partidos políticos que assinam a petição inicial.

PREMISSAS DA DECISÃO

ADPF 709 MC-REF / DF

3. Os Povos Indígenas são especialmente vulneráveis a doenças infectocontagiosas, para as quais apresentam baixa imunidade e taxa de mortalidade superior à média nacional. Há indícios de expansão acelerada do contágio da COVID-19 entre seus membros e alegação de insuficiência das ações promovidas pela União para sua contenção.

4. Os Povos Indígenas têm o direito de participar da formulação e execução das ações de saúde que lhes são destinadas. Trata-se de direito assegurado pela Constituição de 1988 e pela Convenção 169 da OIT, que é norma interna no Brasil.

5. A análise aqui desenvolvida observou três diretrizes: (i) os princípios da precaução e da prevenção, no que respeita à proteção à vida e à saúde; (ii) a necessidade de diálogo institucional entre o Judiciário e o Poder Executivo, em matéria de políticas públicas decorrentes da Constituição; e (iii) a imprescindibilidade de diálogo intercultural, em toda questão que envolva os direitos de povos indígenas.

PEDIDOS FORMULADOS

6. Na ação são formulados pedidos específicos em relação aos povos indígenas em isolamento ou de contato recente, bem como pedidos que se destinam aos povos indígenas em geral. Tais pretensões incluem a criação de barreiras sanitárias, a instalação de sala de situação, a retirada de invasores das terras indígenas, o acesso de todos os indígenas ao Subsistema Indígena de Saúde e a elaboração de plano para enfrentamento e monitoramento da COVID-19.

7. Todos os pedidos são relevantes e pertinentes. Infelizmente, nem todos podem ser integralmente acolhidos no âmbito precário de uma decisão cautelar e, mais que tudo, nem todos podem ser satisfeitos por simples ato de vontade, caneta e tinta. Exigem, ao revés, planejamento adequado e diálogo institucional entre os Poderes.

DECISÃO CAUTELAR

Quanto aos pedidos dos povos indígenas em isolamento e de contato recente

ADPF 709 MC-REF / DF

8. 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.

9. Determinação de instalação da Sala de Situação, como previsto em norma vigente, para gestão de ações de combate à pandemia quanto 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.

Quanto aos povos indígenas em geral

10. A retirada de invasores das terras indígenas é medida imperativa e imprescindível. Todavia, não se trata de questão nova e associada à pandemia da COVID-19. A remoção de dezenas de milhares de pessoas deve considerar: a) o risco de conflitos; e b) a necessidade de ingresso nas terras indígenas de forças policiais e militares, agravando o perigo de contaminação. Assim sendo, sem prejuízo do dever da União de equacionar o problema e desenvolver um plano de desintrusão, fica determinado, por ora, que seja incluído no Plano de Enfrentamento e Monitoramento da COVID-19 para os Povos Indígenas, referido adiante, medida emergencial de contenção e isolamento dos invasores em relação às comunidades indígenas ou providência alternativa apta a evitar o contato.

11. 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.

12. 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

ADPF 709 MC-REF / DF

especificados na decisão. 13. Cautelar parcialmente deferida.

10. A decisão cautelar buscou, essencialmente, promover um **diálogo institucional** entre esta Corte e o Poder Executivo, de forma a possibilitar a construção de uma solução para a questão indígena que contasse com o apoio e a expertise deste poder. Buscou, ainda, estabelecer um **diálogo intercultural** entre Poder Executivo, Poder Judiciário e povos indígenas, prática que, além de ser determinada por documentos internacionais de que o Brasil é signatário, abre caminho para que os principais afetados pela política pública em questão possam contribuir para seu aperfeiçoamento.

11. Proferida a cautelar, a União: (i) instalou a Sala de Situação para tratar da questão sanitária relacionada aos Povos Indígenas Isolados e de Recente Contato, realizando duas reuniões em seu âmbito; (ii) apresentou plano de instalação de barreiras sanitárias em favor de tais povos, ainda pendente de exame por este Juízo; (iii) realizou diversas reuniões do grupo de trabalho direcionado à formulação de um plano de combate ao enfrentamento da pandemia entre os povos indígenas em geral. Todas as referidas iniciativas têm contado com a participação de representantes dos povos indígenas e de especialistas, técnicos e sanitaristas por eles indicados.

12. Na sequência, abri prazo para manifestação da Articulação dos Povos Indígenas do Brasil, da Procuradoria Geral da República e da Defensoria Pública da União, acerca do plano de instalação de barreiras sanitárias já apresentado.

13. Deferi, por fim, o ingresso, a título de *amicus curiae*, das seguintes entidades e instituições: (i) Conselho Indigenista Missionário CIMI; (ii) Conectas Direitos Humanos, Associação de Direitos Humanos em Rede e Instituto Socioambiental ISA (por meio de petição conjunta); (iii) Defensoria Pública da União; (iv) Movimento Nacional de Direitos Humanos - MNDH; (v) Conselho Indígena Tapajós Arapiuns CITA e

ADPF 709 MC-REF / DF

Terra de Direitos (também por petição conjunta); (vi) Comissão Guarani Yvyrupa CGY; (vii) União dos Povos Indígenas do Vale do Javari – UNIVAJA.

É o relatório.

03/08/2020

PLENÁRIO

**REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA ARGUIÇÃO DE
DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 709 DISTRITO FEDERAL****ANTECIPAÇÃO AO VOTO****O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)**

- Senhor Presidente, Prezados Colegas, Senhoras Ministras, cumprimento os ilustres Advogados que estiveram na tribuna e que se pronunciaram nos autos - inclusive com comentários aos planos, que apreciarei em breve -: Doutores Luiz Henrique Eloy Amado, Daniel Sarmento, Lucas de Castro Ribas, Paulo Machado e Guimarães, Pedro Sérgio Vieira Martins e Gustavo Zortéa da Silva, pela Defensoria-Geral da União; e Doutoras Juliana de Paula Batista - pelo ISA -, Gabriela Araújo Pires e Júlia Melo Neiva. Cumprimento, muito particularmente, o Ministro José Levi Mello do Amaral Júnior, Advogado-Geral da União, e o eminente Senhor Procurador-Geral da República, Doutor Augusto Aras.

Presidente, nenhuma das partes envolvidas deu maior destaque ao cabimento da ação, tampouco vou gastar muita energia nesse tópico, porque me parece fora de dúvida o cabimento da ADPF nesta hipótese. Há preceitos fundamentais em jogo, estamos falando do direito à vida, do direito à saúde e do direito de as comunidades indígenas viverem de acordo com suas tradições culturais. Existem atos do poder público que, na petição inicial, foram apontados como insuficientes, alguns como inexistentes, e há preenchimento do requisito da subsidiariedade na medida em que não há outra ação direta apta a acudir os pedidos aqui formulados.

Quanto à legitimação ativa, faço uma breve referência, Presidente. Evidentemente, os partidos políticos que propõem a ação têm legitimação universal e, portanto, fora de dúvida seu direito de propositura. Merece breve destaque - embora na linha da evolução da jurisprudência do Supremo - a admissão da participação da Articulação dos Povos Indígenas do Brasil - APIB, que representa legitimamente as comunidades indígenas e - assim entendi - beneficia-se da flexibilização

ADPF 709 MC-REF / DF

de nossa jurisprudência na caracterização do que devemos entender como entidades de classe para fins de propositura de ação direta.

Como todos sabemos, em um primeiro momento, por algum tempo se entendeu como entidade de classe apenas o conjunto de pessoas ligadas por uma mesma atividade econômica ou profissional. Porém, nos últimos tempos, temos tido precedentes - um, meu mesmo, outro, do eminente Ministro Marco Aurélio - em que passamos a admitir também entidades representativas da defesa dos direitos fundamentais de grupos vulneráveis. Ainda que assim não fosse, no caso específico das comunidades indígenas, aplicar-se-ia o artigo 232 da Constituição, que tem a seguinte dicção:

"Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo."

De modo que, Presidente, não teria dúvida, nas circunstâncias, de reconhecer também a legitimação ativa da APIB.

Por essa razão, Presidente, entendendo que essa seja matéria tranquila para todos, passo diretamente à questão de mérito.

Minha decisão vai ser relativamente breve, porque é uma ratificação de cautelar a qual todos já tivemos conhecimento e que, salvo alguns pontos específicos que vou enfrentar, tem a concordância de todos os envolvidos.

Gostaria de pontuar que minha decisão cautelar se assentou em três premissas que considero importante enunciar. A primeira delas é o princípio da prevenção ou da precaução. Nas matérias que envolvam a vida e a saúde das pessoas, a jurisprudência do Supremo é relativamente tranquila no sentido de que se adotem todas as medidas protetivas cabíveis, desde que razoáveis e proporcionais.

A primeira preocupação que me moveu foi a proteção da vida e da saúde desses grupos, inclusive pelo risco de extinção de etnias caso a doença se espalhe de forma descontrolada. Essa foi, portanto, a primeira premissa da decisão: salvar o maior número possível de vidas e preservar etnias. Tratava-se de vida e saúde e os princípios da precaução e da

ADPF 709 MC-REF / DF

prevenção recomendam o máximo de cuidado razoavelmente ministrável.

A segunda premissa de minha decisão, Presidente e eminentes Colegas, foi estabelecer um diálogo institucional. A concretização das políticas públicas aqui necessárias depende diretamente da atuação da União Federal, por intermédio do Ministério da Saúde e, inclusive e sobretudo, das Forças Armadas. Registro que as Forças Armadas já vêm atuando em alguma medida no enfrentamento da pandemia, na entrega de cestas básicas, suprimentos e materiais de saúde a diversas comunidades indígenas.

Disse isso em minha decisão e reitero que a participação das Forças Armadas - inclusive para instalação de barreiras sanitárias - é indispensável. Registro aqui - o Ministro José Levy do Amaral já tocou nesse ponto - também depoimento pessoal de ter comparecido à Região da fronteira Norte do Brasil, a convite do Ministro da Defesa, General Fernando Azevedo Silva, que honrou o Supremo na assessoria do nosso Presidente, Ministro José Dias Toffoli. A meu pedido, fomos interagir com uma comunidade indígena yanomami. Fomos a São Gabriel da Cachoeira e a Maturacá, onde existe um pelotão de fronteira. Lá, pude testemunhar - preciso dizer que com prazer e mesmo, orgulho - a relação de consideração e respeito com que esse pelotão de fronteira - oficiais militares lá estacionados - tratavam a comunidade indígena. Inclusive, diversos integrantes do pelotão, portanto, diversos militares, eram indígenas ou pessoas que tinham ascendência dessa natureza. O País anda com tanta notícia ruim que gostaria de dar esse depoimento extremamente positivo, para que as pessoas saibam que há um trabalho bonito e bem feito na região de fronteira, não apenas para proteção da soberania nacional, mas também integração com as comunidades indígenas que assim desejam. Penso que essas comunidades também têm todo o direito de optarem pelo isolamento que, de certa forma, é a melhor maneira de preservar sua cultura e tradições, sem contaminação com a civilização, cuja cultura envolvente, muitas vezes, é devastadora para essas comunidades.

ADPF 709 MC-REF / DF

Prosseguindo no que queria dizer, não tem como o Judiciário elaborar esses planos e dar-lhes execução, e, por essa razão, o diálogo institucional entre os Poderes Judiciário e Executivo é imperativo.

Em meu caso específico, de longa data defendo em teoria e pude aplicar, na prática, a ideia de que, muitas vezes, melhor do que a ingerência direta é a instalação de um diálogo institucional em que se abra prazo para apresentação de planos e projetos e, depois, verifique-se e monitore-se o nível de satisfatoriedade e execução desses planos.

Essa foi a segunda premissa: estabelecer um diálogo institucional construtivo entre Judiciário e Executivo - no caso, mediado, com empenho e maestria, pelo Doutor José Levi do Amaral.

Preciso dizer que uma de minhas preocupações nesse caso e em minha decisão foi não me limitar a uma declaração de princípios, e, sim, empenhar-me para que alguma coisa efetiva fosse feita na maior extensão e da maneira mais célere possíveis. Por essa razão, em parceria com o Doutor Levi, pessoalmente falei com o General Augusto Heleno, do Gabinete de Segurança Institucional; com o Secretário Executivo, General Bastos; com a Ministra Damares Alves, e, anteriormente, havia falado com os Advogados das comunidades indígenas, Doutores Eloi, Daniel e Juliano.

A terceira e última premissa de minha decisão que gostaria de destacar, Presidente, foi estabelecer um diálogo intercultural entre nossa própria cultura e a cultura indígena, porque me parecia imprescindível para a solução adequada desses problemas. As comunidades indígenas têm que expressar suas necessidades e auxiliar o Estado na busca das soluções cabíveis e possíveis, inclusive porque é preciso ter em conta que as comunidades têm suas particularidades, peculiaridades e tradições culturais, muitas vezes, diversas. Há um certo antropocentrismo em que se condicionou achar que os índios são todos iguais, são a mesma coisa. Na verdade, são culturas e tradições diferentes, que têm o direito de vocalizar seus interesses e pretensões.

A participação das comunidades indígenas, a meu ver, além de decorrer de um princípio de justiça natural - porque estamos tratando da

ADPF 709 MC-REF / DF

vida, da terra e da cultura deles - também decorre de tratados internacionais que determinam que sejam ouvidos e considerados em todas as questões que digam respeito a seus povos, conforme decorre da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho.

Presidente, com base nessas três premissas - princípio da precaução e da prevenção, diálogo institucional e diálogo intercultural -, enfrentei os pedidos cautelares formulados na longa, detalhada e especialmente bem formulada petição inicial da IBI e dos partidos políticos.

Passo, Presidente, a expor e defender as medidas cautelares que me parecem bem deferir. É preciso fazer uma distinção - às vezes, não facilmente perceptível - de que havia pedidos cautelares de duas ordens, de duas naturezas. Na primeira categoria, os pedidos voltados à proteção das comunidades indígenas isoladas ou de contato recente - havia pedidos específicos em relação a elas. Os outros pedidos eram em relação às comunidades indígenas em geral. Ao enfrentar os pedidos, também os dividi nessas duas categorias.

Começo pelas medidas cautelares relativas aos povos indígenas em isolamento ou de contato recente. Em relação a essas comunidades, a medida cautelar determinou a instalação de barreiras sanitárias que impeçam o ingresso de pessoas não pertencentes às comunidades indígenas nas áreas a elas demarcadas. Essa foi a primeira e, talvez, a mais importante decisão: a necessidade de instalação de barreiras sanitárias.

Porém, a mim me pareceu bem, em lugar de simplesmente determinar, em uma declaração de princípios que poderia se dissipar sem maiores consequências, a instalação de barreiras sanitárias, determinei à União que apresentasse ela própria, dentro do prazo de dez dias, um plano para a instalação dessas barreiras sanitárias. Evidentemente, a instalação de barreiras sanitárias envolve a identificação dos locais de instalação, do pessoal que vai ocupar essas barreiras e dos equipamentos necessários para essa providência.

Não me pareceu dentro da capacidade institucional em medida cautelar do Poder Judiciário fixar todas essas necessidades e demandas.

ADPF 709 MC-REF / DF

Por essa razão, a opção tomada foi determinar ao Governo Federal que apresentasse um plano para a instalação dessas barreiras sanitárias.

Aí vem a segunda determinação: um plano que fosse elaborado ouvida a sala de situação. Essa foi a segunda determinação: a criação de uma sala de situação para deliberar acerca da gestão de ações de combate à pandemia, com a participação, evidentemente, da União - Governo Federal e representantes por ele indicados -, mas também de representantes das comunidades indígenas, do Ministério Público - indicado pela Procuradoria-Geral da República - e da Defensoria-Geral da União - um pouco como uma curadoria de grupos vulneráveis. Determinei o acompanhamento por uma assessora do meu Gabinete, e, por indicação e pedido do Senhor Presidente do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça, também indiquei a Doutora Maria Thereza Uille Gomes, representando, digamos, institucionalmente, o Poder Judiciário e a comissão específica que existe no Conselho Nacional de Justiça para acompanhamento da questão indígena.

Essas foram as duas principais decisões. Na verdade, foram os dois pedidos e as duas cautelares que concedi: a apresentação de um plano para a instalação de barreiras sanitárias e a constituição de uma sala de situação com essa composição.

A sala de situação foi efetivamente composta. Infelizmente, a primeira reunião teve problema técnicos severos, quando a comunicação foi quase impossível. Determinamos um novo recomeço, digamos assim, em que a plataforma tecnológica funcionou bem e o diálogo e interação foram possíveis - com as divergências próprias, porque se houvesse consenso em relação a tudo, o problema seria muito mais fácil de resolver, não precisaríamos de sala de situação, muito menos de ação judicial.

Há um debate intercultural em que cabe às comunidades apresentarem suas reivindicações, e cabe ao Governo expor suas possibilidades e limites. Aí, então, este Juízo deliberará sobre o máximo que é possível para assegurar a vida e a saúde dos integrantes dessas comunidades.

ADPF 709 MC-REF / DF

A segunda linha de medidas cautelares diz respeito aos povos indígenas em geral.

Presidente, eminentes Colegas, Senhor Advogado-Geral da União, Senhor Procurador-Geral da República, ilustres Advogados que participam deste julgamento, aí vem a questão mais difícil e complexa de todas em relação não só a este julgamento, mas relativamente à questão indígena, à questão ambiental e à questão fundiária no Brasil, que diz respeito à retirada dos invasores.

Disse, com todas as letras, em minha decisão, na ementa e no corpo da decisão, que a remoção de invasores de terras indígenas é medida imperativa, imprescindível e é dever da União. É inaceitável a inação do Governo Federal - não deste, não de um governo específico; de qualquer um e, talvez, de todos até aqui, em alguma medida -, em relação a esse fato: as invasões nas terras indígenas - inclusive porque essas invasões vêm associadas à prática de diferentes crimes ambientais. Não apenas a invasão de áreas demarcadas asseguradas constitucionalmente oferece grave risco às comunidades indígenas, como são para práticas de crimes. Crimes como desmatamento e queimadas - punidos por lei; extração ilegal de madeira e degradação da floresta.

Desmatamento e degradação são primos, mas não são a mesma coisa: desmatamento é retirar ostensivamente toda a vegetação da área, ao passo que degradação é retirar as árvores mais nobres, deixando o remanescente, mas aí a floresta já não consegue mais cumprir sua função ecológica, inclusive preservação das espécies, porque arrancar essas árvores nobres leva à extinção das espécies que elas abrigavam. Não é pequena a consequência da degradação, não é pequena a consequência do desmatamento.

O mundo não nos está olhando horrorizado por acaso. Há consequências para o ciclo da água, para a biodiversidade e para a mudança climática. Espero que o Brasil, por sua sociedade e seu governo, tenha acordado para a importância do papel que representamos para o mundo - com grande atraso, mas não tarde demais. Temos o dever de criar uma economia sustentável, sobretudo para a Amazônia, para que a

ADPF 709 MC-REF / DF

preservação da floresta valha mais que a ambição de a derrubar. Como observou o pesquisador Beto Veríssimo, o desmatamento dos últimos quarenta anos elevou o produto interno bruto da Amazônia - onde estão a maior parte das comunidades indígenas - em mínimo percentual. Já destruímos quase 20% da floresta sem melhorar a qualidade de vida dos quase 25 milhões de pessoas que vivem naquela região.

Além da extração ilegal de madeira, temos também garimpo e mineração ilegais, que faz com que estados como Roraima sejam os principais exportadores de ouro do Brasil sem produzir nenhum grama, em prejuízo para o meio ambiente e para o País.

Faço a observação de que estas invasões nas terras indígenas se dão para a prática de crimes e, portanto, é importante para a preservação da Amazônia, investir em atividades econômicas alternativas e sustentáveis, para fazer com que a floresta valha mais de pé do que derrubada. Não reprimir esses crimes é gravíssimo, é um crime de lesa-pátria e incentivá-los ultrapassa todos os limites do absurdo.

Quanto à questão da retirada dos invasores, Presidente, disse eu, em minha decisão, sobre essa questão complexa, em relação à qual não quis fazer uma mera declaração de princípios, mas pensar em uma forma de enfrentar efetivamente o problema:

"Sobre o ponto, não há dúvida de que a remoção é imperativa e de que a presença de tais grupos em terras indígenas constitui violação do direito de tais povos ao seu território, à sua cultura e ameaça à sua vida e saúde. Está presente, portanto, a verossimilhança do direito alegado.

Entretanto, a situação não é nova, nem guarda relação com a pandemia. Trata-se de um problema social gravíssimo, presente em diversas terras indígenas e unidades de conservação, de difícil resolução, dado o grande contingente de pessoas (...)."

Observo que a própria petição inicial registrou que, apenas em uma das sete áreas, havia mais de vinte mil invasores. Não há, infelizmente, como equacionar e solucionar esse problema nos limites de uma medida cautelar e não tive a pretensão de resolvê-lo simplesmente com vontade política, caneta e tinta. É preciso um plano para isso. Digo eu mais, em

ADPF 709 MC-REF / DF

minha decisão:

"É certo, porém, que a União deve se organizar para enfrentar o problema, que só faz crescer. Acrescente-se aqui, que segundo narrativa dos próprios requerentes, os autores da ação, o ingresso de pessoas estranhas às comunidades em suas terras gera o risco de contágio. Os requerentes inclusive atribuem tal contágio a equipes médicas do Ministério da Saúde de das Forças Armadas - consta da inicial.

Há, portanto, considerável *periculum in mora* inverso na determinação imediata da retirada tal como postulada, já que ela implicaria o ingresso de forças militares e policiais em terra indígena, em risco de conflito armado durante a pandemia e, por conseguinte, poderia agravar a ameaça já existente à vida de tais povos."

Com todo o respeito e consideração aos poderosos argumentos invocados da tribuna, ninguém deve imaginar que se retiram com um estalar de dedos, com uma canetada, vinte mil pessoas - só de uma das sete comunidades. É preciso planejamento, inclusive porque ninguém deseja uma guerra armada dentro da comunidade indígena. É preciso um plano e, possivelmente, uma realocação dessas pessoas, ou a mera retirada - não sei. O que sei, de minha experiência urbana mais do que de áreas de floresta, é que essas desocupações não são singelas, nem podem ser feitas com truculência, pura e simplesmente. Disse eu na decisão:

"Assim, é recomendável que se considere, por ora, medida emergencial de contenção e isolamento dos invasores em relação às comunidades indígenas ou providência alternativa apta a evitar o contato."

O cordão sanitário é a medida emergencial que me ocorre mais do que o enfrentamento pela retirada.

Disse eu então, na minha decisão, quanto a esse ponto:

"Diante do exposto, defiro parcialmente a cautelar, para determinar a inclusão, no Plano de Enfrentamento e Monitoramento da Covid-19 para os Povos Indígenas (infra), de medida emergencial de contenção e isolamento dos invasores em relação às comunidades indígenas ou de providência alternativa apta a evitar o contato. "

ADPF 709 MC-REF / DF

Sem prejuízo da elaboração de plano de desintrusão! Disse eu:

"Observo, porém, que é dever da União equacionar o problema das invasões e desenvolver um plano de desintrusão. Portanto, se nenhum plano for desenvolvido a respeito da desintrusão, voltarei ao tema."

Também aqui, pareceu-me mais adequado um diálogo institucional para que a União conceba, com recursos e cronograma próprios, essa desintrusão.

Não quis, com todo o respeito, alimentar a crença - que considero fantasiosa - de que pudesse ser singela a operação de retirar - se multiplicarmos vinte mil por sete, ou ainda que não fossem tantas pessoas - cinquenta, setenta mil pessoas, que não deveriam estar lá, à força de uma penada. É preciso planejamento, mas tem que ter planejamento.

Portanto, minha decisão é no sentido de que seja elaborado um plano de desintrusão, e não uma operação militar com risco de conflito e reação, que, de resto, com a entrada de tropas da Força Nacional, das Forças Armadas e da Polícia Federal, para implementar a medida, prejudicaria - assim penso - as comunidades. De resto, foi o único ponto, dentre as cautelares pedidas, que não atendi da maneira que foi pedido, porque acho que, se fosse viável, seria contraproducente.

Quanto aos demais pontos, Presidente, já caminhando para o fim desse voto, atendendo o pedido formulado na inicial, determinei a imediata extensão dos serviços do Subsistema Indígena de Saúde aos povos aldeados situados em terras não homologadas. O Subsistema Indígena de Saúde, tal como vinha sendo prestado e interpretado pelo Governo, só era prestado nas comunidades indígenas aldeadas em terras homologadas, demarcadas e homologadas. Não se prestava essa assistência às comunidades indígenas aldeadas em terras não demarcadas ou não homologadas. Tanto a Sesai quanto a Funai limitavam esse atendimento às áreas homologadas, encaminhando, mesmo os aldeados em terras não homologadas, para o Sistema Único de Saúde - SUS, que desconhece as necessidades específicas e peculiaridades culturais desses

ADPF 709 MC-REF / DF

povos.

Parece-me, com todas as vênias, errada essa posição da Sesai e da Funai, até porque - considero imprescindível essa observação - o Governo, por decisão política do Presidente - a meu ver, contestável em face da Constituição -, tem afirmado que não homologará sequer mais um centímetro de terra indígena - o que não é, com todas as vênias, uma questão de política discricionária, é uma questão de cumprimento da Constituição. Onde estejam preenchidos os requisitos constitucionais, esse é um ato vinculado.

Seja como for, havia aí uma contradição. Se o Governo não pretende homologar mais nenhuma área indígena e diz que, mesmo os aldeados em área homologada não receberão tratamento médico, a contradição era visceral e, portanto, a mim pareceu por bem estender o atendimento do Sesai também às comunidades aldeadas, ainda que em terras não homologadas.

Esse foi, então, o segundo item da cautelar deferida genericamente para todas as comunidades.

Ainda, Presidente, quanto aos indígenas não aldeados, ou seja, que vivem nas cidades, portanto, de certa forma, aculturados na área urbana, determinei que o Sistema Indígena de Saúde os atendesse, caso não tivessem acesso ao Sistema Único de Saúde. De novo, procurei proferir decisão que fosse equilibrada e pragmática.

Como a decisão já estendia aos índios não aldeados o acesso ao Sistema Indígena de Saúde, o que trará, como o Doutor Levi disse, sobrecarga ao Sistema, pareceu-me que, em medida cautelar, neste juízo provisório, os integrantes das comunidades indígenas que vivem na cidade, em áreas urbanas, fossem atendidos pelo Sistema Único de Saúde e, em faltando o sistema geral, aí sim, pelo sistema específico dos indígenas.

Para ser sincero, o que me pareceu ser o caso real aqui foi não impor uma sobrecarga que o sistema poderia não suportar. Não é nem que ache que os índios que vivem na cidade, que se urbanizaram, não possam ou não devam ter acesso a sistema específico, mas, neste momento, achei que

ADPF 709 MC-REF / DF

poderia ser uma sobrecarga excessiva e, por essa razão - sempre lembrando que estamos em juízo cautelar, ainda virá uma decisão definitiva -, pesando essas circunstâncias, estabeleci esse limite.

Por fim, Presidente, a última decisão foi a determinação de elaboração e monitoramento de um plano de enfrentamento da covid-19, para os povos indígenas brasileiros, pela União, no prazo de trinta dias, com a participação do Conselho Nacional de Direitos Humanos e dos representantes das comunidades indígenas, apoio técnico da Fundação Oswaldo Cruz e do grupo de trabalho indígena da Associação Brasileira de Saúde Coletiva - ABRASCO, e participação do Ministério Público, Defensoria Pública e - após o Presidente Toffoli indicar representante do Conselho Nacional de Justiça para também participar do processo - Conselho Nacional de Justiça, além de uma representante do meu próprio gabinete.

Presidente, esta é a medida que trago à ratificação e que resumo da seguinte forma: quanto aos pedidos dos povos indígenas em isolamento de contato recente, determinei a instalação de barreiras sanitárias e de sala de situação, com a participação das comunidades indígenas, do Ministério Público, da Defensoria Pública-Geral da União, do CNJ, do gabinete e de técnicos que a própria sala de situação venha a convocar.

Com relação aos povos indígenas em geral, no tocante à retirada dos invasores, determinei providência emergencial de um cordão sanitário de isolamento e a elaboração de um plano de desintrusão, que me pareceu pertinente determinar fosse elaborado em dez dias, prazo que estava dando para a medida cautelar.

Relativamente ao acesso dos índios aldeados em áreas não homologadas, determinei a extensão dos serviços específicos para indígenas. Em relação aos que estão em área urbana, determinei a extensão desses serviços específicos se o Sistema Único não os puder atender.

Considero muito importante a elaboração e monitoramento de um plano elaborado por grupo de trabalho no âmbito do Governo Federal. Como disse, um plano emergencial para os isolados e de contato recente

ADPF 709 MC-REF / DF

foi apresentado nos últimos dias da semana passada; hoje vieram as manifestações, e, agora, vou apreciar os resultados e as ações propostas pelo Governo, para homologar um plano ou para determinar alguma complementação ou medida diversa, após ler as manifestações de todos os interessados que chegaram até o dia de hoje.

Presidente, é como estou encaminhando, pedindo aos eminentes Colegas, pelas razões que expus, a ratificação da medida cautelar concedida.

03/08/2020

PLENÁRIO

**REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA ARGUIÇÃO DE
DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 709 DISTRITO FEDERAL**

Ementa: DIREITOS FUNDAMENTAIS. POVOS INDÍGENAS. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. TUTELA DO DIREITO À VIDA E À SAÚDE FACE À PANDEMIA DA COVID-19. CAUTELARES PARCIALMENTE DEFERIDAS.

1. Ação que tem por objeto falhas e omissões do Poder Público no combate à pandemia da COVID-19 entre os Povos Indígenas, com alto risco de contágio e mesmo de extermínio de etnias.

2. A Articulação dos Povos Indígenas do Brasil – APIB possui legitimidade ativa para propor ação direta perante o Supremo Tribunal Federal e, bem assim, os partidos políticos que assinam a petição inicial.

PREMISSAS DA DECISÃO

3. Os Povos Indígenas são especialmente vulneráveis a doenças infectocontagiosas, para as quais apresentam baixa imunidade e taxa de mortalidade superior à média nacional. Há indícios de expansão acelerada do contágio da COVID-19 entre seus membros e alegação de insuficiência das ações promovidas pela União para sua contenção.

4. Os Povos Indígenas têm o direito de participar da formulação e execução das ações de saúde que lhes são destinadas.

ADPF 709 MC-REF / DF

Trata-se de direito assegurado pela Constituição de 1988 e pela Convenção 169 da OIT, que é norma interna no Brasil.

5. A análise aqui desenvolvida observou três diretrizes: (i) os princípios da precaução e da prevenção, no que respeita à proteção à vida e à saúde; (ii) a necessidade de diálogo institucional entre o Judiciário e o Poder Executivo, em matéria de políticas públicas decorrentes da Constituição; e (iii) a imprescindibilidade de diálogo intercultural, em toda questão que envolva os direitos de povos indígenas.

PEDIDOS FORMULADOS

6. Na ação são formulados pedidos específicos em relação aos povos indígenas em isolamento ou de contato recente, bem como pedidos que se destinam aos povos indígenas em geral. Tais pretensões incluem a criação de barreiras sanitárias, a instalação de sala de situação, a retirada de invasores das terras indígenas, o acesso de todos os indígenas ao Subsistema Indígena de Saúde e a elaboração de plano para enfrentamento e monitoramento da COVID-19.

7. Todos os pedidos são relevantes e pertinentes. Infelizmente, nem todos podem ser integralmente acolhidos no âmbito precário de uma decisão cautelar e, mais que tudo, nem todos podem ser satisfeitos por simples ato de vontade, caneta e tinta. Exigem, ao revés, planejamento adequado e diálogo institucional entre os Poderes.

ADPF 709 MC-REF / DF

DECISÃO CAUTELAR

Quanto aos pedidos dos povos indígenas em isolamento e de contato recente

8. 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.

9. Determinação de instalação da *Sala de Situação*, como previsto em norma vigente, para gestão de ações de combate à pandemia quanto 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.

Quanto aos povos indígenas em geral

10. A *retirada de invasores* das terras indígenas é medida imperativa e imprescindível. Todavia, não se trata de questão nova e associada à pandemia da COVID-19. A remoção de dezenas de milhares de pessoas deve considerar: a) o risco de conflitos; e b) a necessidade de ingresso nas terras indígenas de forças policiais e militares, agravando o perigo de contaminação. Assim sendo, sem prejuízo do dever da União de equacionar o problema e desenvolver um plano de desintrusão, **fica determinado**, por ora, que seja incluído no Plano de Enfrentamento e

ADPF 709 MC-REF / DF

Monitoramento da COVID-19 para os Povos Indígenas, referido adiante, medida emergencial de contenção e isolamento dos invasores em relação às comunidades indígenas ou providência alternativa apta a evitar o contato.

11. Determinação de que os *serviços do Subsistema Indígena de Saúde* sejam acessíveis a todos os indígenas aldeados, independentemente de suas terra 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.

12. 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.

13. Voto pela ratificação da cautelar parcialmente deferida.

ADMISSIBILIDADE DA AÇÃO

I. LEGITIMIDADE ATIVA DA APIB E DOS DEMAIS REQUERENTES

1. Reconheço a legitimidade ativa da Articulação dos Povos Indígenas do Brasil – APIB para propor a presente ação, na condição de entidade de classe de âmbito nacional (CF, art. 103, IX). É certo que a

ADPF 709 MC-REF / DF

jurisprudência do Supremo Tribunal Federal limitou a configuração de “entidades de classe” àquelas representativas de pessoas que desempenham a mesma atividade econômica ou profissional. Trata-se, contudo, de entendimento que integra aquilo que se convencionou chamar de jurisprudência defensiva do STF, formada nos primeiros anos de vigência da Constituição de 1988, quando se temia que a ampliação dos legitimados para propor ações diretas pudesse ensejar um grande aumento do volume de casos do controle concentrado.

2. Tal temor não se confirmou, e a referida interpretação acabou reduzindo as oportunidades de atuação do Tribunal na proteção a direitos fundamentais, já que não reconheceu às associações defensoras de direitos humanos (que não constituem representação de categoria profissional ou econômica) a possibilidade de acessá-lo diretamente, em sede concentrada. Dificultou, portanto, a atuação do STF naquela que é uma das funções essenciais de uma Corte Constitucional. Por isso, entendo ser o caso de superar tal interpretação restritiva do conceito de “classe”, que além de obsoleta é incompatível com a missão institucional do Tribunal. Como já tive a oportunidade de afirmar, reconheço como classe *“o conjunto de pessoas ligadas por uma mesma atividade econômica, profissional ou, ainda, pela defesa de interesses de grupos vulneráveis e/ou minoritários cujos membros as integrem”*. Em sentido semelhante: ADPF 527, rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 02.07.2018; e ADI 5291, rel. Min. Marco Aurélio, j. 06.05.2015[1].

3. Vale observar, ademais, que a Constituição assegurou aos indígenas a representação judicial e direta de seus interesses (CF, art. 232), bem como o respeito à sua organização social, crenças e tradições (CF, art. 231). Por essa razão, entendo, ainda, que o fato de a APIB não estar constituída como pessoa jurídica não é impeditivo ao reconhecimento da sua representatividade. Não se pode pretender que tais povos se organizem do mesmo modo que nos organizamos. Assegurar o respeito a seus costumes e instituições significa respeitar os

ADPF 709 MC-REF / DF

meios pelos quais articulam a sua representação à luz da sua cultura.

4. Os demais requerentes são Partidos Políticos com representação no Congresso Nacional, de modo que também detêm legitimidade ativa para a causa.

II. PRECEITO FUNDAMENTAL, ATO DO PODER PÚBLICO E SUBSIDIARIEDADE

5. A ação em exame também atende aos demais requisitos de admissibilidade. 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 de violação 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.

PREMISSAS DA DECISÃO

6. Antes de passar ao exame da cautelar, entendo ser importante explicitar as premissas de que parte essa decisão para evitar equívocos quanto à sua interpretação. Ela observa três diretrizes: (i) os princípios da precaução e da prevenção, no que respeita à proteção à vida e à saúde; (ii) a necessidade de diálogo institucional entre o Judiciário e o Poder Executivo, em matéria de políticas públicas decorrentes da

ADPF 709 MC-REF / DF

Constituição; e (iii) a imprescindibilidade de diálogo intercultural, em toda questão que envolva os direitos de povos indígenas.

7. No que respeita aos *princípios da precaução e da prevenção*, é importante frisar que se alega, na inicial, um risco iminente de extermínio em massa de povos indígenas em decorrência da expansão da pandemia por COVID-19. Em tais circunstâncias, de alegação de risco ao direito à vida e à saúde, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem entendido que as decisões judiciais devem pautar-se por tais princípios. Em caso de dúvida, devem-se adotar as medidas mais protetivas de que se disponha e vedar aquelas cuja segurança seja incerta (CF, arts. 196 e 225)[3]. Nesse sentido: ADPFs 668 e 669, rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 31.03.2020; ADI 5.592, rel. p/ acórdão Min. Edson Fachin, j. 11.09.2019; ADI 4.066, rel. Min. Rosa Weber, j. 24.08.2017; RE 627.189, rel. Min. Dias Tofolli, j. 08.06.2016.

8. É válido registrar, ainda, que se tem verificado grande resistência no governo quanto à concretização dos direitos dos povos indígenas. 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)[4]; “*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)[5]; “*Se eu assumir [a Presidência do Brasil] não terá mais um centímetro quadrado para terra indígena*” (Dourados, Mato Grosso do Sul, 08.02.2018)[6]; “*Reservas indígenas inviabilizam a Amazônia*” (Revista Exame, 13.02.2020)[7]. Esse é o contexto, portanto, em que se insere a presente discussão e que reforça o dever de cuidado por parte do Tribunal quanto a tais povos.

9. Por outro lado, há importantes registros acerca da atuação das Forças Armadas, na entrega de cestas básicas, suprimentos e materiais de saúde a diversas comunidades indígenas, bem como de sua

ADPF 709 MC-REF / DF

atuação, em parceria com o Ministério da Saúde, na atenção médica a tais povos[8]. Há, igualmente, referências à atuação das Forças Armadas em operações de contenção de mineiros ilegais, bem como de criação de barreiras sanitárias fluviais em apoio à Fundação Nacional do Índio - FUNAI[9]. Há, ainda, relatos do Ministério da Justiça, quanto a ações da Polícia Federal e da Polícia Rodoviária Federal no combate a ilícitos, bem como quanto à atuação da Força Nacional de Segurança Pública em medidas de contenção de contágio, na proteção de unidades da FUNAI, na contenção de invasões, em operações de desintrusão de invasores[10]. Há, por fim, inúmeras iniciativas e ações do Ministério da Saúde. Não se pode negar o esforço de tais órgãos no enfrentamento da questão indígena.

10. No que respeita à necessidade de *diálogo institucional*, a presente decisão cautelar – em virtude de sua urgência – é proferida com base em informações inevitavelmente incompletas. As medidas requeridas implicam, ademais, a mobilização de múltiplas instituições e agentes, com expertise técnica e experiência em suas respectivas áreas de atuação. Demandam a tomada de posição sobre temas a respeito dos quais as capacidades institucionais do Supremo Tribunal Federal podem ser limitadas. Nesse sentido, é imprescindível que se estabeleça uma interlocução entre os distintos órgãos do Poder Executivo e o Poder Judiciário, para que se busque, tanto quanto possível, uma solução consensual para o problema posto por essa ação.

11. Finalmente, tratado de direito internacional ratificado e internalizado pelo Brasil determina que decisões acerca da proteção da vida, da saúde e do meio ambiente que envolvam povos indígenas devem necessariamente ser tomadas *com a sua participação*[11]. Como já observado, cada comunidade tem suas particularidades, circunstâncias e cultura próprias. É imprescindível que tais povos possam expressar suas necessidades e auxiliar o Estado na busca de soluções. Por essa razão, toda e qualquer decisão que envolva povos indígenas deve assegurar

ADPF 709 MC-REF / DF

também um *diálogo intercultural*.

12. Nesse sentido, esse relator buscará, tanto quanto possível, atuar como um *facilitador* de decisões e de medidas que idealmente devem envolver diálogos com o Poder Público e com os povos indígenas, sem se descuidar, contudo, dos princípios da precaução e da prevenção.

EXAME DOS PEDIDOS DE CAUTELAR

I. CAUTELARES REQUERIDAS EM FAVOR DOS POVOS INDÍGENAS EM ISOLAMENTO E DOS POVOS INDÍGENAS DE RECENTE CONTATO

13. Povos indígenas em isolamento voluntário (ou povos indígenas não contactados) são aqueles que, por escolha própria, não desejam ter contato constante com a sociedade envolvente. Povos indígenas de recente contato (ou povos indígenas de contato inicial) são aqueles que têm relações embrionárias e incipientes com a sociedade envolvente e que, por conseguinte, dispõem de baixa compreensão de seu idioma, códigos e costumes[12]. Quanto a tais povos, os requerentes postulam o deferimento de medidas cautelares determinando: (i) a instalação de barreiras sanitárias, que impeçam o ingresso de pessoas que não pertençam às suas comunidades; e (ii) a implementação de Sala de Situação para subsidiar a tomada de decisões a respeito da proteção de tais povos. Requerem, ainda, que tal sala conte com representantes do Ministério Público Federal, da Defensoria Pública da União e dos povos indígenas (estes indicados pela APIB).

I.1. BARREIRAS SANITÁRIAS

14. Como já mencionado, a Constituição de 1988 assegura aos povos indígenas o direito à sua “organização social, costumes, línguas, crenças e tradições”, bem como os “direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam” (CF, art. 231). Na mesma linha, a

ADPF 709 MC-REF / DF

Convenção 169 da OIT, vinculante para o Brasil, assegura o direito dos povos indígenas à autodeterminação e à identidade cultural (artigos 2º, 1; 4º, 1 e 2; 5º e 7º)[13]. Veja-se o teor dos referidos dispositivos:

“Artigo 2º

1. Os governos deverão assumir a responsabilidade de desenvolver, **com a participação dos povos interessados**, uma ação coordenada e sistemática com vistas a proteger os direitos desses povos e a garantir o respeito pela sua integridade.

Artigo 4º

1. Deverão ser adotadas as medidas especiais que sejam necessárias para **salvaguardar as pessoas, as instituições, os bens, as culturas** e o meio ambiente dos povos interessados.

2. Tais medidas especiais **não deverão ser contrárias aos desejos expressos livremente pelos povos interessados**.

Artigo 5º

Ao se aplicar as disposições da presente Convenção: a) deverão ser reconhecidos e **protegidos os valores e práticas sociais, culturais religiosos e espirituais** próprios dos povos mencionados e dever-se-á levar na devida consideração a natureza dos problemas que lhes sejam apresentados, tanto coletiva como individualmente;

b) deverá ser **respeitada a integridade dos valores, práticas e instituições** desses povos;

c) deverão ser adotadas, **com a participação e cooperação dos povos** interessados, medidas voltadas a aliviar as dificuldades que esses povos experimentam ao enfrentarem novas condições de vida e de trabalho.

Artigo 7º

1. **Os povos interessados deverão ter o direito de escolher suas, próprias prioridades** no que diz respeito ao processo de desenvolvimento, na medida em que ele afete as suas vidas, crenças, instituições e bem-estar espiritual, bem

ADPF 709 MC-REF / DF

como as terras que ocupam ou utilizam de alguma forma, e de **controlar, na medida do possível, o seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural**. Além disso, esses povos deverão **participar da formulação, aplicação e avaliação dos planos e programas** de desenvolvimento nacional e regional suscetíveis de afetá-los diretamente. [...]”.
(Grifou-se)

15. No que respeita aos povos indígenas em isolamento ou de contato recente, a opção pelo não contato decorre de seu direito à autodeterminação e constitui uma forma de preservar a sua identidade cultural e as suas próprias organizações, usos, costumes e tradições[14]. Nessa medida, o ingresso de qualquer membro exógeno à comunidade, sem a sua autorização, constitui um ilícito. Tais povos têm direito ao isolamento e o Estado tem o dever de assegurá-lo[15].

16. Mas não é só. Na atual situação, em que há uma pandemia em curso, os povos em isolamento e de contato recente são os mais expostos ao risco de contágio e de extinção. Isso ocorre em razão das condições de vulnerabilidade imunológica e sociocultural já narradas. Por essa razão e de acordo com diretrizes internacionais da ONU e da Comissão IDH, 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. Confira-se:

DIRETRIZES DO ALTO COMISSARIADO DA ORGANIZAÇÃO DAS
NAÇÕES UNIDAS PARA ENFRENTAMENTO DA PANDEMIA
(OACNUDH)

“Povos Indígenas

Os Estados devem levar em conta que os povos indígenas têm um conceito diferente de saúde, que inclui a medicina tradicional, e devem consultar e considerar o consentimento

ADPF 709 MC-REF / DF

prévio e informado desses povos, com vistas a desenvolver medidas preventivas para interromper o COVID-19.

Os Estados devem impor medidas que regulem o acesso de todas as pessoas ao território indígena, em consulta e colaboração com as populações envolvidas, especialmente com suas instituições representativas.

Em relação aos povos indígenas que vivem em isolamento voluntário ou na fase inicial de contato, os Estados e outros agentes devem considerá-los como grupos populacionais especialmente vulneráveis. Barreiras para impedir que pessoas de fora acessem seus territórios devem ser rigorosamente gerenciadas para evitar qualquer contato”.

RESOLUÇÃO Nº 1/2020 DA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS SOBRE PANDEMIA E DIREITOS HUMANOS NAS AMÉRICAS (CIDH)

“Povos Indígenas

54. Proporcionar informações sobre a pandemia em seu idioma tradicional, estabelecer sempre que possível facilitadores interculturais que lhes permitam entender claramente as medidas adotadas pelo Estado e os efeitos da pandemia.

55. Respeitar de forma irrestrita o não contato com as cidades e segmentos de cidades indígenas em isolamento voluntário, dados os impactos muito sérios que o contágio do vírus pode representar para sua subsistência e sobrevivência como povo.

56. Tomar medidas reforçadas para proteger os direitos humanos dos povos indígenas no marco da pandemia da COVID-19, levando em consideração que esses grupos direito de receber cuidados de saúde culturalmente relevantes que levem em consideração cuidados preventivos, práticas de cura e medicamentos tradicionais”. (Grifou-se)[16]

17. Embora tais diretrizes não sejam vinculantes, na presente

ADPF 709 MC-REF / DF

situação de incerteza técnica e científica sobre as medidas adequadas ao enfrentamento de uma pandemia de proporções inéditas, ou sobre a forma de proteger os povos indígenas, essas orientações constituem *standards* objetivos e internacionais sobre a matéria, oferecidos por organizações de reconhecida expertise. Devem, por isso, ser levados em conta. Além disso, a própria Advocacia-Geral da União reconhece a necessidade de assegurar o isolamento de tais povos, mencionando, em suas informações, a edição de norma que suspendeu o ingresso de terceiros em seus territórios. Todavia, não cita a criação de barreiras sanitárias como medida adotada para tornar efetiva tal proibição.

18. Já as informações do Ministério da Defesa fazem referência à criação de algumas barreiras sanitárias fluviais, em apoio a ações da FUNAI. Não há, contudo, notícia de um planejamento de criação de barreiras como medida de proteção aos povos em isolamento e de contato recente. A mera existência da norma é insuficiente para que se alcance tal fim, conforme narrativa da APIB. Assim, com base nos argumentos já invocados, nas próprias informações prestadas pela AGU e, ainda, nos princípios da prevenção e da precaução, entendo cabível a criação de barreiras sanitárias que vedem a entrada e a saída do território de povos indígenas em isolamento e de recente contato.

19. Reconheço, ainda, a presença de perigo na demora, dado que há risco iminente de contágio, caso não se criem mecanismos de contenção do ingresso em tais terras.

20. Entretanto, os recursos materiais e de pessoal a serem utilizados em tais barreiras, sua localização, os protocolos sanitários a serem empregados pelos agentes do Estado e demais especificações devem ser determinados pela União, por meio da elaboração de um plano, ouvidos os membros integrantes da “Sala de Situação” (item apreciado a seguir). Na elaboração do plano, a União poderá considerar, com proporcionalidade e razoabilidade: (i) a maior ou menor exposição a

ADPF 709 MC-REF / DF

invasores a que se encontra sujeito cada povo indígena; (ii) os recursos de que dispõe para tais intervenções e seus limites; (iii) a necessidade de atender a pleitos concorrentes de igual urgência para a proteção à vida e à saúde.

21. Diante do exposto, **defiro a 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. O plano deverá ser homologado pelo juízo.

I.2. SALA DE SITUAÇÃO

22. Com relação à Sala de Situação, afirma-se que se trata de decisão política a ser tomada pelo Presidente da República, e que o Poder Judiciário não pode imiscuir-se em tal juízo, sob pena de violação do princípio da separação dos Poderes. Consta-se, contudo, que a criação de Sala de Situação para a gestão da epidemia, no que respeita a povos indígenas e de recente contato, encontra-se prevista em norma federal expedida pelo Ministério da Saúde. Confirma-se:

PORTARIA CONJUNTA Nº 4.094/2018, DO MINISTÉRIO DA SAÚDE E DA FUNAI

“Art. 12. Deverá ser ativada 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.

§ 1º A Sala de Situação terá como objetivos precípuos o compartilhamento e a sistematização de informações, o favorecimento do processo decisório, a organização de respostas para emergências e o monitoramento e avaliação das intervenções realizadas.

§ 2º A Sala de Situação será composta por membros indicados pela SESAI/MS e membros indicados pela FUNAI e

ADPF 709 MC-REF / DF

poderá ser integrada também por colaboradores convidados, com a anuência conjunta de ambos os órgãos.

§ 3º A Sala de Situação será convocada indistintamente pela SESAI/MS ou pela FUNAI.

§ 4º A Sala de Situação não substitui as respectivas competências legais da SESAI/MS e da FUNAI frente à promoção e proteção dos direitos dos Povos Indígenas Isolados e de Recente Contato.” (Grifou-se)

23. Portanto, existe norma federal reconhecendo a necessidade de criação da Sala de Situação e disciplinando a medida. Nessas condições, não há que se falar em interferência do Judiciário sobre Políticas Públicas, mas, sim, em mera implementação judicial de norma federal que não está sendo observada pelo Poder Executivo.

24. Os requerentes postulam, ainda, que participem da Sala de Situação: representantes dos povos indígenas, um membro do Ministério Público Federal e um membro da Defensoria Pública da União. Os primeiros, para que haja participação indígena nos processos decisórios que envolvem a proteção à sua saúde. Os outros dois para assegurar o efetivo funcionamento do órgão, dada a resistência manifestada pela União. O pleito de participação indígena tem respaldo na Convenção 169 da OIT, norma com status supralegal, que estabelece que: (i) os serviços de saúde devem ser planejados e administrados em cooperação com os povos indígenas; e (ii) o Estado deve assegurar a existência de instituições e mecanismos apropriados para administrar os programas que afetam tais povos[17]. Confira-se:

CONVENÇÃO 169 DA OIT:

“Artigo 25

1. Os governos deverão zelar para que sejam colocados à disposição dos povos interessados serviços de saúde adequados ou proporcionar a esses povos os meios que lhes permitam organizar e prestar tais serviços sob a sua própria

ADPF 709 MC-REF / DF

responsabilidade e controle, a fim de que possam gozar do nível máximo possível de saúde física e mental.

2. **Os serviços de saúde** deverão ser organizados, na medida do possível, em nível comunitário. Esses serviços deverão ser **planejados e administrados em cooperação com os povos interessados** e levar em conta as suas condições econômicas, geográficas, sociais e culturais, bem como os seus métodos de prevenção, práticas curativas e medicamentos tradicionais. [...].

Artigo 33

1. A autoridade governamental responsável pelas questões que a presente Convenção abrange deverá se **assegurar de que existem instituições ou outros mecanismos apropriados para administrar os programas que afetam os povos interessados, e de que tais instituições ou mecanismos dispõem dos meios necessários para o pleno desempenho de suas funções.**

2. **Tais programas deverão incluir: a) o planejamento, coordenação, execução e avaliação, em cooperação com os povos interessados,** das medidas previstas na presente Convenção; [...]" (Grifou-se)

25. Nota-se, assim, que a participação de representantes dos povos indígenas no planejamento e na execução dos programas de saúde voltados às suas comunidades constitui direito reconhecido por norma com status supralegal, aprovada pelo Congresso Nacional e pelo Presidente da República. Portanto, também aqui a questão não é de interferência do Poder Judiciário em matéria de política pública. Trata-se, mais uma vez, de fazer cumprir norma que deixou de ser observada pelo Executivo[18].

26. Tampouco procede a alegação de que a pandemia demanda ações emergenciais e velocidade de resposta que autorizariam o afastamento extraordinário da participação indígena. O que se postula nesta ação é a complementação de tais ações com medidas que são

ADPF 709 MC-REF / DF

imprescindíveis para torná-las eficazes e que não foram providenciadas pelo Poder Público, a despeito da sua atuação emergencial. Aí está a relevância e a necessidade da participação. Por isso se requer a elaboração de um plano concreto, com cronograma de implementação e identificação das autoridades responsáveis.

27. Não há dúvida de que existem múltiplas ações em curso. Entretanto, tais ações precisam ser coordenadas e precisam ser complementadas por medidas que não estão em curso. **A criação sistemática de barreiras de proteção aos povos em isolamento e de contato recente não está em curso. A assistência à saúde dos inúmeros povos indígenas localizados nas muitas terras indígenas ainda pendentes de homologação não está em curso, o que os coloca sob risco de perecimento. Esses pontos só estão sendo percebidos porque os indígenas puderam se manifestar.** Está claro, portanto, que tais povos, desde seu ponto de vista, são capazes de identificar providências e medidas, que, se ausentes, podem constituir um obstáculo para a efetividade das ações de saúde já pensadas pela União. Não basta que as ações sejam rápidas. É preciso que sejam eficazes. Portanto, deve-se buscar maior celeridade, mas a participação indígena é indispensável.

28. Por fim, a Convenção prevê que o Poder Público deve assegurar os meios necessários para que as instituições responsáveis pela administração de programas no interesse de tais comunidades funcionem adequadamente. Essa norma parece acolher o pleito de participação da Defensoria Pública da União e do Ministério Público Federal, que poderão apoiar os representantes dos povos indígenas. A Defensoria por seu papel na defesa dos necessitados (CF, art. 134). E o Ministério Público por seu papel de defesa dos direitos e interesses das populações indígenas (CF, art. 129, V), tendo inclusive uma Câmara especializada na matéria, cuja expertise será relevante para o presente processo.

29. Por tais fundamentos, e com base nos princípios da

ADPF 709 MC-REF / DF

precaução e da prevenção, reconheço a verossimilhança do direito à criação de uma Sala de Situação. O perigo na demora está indiscutivelmente presente, pelas razões já apontadas. A sala deverá assegurar a participação de membros da Procuradoria-Geral da República, da Defensoria Pública da União e de representantes indígenas indicados pela APIB, bem como das demais autoridades que a União entender que devem participar do processo decisório. Tais membros deverão ser designados, no prazo de 72 horas a contar da ciência desta decisão, apontando-se seus respectivos nomes, qualificação, correios eletrônicos e telefones para contato.

30. As entidades devem assegurar que os representantes disponham, ao menos, de adequado acesso à internet, que permita a sua participação. A primeira reunião virtual da Sala de Situação deverá ser convocada pela União, no prazo de 72 horas, a contar da indicação de todos os representantes, por correio eletrônico com aviso de recebimento encaminhado a todos eles, bem como por petição ao presente juízo. A convocação deverá indicar: (i) a data da primeira reunião, no prazo de até 72 horas da convocação; (ii) seus horários; (iii) *link* e senha para plataforma virtual de acesso (ou, conforme a plataforma utilizada, com a antecedência possível); (iv) a autoridade responsável por presidir a reunião; (v) o contato telefônico e o nome de 2 autoridades da União responsáveis pela facilitação técnica do acesso de todos à sala virtual, caso haja qualquer dificuldade tecnológica.

31. Nesses termos, **defiro a cautelar, para a constituição de Sala de Situação**, nas condições explicitadas acima.

II. CAUTELARES REQUERIDAS EM FAVOR DOS POVOS INDÍGENAS EM GERAL

32. No que respeita aos povos indígenas em geral, os requerentes pedem o deferimento de medidas cautelares: (i) de retirada

ADPF 709 MC-REF / DF

de invasores de 7 terras indígenas que consideram as mais críticas; (ii) de extensão dos serviços do Subsistema de Saúde Indígena do SUS a todos os indígenas do Brasil; (iii) de atribuição ao Conselho Nacional de Direitos Humanos (CNDH) da tarefa de elaborar um plano de enfrentamento da COVID-19 para os povos indígenas brasileiros, com participação de representantes dos povos indígenas e auxílio técnico das equipes competentes da Fundação Oswaldo Cruz do Grupo de Trabalho de Saúde Indígena da Associação Brasileira de Saúde Coletiva (ABRASCO).

II.1. RETIRADA DE INVASORES

33. Os requerentes esclarecem que aqueles grupos cuja retirada é postulada encontram-se nas terras indígenas indicadas acima ilegalmente, para a prática de atividades ilícitas, como desmatamento, extração de madeira e garimpo ilegal. Não se trata de meros posseiros. Argumentam que constituem grupos armados, que forçam contato com as tribos, praticam violência contra os seus membros e representam vetores de contágio de doenças. Sobre o ponto, não há dúvida de que a remoção é imperativa e de que a presença de tais grupos em terras indígenas constitui violação do direito de tais povos ao seu território, à sua cultura e ameaça à sua vida e saúde. Está presente, portanto, a verossimilhança do direito alegado.

34. Entretanto, a situação não é nova nem guarda relação com a pandemia. Trata-se de problema social gravíssimo, presente em diversas terras indígenas e unidades de conservação, de difícil resolução, dado o grande contingente de pessoas (os requerentes falam em mais de 20.000 invasores em apenas uma das áreas) e o elevado risco de conflito armado. Não há como equacionar e solucionar esse problema nos limites de uma medida cautelar. É certo, porém, que a União deve se organizar para enfrentar a questão, que só faz crescer. Acrescente-se aqui que, segundo narrativa dos próprios requerentes, o ingresso de pessoas estranhas às

ADPF 709 MC-REF / DF

comunidades em suas terras gera risco de contágio. Os requerentes inclusive atribuem tal contágio a equipes médicas do Ministério da Saúde e das Forças Armadas. Há, portanto, considerável *periculum in mora* inverso na determinação da retirada tal como postulada, já que ela implicaria o ingresso de forças militares e policiais em terra indígena, em risco de conflito armado durante a pandemia e, por conseguinte, poderia agravar a ameaça já existente à vida de tais povos. Assim, é recomendável que se considere, por ora, medida emergencial de contenção e isolamento dos invasores em relação às comunidades indígenas ou providência alternativa apta a evitar o contato.

35. Diante do exposto, **defiro parcialmente a cautelar, para determinar a inclusão, no Plano de Enfrentamento e Monitoramento da Covid-19 para os Povos Indígenas (*infra*), de medida emergencial de contenção e isolamento dos invasores em relação às comunidades indígenas ou de providência alternativa apta a evitar o contato.** A medida emergencial deve ser analisada pela União, com a participação do Conselho Nacional de Direitos Humanos e de representantes das comunidades indígenas. Indefiro, por ora, o pedido de retirada dos invasores diante do risco que pode oferecer à vida, à saúde e à segurança das comunidades. Observo, porém, que é dever da União equacionar o problema das invasões e desenvolver um plano de desintrusão. **Portanto, se nenhum plano for desenvolvido a respeito da desintrusão, voltarei ao tema.**

II.2. EXTENSÃO DOS SERVIÇOS DO SUBSISTEMA DE SAÚDE INDÍGENA DO SUS A TODOS OS INDÍGENAS NO BRASIL

36. Os requerentes alegam que a Secretaria Especial de Saúde Indígena - SESAI e a FUNAI limitaram o atendimento do Subsistema de Saúde Indígena aos indígenas aldeados, residentes em terras indígenas homologadas, recusando atendimento: (i) aos indígenas urbanos (não aldeados), que são remetidos ao SUS normal, desconhecedor das suas

ADPF 709 MC-REF / DF

necessidades específicas e peculiaridades culturais; bem como (ii) aos indígenas aldeados, residentes em terras indígenas, cuja demarcação e homologação ainda não foram concluídas pelo Poder Público.

37. A Advocacia-Geral da União afirma que a atuação da SESAI e do Subsistema de Saúde Indígena é complementar ao SUS; que a SESAI não tem capacidade operacional para atender, além dos indígenas aldeados, também os indígenas urbanos; que tais indígenas não aldeados já estão cobertos pelo SUS; e que, portanto, trata-se de escolha razoável de política pública a decisão sobre o alcance do Subsistema de Saúde Indígena em tais termos. Por essa razão, a interferência do Poder Judiciário na matéria implicaria, mais uma vez, violação ao princípio da separação dos Poderes.

38. As informações da Controladoria-Geral da União e da SESAI parecem sugerir que a não homologação de terras indígenas torna duvidosa a identidade do grupo como povo indígena, razão pela qual também tais grupos deveriam ser remetidos ao SUS comum[19]. No ponto, afirmam, ainda, que a responsabilidade da União pela prestação de serviços de saúde é compartilhada com Estados e Municípios.

II.2.1. Prestação de assistência à Saúde de Povos Indígenas Aldeados localizados em Terras Indígenas não homologadas

39. **É inaceitável a postura da União com relação aos povos indígenas aldeados localizados em Terras Indígenas não homologadas.** A identidade de um grupo como povo indígena é, em primeiro lugar, uma questão sujeita ao autorreconhecimento pelos membros do próprio grupo. Ela não depende da homologação do direito à terra. Ao contrário, antecede o reconhecimento de tal direito. Confira-se:

CONVENÇÃO 169 DA OIT

“Art. 1º. [...].

ADPF 709 MC-REF / DF

2. A consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos que se aplicam as disposições da presente Convenção.

Artigo 2º.

1. Os governos deverão assumir a responsabilidade de desenvolver, com a participação dos povos interessados, uma ação coordenada e sistemática com vistas a **proteger os direitos desses povos e a garantir o respeito pela sua integridade**. [...].

Artigo 3º.

1. Os povos indígenas e tribais deverão gozar plenamente dos direitos humanos e liberdades fundamentais, sem obstáculos nem discriminação. As disposições desta Convenção serão aplicadas sem discriminação aos homens e mulheres desses povos". (Grifou-se)[20]

40. Além disso, trata-se, como já mencionado, de um estado de coisas em que o Chefe do Executivo declarou que não demarcaria ou homologaria mais 1 cm de terra indígena durante seu mandato. Nessas condições, portanto, tais indígenas têm todos os seus direitos negados. Recusam-lhes seu direito ao território, a seus recursos naturais, à sua cultura e à subsistência tradicional. Como se não bastasse, o Estado nega-se, ainda, a prestar-lhes serviço de assistência à saúde, em meio a uma pandemia mundial, que já matou mais de 60.000 brasileiros, *expondo-os a risco de extermínio*. A alegação de que podem recorrer ao SUS geral é de viabilidade duvidosa, já que se trata de povos situados em locais de difícil acesso, sem capilaridade de postos de saúde e hospitais, e com práticas culturais, idioma e eventuais particularidades que o SUS geral não está habilitado a atender.

41. Em vista da manifesta verossimilhança do direito alegado e do perigo na demora de seu atendimento, **defiro a cautelar para determinar a imediata extensão dos serviços do Subsistema Indígena de**

ADPF 709 MC-REF / DF

Saúde aos povos aldeados situados em terras não homologadas.

II.2.2. Prestação de assistência à Saúde de Povos Indígenas localizados em Área Urbana (não aldeados)

42. No mesmo sentido, povos indígenas localizados em zona urbana também constituem povos indígenas e, nessas condições, gozam dos mesmos direitos que todo e qualquer povo indígena. O fato de se localizarem em área urbana pode se dever: (i) ao avanço das cidades, (ii) à necessidade de deslocamento de lideranças, (iii) à busca de escolas ou de empregos, entre outros. A mera residência em área urbana não torna o indígena aculturado, tampouco implica a inexistência de necessidades, cultura e costumes particulares.

43. A questão não constitui uma opção de política pública, efetuada com base em juízo de discricionariedade técnica da autoridade, como alegado pela Advocacia-Geral da União. Trata-se de decisão que viola norma supralegal reguladora dos critérios para reconhecimento dos povos indígenas e seu direito ao atendimento específico (Convenção 169 da OIT, art. 1º, 1). Afronta, ainda, a Lei nº 8.080/1990, que dispõe sobre a atenção à saúde dos indígenas e assegura a todos eles serviços especializados que levem em conta a sua realidade local e a sua cultura. Veja-se:

LEI Nº 8.080/1990:

“Art. 19-A. As ações e serviços de saúde voltados para o atendimento das populações indígenas, em todo o território nacional, 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 e definido por esta Lei, e pela Lei nº 8.142, de 28 de

ADPF 709 MC-REF / DF

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, meio ambiente, demarcação de terras, educação sanitária e integração institucional". (Grifou-se)

44. Está presente, portanto, a verossimilhança do direito alegado. Por outro lado, a AGU afirma que a extensão do Subsistema de Saúde Indígena aos indígenas urbanos excede as suas capacidades e gerará precarização do serviço, podendo comprometer o atendimento dos indígenas aldeados, que não dispõem da alternativa de recorrer ao SUS geral.

45. Muito embora a AGU não traga elementos de prova que evidenciem a alegação, o fato é que, em virtude da presente decisão, o Subsistema deverá passar a atender, de imediato, aos povos indígenas aldeados localizados em terras não homologadas, que não eram alcançados por seus serviços e que possivelmente não tinham alternativa de acesso ao SUS geral. Precisar, portanto, passar por uma considerável readequação, que tende a absorver parte significativa da sua capacidade institucional. Entendo, portanto, que há perigo na demora inverso no deferimento imediato da cautelar.

46. Entretanto, indígenas urbanos que por qualquer razão não tenham condições de acesso ao SUS geral fazem igualmente jus ao atendimento pelo Subsistema Indígena de Saúde ou a medidas que

ADPF 709 MC-REF / DF

asseguem o acesso ao SUS geral ao menos provisoriamente.

47. Diante do exposto, **defiro parcialmente a cautelar para estender o Sistema Indígena de Saúde apenas aos indígenas não aldeados (urbanos) sem condições de acesso ao SUS geral**. Indefiro, por ora, a extensão à totalidade dos povos indígenas urbanos. Determino, contudo, que o plano objeto do próximo tópico avalie a viabilidade de tal extensão e a considere.

II.3. ELABORAÇÃO E MONITORAMENTO DE PLANO DE ENFRENTAMENTO DA COVID-19 PARA OS POVOS INDÍGENAS BRASILEIROS

48. Os requerentes pedem, ainda, o deferimento de medida cautelar que determine a elaboração e o monitoramento de um plano de enfrentamento da COVID-19 para os povos indígenas brasileiros. Afirmam que não desconhecem o “Plano de Contingência Nacional para Infecção Humana pelo Novo Coronavírus em Povos Indígenas” (doc. 46), mas que ele é vago, expressa meras orientações gerais e não prevê medidas concretas, cronograma ou definição de responsabilidades. Observam, ainda, que o Plano não contou com a participação de comunidades indígenas em sua formulação.

49. Alegam que a tarefa deve ser atribuída ao Conselho Nacional de Direitos Humanos (CNDH), órgão independente, composto por representantes do Estado e da sociedade civil, ao qual compete, entre outras atribuições: (i) a promoção das medidas necessárias à prevenção, repressão, sanção e reparação de condutas e situações contrárias aos direitos humanos, inclusive os previstos em tratados e atos internacionais ratificados no País; (ii) a elaboração de diretrizes para a efetivação da política nacional de direitos humanos; (iii) a produção de recomendações a entidades públicas e privadas envolvidas com a proteção dos direitos humanos; bem como (iv) a articulação com órgãos federais, estaduais, do Distrito Federal e municipais encarregados da proteção e defesa dos

ADPF 709 MC-REF / DF

direitos humanos (art. 4º da Lei 12.986/2014). Informam que o órgão dispõe, ainda, de comissão permanente com finalidade específica de atuar na defesa dos povos indígenas, com expertise no tema. Requerem, ademais, que, na elaboração do plano, participem 6 representantes dos povos indígenas, sendo 3 indicados pela APIB e 3 indicados pelos CONDISIs. Postulam, por fim, que se requeira o apoio das equipes pertinentes da Fundação Oswaldo Cruz e do Grupo de Trabalho de Saúde Indígena da Associação Brasileira de Saúde Coletiva (ABRASCO), na qualidade de consultores *ad hoc*, sem remuneração (art. 8º, § 5º, Lei nº 12.986/2014).

50. A competência para a formulação de um plano de tal natureza assiste, em princípio, à União. A criação, implementação e o monitoramento da execução de tal plano possivelmente envolve órgãos, autoridades e expertises que não necessariamente participam do Conselho. Por outro lado, as competências do Conselho são absolutamente compatíveis com a formulação e o monitoramento de tal plano. Os povos indígenas têm indiscutível direito à participação na decisão, implementação e controle das ações de saúde que lhes são destinadas, como já demonstrado. E não parece haver óbice a que se ouça a Fundação Oswaldo Cruz e o Grupo de Trabalho de Saúde Indígena da Associação Brasileira de Saúde Coletiva – ABRASCO.

51. Diante do exposto, tendo em vista a necessidade de assegurar diálogo institucional e intercultural, por um lado, e de observar os princípios da precaução e da prevenção de outro, entendo que é o caso de atribuir à União a formulação do referido plano, com a participação do Conselho Nacional de Direitos Humanos, dos representantes dos povos indígenas e demais consultores *ad hoc*. Espera-se que tais atores sejam capazes de construir uma solução de consenso. Como já observado acima, o plano deverá contemplar, inclusive: (i) a avaliação da viabilidade de retirada de invasores de terras indígenas ou medidas alternativas à remoção; bem como (ii) o exame da viabilidade e eventual planejamento

ADPF 709 MC-REF / DF

da expansão do atendimento do Subsistema de Saúde Indígena para indígenas não aldeados. Não se chegando, contudo, a um consenso e ausente qualquer outra solução, o presente juízo será obrigado a decidir acerca do plano.

52. Por todo o exposto, **defiro parcialmente a cautelar para determinar à União que formule, no prazo de até 30 dias, um plano de enfrentamento da COVID-19 para os povos indígenas brasileiros, com a participação do CNDH e de representantes das comunidades indígenas, bem como com apoio técnico da Fundação Oswaldo Cruz e do Grupo de Trabalho de Saúde Indígena da Associação Brasileira de Saúde Coletiva – ABRASCO, desde que, aceito o encargo, desempenhem a tarefa como consultores *ad hoc*. A execução do plano deverá ser monitorada por todos os referidos atores em conjunto. Caberá à União avaliar as demais autoridades e órgãos a serem envolvidos na tarefa. O plano deverá ser trazido à homologação deste juízo, quando eventuais pontos de divergência serão apreciados.**

III. SÍNTESE DAS CAUTELARES DEFERIDAS

53. Diante do exposto, são as seguintes as medidas cautelares deferidas por este Relator:

III.1. QUANTO AOS POVOS INDÍGENAS EM ISOLAMENTO OU POVOS INDÍGENAS DE RECENTE CONTATO:

1. *Criação de barreiras sanitárias*, que impeçam o ingresso de terceiros em seus territórios, conforme plano a ser apresentado pela União, ouvidos os membros da Sala de Situação (*infra*), no prazo de 10 dias, contados da ciência desta decisão.

2. *Criação de Sala de Situação*, para gestão de ações de combate à pandemia quanto aos Povos Indígenas em Isolamento e de Contato Recente, nos seguintes termos:

ADPF 709 MC-REF / DF

(i) composição pelas autoridades que a União entender pertinentes, bem como por membro da Procuradoria-Geral da República, da Defensoria Pública da União e por representantes indígenas indicados pela APIB;

(ii) indicação de membros pelas respectivas entidades, no prazo de 72 horas a contar da ciência desta decisão, apontando-se seus respectivos nomes, qualificações, correios eletrônicos e telefones de contato, por meio de petição ao presente juízo;

(iii) convocação da primeira reunião da Sala de Situação, pela União, no prazo de 72 horas, a contar da indicação de todos os representantes, por correio eletrônico com aviso de recebimento encaminhado a todos eles, bem como por petição ao presente juízo;

(iv) designação e realização da primeira reunião, no prazo de até 72 horas da convocação, anexada a respectiva ata ao processo, para ciência do juízo.

III.2. QUANTO A POVOS INDÍGENAS EM GERAL

1. *Inclusão, no Plano de Enfrentamento e Monitoramento da Covid-19 para os Povos Indígenas (infra), de medida emergencial de contenção e isolamento dos invasores em relação às comunidades indígenas ou providência alternativa, apta a evitar o contato.*

2. *Imediata extensão dos serviços do Subsistema Indígena de Saúde aos povos aldeados situados em terras não homologadas.*

3. *Extensão dos serviços do Subsistema Indígena de Saúde aos povos indígenas não aldeados, exclusivamente, por ora, quando verificada barreira de acesso ao SUS geral.*

4. *Elaboração e monitoramento de um Plano de Enfrentamento da COVID-19 para os Povos Indígenas Brasileiros pela União, no prazo de 30 dias contados da ciência desta decisão, com a participação do Conselho Nacional de Direitos Humanos e dos representantes das comunidades indígenas, nas seguintes*

ADPF 709 MC-REF / DF

condições:

(i) indicação dos representantes das comunidades indígenas, tal como postulado pelos requerentes, no prazo de 72 horas, contados da ciência dessa decisão, com respectivos nomes, qualificações, correios eletrônicos e telefones de contatos, por meio de petição ao presente juízo;

(ii) apoio técnico da Fundação Oswaldo Cruz e do Grupo de Trabalho de Saúde Indígena da Associação Brasileira de Saúde Coletiva – ABRASCO, cujos representantes deverão ser indicados pelos requerentes, no prazo de 72 horas a contar da ciência desta decisão, com respectivos nomes, qualificações, correios eletrônicos e telefones de contato;

(iii) indicação pela União das demais autoridades e órgãos que julgar conveniente envolver na tarefa, com indicação dos mesmos elementos.

54. Observa-se, por fim, que todos os prazos acima devem ser contados em dias corridos e correrão durante o recesso. Assinala-se, ainda, que a implementação das cautelares não prejudica que se dê continuidade a todas as ações de saúde já em curso e planejadas em favor das comunidades indígenas, que não devem ser interrompidas.

CONCLUSÃO

55. Por todo o exposto, voto pela **ratificação das cautelares postuladas pelos requerentes, nos termos e condições previstos acima (item III).**

Notas:

[1] No mesmo sentido, na doutrina: Daniel Sarmento. Dar voz a quem não tem voz: por uma nova leitura do art. 103, IX, da Constituição.

ADPF 709 MC-REF / DF

In: *Direitos, Democracia e República*: escritos de direito constitucional, 2018, p. 79-90; Alexandre Costa; Juliano Zaiden Benvindo. A Quem Interessa o Controle Concentrado De Constitucionalidade? O Descompasso entre Teoria e Prática na Defesa dos Direitos Fundamentais. Universidade de Brasília (*working paper*), p. 1-84, abril 2014. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2509541>; Rodrigo Brandão; Daniel Capecchi Nunes. O STF e as entidades de classe de âmbito nacional: a sociedade civil e seu acesso ao controle concentrado de constitucionalidade. *Revista de Direito da Cidade*, v. 10, n. 1, p. 164-196; Alonso Freire. Desbloqueando os canais de acesso à jurisdição constitucional do STF: Por que não também aqui uma revolução de direitos? In: Daniel Sarmiento (org). *Jurisdição constitucional e política*, 2015, p. 591-640; Carina Lellis. Diálogos Sociais no STF: o art. 103, IX, da Constituição e a participação da sociedade civil no controle concentrado da constitucionalidade. In: Luís Roberto Barroso e Patrícia Perrone Campos Mello. *A Constituição brasileira de 1988 na visão da escola de direito constitucional da UERJ*, 2018.

[2] Luís Roberto Barroso. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, 2019, p. 360-366.

[3] V., a respeito, sobre princípios da prevenção e da precaução e deveres de proteção ecológica por parte do Estado: Ingo Wolfgang Sarlet; Tiago Fensterseifer. *Direito constitucional ecológico*, 2019, p. 388-401.

[4] Disponível em: <https://www.campograndenews.com.br/politica/bolsonaro-diz-que-oab-so-defende-bandido-e-reserva-indigena-e-um-crime>. Acesso em 06.07.2020.

[5] Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=jUgDXVbPHZs>. Acesso em 06.07.2020.

[6] Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=sju-bpj0x-E>. Acesso em 06.07.2020.

[7] Disponível em <https://exame.com/brasil/bolsonaro-diz-que-reservas-indigenas-inviabilizam-a-amazonia/>. Acesso em 06.07.2020.

[8] Entre as terras indígenas e localidades alcançadas pelas ações das Forças Armadas estão: Barata Livramento; Boqueirão; Pium; Raimundão;

ADPF 709 MC-REF / DF

Jacamim; Manoa/Pium; Andirá-Marau, Coata-Laranjal, Cunhã-Sapucaia e Lago do Limão/AM; Yauaretê, Querari, São Joaquim e Maturacá (AM); Atalaia do Norte, Palmeiras do Javari, Polo Base Itacoaí, Polo Base São Luís (AM); Auaris, Waikás e Surucucu (Yanomâmi); Ticoça, Flexal e Maturuca (Raposa Serra do Sol); bem como Belém/PA; Santarém/PA; Itaituba/PA; Altamira/PA; Marabá/PA; Novo Progresso/PA; Xikrin do Rio Catete/PA; Trincheira Bacaja/PA; Trocará/PA, Barreirinha/PA, Oiapoque/AP e São Luís/PA.

[9] Segundo informações do Ministério da Defesa, houve a criação de barreiras fluviais nos seguintes locais: Borba/AM, Maués/AM, Parintins/AM, Barreirinha/AM, Aveiro/AV e Itaituba/AV, Terras Indígenas de Andirá-Marau, Coata-Laranjal, Cunhã-Sapucaia e Lago do Limão/AM.

[10] Segundo Informações do Ministério da Justiça, as operações da Força Nacional de Segurança tiveram por objeto: a Terra Indígena Vale do Javaeri/AM, a Terra Indígena Apyterewa e a Terra Indígena Yanomami, entre outras. As informações indicam terras em que não foi possível intervir por falta de efetivo e observam que a atuação da Força Nacional tem a sua atuação condicionada à solicitação de Governador de Estado, do Distrito Federal ou de Ministro de Estado (art. 4º do Decreto 5.289/2004).

[11] V. Convenção OIT 169, artigos 2º, 1; 4º, 2; 5º, “c”; 6º, 1, “a” e “b”; art. 7º, 1.

[12] Portaria Conjunta nº 4.094/2018 do Ministério da Saúde e da FUNAI: “Art. 2º “Para os fins desta portaria adotam-se as seguintes definições: I - Povos Indígenas Isolados: povos ou segmentos de povos indígenas que, sob a perspectiva do Estado brasileiro, não mantém contatos intensos e/ou constantes com a população majoritária, evitando contatos com pessoas exógenas a seu coletivo; e II - Povos Indígenas de Recente Contato: povos ou agrupamentos indígenas que mantêm relações de contato ocasional, intermitente ou permanente com segmentos da sociedade nacional, com reduzido conhecimento dos códigos ou incorporação dos usos e costumes da sociedade envolvente, e que conservam significativa autonomia sociocultural”.

ADPF 709 MC-REF / DF

[13] No mesmo sentido, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas estabelece: “Os povos indígenas têm direito à **autodeterminação**” (artigo 3); “1. Os povos indígenas têm o direito de manter, controlar, proteger e desenvolver seu patrimônio cultural, seus conhecimentos tradicionais, [...]” (art. 31). Também a Declaração Americana dos Direitos dos Povos Indígenas prevê: “Os povos indígenas têm os direitos coletivos indispensáveis para sua existência, bem-estar e desenvolvimento integral como povos. Nesse sentido, **os Estados reconhecem e respeitam o direito dos povos indígenas à ação coletiva; a seus sistemas ou instituições jurídicos, sociais, políticos e econômicos; às próprias culturas; a professar e praticar suas crenças espirituais; a usar suas próprias línguas e idiomas; e a suas terras, territórios e recursos. Os Estados promoverão, com a participação plena e efetiva dos povos indígenas, a coexistência harmônica dos direitos e sistemas dos grupos populacionais e culturas**” (artigo VI); “Os povos indígenas, no exercício de seu **direito à livre determinação**, têm direito à autonomia ou ao autogoverno nas questões relacionadas com seus assuntos internos e locais, bem como a dispor de meios para financiar suas funções autônomas” (artigo XX).

[14] Declaração Americana dos Direitos dos Povos Indígenas: “Artigo XXVI. Povos indígenas em isolamento voluntário ou em contato inicial. 1. Os povos indígenas em **isolamento voluntário** ou em contato inicial têm **direito a permanecer nessa condição e a viver livremente e de acordo com suas culturas**. 2. Os Estados adotarão políticas e medidas adequadas, com o conhecimento e a participação dos povos e das organizações indígenas, para reconhecer, **respeitar e proteger as terras, territórios, o meio ambiente e as culturas desses povos, bem como sua vida e integridade individual e coletiva**”. (grifou-se).

[15] No mesmo sentido, confirmam-se as Diretrizes de Proteção para os Povos Indígenas em Isolamento e em Contato Inicial da Região Amazônica, do Gran Chaco e da Região Oriental do Paraguai, produzidas pela Oficina do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (OACNUDH): “47. O respeito e a garantia do direito à

ADPF 709 MC-REF / DF

autodeterminação devem ser interpretados de maneira diferente para os povos indígenas em isolamento e para os povos indígenas em contato inicial do que significa no contexto dos direitos dos povos indígenas, em vista da a situação específica dessas cidades. **Para os povos indígenas isolados, a garantia do direito à autodeterminação se traduz no respeito pela decisão de permanecer isolados, sem que isso implique que a situação desses povos não possa evoluir em relação ao seu desejo ou necessidade. para estabelecer contato a tempo. 48. O respeito pela decisão de permanecer em isolamento envolve a tomada de medidas efetivas para impedir que pessoas de fora ou suas ações afetem ou influenciem, acidental ou intencionalmente, pessoas pertencentes a grupos indígenas isoladamente”** (grifou-se). Disponível em: <https://acnudh.org/load/2019/07/015-Directrices-de-Protecci%C3%B3n-para-los-Pueblos-Ind%C3%ADgenas-en-Aislamiento-y-en-Contacto-Inicial-de-la-Regi%C3%B3n-Amaz%C3%B3nica-el-Gran-Chaco-y-la-Regi%C3%B3n-Oriental-de-Paraguay.pdf>. Acesso em 06.07.2020.

[16] Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf>. Acesso em 06.07.2020.

[17] No mesmo sentido, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas prevê: “Os povos indígenas têm o direito de **determinar e elaborar prioridades e estratégias** para o exercício do seu direito ao desenvolvimento. Em especial, os povos indígenas têm o direito de **participar ativamente da elaboração e da determinação dos programas de saúde**, habitação e demais programas econômicos e sociais que lhes afetem e, na medida do possível, de administrar esses programas por meio de suas próprias instituições” (artigo 23).

[18] Na mesma linha, o artigo 33, 1, da Declaração das Nações Unidas sobre Direitos dos Povos Indígenas prevê: “Os povos indígenas têm o direito de determinar sua própria identidade ou pertencimento, conforme a seus costumes e tradições”.

[19] No mesmo sentido, Nota de Esclarecimento da SESAI (doc. 43): “A própria Política Nacional de Atenção à Saúde dos Povos Indígenas há

ADPF 709 MC-REF / DF

décadas estabelece ‘a adoção de um modelo complementar e diferenciado de organização dos serviços – voltados para a proteção, promoção e recuperação da saúde, que garanta aos índios o exercício de sua cidadania nesse campo, **deve ocorrer nas terras indígenas** de forma a superar as deficiências de cobertura, acesso e aceitabilidade do Sistema Único de Saúde para essa população’” (grifos do original).

[20] Em termos semelhantes, v. Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas: “Os povos indígenas têm **o direito de determinar sua própria identidade ou composição** conforme seus costumes e tradições. Isso não prejudica o direito dos indígenas de obterem a cidadania dos Estados onde vivem” (artigo 33.1), grifou-se. Cf., ainda, a Declaração Americana dos Direitos dos Povos Indígenas: “**As pessoas e comunidades indígenas têm o direito de pertencer a um ou a vários povos indígenas, de acordo com a identidade,** tradições, costumes e sistemas de pertencimento de cada povo. Do exercício desse direito não pode decorrer discriminação de nenhum tipo” (artigo VIII), grifou-se.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 709

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. ROBERTO BARROSO

REQTE. (S) : ARTICULAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS DO BRASIL (APIB)

ADV. (A/S) : LUIZ HENRIQUE ELOY AMADO (15440/MS) E OUTRO (A/S)

REQTE. (S) : PARTIDO SOCIALISTA BRASILEIRO - PSB

ADV. (A/S) : DANIEL ANTONIO DE MORAES SARMENTO (63551/DF, 73032/RJ)

REQTE. (S) : PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE (P-SOL)

ADV. (A/S) : ANDRE BRANDAO HENRIQUES MAIMONI (29498/DF, 7040/O/MT)

REQTE. (S) : PARTIDO COMUNISTA DO BRASIL

ADV. (A/S) : PAULO MACHADO GUIMARAES (05358/DF)

REQTE. (S) : REDE SUSTENTABILIDADE

ADV. (A/S) : DANIEL ANTONIO DE MORAES SARMENTO (63551/DF, 73032/RJ)

REQTE. (S) : PARTIDO DOS TRABALHADORES

ADV. (A/S) : EUGENIO JOSE GUILHERME DE ARAGAO (04935/DF, 30746/ES, 428274/SP)

REQTE. (S) : PARTIDO DEMOCRATICO TRABALHISTA

ADV. (A/S) : LUCAS DE CASTRO RIVAS (46431/DF)

INTDO. (A/S) : UNIÃO

PROC. (A/S) (ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

INTDO. (A/S) : FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI

ADV. (A/S) : PROCURADOR-GERAL FEDERAL (00000/DF)

AM. CURIAE. : CONSELHO INDIGENISTA MISSIONARIO CIMI

ADV. (A/S) : ADELAR CUPSINSKI (40422/DF)

ADV. (A/S) : RAFAEL MODESTO DOS SANTOS (43179/DF)

AM. CURIAE. : CONECTAS DIREITOS HUMANOS - ASSOCIAÇÃO DIREITOS HUMANOS EM REDE

ADV. (A/S) : JULIA MELLO NEIVA (223763/SP)

ADV. (A/S) : GABRIEL DE CARVALHO SAMPAIO (55891/DF, 252259/SP)

ADV. (A/S) : GABRIEL ANTONIO SILVEIRA MANTELLI (373777/SP)

ADV. (A/S) : THIAGO DE SOUZA AMPARO (272768/SP)

AM. CURIAE. : ISA INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL

ADV. (A/S) : JULIANA DE PAULA BATISTA (60748/DF)

AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

PROC. (A/S) (ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

AM. CURIAE. : MOVIMENTO NACIONAL DE DIREITOS HUMANOS - MNDH

ADV. (A/S) : CARLOS NICODEMOS OLIVEIRA SILVA (075208/RJ)

AM. CURIAE. : CONSELHO INDIGENA TAPAJOS E ARAPIUNS

AM. CURIAE. : TERRA DE DIREITOS

ADV. (A/S) : LUCIANA CRISTINA FURQUIM PIVATO (59751/DF) E OUTRO (A/S)

AM. CURIAE. : COMISSAO GUARANI YVYRUPA

ADV. (A/S) : ANDRE HALLOYS DALLAGNOL (54633/PR)

ADV. (A/S) : GABRIELA ARAUJO PIRES (40514/PE)

Decisão: Após o voto do Ministro Roberto Barroso (Relator), que referendava a medida cautelar parcialmente deferida, o julgamento foi suspenso. Falaram: pela requerente Articulação dos Povos Indígenas do Brasil - APIB, o Dr. Luiz Henrique Eloy Amado; pelos requerentes Partido Socialista Brasileiro e Rede Sustentabilidade, o Dr. Daniel Antonio de Moraes Sarmiento; pelo requerente Partido Democrático Trabalhista - PDT, o Dr. Lucas de Castro Rivas; pelo requerente Partido Comunista do Brasil, o Dr. Paulo Machado Guimarães; pelo *amicus curiae* Defensoria Pública da União, o Dr. Gustavo Zortéa da Silva, Defensor Público Federal; pelo *amicus curiae* Instituto Socioambiental - ISA, a Dra. Juliana de Paula Batista; pelo *amicus curiae* Comissão Guarani Yvyrupa, a Dra. Gabriela Araújo Pires; pelos *amici curiae* Conselho Indígena Tapajós e Arapiuns e Terra de Direitos, o Dr. Pedro Sérgio Vieira Martins; pelo *amicus curiae* Conectas Direitos Humanos - Associação Direitos Humanos em Rede, a Dra. Júlia Mello Neiva; pela interessada União, o Ministro José Levi Mello do Amaral Júnior, Advogado-Geral da União; e, pela Procuradoria-Geral da República, o Dr. Antônio Augusto Brandão de Aras, Procurador-Geral da República. Ausente, justificadamente, a Ministra Cármen Lúcia. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 03.08.2020 (Sessão realizada inteiramente por videoconferência - Resolução 672/2020/STF).

Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Ausente, justificadamente, a Senhora Ministra Cármen Lúcia.

Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Augusto Brandão de Aras.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Boa tarde, Presidente, Ministro Luiz Fux. Cumprimento a Ministra Rosa, os Ministros, também cumprimento o Doutor Humberto Jacques de Medeiros, nosso Vice-Procurador-Geral Eleitoral.

Início parabenizando e cumprimentando todas as sustentações orais que foram realizadas na segunda-feira, que trouxeram importantíssimas contribuições. Cumprimento o Doutor José Levi, Advogado-Geral da União, Doutora Gabriela Araújo Pires, Doutora Julia Melo Neiva, Doutor Pedro Sérgio, Doutor Paulo Machado Guimarães, Doutor Luiz Henrique Eloy, Doutor e Professor Daniel Sarmento, Doutora Juliana de Paula Batista. Espero não ter esquecido ninguém, porque a tela está extremamente congestionada.

Faço questão também de, antes de iniciar propriamente o meu voto, cumprimentar o eminente Ministro-Relator Luís Roberto Barroso pelo detalhado voto, mesmo em se tratando de uma medida liminar - o referendo é em medida liminar -, os dados trazidos e as importantes colocações realizadas.

Faço, Presidente, um rapidíssimo resumo, até porque a sessão foi suspensa segunda-feira. Estamos tratando aqui de arguição de descumprimento de preceito fundamental proposta pela Articulação dos Povos Indígenas do Brasil, APIB; pelo PSB, Partido Socialista Brasileiro; pelo P-SOL, Partido Socialismo e Liberdade; pelo PCdoB, Partido Comunista do Brasil; pela Rede Sustentabilidade; pelo Partidos dos Trabalhadores, PT; e pelo Partido Democrático Trabalhista, PTB.

A ação, como já salientado pelo eminente Ministro-Relator, tem por objeto um conjunto de atos comissivos e omissivos do poder público relacionados ao combate à gravíssima pandemia por covid-19. Lamentavelmente, já passam dos 96 mil os mortos somente no Brasil. E são mais 2,1 milhões de brasileiros e brasileiras já contagiados pelo covid-19. E aqui, como também o fizeram, na segunda-feira, o nosso Presidente e o Ministro-Relator, também me solidarizo com todas as famílias das mais de 95 mil vítimas do covid-19.

A ação tem exatamente por objeto esse conjunto de atos comissivos e omissivos relacionados à pandemia, ao combate à pandemia, atos esses que implicariam um alto risco de contágio e extermínio de diversos povos indígenas, relacionado diretamente à ação da pandemia aos povos

Publicado sem revisão. Art. 95 do RISTF

indígenas.

Inteiro Teor do Acórdão - Página 69 de 194

Nas alegações iniciais, coloca-se a violação à dignidade da pessoa humana, aos direitos à vida, à saúde, bem como ao direito dos povos indígenas a viverem em seu território de acordo com suas culturas e tradições, conforme diz a Constituição Federal no art. 231.

Os requerentes alegam que o contágio e a expansão da pandemia por covid-19 estariam ocorrendo em maior velocidade entre os povos indígenas, porque essas comunidades reuniriam componentes que a tornam mais vulneráveis. Citam - também aqui, repito rapidamente, porque houve detalhado relatório do eminente Ministro-Relator - que esses componentes dariam uma diferença em relação ao contágio e expansão: a maior vulnerabilidade imunológica, porque historicamente as comunidades indígenas são mais suscetíveis às doenças infectocontagiosas - está bem detalhado perante essa ADPF.

Tradicionalmente, têm menor exposição a tais patologias; à vulnerabilidade sociocultural, a qual é muito ressaltada não só na inicial, mas nos pareceres e estudos, porque o modo de vida tradicional das comunidades indígenas geralmente é marcado com um intenso contato comunitário, onde se realiza um compartilhamento maior de habitações e utensílios em relação às demais sociedades. E, principalmente - e aqui é exatamente a função contramajoritária a que a Suprema Corte deve estar sempre atenta -, à vulnerabilidade política dos povos indígenas, por serem grupos minoritários que têm uma menor representação política-econômica que possa defendê-los, principalmente em momentos gravíssimos, como o da pandemia do covid-19.

Com base nesses argumentos, resumidamente aqui lembrados, pede-se, em sede cautelar, que a União tome imediatamente diversas medidas, que sejam instaladas e mantidas as barreiras sanitárias para a proteção das terras indígenas onde estão localizados os povos indígenas isolados e de recente contato. A inicial da ação transcreve quais são essas comunidades indígenas.

Foi solicitado também ao eminente Ministro-Relator que a União providenciasse, de imediato, efetiva instalação de uma sala de situação para possibilitar, de forma compartilhada, inclusive com a participação das comunidades indígenas, o combate à pandemia; que fossem tomadas imediatas medidas para retirada dos invasores em determinadas terras indígenas, inclusive pedem os autores, os requerentes, se necessário for, o auxílio das Forças Armadas.

Publicado sem revisão. Art. 95 do RISTF

Ainda em relação à ligação direta com a pandemia, há o pedido de que os serviços do Subsistema de Saúde Indígena do SUS devam ser imediatamente prestados a todos os indígenas, inclusive aos denominados não aldeados, aqueles indígenas urbanos ou aqueles que habitam áreas que ainda não foram definitivamente demarcadas, que é outra questão essencial.

Por fim, o Conselho Nacional de Direitos Humanos, com o auxílio de diversas e competentes equipes, a Fundação Oswaldo Cruz, Saúde Indígena, com a participação de representantes dos povos indígenas, elabore um plano de contingenciamento e de combate a essa pandemia.

Presidente, após esse breve resumo e também para maior celeridade dos nossos trabalhos, em relação à admissibilidade da ação, tanto em relação à legitimidade, quanto à presença da necessária subsidiariedade que sempre deve ser analisada nas arguições de descumprimento de preceito fundamental, acompanho integralmente o eminente Ministro-Relator sem a necessidade de nenhum acréscimo às bem lançadas razões e fundamentações de Sua Excelência.

Quanto ao mérito - e aí início também de forma sucinta -, mediante uma séria análise médica, científica, não há nenhuma dúvida do maior risco, um risco iminente, um risco gravíssimo à vida e à saúde dos povos indígenas em decorrência da expansão da pandemia por covid-19.

Obviamente esse risco iminente, esse risco gravíssimo não é só relacionado à ideia ou ao próprio modo de vida das comunidades indígenas, mas, como foi muito bem ressaltado pelo eminente Ministro-Relator, há elementos diversos, diferenciais que demonstram um risco maior. Consequentemente, nessas hipóteses, compete ao Supremo Tribunal Federal, no exercício da sua função jurisdicional, no exercício da jurisdição constitucional, efetivar uma real proteção às comunidades indígenas, adotando as medidas mais protetivas, mais seguras de que se disponha, em respeito aos já citados princípios da precaução e da prevenção. Não tenho nenhuma dúvida de que há vetores aqui que indicam diferenciais no tratamento em relação às comunidades indígenas, tanto em relação à subproteção, quanto em relação à exposição maior ou um risco maior à exposição a esse contato que possa ocorrer.

Foi ressaltado pelo eminente Ministro-Relator que os povos em isolamento e de contato recente são realmente expostos a um risco de contágio maior e até de extinção em decorrência da pandemia.

Isso não ocorre só em relação às comunidades indígenas brasileiras

Publicado sem revisão. Art. 95 do RISTF

na classificação de povos em isolamento ou de contato recente; é tanto que, em razão disso, houve necessidade de a própria Organização das Nações Unidas - a ONU - emitir diretrizes do alto comissariado da ONU para o enfrentamento da pandemia. E, nessas diretrizes, há expressa menção aos povos indígenas.

Essas diretrizes ressaltam: "Os Estados devem levar em conta que os povos indígenas têm um conceito diferente da saúde que inclui a medicina tradicional; e devem consultar e considerar o consentimento prévio informado desses povos, com vistas a desenvolver medidas preventivas para interromper o covid-19".

E o alto comissariado também, nessas diretrizes, colocou que - e isso é importantíssimo para o deslinde da presente causa -, em relação aos povos indígenas que vivem em isolamento voluntário ou nessa fase inicial de contato, os Estados e outros agentes devem considerá-los como grupos populacionais especialmente vulneráveis; e que barreiras para impedir que pessoas de fora acessem seus territórios devem ser rigorosamente gerenciadas para evitar qualquer contato.

Não bastassem essas diretrizes do alto comissariado, também a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, sobre pandemia e direitos humanos nas Américas, editou a Resolução nº 1/2020, também direcionada à maior proteção, seja uma proteção preventiva, seja uma proteção posterior às comunidades indígenas. Todas essas ideias, determinações e diretrizes vêm exatamente ao encontro do objeto principal da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Ressalto - inclusive isso foi dito da tribuna pelo Professor Levi, Advogado-Geral da União, e também em memoriais - que a própria Advocacia Geral da União reconheceu e reconhece a necessidade de assegurar o isolamento das comunidades indígenas para a sua maior proteção. Isso também é reconhecido pela própria União.

O Ministério da Defesa fez referência à criação de algumas barreiras fluviais em apoio às diversas ações da Funai. E merece destaque aqui, em que pese noutras áreas uma, eu diria, omissão e até uma subatuação em relação a esse problema, mas merece o destaque o importante, o imprescindível trabalho que vem sendo realizado pelas Forças Armadas no Território Nacional, em suas mais longínquas fronteiras, para o combate direto à pandemia e para a proteção das populações mais prejudicadas e sem um acesso direto à saúde pública, menos ainda à

Publicado sem revisão. Art. 95 do RISTF

possibilidade de ~~suplementação pela saúde privada~~. É o grande problema da expansão da covid.

A partir desse rápido resumo, parece-me que não há nenhuma dúvida da necessidade desse isolamento. E esse isolamento - como bem definido pelo eminente Ministro-Relator, a que se propõe o referendo - se daria, se dará e vem ocorrendo de forma mais efetiva com a criação de barreiras sanitárias.

Então já, aqui, voto no sentido da confirmação do referendo da liminar do eminente Ministro-Relator, no sentido da criação de barreiras sanitárias. E, como o próprio Ministro-Relator colocou, conforme plano apresentado pela União, porque, como também destacado no voto de Sua Excelência, é o Poder Executivo que tem as condições materiais e estruturais de organizar essas necessárias barreiras sanitárias.

Da mesma forma, referendo a medida liminar concedida pelo eminente Ministro-Relator, com relação à sala de situação. Em que pese - obviamente isso foi muito bem detalhado na liminar dada por Sua Excelência - se tratar de decisão política a ser tomada pelo Poder Executivo, nesse caso existe norma federal reconhecendo a necessidade da criação de sala de situação e disciplinando a medida.

Diria mais: em toda grande catástrofe, em todo grande acidente, em toda questão que sai do normal, do natural, é uma medida imediata do poder público a criação de uma sala de situação. Digo isso como quem já participou de inúmeras salas de situação, quando ocorreram inundações em São Paulo, eu, Secretário Municipal, depois, Estadual. Sempre se faz uma sala de situação e a sala de situação funciona exatamente para que todos os segmentos, todos os setores envolvidos possam atuar de maneira conjunta.

E, aqui, já há essa previsão em norma federal. E essa implementação dada pelo Ministro-Relator é extremamente importante, porque permite uma atuação mais eficaz, que vai ao encontro do princípio da eficiência, previsto no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, inclusive com a participação, como foi colocado, de representantes dos povos indígenas, porque, é óbvio, eles podem dar maiores detalhes, podem auxiliar de maneira mais eficiente a atuação dessa sala de situação. Então, me parece que há a absoluta necessidade da manutenção dessa sala de situação.

O ponto seguinte é extremamente complexo, pois o pedido é de retirada dos invasores. Há o pedido expresso - e ele não foi deferido por ora pelo eminente Ministro-Relator - da retirada de invasores em sete
Publicado sem revisão. Art. 95 do RISTF

terras indígenas consideradas mais críticas. Aqui, já inicio dizendo que concordo plenamente com as petições iniciais, com as manifestações. Essa é uma grande praga, uma grande chaga no Território Nacional: a questão das invasões, inúmeros garimpeiros principalmente na Região Norte do País. As áreas indígenas são invadidas por garimpeiros. Na parte centro-oeste e mais sul do País, nas comunidades indígenas, há também um pouco de garimpo, mas há mais invasão, exatamente para o cultivo das terras dos índios de forma irregular. Então, há inúmeras invasões e isso realmente é um problema seríssimo. Como o Ministro Levi, nosso AGU, bem lembrou, nós tivemos possibilidade de tratar isso muito de perto no Ministério da Justiça com a Funai. Chegamos a realizar, com a Polícia Federal e com as forças de segurança locais três desinvasões, três retiradas, mas isso é algo extremamente sensível e extremamente crítico, que não me parece ser possível determinar, de uma maneira genérica, para sete terras indígenas, de forma liminar.

E explico o porquê. Não existe a mínima possibilidade de a Polícia Federal realizar sozinha essas desinvasões, ou seja, acabar com essas invasões. O que sempre é feito é uma operação em conjunto com as polícias militares locais. Em cada uma dessas retiradas há uma operação de guerra com centenas, às vezes milhares, dependendo do local, de policiais, mas não só policiais. E aqui é importante fazer essa ressalva, porque parece que basta chegar a polícia ou, como a própria inicial pede, basta chegarem as Forças Armadas, se retira e acabou. Não. Há todo um mecanismo realizado com assistentes sociais, psicólogos, até porque em muitas das áreas invadidas, em que pese a ilicitude da invasão, há, além dos invasores, as famílias dos invasores, há crianças que lá residem. Então, para cada invasão, há todo um trabalho prévio realizado para o direcionamento das pessoas que lá invadiram. Consequentemente, neste momento de pandemia, neste momento em que se pretende o isolamento, não me parece estarem presentes os requisitos necessários para concessão da medida liminar, porque não haveria possibilidade, neste momento, de arregimentação, ao mesmo tempo, para sete áreas indígenas, do apoio dos Estados, que já se encontram sobrecarregados. E não digo do apoio só das forças policiais, mas de toda essa estrutura que acompanha uma desinvasão de terras com assistentes sociais, psicólogos, médicos, enfermeiros, que estão hoje destinados ao combate da pandemia. Não se faz a retirada de nenhuma invasão, seja invasão de terras indígenas ou outras grandes invasões, sem o serviço de saúde estar presente, para

Publicado sem revisão. Art. 95 do RISTF

evitar ou para ~~minorar eventuais riscos de reação~~.

Inteiro Teor do Acórdão - Página 74 de 194

E nós não teríamos condições hoje - as autoridades públicas - de montar sete operações de guerra com todos esses servidores da área da assistência social, de psicologia, educacional, conselhos tutelares que acompanham essas operações, médicos, enfermeiros que estão hoje direcionados diretamente ao combate da pandemia. Então, nesse momento aqui também referendo a negativa.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI -Eminente Ministro Alexandre de Moraes, Vossa Excelência, como sempre, apresenta um voto precioso, um voto minucioso e um voto que demonstra a experiência que Vossa Excelência tem no trato da coisa pública, tendo em conta os inúmeros cargos relevantes que já ocupou em diversos níveis da administração estatal.

Refletindo sobre o brilhante voto do eminente Ministro-Relator, Luís Roberto Barroso - e já adianto, desde de logo, que vou aderir a este voto, com algumas pequenas observações -, penso que, como estamos em sede de liminar e, num segundo momento, vamos ter que decidir essa questão definitivamente, como é o papel do Supremo Tribunal Federal, a primeira providência que nós temos de empreender - se Vossa Excelência me permite, e, sim, não estou discordando do que Vossa Excelência está dizendo - é, em primeiro lugar, termos informações precisas do que está ocorrendo no território indígena, pelo menos nessas sete terras ou sete reservas indígenas.

Então, já adianto que, quando chegar na minha vez de votar, vou propor que, no prazo de sessenta dias, o Governo informe a esta Suprema Corte a situação exata com que se defrontam as terras indígenas. Queremos saber, em sessenta dias, quantos são os ocupantes das terras indígenas, onde estão localizados, para, eventualmente, depois, propormos uma solução para esta questão. Porque ninguém pretende - penso eu e isso seria impossível - travar uma verdadeira guerra civil na retirada desses ocupantes - necessária, absolutamente necessária - das terras indígenas, mas essas operações podem ser feitas cirurgicamente, pontualmente.

Suponhamos que existam - vamos dizer metaforicamente ou por força de expressão - meia dúzia de garimpeiros poluindo os rios com mercúrio que é um metal pesado, que leva milhares de anos para se decompor na natureza, nós podemos, informados deste fato, determinar, de forma pontual, que se aja numa ou noutra terra indígena.

Publicado sem revisão. Art. 95 do RISTF

Então, eminente ~~Ministro Alexandre Moraes~~, penso, com toda a vênua, que o Supremo Tribunal Federal e o Poder Judiciário não podem estabelecer recomendações ou fazer pedidos. O Supremo Tribunal Federal e o Poder Judiciário determinam.

Entendo que a primeira coisa que nós temos de determinar com prazo, talvez de sessenta dias, é que nos informem, de forma clara, precisa, qual é a situação em que se encontram as terras indígenas, quais são as pessoas e o número delas em cada uma dessas localidades.

Em segundo lugar, quanto ao plano, penso que ele tem que ser apresentado dentro de um prazo fixado por nós, digamos 120 dias, mas com um cronograma de retiradas, com ações concretas. Porque, insisto Ministro Alexandre, nós não queremos guerra civil, nós não queremos mandar o Exército, a Marinha, a Aeronáutica, as Forças Armadas, a Polícia Federal, enfim, todo o aparato do Governo Federal e, eventualmente, dos governos locais, para, de repente, retirar todo mundo.

Mas é a hora de nós avaliarmos, com precisão, o que está ocorrendo efetivamente e darmos uma satisfação para a sociedade brasileira e para a comunidade internacional. O Brasil está sofrendo gravíssimos prejuízos, inclusive econômicos, na medida em que nós estamos permitindo a devastação talvez da última reserva florestal da humanidade, o que está promovendo de forma acelerada o aquecimento global. E, mais do que isso, a cada dia o lançamento de mercúrio nos rios por parte dos garimpeiros inescrupulosos está tornando a situação absolutamente irreversível!

Então, Ministro, acompanhando e louvando a preocupação de Vossa Excelência, já estou me manifestando com antecedência. Peço licença aos Colegas por ter, de certa maneira, atropelado, mas é que, quando chega a minha vez de votar, as opiniões já estão consolidadas.

Insisto que o Supremo não é academia! O Supremo precisa determinar: queremos uma radiografia da situação num prazo determinado e depois queremos um plano concreto e efetivo que, com cronograma bem definido, estabeleça a forma e o tempo em que se fará a desocupação.

Desculpe-me, Ministro Alexandre! Minhas saudações a Vossa Excelência, sobretudo pela inteligência que manifesta sempre de forma muito gentil e muito cavalheiresca.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Agradeço o aparte, Ministro Ricardo, e realmente acho que não há nenhuma
Publicado sem revisão. Art. 95 do RISTF

divergência entre nós, assim como me parece também que, pelo voto do Ministro Luís Roberto Barroso - não tenho procuração, obviamente, para falar por Sua Excelência -, parece-me que não há nenhuma divergência. Nós três, parece-me, partimos da mesma premissa da ilegalidade dessas ocupações, da necessidade de ocorrer uma regularização.

Só que nós estamos em sede liminar e, como eu disse, são operações de guerra - operações de guerra não no sentido de que se vá travar uma guerra, mas sim de toda uma infraestrutura operacional, porque há tipos de invasão. Há invasões em que aqueles que invadem são só extrativistas - Vossa Excelência bem citou a questão dos garimpeiros -, agora há outras invasões, também ilícitas, mas que existem há tanto tempo que, inclusive, vilas já foram produzidas, já foram montadas, e há idosos, há crianças. Todos devem ser retirados, mas devem ser encaminhados para determinados locais.

Então, há necessidade - e em todas essas desintrações isso é feito - de realização de protocolos de atuação e, para isso - e o que Vossa Excelência colocou é exatamente o que eu ia completar; talvez por ter sido aluno de Vossa Excelência, eu já ia encadear na mesma conclusão -, para que nós possamos decidir no mérito, nós precisamos ter informações, porque aqui se pedem sete. Não são sete invasões pasteurizadas, idênticas. São sete locais diversos, sete locais com pessoas diferentes, onde há necessidade, inclusive, de as forças de segurança, junto com as forças de saúde e de assistência social, estabelecerem protocolos de atuação.

Obviamente, no mérito, será possível uma análise melhor desde que haja informações. Já me coloco aqui também, desde logo, plenamente de acordo com essa colocação de Vossa Excelência de que essas informações sejam enviadas, remetidas ao Supremo Tribunal Federal.

Quando disse do plano, e depois o Ministro Luís Roberto sinalizou, na verdade, esse é um outro plano, não é o plano para retirar os invasores. É o plano de combate à covid.

Há necessidade agora, obviamente, para a instrução da ação, para se retirarem invasores, de um rigoroso protocolo que se inicia exatamente com a análise de quantas pessoas, quais as condições, qual o número de policiais necessários, qual o número de assistentes sociais, se o Conselho Tutelar deve acompanhar, ou seja, todo um protocolo para garantir que, com a menor violência possível, isso seja realizado, para se evitar - e por isso deve ser muito bem detalhado - reações dos invasores. Quando o projeto, o programa é feito de forma muito bem equacionada, isso ocorre Publicado sem revisão. Art. 95 do RISTF

de uma maneira ~~Inteiro Teor do Acórdão - Página 77 de 104~~ muito mais tranquila. Só que, no momento, como eu disse e acredito, em sede de liminar e no momento da pandemia, não seria possível realizar. Mas é possível - e Vossa Excelência bem colocou - já deixar tudo pronto, para, pós-pandemia ou até, dependendo de um local ou outro, a partir da análise desses dados detalhados - no Ministério da Justiça, sempre fazíamos -, via satélite, fotografias de satélites, é possível já termos todo um panorama para a pós-pandemia, para quando todas as forças de segurança, de saúde, de assistência social, de apoio possam realizar.

Então, concordo integralmente com Vossa Excelência, Ministro Ricardo e, por isso, nesse sentido, referendo também a negativa de liminar, no momento, do Ministro Luís Roberto Barroso com essas considerações em relação à necessidade de informações detalhadas não só da situação atual, mas do que é necessário para realizar essa desintrusão.

Realmente é inaceitável a inércia. Agora, justiça seja feita, em alguns casos, há não só um problema operacional, mas, em muitos casos, quando uma operação já está montada, obtém-se, na Justiça Estadual, ordem de manutenção de posse. Então, também aqui é necessário o apoio da AGU, das Defensorias Públicas, porque, muitas vezes, ao mesmo tempo em que há uma determinação para se retirar, há uma determinação de manutenção.

Em duas áreas - agora não saberia dizer se estão dentro dessas sete áreas - no Mato Grosso e no Mato Grosso do Sul, que são áreas com problemas centenários de ocupação, havia decisão da Justiça Federal e da Justiça Estadual contrapostas. Então, também dentro desse protocolo, há necessidade de se realizar uma análise jurídica. Vossa Excelência, Ministro Ricardo, tem total razão: sem um detalhamento, nós não podemos decidir de forma efetiva.

Dessa forma, aqui acompanho, com essas observações feitas pelo eminente Ministro Ricardo Lewandowski, o eminente Ministro Luís Roberto Barroso.

Por fim, houve o deferimento para determinar à União, em prazo de 30 dias, um plano de enfrentamento do covid para os povos indígenas com a participação, inclusive, de representantes das comunidades e outros apoios técnicos. Também aqui referendo integralmente a liminar.

Em conclusão, Senhor Presidente, parabenizando novamente o detalhado voto de Sua Excelência Ministro Luís Roberto Barroso, acompanho-o, referendando integralmente as cautelares deferidas e Publicado sem revisão. Art. 95 do RISTF

Supremo Tribunal Federal

colocando-me aqui, já desde logo, de acordo com as considerações feitas
pelo Ministro Ricardo Lewandowski.

Obrigado, Presidente.

Publicado sem revisão. Art. 95 do RISTF

05/08/2020

PLENÁRIO

**REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA ARGUIÇÃO DE
DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 709 DISTRITO FEDERAL**

RELATOR : **MIN. ROBERTO BARROSO**
REQTE.(S) : ARTICULAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS DO
BRASIL (APIB)
ADV.(A/S) : LUIZ HENRIQUE ELOY AMADO E OUTRO(A/S)
REQTE.(S) : PARTIDO SOCIALISTA BRASILEIRO - PSB
ADV.(A/S) : DANIEL ANTONIO DE MORAES SARMENTO
REQTE.(S) : PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE (P-SOL)
ADV.(A/S) : ANDRE BRANDAO HENRIQUES MAIMONI
REQTE.(S) : PARTIDO COMUNISTA DO BRASIL
ADV.(A/S) : PAULO MACHADO GUIMARAES
REQTE.(S) : REDE SUSTENTABILIDADE
ADV.(A/S) : DANIEL ANTONIO DE MORAES SARMENTO
REQTE.(S) : PARTIDO DOS TRABALHADORES
ADV.(A/S) : EUGENIO JOSE GUILHERME DE ARAGAO
REQTE.(S) : PARTIDO DEMOCRATICO TRABALHISTA
ADV.(A/S) : LUCAS DE CASTRO RIVAS
INTDO.(A/S) : UNIÃO
PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
INTDO.(A/S) : FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL FEDERAL
AM. CURIAE. : CONSELHO INDIGENISTA MISSIONARIO CIMI
ADV.(A/S) : RAFAEL MODESTO DOS SANTOS
AM. CURIAE. : CONECTAS DIREITOS HUMANOS - ASSOCIAÇÃO
DIREITOS HUMANOS EM REDE
ADV.(A/S) : JULIA MELLO NEIVA
ADV.(A/S) : GABRIEL DE CARVALHO SAMPAIO
ADV.(A/S) : GABRIEL ANTONIO SILVEIRA MANTELLI
ADV.(A/S) : THIAGO DE SOUZA AMPARO
AM. CURIAE. : ISA INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL
ADV.(A/S) : JULIANA DE PAULA BATISTA
AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL
AM. CURIAE. : MOVIMENTO NACIONAL DE DIREITOS HUMANOS

ADPF 709 MC-REF / DF

- MNDH
ADV.(A/S) :CARLOS NICODEMOS OLIVEIRA SILVA
AM. CURIAE. :CONSELHO INDIGENA TAPAJOS E ARAPIUNS
AM. CURIAE. :TERRA DE DIREITOS
ADV.(A/S) :LUCIANA CRISTINA FURQUIM PIVATO E
OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. :COMISSAO GUARANI YVYRUPA
ADV.(A/S) :ANDRE HALLOYS DALLAGNOL
ADV.(A/S) :GABRIELA ARAUJO PIRES

EXPLICAÇÃO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

- Presidente, permita-me a palavra?

Agradeço às considerações do eminente Ministro Alexandre de Moraes, bem como às do Ministro Ricardo Lewandowski.

Como o Ministro Alexandre de Moraes já assinalou, estamos todos na mesma página.

O que aconteceu, Ministro Ricardo Lewandowski? Tratei a questão em dois seguimentos, digamos assim: enfrentamento emergencial da pandemia e a questão antiga das invasões - mais complexa e estrutural.

Em relação ao enfrentamento da covid-19, previ, na decisão, um plano emergencial, em dez dias - para proteger as comunidades isoladas de contato recente -, e um grupo de trabalho para, em trinta dias, ter um plano de enfrentamento da covid-19 na comunidade indígena em geral.

Em seguida, quanto à desintrusão, disse que é dever da União e que ela tinha que apresentar um plano e, se não o fizesse, eu voltaria a atuar. É verdade que não fixei um prazo, como Vossa Excelência sugere, porque estava com foco no enfrentamento da pandemia. Mas estamos todos de acordo que esta é uma oportunidade muito importante, com o auxílio do Supremo e com a possibilidade de que parte do ônus político recaia sobre nós - porque há ônus político nessa desintrusão, como todos sabem. Acho que podemos assumir em parte essa responsabilidade, mas, evidentemente, em diálogo institucional com os Governos Federal e

ADPF 709 MC-REF / DF

Estadual, porque, inclusive, precisamos das tropas policiais.

De modo que penso, Ministro Lewandowski, Vossa Excelência tem toda razão de que é imperativa a remoção. O Ministro Alexandre tem toda razão e consignei em meu voto que, infelizmente, não é um estalar de dedos. É um processo, talvez até, de realocação de pessoas, mas estamos todos de acordo de que é preciso lidar com a questão dos invasores e fazer a desintrusão e que vamos investir energia na cobrança de um plano que, em um cronograma possível, produza esse resultado.

Obrigado pela observação de Vossa Excelência, que me permite dizer que penso exatamente no mesmo sentido.

05/08/2020

PLENÁRIO

**REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA ARGUIÇÃO DE
DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 709 DISTRITO FEDERAL**

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

- Presidente, perdoe-me, esqueci de fazer um complemento aqui a propósito ainda do que disse o Ministro Ricardo Lewandowski.

O Presidente Dias Toffoli, no âmbito do Conselho Nacional de Justiça, instituiu o que ele denominou de força-tarefa do CNJ e do Conselho Nacional do Ministério Público para o levantamento e mapeamento a que Vossa Excelência se refere - neste momento, conduzido pela Conselheira Maria Tereza Uille Gomes. Evidentemente, se houver necessidade de complementação ou de informações de que não possamos dispor, vamos ao Governo. Mas essa ideia de Vossa Excelência - que é muito importante - foi acudida por iniciativa do Presidente Dias Toffoli no âmbito do CNJ e está a cargo da diligente Conselheira Maria Tereza Uille Gomes.

Apenas para que conste que está sendo elaborado, sim, este mapeamento das áreas em que a situação é mais grave, e aí compartilharemos com o Governo. Temos tentado - o Doutor Levi tem sido muito diligente, gentil e empenhado - fazer isso em diálogo institucional com o Governo, mas vamos fazer.

05/08/2020

PLENÁRIO

**REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA ARGUIÇÃO DE
DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 709 DISTRITO FEDERAL****ANTECIPAÇÃO AO VOTO**

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Senhor Presidente, eminentes Pares, cumprimento Sua Excelência o eminente Ministro-Relator, o Ministro Luís Roberto Barroso, que, com lucidez e sensibilidade, traz a referendo a medida cautelar apreciada e deferida, atendendo, em parte, as pretensões deduzidas nesta Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 709.

Cumprimento também o eminente Ministro Alexandre de Moraes, que vem de acompanhar o ilustre Relator; cumprimento as sustentações orais que vieram à colação neste julgamento, bem como o Senhor Vice-Procurador-Geral da República, hoje, aqui, presente; as Advogadas, os Advogados; o Senhor Ministro-Chefe da Advocacia-Geral da União.

Eu serei o mais breve que me for possível, Senhor Presidente, até porque, já na segunda-feira, fiz chegar aos gabinetes de Vossas Excelências o voto que tenho sobre essa matéria, e irei juntar a declaração de voto sobre esse tema importante.

E, de tudo que se pode dele haurir, um diálogo relevantíssimo com a efetividade constitucional dos direitos dos povos indígenas; e juntarei, portanto, essa declaração de voto, nos termos que já, na segunda-feira, fiz chegar a Sua Excelência o eminente Ministro-Relator e aos demais Colegas, assentando, de saída, Senhor Presidente, que estou subscrevendo, por inteiro, a medida cautelar deferida por Sua Excelência, o eminente Ministro-Relator.

E tocarei apenas num ponto em relação ao qual a percepção que tenho apresenta uma dissonância, pois entendo que, no que diz respeito ao pedido cautelar de retirada dos invasores das terras indígenas, como mencionados na petição inicial, Yanomami, Karipuna, Uru-Eu Wau-Wau, Kaiapó, Araribóia, Munduruku e Trincheira Bacajá, entendo que é o caso - e é por isso que eu estou propondo um deferimento em maior extensão -, tal como assentei nesta declaração de voto, fiz chegar a Vossas

ADPF 709 MC-REF / DF

Excelências, na segunda-feira, de determinar que a União inclua, no plano de enfrentamento e monitoramento da COVID-19 para os povos indígenas, medidas emergenciais para desintrusão das áreas apontadas, medidas essas a serem cumpridas inadiavelmente em até 60 dias após a homologação do plano pelo Relator da ação, mediante a utilização de todas as cautelas necessárias para proteger a saúde dos índios, dos agentes estatais e de todos os envolvidos nas operações, com a adoção das recomendações sanitárias adequadas ao desempenho da tarefa de retirada dos invasores das áreas de ocupação indígena.

Fundamento apreciação, portanto, propondo um deferimento em maior extensão, no sentido de acolher o pedido cautelar também nesse ponto, quanto à retirada dos invasores, porque fica evidenciada, à luz da petição inicial, de um lado, a situação calamitosa nessas sete terras indígenas que sofrem mais acentuadamente, no ano corrente, invasões de terras e desmatamento, fatos que agravam o risco de contágio das comunidades citadas e elevam sobremaneira a mortandade dos índios; e de outro, porque entendo que não é possível, do ponto de vista da efetividade constitucional, submeter um comando constitucional protetivo, sem ressalvas, às terras indígenas a qualquer delonga ou demora.

Por isso, ao apreciar o pedido de que seja determinado à União Federal que tome imediatamente todas as medidas para retirada dos invasores nas mencionadas terras indígenas, valendo-se, para tanto, de todos os meios necessários, inclusive, se for o caso, do auxílio das Forças Armadas, estou, na proposição de voto que trago, acolhendo integralmente o pedido.

Sua Excelência, o eminente Ministro-Relator deferiu parcialmente a cautelar, no ponto, sob os seguintes argumentos, que repiso apenas em síntese.

Disse o eminente Ministro-Relator:

"... a situação não é nova nem guarda relação com a pandemia. Trata-se de problema social gravíssimo, presente em diversas terras indígenas e unidades de conservação, de difícil resolução, dado o grande contingente

ADPF 709 MC-REF / DF

de pessoas (os requerentes falam em mais de 20.000 invasores em apenas uma das áreas) e o elevado risco de conflito armado. Não há como equacionar e solucionar esse problema nos limites de uma medida cautelar. É certo, porém, que a União deve se organizar para enfrentar o problema, que só faz crescer. Acrescente-se aqui que, segundo narrativa dos próprios requerentes, o ingresso de pessoas estranhas às comunidades em suas terras gera risco de contágio. Os requerentes inclusive atribuem tal contágio a equipes médicas do Ministério da Saúde e das Forças Armadas. Há, portanto, considerável *periculum in mora* inverso na determinação da retirada tal como postulada, já que ela implicaria o ingresso de forças militares e policiais em terra indígena, em risco de conflito armado durante a pandemia e, por conseguinte, poderia agravar a ameaça já existente à vida de tais povos. Assim, é recomendável que se considere, por ora, medida emergencial de contenção e isolamento dos invasores em relação às comunidades indígenas ou providência alternativa apta a evitar o contato.

44. Diante do exposto, defiro parcialmente a cautelar, para determinar a inclusão, no Plano de Enfrentamento e Monitoramento da Covid-19 para os Povos Indígenas (infra), de medida emergencial de contenção e isolamento dos invasores em relação às comunidades indígenas ou de providência alternativa apta a evitar o contato. A medida emergencial deve ser analisada pela União, com a participação do Conselho Nacional de Direitos Humanos e de representantes das comunidades indígenas. Indefiro, por ora, o pedido de retirada dos invasores diante do risco que pode oferecer à vida, à saúde e à segurança das comunidades. Observo, porém, que é dever da União equacionar o problema das invasões e desenvolver um plano de desintrusão. Portanto, se nenhum plano for desenvolvido a respeito da desintrusão, voltarei ao tema."

É o conjunto das observações e decisões do eminente Ministro-Relator, que eu estou, repito, acompanhando, mas deferindo o pedido como formulado, com a devida vênua do ilustre Relator, portanto, em maior extensão.

ADPF 709 MC-REF / DF

E, aqui, reside, só nesse ponto, uma parcial divergência - e anunciei -, porque compreendo ser possível que esta Corte defira o pedido cautelar, em maior extensão, do que aquela conferida por Sua Excelência, determinando à União que promova medidas eficazes de desintrusão das áreas apontadas na inicial desde logo, sob pena de ineficácia do provimento final.

De fato, os autores demonstram, por meio de documentos, a grave situação de invasões de terceiros não-índios nas terras indígenas mencionadas na petição inicial. E anoto que são áreas já demarcadas pelo poder público, todas já homologadas, tendo sido finalizado o processo de reconhecimento da tradicionalidade da ocupação indígena em todas elas. Por esse motivo, nos termos do artigo 231 da Constituição da República são terras de propriedade da União e de usufruto exclusivo das comunidades indígenas que ali habitam, inexistindo direito a qualquer não-índio de ali permanecer e extrair riqueza naqueles territórios.

Entendo que a dicção constitucional é perfeitamente nítida.

Diz o artigo 231, nos seus §§ 1º e 2º:

" § 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições. "

E o § 2º desse mesmo artigo assenta que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se à posse permanente cabendo-lhes usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nela existentes.

E por isso o § 4º dispõe que as terras de que tratam esse artigo são inalienáveis, indisponíveis; e os direitos sobre elas, imprescritíveis. E por isso são nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo.

Deste modo, entendo que essa mora com os povos indígenas, que no Brasil alcança pelo menos três décadas após a Constituição de 88,

ADPF 709 MC-REF / DF

esperando continuamente planos e planejamento para a desintrusão, e creio que não há situação de legalidade que pudesse ser amparada em relação à presença dos invasores.

A invasão das terras indígenas para exploração econômica de seus recursos naturais não encontra qualquer socorro no ordenamento constitucional pátrio, restando, de todo, inconstitucional e passível, portanto, da atuação pronta e eficaz por parte das autoridades a fim de solucionar a questão.

É certo que o problema não é novo, como bem pontuou o ilustre Relator. De fato, a mora do Brasil com os povos indígenas é mais do que secular. No entanto, a situação emergencial da pandemia da covid-19, com o agravamento do contágio pela proximidade dos invasores aos indígenas, torna ainda mais urgente a busca por um equacionamento célere do tema.

Entendo que o pedido dos autores se mostra bastante razoável ao indicar sete áreas específicas para atuação emergencial dos poderes públicos, e não a integralidade dos territórios indígenas invadidos em todo o País.

A situação calamitosa em que essas populações vivem foi objeto de decisão por parte da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que emitiu recentemente a Recomendação 35/2000 ao Estado Brasileiro, a fim de, cautelarmente, instruir o Governo a atuar na proteção dos povos indígenas Yanomami e Ye'kwana.

De modo que, com base nessas considerações, entendo que há urgência, sim, na retirada dos invasores das terras indígenas, como apontado na inicial, seja pelo transcurso do período da seca amazônica, de maio a setembro, quando os invasores atuam para prática de atividades ilegais, aproveitando-se da ausência das cheias, seja pelo risco de inocuidade das demais medidas cautelares ora sob referendo, as quais podem não restar efetivas se a manutenção dos milhares de invasores nas áreas não for controlada de modo célere a evitar que espalhem a doença àqueles em situação de extrema vulnerabilidade epidemiológica.

Ressalto que a adequada tutela do direito à vida, à saúde e ao modo

ADPF 709 MC-REF / DF

de existir indígena, que não é - nem a tutela, nem o modo de existir indígena -, uma escolha conjuntural. Essa escolha foi feita pelo Estado e pela sociedade brasileira em 1988 na Constituição da República. Não há escusa para o não cumprimento desse dever, em especial diante de uma pandemia que pode levar a um verdadeiro etnocídio das comunidades e de comunidades indígenas inteiras pela inação tempestiva do agir administrativo.

A preocupação demonstrada pelo ilustre Relator no sentido de que o ingresso das Forças Armadas e dos policiais para retirada dos invasores representa um risco maior de contágio aos próprios indígenas é legítima, sem dúvida. No entanto, a União tem condições de se cercar de todas as preocupações possíveis, no sentido da testagem dos agentes do Estado e demais medidas sanitárias que assegurem a segurança e o cuidado de todos os envolvidos na operação.

Por isso entendo evidenciada a verossimilhança do direito alegado, entendo presente o perigo da demora e, nada obstante subscreva todas as medidas deferidas por Sua Excelência, o eminente Ministro-Relator, voto pelo deferimento, no ponto, em maior extensão, do pedido de retirada dos invasores das terras indígenas, antes mencionadas, determinando à União que inclua, no Plano de Enfrentamento e Monitoramento da Covid-19 para os Povos Indígenas, medidas emergenciais para a desintrusão das áreas apontadas, medidas essas a serem cumpridas, inadiavelmente, em até 60 dias após a homologação do plano pelo Relator da ação.

Ressalto a imperiosidade de que sejam adotadas todas as cautelas necessárias para proteger a saúde dos índios, dos agentes estatais e de todos os envolvidos na operação, utilizando-se das recomendações sanitárias adequadas ao desempenho da tarefa da retirada dos invasores das áreas de ocupação indígena.

Quanto aos demais pontos, Senhor Presidente, eu estou de inteiro acordo com a extensão dada por Sua Excelência, o eminente Ministro Luís Roberto Barroso, a quem enalteço a sensibilidade e a lucidez com a qual se houve também, neste caso, para apreciar a matéria.

ADPF 709 MC-REF / DF

É como voto, Senhor Presidente.

05/08/2020

PLENÁRIO

**REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA ARGUIÇÃO DE
DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 709 DISTRITO FEDERAL**

VOTO VOGAL

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: Adoto o bem lançado relatório formulado pelo i. Relator.

Trata-se, em apertada síntese, de arguição de descumprimento de preceito fundamental, por meio da qual a Articulação dos Povos Indígenas do Brasil – APIB e Partido Socialista Brasileiro, Partido Socialismo e Liberdade, Partido Comunista do Brasil, Rede Sustentabilidade, Partido dos Trabalhadores e Partido Democrático Trabalhista sustentam a ocorrência de ações e omissões do Estado Brasileiro em proteger adequadamente a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, CF/88), os direitos à vida (art. 5º, *caput*) e à saúde (art. 6º e 196), e o direito dos povos indígenas a viverem em seu território, de acordo com suas cultura e tradições (art. 231), no que concerne ao enfrentamento da pandemia de Covid-19 em relação aos índios e suas comunidades.

O Relator da presente ação deferiu parcialmente as medidas cautelares pretendidas, nos seguintes termos:

“Ementa: DIREITOS FUNDAMENTAIS. POVOS INDÍGENAS. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. TUTELA DO DIREITO À VIDA E À SAÚDE DOS POVOS INDÍGENAS FACE À PANDEMIA DA COVID-19. CAUTELARES PARCIALMENTE DEFERIDAS.

1. Ação que tem por objeto falhas e omissões do Poder Público no combate à pandemia da COVID-19 entre os Povos Indígenas, com alto risco de contágio e mesmo de extermínio de etnias.

2. A Articulação dos Povos Indígenas do Brasil – APIB

ADPF 709 MC-REF / DF

possui legitimidade ativa para propor ação direta perante o Supremo Tribunal Federal e, bem assim, os partidos políticos que assinam a petição inicial.

PREMISSAS DA DECISAO

3. Os Povos Indígenas são especialmente vulneráveis a doenças infectocontagiosas, para as quais apresentam baixa imunidade e taxa de mortalidade superior à média nacional. Há indícios de expansão acelerada do contágio da COVID-19 entre seus membros e alegação de insuficiência das ações promovidas pela União para sua contenção.

4. Os Povos Indígenas têm o direito de participar da formulação e execução das ações de saúde que lhes são destinadas. Trata-se de direito assegurado pela Constituição de 1988 e pela Convenção 169 da OIT, que é norma interna no Brasil.

5. A análise aqui desenvolvida observou três diretrizes: (i) os princípios da precaução e da prevenção, no que respeita à proteção à vida e à saúde; (ii) a necessidade de diálogo institucional entre o Judiciário e o Poder Executivo, em matéria de políticas públicas decorrentes da Constituição; e (iii) a imprescindibilidade de diálogo intercultural, em toda questão que envolva os direitos de povos indígenas.

PEDIDOS FORMULADOS

6. Na ação são formulados pedidos específicos em relação aos povos indígenas em isolamento ou de contato recente, bem como pedidos que se destinam aos povos indígenas em geral. Tais pretensões incluem a criação de barreiras sanitárias, a instalação de sala de situação, a retirada de invasores das terras indígenas, o acesso de todos os indígenas ao Subsistema Indígena de Saúde e a elaboração de plano para enfrentamento e monitoramento da COVID-19.

7. Todos os pedidos são relevantes e pertinentes. Infelizmente, nem todos podem ser integralmente acolhidos no âmbito precário de uma decisão cautelar e, mais que tudo, nem todos podem ser satisfeitos por simples ato de vontade, caneta e tinta. Exigem, ao revés, planejamento adequado e diálogo

ADPF 709 MC-REF / DF

institucional entre os Poderes.

DECISAO CAUTELAR

Quanto aos pedidos dos povos indígenas em isolamento e de contato recente

8. 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.

9. Determinação de instalação da *Sala de Situação*, como previsto em norma vigente, para gestão de ações de combate à pandemia quanto 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.

Quanto aos povos indígenas em geral

10. A *retirada de invasores* das terras indígenas é medida imperativa e imprescindível. Todavia, não se trata de questão nova e associada à pandemia da COVID-19. A remoção de dezenas de milhares de pessoas deve considerar: a) o risco de conflitos; e b) a necessidade de ingresso nas terras indígenas de forças policiais e militares, agravando o perigo de contaminação. Assim sendo, sem prejuízo do dever da União de equacionar o problema e desenvolver um plano de desintrusão, **fica determinado**, por ora, que seja incluído no Plano de Enfrentamento e Monitoramento da COVID-19 para os Povos Indígenas, referido adiante, medida emergencial de contenção e isolamento dos invasores em relação às comunidades indígenas ou providência alternativa apta a evitar o contato.

11. 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.

12. Determinação de elaboração e monitoramento de um

ADPF 709 MC-REF / DF

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.

13. Cautelar parcialmente deferida.”

Referida decisão vem a ser submetida a referente por este Plenário.

De plano, consigo minha divergência parcial em relação a apenas um dos pontos das cautelares concedidas pelo i. Relator, manifestando concordância com todos os demais pontos, pelas razões que abaixo declino.

Das preliminares ao conhecimento da ação

A Presidência da República e a Advocacia-Geral da União sustentam duas preliminares, a impedir o seguimento da presente ação.

Primeiramente, afirmam que a Articulação dos Povos Indígenas do Brasil consistiria em parte ilegítima para ingressar com ação de controle de constitucionalidade, diante da jurisprudência da Corte que, interpretando o contido no artigo 103, inciso IX da Constituição, considerou como entidade de classe de âmbito nacional apenas aquelas representativas da mesma atividade econômica ou profissional.

No entanto, como bem pontuou o i. Relator, além dos partidos políticos que também figuram como autores da ação ora debate já ensejarem o conhecimento da demanda, referida interpretação *“acabou reduzindo as oportunidades de atuação do Tribunal na proteção a direitos fundamentais, já que não reconheceu às associações defensoras de direitos humanos (que não constituem representação de categoria profissional ou econômica) a possibilidade de acessá-lo diretamente, em sede concentrada”*.

Em boa hora, portanto, a Corte deve rever seu posicionamento mais formalista, a fim de possibilitar que também as associações como a Autora, representativa de um grupo minoritário que pretende a defesa de seus direitos fundamentais, possa atuar como legitimada ativa para a

ADPF 709 MC-REF / DF

propositura de ações de controle concentrado.

Como já asseverou a doutrina: *“Uma tal restrição ao direito de propositura não se deixa compatibilizar, igualmente, com a natureza do controle abstrato de normas, e criaria uma injustificada diferenciação entre os entes os órgãos autorizados a propor a ação – diferenciação, esta, que não encontra respaldo na Constituição”* (MEIRELLES, Hely Lopes. Atual. Por WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. 29.ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 356).

Ademais, especificamente em relação à APIB, a permissão de sua condição de legitimada ativa para o ajuizamento da ação ora em debate representa consolidação do contido no artigo 232 da Constituição da República, no sentido de que *“Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses”*.

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 um 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.

Assim, entendo subsistir legitimidade ativa à Associação dos Povos Indígenas do Brasil para ingressar com a presente ação.

De outra parte, verifico que o requisito da subsidiariedade encontra-se atendido, ao contrário do que sustentam as autoridades apontadas como responsáveis pelas omissões narrados no feito.

Isso porque não se mostra razoável pretender que exista outro meio judicial que possa atender aos pedidos formulados pelos Autores, na abrangência pretendida.

ADPF 709 MC-REF / DF

Ora, os pleitos deduzidos na demanda, com a demonstração dos preceitos fundamentais que teriam sido lesados pela Administração Pública, consistem em graves reclamos de omissão quanto à adequada garantia de sobrevivência dos indígenas brasileiros face à pandemia da Covid-19, e requerem medidas aplicáveis a todos os índios brasileiros. Nenhum outro meio judicial pode abranger a integralidade dos pedidos formulados pelos requerentes e, portanto, compreendo, na esteira do i. Relator, que o requisito da subsidiariedade encontra-se devidamente preenchido, razão pela qual afasto as preliminares apontadas e conheço da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Das medidas cautelares

Os Autores sustentam a insuficiência ou mesmo inexistência de políticas públicas adequadas à garantia dos direitos à vida, saúde, dignidade e manutenção da vivência em seus próprios territórios aos indígenas, que vem sendo acometidos de maneira agressiva pelo Coronavírus, com o risco de verdadeiro etnocídio em diversas Terras Indígenas.

Alegam, em apertada síntese, que as comunidades indígenas já sofrem com a falta de estrutura, com a distância de centros médicos e com as invasões de suas terras, circunstâncias a agravar as vulnerabilidades dos indígenas frente à pandemia da Covid-19. Dentre elas, a vulnerabilidade epidemiológica mostra-se mais evidente, uma vez que os indígenas não possuem qualquer tipo de defesa imunológica em relação ao vírus Sars-Cov-2, e possuem menos condições de se proteger do contágio, dadas as omissões do Estado e os constantes ataques que sofrem de garimpeiros, madeireiros e demais invasores.

Assim, pleitearam as seguintes medidas cautelares:

“(a) Seja determinada à União Federal que tome imediatamente todas as medidas necessárias para que sejam instaladas e mantidas barreiras sanitárias para proteção das terras indígenas em que estão localizados povos indígenas isolados e de recente contato. As terras são

ADPF 709 MC-REF / DF

as seguintes: 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.

(b) Seja determinado à União Federal que providencie o efetivo e imediato 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"(art. 12 da Portaria Conjunta n. 4.094/2018, do Ministério da Saúde e da Funai), o qual deve necessariamente passar a contemplar, em sua composição, representantes do Ministério Público Federal, da Defensoria Pública da União e dos povos indígenas, estes indicados pela APIB.

*(c) Seja determinado à 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 Trinchreira Bacajá**, valendo-se para tanto de todos os meios necessários, inclusive, se for o caso, do auxílio das Forças Armadas.*

(d) Seja determinado à União Federal que os 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.

(e) Seja determinado ao Conselho Nacional de Direitos Humanos (CNDH) que, com auxílio técnico das equipes competentes da Fundação Oswaldo Cruz do Grupo de Trabalho de Saúde Indígena da Associação Brasileira de Saúde Coletiva (ABRASCO), e participação de representantes dos povos indígenas, elabore, em 20

ADPF 709 MC-REF / DF

dias, plano de enfrentamento do COVID-19 para os povos indígenas brasileiros, com medidas concretas, e que se tornará vinculante após a devida homologação pelo relator desta ADPF. Os representantes dos povos indígenas na elaboração do plano devem ser indicados pela APIB (pelo menos três) e pelos Presidentes dos Conselhos Distritais de Saúde Indígena (pelo menos três).

(f) Após a homologação do plano referido acima, seja determinado o seu cumprimento pelo Estado brasileiro, delegando-se o seu monitoramento ao Conselho Nacional de Direitos Humanos, com auxílio técnico da equipe competente da Fundação Oswaldo Cruz, e participação de representantes dos povos indígena, nos termos referidos no item anterior.”

O i. Relator deferiu em parte os pedidos cautelares, com as especificações que abaixo especificarei.

Como consta da decisão ora submetida a referendo, o fio condutor da concessão das cautelares pretendidas, ainda que parcialmente, foi a necessidade de uma espécie de mediação entre indígenas e Poder Público, atuando o Poder Judiciário como um *facilitador* para que soluções céleres e efetivas sejam encontradas, de modo a equacionar a grave situação narrada nos autos.

De fato, da análise de todos os documentos juntados à lide, depreendo, numa análise prefacial ínsita aos pedidos cautelares, que as vulnerabilidades dos povos indígenas agudizam-se com a situação de emergência internacional deflagrada pela pandemia da Covid-19, doença altamente contagiosa, ainda incurável, sem vacina ou tratamento específico. Os dados trazidos na exordial denotam uma taxa de mortalidade dos índios muito acima daquela que se verifica no restante da sociedade envolvente, de aproximadamente 9,6% contra 5,6% detectada em relação ao restante da população.

É urgente, portanto, a tomada de medidas emergenciais, que assegurem a sobrevivência dessas comunidades. Em análise das respostas apresentadas pela Presidência da República e pela Advocacia-Geral da União, depreende-se que muitos dos reclamos narrados na exordial não

ADPF 709 MC-REF / DF

recebem a adequada atenção por parte da Administração Federal, incorrendo esta em grave omissão, a exigir intervenção do Poder Judiciário, uma vez configurada, *quantum satis*, a lesão aos preceitos fundamentais elencados na petição inicial.

É notório que na história brasileira, os índios padeceram, em nome de um intento civilizatório trazido pelo homem branco, de grande sofrimento, representado pela perda de seus territórios, aprisionamento, aculturação e acometimento de graves moléstias, que chegaram a dizimar povos inteiros.

Se medidas enérgicas não forem tomadas, estaremos novamente diante de um quadro de grande mortandade de grupos indígenas, o que se mostra inadmissível dentro de um regime plural e democrático, que se compromete, por meio da Carta Constitucional, a proteger a vida e as diversas formas de existências dos indígenas no País.

O memorial apresentado pela Conectas Direitos Humanos e pelo Instituto Socioambiental, admitidos como *amici curiae* na ação, bem demonstra o grave espectro da pandemia entre os indígenas:

“Segundo os modelos epidemiológicos mais simples, que consideram a população suscetível, infectados, recuperados e mortos (chamado de SEIR ou Suscetíveis, Expostos, Infectados e Recuperados), dadas às características sociodemográficas das populações indígenas, **uma única pessoa infectada com o Sars-CoV-2 (causador da Covid-19) pode escalar um surto epidemiológico para até 30% da população indígena**, considerando uma população de 148 pessoas. Esse cenário considera uma taxa de reprodução elevada, relacionada ao alto grau de contato social entre as populações indígenas (como moradias coletivas, densidade demográfica das habitações e aldeias, características estruturais das casas). **O chamado ‘R0’, a reprodução básica da epidemia, para indígenas pode ser até três vezes maior do que de populações urbanas.**”

Não se trata, pois, de mera política governamental, mas de dever do Estado Brasileiro, a adequada tutela da vida e da saúde dos índios e de

ADPF 709 MC-REF / DF

suas comunidades, devidamente encartados no texto constitucional; aqui, portanto, reside a legitimação da via eleita pelos Autores, de modo a autorizar a intervenção do Poder Judiciário, se as medidas alegadas pelo Poder Público não se mostrarem eficazes na proteção do direito de existir dos indígenas em território brasileiro.

Passo à análise das cautelares conferidas pelo Relator.

1. Instalação de barreiras sanitárias, que impeçam o ingresso de pessoas que não pertençam às suas comunidades

Considerando o direito dos povos indígenas isolados e de recente contato em permanecerem sob essa condição, mas sendo dever do Estado a adequada proteção dessas pessoas em face da pandemia da Covid-19, o i. Relator concedeu a medida cautelar no que concerne às barreiras sanitárias, nos seguintes termos:

“29. Entretanto, os recursos materiais e de pessoal a serem utilizados em tais barreiras, sua localização, os protocolos sanitários a serem empregados pelos agentes do Estado e demais especificações devem ser determinados pela União, por meio da elaboração de um plano, ouvidos os membros integrantes da “Sala de Situação” (item apreciado a seguir). Na elaboração do plano, a União poderá considerar, com proporcionalidade e razoabilidade: (i) a maior ou menor exposição a invasores a que se encontra sujeito cada povo indígena; (ii) os recursos de que dispõe para tais intervenções e seus limites; (iii) a necessidade de atender a pleitos concorrentes de igual urgência para a proteção à vida e à saúde.

30. Diante do exposto, **defiro a 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. O plano deverá ser homologado pelo juízo.”

De fato, as medidas narradas pela União, que consistem em

ADPF 709 MC-REF / DF

determinar o impedimento de ingresso de terceiros nesses territórios e da instalação de algumas barreiras fluviais, não são suficientes para proteção desses indígenas e de seus modos de vida, constitucionalmente tutelados nos artigos 215, 216 e 231 da Carta Constitucional.

Como bem asseverou a decisão ora referendada, a instauração de barreiras sanitárias, a efetivamente impedir o ingresso de qualquer não integrante dessas comunidades na área afetada, mostra-se como único meio efetivo para a adequada proteção dos índios isolados e de recente contato, dada a grande vulnerabilidade imunológica dessas pessoas, que jamais tiveram contato com vírus comumente encontrados entre a sociedade envolvente, e podem ser dizimados em caso de contato com o vírus causados da Covid-19.

Aliás, a imposição de barreiras sanitárias é medida recomendada pela Organização das Nações Unidas e pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, como o próprio *decisum* ora sob debate já referiu.

Para além do direito de permanecerem isolados em seus modos de vida, que já impede quaisquer tentativas de assimilação ou de contato forçado por parte do Poder Público, a vedação efetiva de qualquer tipo de aproximação por parte de terceiros deve ser levada a efeito pelo Estado brasileiro, razão pela qual voto por referendar integralmente a cautelar proposta pelo i. Relator, no ponto.

2. Implementação de Sala de Situação para subsidiar a tomada de decisões a respeito da proteção dos povos isolados e de recente contato

A Sala de Situação para subsidiar as decisões quanto à proteção dos povos isolados e de recente contato está prevista pelo artigo 12 da Portaria Conjunta nº 4094/2018, do Ministério da Saúde e da FUNAI, *verbis*:

“Art. 12. Deverá ser ativada 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

ADPF 709 MC-REF / DF

Isolados e de Recente Contato.

§ 1º A Sala de Situação terá como objetivos precípuos o compartilhamento e a sistematização de informações, o favorecimento do processo decisório, a organização de respostas para emergências e o monitoramento e avaliação das intervenções realizadas.

§ 2º A Sala de Situação será composta por membros indicados pela SESAI/MS e membros indicados pela FUNAI e poderá ser integrada também por colaboradores convidados, com a anuência conjunta de ambos os órgãos.

§ 3º A Sala de Situação será convocada indistintamente pela SESAI/MS ou pela FUNAI.

§ 4º A Sala de Situação não substitui as respectivas competências legais da SESAI/MS e da FUNAI frente a promoção e proteção dos direitos dos Povos Indígenas Isolados e de Recente Contato.”

Nesse ponto, a cautelar pleiteada foi deferida, no seguinte sentido:

“38. Por tais fundamentos, e com base nos princípios da precaução e da prevenção, reconheço a verossimilhança do direito à criação de uma Sala de Situação. O perigo na demora está indiscutivelmente presente, pelas razões já apontadas. A sala deverá assegurar a participação de membros da Procuradoria-Geral da República, da Defensoria Pública da União e de representantes indígenas indicados pela APIB, bem como das demais autoridades que a União entender que devem participar do processo decisório. Tais membros deverão ser designados, no prazo de 72 horas a contar da ciência desta decisão, apontando-se seus respectivos nomes, qualificação, correios eletrônicos e telefones para contato.

39. As entidades devem assegurar que os representantes disponham, ao menos, de adequado acesso à internet, que permita a sua participação. A primeira reunião virtual da Sala de Situação deverá ser convocada pela União, no prazo de 72 horas, a contar da indicação de todos os representantes, por

ADPF 709 MC-REF / DF

correio eletrônico com aviso de recebimento encaminhado a todos eles, bem como por petição ao presente juízo. A convocação deverá indicar: (i) a data da primeira reunião, no prazo de até 72 horas da convocação; (ii) seus horários; (iii) *link* e senha para plataforma virtual de acesso (ou, conforme a plataforma utilizada, com a antecedência possível); (iv) a autoridade responsável por presidir a reunião; (v) o contato telefônico e o nome de 2 autoridades da União responsáveis pela facilitação técnica do acesso de todos à sala virtual, caso haja qualquer dificuldade tecnológica.

40. Nesses termos, **defiro a cautelar, para a constituição de Sala de Situação**, nos termos explicitados acima.”

Também nesse ponto, a cautelar deve ser referendada.

De fato, a União aponta dois impedimentos para a instalação da Sala de Situação, a amparar as medidas a serem tomadas quanto ao enfrentamento da pandemia em relação aos povos isolados e de recente contato.

O primeiro deles seria a violação ao princípio da Separação de Poderes, pois as medidas administrativas de contenção do contágio pelo coronavírus consistem em decisão do Poder Executivo, que não deve ser compelido a instalar o órgão em questão, sob pena de indevida interferência do Poder Judiciário.

No entanto, referida medida é prevista em ato normativo de autoria do próprio Poder Executivo, por meio do Ministério da Saúde e da FUNAI, e consiste em adequado meio de direcionamento das ações executivas para assegurar a sobrevivência dessas comunidades. Assim, ao compelir o Poder Executivo ao cumprimento de medida normativamente prevista, não há que se falar em interferência indevida do Poder Judiciário nas atividades eminentemente executivas.

De outra sorte, também sustenta a União que a participação dos índios, por meio de representação da APIB, na Sala de Situação não seria devida, pois poderia prejudicar as ações urgentes já em andamento no enfrentamento da Covid-19.

ADPF 709 MC-REF / DF

Ora, a participação dos índios e suas comunidades na formulação de políticas públicas e nos processos decisórios que lhe digam respeito vem prevista pela Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, recepcionada com *status* legal pelo ordenamento jurídico brasileiro, e não se trata de mera faculdade dos órgãos administrativos, mas sim de etapa fundamental para a validade de ações e programas que afetem diretamente o modo de vida indígena.

Eis o teor dos seguintes dispositivos:

“Artigo 2o

1. **Os governos deverão assumir a responsabilidade de desenvolver, com a participação dos povos interessados, uma ação coordenada e sistemática com vistas a proteger os direitos desses povos e a garantir o respeito pela sua integridade.**

2. Essa ação deverá incluir medidas:

a) que assegurem aos membros desses povos o gozo, em condições de igualdade, dos direitos e oportunidades que a legislação nacional outorga aos demais membros da população;

b) que promovam a plena efetividade dos direitos sociais, econômicos e culturais desses povos, respeitando a sua identidade social e cultural, os seus costumes e tradições, e as suas instituições;

c) que ajudem os membros dos povos interessados a eliminar as diferenças sócio - econômicas que possam existir entre os membros indígenas e os demais membros da comunidade nacional, de maneira compatível com suas aspirações e formas de vida.

Artigo 6o

1. **Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão:**

a) consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afeta-

ADPF 709 MC-REF / DF

los diretamente:

b) estabelecer os meios através dos quais os povos interessados possam participar livremente, pelo menos na mesma medida que outros setores da população e em todos os níveis, na adoção de decisões em instituições efetivas ou organismos administrativos e de outra natureza responsáveis pelas políticas e programas que lhes sejam concernentes;

c) estabelecer os meios para o pleno desenvolvimento das instituições e iniciativas dos povos e, nos casos apropriados, fornecer os recursos necessários para esse fim.

2. As consultas realizadas na aplicação desta Convenção deverão ser efetuadas com boa fé e de maneira apropriada às circunstâncias, com o objetivo de se chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas.”

Portanto, não se trata de óbice ou injustificado retardamento de medidas fundamentais ao enfrentamento da pandemia nas terras indígenas, mas de assegurar que os beneficiários dessas políticas possam sobre elas deliberar e possam, inclusive, auxiliar os gestores na definição do melhor procedimento a ser tomado.

Ademais, ressalte-se que a pandemia foi reconhecida pela Organização Mundial da Saúde no mês de março, e já estamos no mês de agosto, deliberando acerca da necessidade de medidas efetivas para a proteção da vida e da saúde dos povos indígenas; logo, se ainda há muito a ser feito pelo Estado, não há nenhum óbice legal ou constitucional à participação de representantes dos indígenas na elaboração dessa política, ao revés, a garantia de que estarão presentes na formulação dessas medidas representa a efetivação do princípio democrático e do pluralismo que a Constituição reconhece na sociedade brasileira.

Portanto, voto por acompanhar o i. Relator também quanto a esse ponto.

3. Retirada de invasores de sete Terras Indígenas

Os Autores apontam situação calamitosa em sete Terras Indígenas,

ADPF 709 MC-REF / DF

as quais vem sofrendo mais acentuadamente no ano corrente com invasões de terras e desmatamento, fatos que agravam o risco de contágio das comunidades citadas e elevam sobremaneira a mortandade dos índios, razão pela qual requerem, cautelarmente:

“(c) Seja determinado à 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.”

O i. Relator deferiu parcialmente a cautelar, no ponto, sob os seguintes argumentos:

“43. Entretanto, a situação não é nova nem guarda relação com a pandemia. Trata-se de problema social gravíssimo, presente em diversas terras indígenas e unidades de conservação, de difícil resolução, dado o grande contingente de pessoas (os requerentes falam em mais de 20.000 invasores em apenas uma das áreas) e o elevado risco de conflito armado. Não há como equacionar e solucionar esse problema nos limites de uma medida cautelar. É certo, porém, que a União deve se organizar para enfrentar o problema, que só faz crescer. Acrescente-se aqui que, segundo narrativa dos próprios requerentes, o ingresso de pessoas estranhas às comunidades em suas terras gera risco de contágio. Os requerentes inclusive atribuem tal contágio a equipes médicas do Ministério da Saúde e das Forças Armadas. Há, portanto, considerável *periculum in mora* inverso na determinação da retirada tal como postulada, já que ela implicaria o ingresso de forças militares e policiais em terra indígena, em risco de conflito armado durante a pandemia e, por conseguinte, poderia agravar a ameaça já existente à vida de tais povos. Assim, é recomendável que se considere, por ora, medida emergencial de contenção e isolamento dos invasores em relação às comunidades indígenas ou providência

ADPF 709 MC-REF / DF

alternativa apta a evitar o contato.

44. Diante do exposto, **defiro parcialmente a cautelar, para determinar a inclusão, no Plano de Enfrentamento e Monitoramento da Covid-19 para os Povos Indígenas (infra), de medida emergencial de contenção e isolamento dos invasores em relação as comunidades indígenas ou de providencia alternativa apta a evitar o contato.** A medida emergencial deve ser analisada pela União, com a participação do Conselho Nacional de Direitos Humanos e de representantes das comunidades indígenas. Indefiro, por ora, o pedido de retirada dos invasores diante do risco que pode oferecer à vida, à saúde e à segurança das comunidades. Observo, porém, que é dever da União equacionar o problema das invasões e desenvolver um plano de desintrusão. **Portanto, se nenhum plano for desenvolvido a respeito da desintrusão, voltarei ao tema.”**

Com a devida vênia do i. Relator, mas aqui reside a parcial divergência que anunciei, pois compreendo ser possível que esta Corte defira o pedido cautelar em maior extensão do que aquela conferida por V. Excelência, determinando à União que promova medidas eficazes de desintrusão das áreas apontadas na exordial, desde logo, sob pena de ineficácia do provimento final.

De fato, os Autores demonstram, por meio de documentos, a grave situação de invasões por terceiros não índios nas sete Terras Indígenas mencionadas na petição inicial: Terras Indígenas **Yanomami, Karipuna, Uru-Eu-Wau-Wau, Kayapó, Araribóia, Munduruku e Trincheira Bacajá.**

Trata-se de áreas já demarcadas pelo Poder Público e todas devidamente homologadas, já tendo sido finalizado o processo de reconhecimento da tradicionalidade da ocupação indígena em todas elas. Por esse motivo, nos termos do artigo 231 da Constituição da República, são terras de propriedade da União e de usufruto exclusivo das comunidades indígenas que ali habitam, inexistindo direito a qualquer não índio de ali permanecer e extrair riqueza naqueles territórios.

A dicção constitucional é clara:

ADPF 709 MC-REF / DF

“Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

§ 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

§ 2º As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

§ 3º O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

§ 4º As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

§ 5º É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, "ad referendum" do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.

§ 6º São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não

ADPF 709 MC-REF / DF

gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé.

§ 7º Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, § 3º e § 4º.”

Portanto, não há situação de legalidade que pudesse ser amparada em relação à presença dos invasores. A invasão das Terras Indígenas para a exploração econômica de seus recursos naturais não encontra qualquer socorro no ordenamento constitucional pátrio, restando de todo inconstitucional e passível, portanto, de atuação pronta e eficaz por parte das autoridades a fim de solucionar a questão.

É certo que o problema não é novo, como pontuou o i. Relator. No entanto, a situação emergencial da pandemia da Covid-19, com o agravamento do contágio pela proximidade dos invasores aos indígenas, torna ainda mais urgente a busca por um equacionamento célere do tema.

O pedido dos Autores mostra-se bastante razoável, ao indicar sete Terras Indígenas específicas para atuação emergencial dos poderes públicos, e não a integralidade dos territórios do País. A situação calamitosa que essas populações vivem foi objeto de decisão por parte da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que emitiu recentemente a Recomendação nº 35/2000 ao Estado brasileiro, a fim de, cautelarmente, instruir o Governo a atuar na proteção dos povos indígenas Yanomami e Ye'kwana:

“57. À luz dos antecedentes assinalados, a CIDH considera que o presente assunto reúne *prima facie* os requisitos de gravidade, urgência e irreparabilidade contidos no artigo 25 do seu Regulamento. Em consequência, a Comissão solicita ao Brasil que:

a) adote as medidas necessárias para proteger os direitos à saúde, à vida e à integridade pessoal dos membros dos povos indígenas Yanomami e Ye'kwana, implementando, de uma perspectiva culturalmente apropriada, medidas preventivas

ADPF 709 MC-REF / DF

contra a disseminação da COVID-19, além de lhes fornecer atendimento médico adequado em condições de disponibilidade, acessibilidade, aceitabilidade e qualidade, de acordo com os parâmetros internacionais aplicáveis;

b) acordar as medidas a serem adotadas com os beneficiários e seus representantes; e

c) relatar as ações adotadas para investigar os fatos que levaram à adoção dessa medida cautelar e, assim, evitar sua repetição.”

A urgência na retirada dos invasores das Terras Indígenas apontadas na exordial mostra-se patente, seja pelo transcurso do período da “seca amazônica”, de maio a setembro, quando os invasores atuam para a prática das atividades ilegais aproveitando-se da ausência das cheias, seja pelo risco de inoquidade das demais medidas cautelares ora sob referendo, as quais podem não restar efetivas se a manutenção dos milhares de invasores nas áreas não for controlada de modo célere, a evitar que espalhem a doença àqueles em situação de extrema vulnerabilidade epidemiológica.

Ressalte-se, a adequada tutela do direito à vida, à saúde e ao modo de existir indígena não é uma escolha conjuntural, mas compromisso assumido pelo Estado na Constituição da República. Não há escusa para o não cumprimento desse dever, em especial diante de uma pandemia que pode levar a verdadeiro etnocídio de comunidades inteiras, pela inação tempestiva do agir administrativo.

A preocupação demonstrada pelo i. Relator, no sentido de que o ingresso das Forças Armadas e dos policiais para a retirada dos invasores poderia representar um risco maior de contágio aos próprios indígenas é legítima, no entanto, a União tem condições de se cercar de todas as precauções possíveis, no sentido da testagem dos agentes do Estado e demais medidas sanitárias que assegurem a segurança de todos os envolvidos na operação.

Assim, evidenciada a verossimilhança do direito alegado e o perigo na demora, voto pelo deferimento em maior extensão do pedido cautelar

ADPF 709 MC-REF / DF

de retirada dos invasores das Terras Indígenas Yanomami, Karipuna, Uru-Eu-Wau-Wau, Kayapó, Araribóia, Munduruku e Trincheira Bacajá, determinando à União que inclua no Plano de Enfrentamento e Monitoramento da Covid-19 para os Povos Indígenas medidas emergenciais para a desintrusão das áreas apontadas, medidas essas a serem cumpridas, inadiavelmente, em até sessenta dias após a homologação do Plano pelo Relator da ação. Ressalto a imperiosidade de que sejam adotadas todas as cautelas necessárias para proteger a saúde dos índios e dos agentes estatais envolvidos nas operações, utilizando-se das recomendações sanitárias adequadas ao desempenho da tarefa de retirada dos invasores das áreas de ocupação indígena.

4. Extensão dos serviços do Subsistema de Saúde Indígena do SUS a todos os indígenas do Brasil

Diante do entendimento manifestado pela Administração Pública Federal, no sentido de que apenas os indígenas aldeados em terras já homologadas pelo Poder Executivo podem se utilizar do Subsistema de Saúde Indígena do SUS, pleiteiam os Autores a extensão do dever de atendimento da SESAI (Secretaria Especial de Saúde Indígena) a todos os índios no País, indistintamente.

Quanto ao ponto, o i. Relator deferiu parcialmente a medida cautelar:

“50. Em vista da manifesta verossimilhança do direito alegado e do perigo na demora de seu atendimento, defiro a cautelar para determinar a imediata extensão dos serviços do Subsistema Indígena de Saúde aos povos aldeados situados em terras não homologadas.

(...)

56. Diante do exposto, defiro parcialmente a cautelar para estender o Sistema Indígena de Saúde apenas aos indígenas não aldeados (urbanos) sem condições de acesso ao SUS geral. Indefiro, por ora, a extensão à totalidade dos povos indígenas

ADPF 709 MC-REF / DF

urbanos. Determino, contudo, que o plano objeto do próximo tópico avalie a viabilidade de tal extensão e a considere.”

A atenção à saúde indígena vem disciplinada pelos artigos 19-A a 19-H da Lei nº 8.080/90, com o escopo de prestar atendimento adequado aos índios e às comunidades, levando-se em consideração suas práticas culturais e seus saberes ancestrais:

Do Subsistema de Atenção à Saúde Indígena

Art. 19-A. As ações e serviços de saúde voltados para o atendimento das populações indígenas, em todo o território nacional, 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 e definido por esta Lei, e pela Lei nº 8.142, de 28 de 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-D. O SUS promoverá a articulação do Subsistema instituído por esta Lei com os órgãos responsáveis pela Política Indígena do País.

Art. 19-E. Os Estados, Municípios, outras instituições governamentais e não-governamentais poderão atuar complementarmente no custeio e execução das ações.

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, meio ambiente, demarcação de terras, educação sanitária e integração institucional.

Art. 19-G. O Subsistema de Atenção à Saúde Indígena deverá ser, como o SUS, descentralizado, hierarquizado e regionalizado.

ADPF 709 MC-REF / DF

§ 1º O Subsistema de que trata o *caput* deste artigo terá como base os Distritos Sanitários Especiais Indígenas.

§ 2º O SUS servirá de retaguarda e referência ao Subsistema de Atenção à Saúde Indígena, devendo, para isso, ocorrer adaptações na estrutura e organização do SUS nas regiões onde residem as populações indígenas, para propiciar essa integração e o atendimento necessário em todos os níveis, sem discriminações.

§ 3º As populações indígenas devem ter acesso garantido ao SUS, em âmbito local, regional e de centros especializados, de acordo com suas necessidades, compreendendo a atenção primária, secundária e terciária à saúde.

Art. 19-H. As populações indígenas terão direito a participar dos organismos colegiados de formulação, acompanhamento e avaliação das políticas de saúde, tais como o Conselho Nacional de Saúde e os Conselhos Estaduais e Municipais de Saúde, quando for o caso."

Quanto à alegação de que apenas os índios que habitem terras já homologadas pelo Executivo podem receber as ações da FUNAI e da SESAI, trata-se de visão reducionista da condição indígena, não albergada pelo ordenamento jurídico.

Nem a Constituição nem qualquer outro diploma infraconstitucional atribuem a condição de índio ao fato de estar ou não habitando terra indígena homologada. De fato, a Convenção 169 da OIT destaca o critério da autoatribuição como fundamental para a caracterização da condição de indígena:

"Artigo 1o

1. A presente convenção aplica-se:

a) aos povos tribais em países independentes, cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros setores da coletividade nacional, e que estejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial;

ADPF 709 MC-REF / DF

b) aos povos em países independentes, considerados indígenas pelo fato de descenderem de populações que habitavam o país ou uma região geográfica pertencente ao país na época da conquista ou da colonização ou do estabelecimento das atuais fronteiras estatais e que, seja qual for sua situação jurídica, conservam todas as suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas, ou parte delas.

2. A consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos que se aplicam as disposições da presente Convenção.

3. A utilização do termo "povos" na presente Convenção não deverá ser interpretada no sentido de ter implicação alguma no que se refere aos direitos que possam ser conferidos a esse termo no direito internacional."

Ademais, como bem pontuou o i. Relator, se cabe ao Estado promover a demarcação das terras indígenas, este não se desincumbe de seu papel e ainda rejeita a assistência àqueles que vivem em terras ainda não demarcadas ou não homologadas, trata-se de recusa inadmissível à proteção do direito à vida e à saúde dos índios, razão pela qual é cabível a atuação do Poder Judiciário no tema.

Mesmo raciocínio aplica-se em relação aos índios que vivem no ambiente urbano, e que deixaram suas comunidades por alguma razão. Ora, é fato notório a pouca estrutura que essas comunidades possuem, circunstância que leva muitos indígenas a buscarem nas cidades condições de emprego, saúde e educação, que infelizmente não encontram em suas áreas tradicionais, por inação dos Poderes Públicos.

No entanto, admito as dificuldades apontadas pelo Relator, no sentido de que determinar ao Subsistema de Atenção à Saúde Indígena a absorção imediata de um número ainda não conhecido de pessoas possa prejudicar sua atuação, exigindo o reposicionamento de profissionais de saúde e de equipamentos e insumos.

Assim, voto por referendar as cautelares concedidas pelo i. Relator, no sentido de determinar o imediato atendimento pelo Subsistema de

ADPF 709 MC-REF / DF

Atenção à Saúde Indígena de todos os índios aldeados, inclusive em terras ainda não demarcadas ou homologadas, e pelo atendimento subsidiário do Subsistema aos indígenas residentes em meio urbano, Àqueles sem acesso ao SUS, devendo constar do Plano de Enfrentamento as condições para a expansão integral do atendimento específico.

5. Elaboração e monitoramento de Plano de Enfrentamento da Covid-19 para os Povos Indígenas Brasileiros

Os Autores pleiteiam a elaboração de Plano específico para o Enfrentamento da Covid-19 em relação aos indígenas brasileiros, por considerar que o Plano de Contingência Nacional para Infecção Humana pelo novo Coronavírus (Covid-19) em Povos Indígenas, apresentado pela União, é vago e não propõe responsabilidades e medidas eficazes à salvaguarda da vida e saúde dos índios.

No ponto, o Relator deferiu a cautelar, no seguinte sentido:

“60. Diante do exposto, tendo em vista a necessidade de assegurar diálogo institucional e intercultural, por um lado, e de observar os princípios da precaução e da prevenção de outro, entendo que é o caso de atribuir à União a formulação do referido plano, com a participação do Conselho de Direitos Humanos, dos representantes dos povos indígenas e demais consultores *ad hoc*. Espera-se que tais atores sejam capazes de construir uma solução de consenso. Como já observado acima, o plano deverá contemplar, inclusive: (i) a avaliação da viabilidade de retirada de invasores de terras indígenas ou medidas alternativas à remoção; bem como (ii) o exame da viabilidade e eventual planejamento da expansão do atendimento do Subsistema de Saúde Indígena para indígenas não aldeados. Não se chegando, contudo, a um consenso e ausente qualquer outra solução, o presente juízo será obrigado a decidir acerca do plano.

61. Por todo o exposto, **defiro parcialmente a cautelar para** determinar a União que formule, no prazo de até 30 dias,

ADPF 709 MC-REF / DF

um plano de enfrentamento da COVID-19 para os povos indígenas brasileiros, com a **participação do CNDH e de representantes das comunidades indígenas**, bem como com apoio técnico da Fundação Oswaldo Cruz e do Grupo de Trabalho de Saúde Indígena da Associação Brasileira de Saúde Coletiva – ABRASCO, desde que, aceito o encargo, desempenhem a tarefa como consultores *ad hoc*. A execução do plano deverá ser monitorada por todos os referidos atores em conjunto. Caberá à União avaliar as demais autoridades e órgãos a serem envolvidos na tarefa. O plano deverá ser trazido à homologação deste juízo, quando eventuais pontos de divergência serão apreciados.”

A proposta do Ministro Relator contempla a necessidade de participação dos índios, por meio de seus representantes, na formulação das políticas públicas que irão afetá-los diretamente – cuja importância já foi acima ressaltada – bem como ressalva a participação de atores que vem colaborando com o direcionamento dos gestores nessa temática.

O planejamento eficiente mostra-se fundamental para o correto enfrentamento da emergência em saúde ocasionada pela atual pandemia, a fim de se preservar o maior número de vidas possível, e minorar os efeitos deletérios que a Covid-19 deixará nos territórios indígenas.

Assim, voto por referendar a cautelar trazida pelo Relator, no ponto.

Em resumo, divirjo apenas em parte da proposta de referendo apresentada, a fim de deferir em maior extensão o pedido cautelar de retirada dos invasores das Terras Indígenas **Yanomami, Karipuna, Uru-Eu-Wau-Wau, Kayapó, Araribóia, Munduruku e Trincheira Bacajá, determinando à União que inclua no Plano de Enfrentamento e Monitoramento da Covid-19 para os Povos Indígenas medidas emergenciais para a desintrusão das áreas apontadas, medidas essas a serem cumpridas, inadiavelmente, em até sessenta dias após a homologação do Plano pelo Relator da ação, mediante a utilização de todas as cautelas necessárias para proteger a saúde dos índios e dos**

ADPF 709 MC-REF / DF

agentes estatais envolvidos nas operações, com a adoção das recomendações sanitárias adequadas ao desempenho da tarefa de retirada dos invasores das áreas de ocupação indígena.

É como voto.

05/08/2020

PLENÁRIO

**REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA ARGUIÇÃO DE
DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 709 DISTRITO FEDERAL**

VOTO

A Ministra Rosa Weber: 1. Senhor Presidente, eminentes pares, Senhor Vice-Procurador Geral da República, Senhor Advogado-Geral da União, Senhora e Senhores Advogados, cumprimento todos, em especial os que ocuparam na última assentada a tribuna virtual, com valiosas contribuições ao debate, e cumprimento também o eminente Relator, que nos brindou com voto de excelência, como sói acontecer.

A presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, proposta pela **Articulação dos Povos Indígenas do Brasil – APIB** e pelos partidos políticos **PC do B, PDT, PSB, PSOL, PT e Rede**, tem como objeto apontadas falhas e omissões no combate à epidemia do novo coronavírus entre os povos indígenas brasileiros, a configurar lesões a preceitos fundamentais da Constituição.

2. Legitimidade ativa *ad causam*

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.

Vale observar, ainda, que o **Artigo 8º, 1, da Convenção nº 169/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*”.

Nesse quadro, entendo que não se pode negar à **Articulação dos Povos Indígenas do Brasil – APIB**, instância de referência nacional do

ADPF 709 MC-REF / DF

movimento indígena no Brasil instituída em 2005, com representação em todos os estados brasileiros, legitimidade ativa *ad causam* para a presente ação, na condição de entidade de classe de âmbito nacional (**art. 103, IX, da CF**).

Os demais autores, agremiações partidárias com representação no Congresso Nacional, têm sua legitimação para a causa dada pelo **art. 103, VIII, da CF**.

3. Requisitos da ADPF. Atos do Poder Público.

Os atos que ensejaram a presente arguição de descumprimento de preceito fundamental estão descritos na exordial, bem como na decisão do eminente relator, concessiva da medida cautelar ora submetida ao referendo deste Plenário, como contemplando “*uma multiplicidade de atos comissivos e omissivos de instituições públicas federais*”¹, quais sejam:

a) omissão da União em impedir o ingresso de não índios nos territórios indígenas – mesmo aqueles em que vivem povos isolados ou de recente contato – possibilitando, com isso, a disseminação do coronavírus entre essas populações, com risco até de extinção;

b) omissão federal em retirar invasores de terras indígenas, o que contribui para aumentar gravemente o risco sanitário nessas regiões;

c) atuação da **SESAI – Secretaria Especial de Saúde Indígena**, como órgão responsável pela saúde indígena, restrita aos índios aldeados em terras indígenas homologadas, em prejuízo do direito à saúde dos índios que vivem em contextos urbanos e àqueles que habitam áreas pendentes de demarcação; e

d) insuficiência das políticas públicas da **SESAI** e da **FUNAI – Fundação Nacional do Índio** no que se refere à proteção da vida e da saúde dos povos indígenas diante da pandemia da COVID-19 (*Coronavirus Disease 2019*); notadamente ante a **vagueza e falta de concretude do plano de contingência** da **SESAI** para o enfrentamento do coronavírus entre povos indígenas, formulado **sem a participação das populações interessadas**.

1

ADPF 709 MC-REF / DF

Tenho por atendido, assim, o requisito previsto no art. 1º da Lei nº 9.882/1999, segundo o qual “a arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar **lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público**” (destaquei).

4. Requisitos da ADPF. Lesão a preceito fundamental.

São tidos como violados os preceitos fundamentais concernentes à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), à vida (art. 5º, *caput*), à saúde (art. 6º e 196) e o direito dos povos indígenas a viverem em suas terras segundo sua organização social, costumes e tradições (art. 231).

A arguição de descumprimento de preceito fundamental desempenha, no conjunto dos mecanismos de proteção da higidez da ordem constitucional, a específica função de evitar, à falta de outro meio eficaz para tanto, a perenização no ordenamento jurídico de comportamentos estatais – sejam eles atos normativos, ou não – contrários a um identificável núcleo de preceitos – princípios e regras – tidos como sustentáculos da ordem constitucional estabelecida.

Sem risco de vulgarizar o conteúdo do núcleo essencial merecedor da proteção singular da ADPF, pode-se afirmar que o descumprimento de preceito fundamental acionador do mecanismo de defesa da ordem constitucional (art. 102, § 1º, da Carta Política) se manifesta na contrariedade às linhas mestras da Constituição, àquilo que, mesmo não identificado com esta ou aquela fração do texto positivado, tem sido metaforicamente chamado, por escolas do pensamento jurídico, de seu espírito. Pilares de sustentação, explícitos ou implícitos, sem os quais a ordem jurídica delineada pelo Poder Constituinte, seja ele originário ou derivado, ficaria desfigurada na sua própria identidade.

A própria redação do art. 102, § 1º, da Constituição da República, ao aludir a preceito fundamental “decorrente desta Constituição”, é indicativa de que os preceitos em questão não se restringem às normas expressas no seu texto, incluindo, também, prescrições implícitas, desde

ADPF 709 MC-REF / DF

que revestidas dos indispensáveis traços de **essencialidade** e **fundamentalidade**. É o caso, v.g., de princípios como o da razoabilidade e o da confiança, realidades deontológicas integrantes da nossa ordem jurídica, objetos de sofisticados desenvolvimentos jurisprudenciais nesta Corte, embora não expressos na literalidade do texto da Constituição.

Isso porque os conteúdos normativos – preceitos – da Constituição são revelados hermeneuticamente a partir da relação entre intérprete e texto, tomada a Constituição não como agregado de enunciados independentes, e sim como sistema normativo qualificado por sistematicidade e coerência interna.

Nessa ordem de ideias, tenho por inequívoco que eventual lesão ao postulado fundamental da **dignidade da pessoa humana** e aos **direitos fundamentais à vida, à saúde e aos povos indígenas a viverem em suas terras segundo sua organização social, costumes e tradições**, considerada a centralidade da posição por eles ocupada no complexo deontológico e político consubstanciado na Constituição, mostra-se passível de desfigurar a própria essência do pacto constitucional pátrio.

Entendo, pois, diante do alegado na inicial, devidamente enquadrada a lide, tal como se apresenta, em tese, em hipótese de lesão a preceitos fundamentais, estes devidamente indicados na exordial.

5. Requisitos da ADPF. Subsidiariedade.

A presente arguição não esbarra no óbice processual – **pressuposto negativo de admissibilidade** – do art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/1999 (“*Não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade*”).

Entendo demonstrada, ao menos em juízo deliberatório, a insuficiência dos meios processuais ordinários para imprimir solução satisfatória à controvérsia posta. É que prestigiada, na interpretação daquele dispositivo, a eficácia típica dos processos objetivos de proteção da ordem constitucional, vale dizer, a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante próprios ao controle abstrato de constitucionalidade. Significa afirmar que a chamada cláusula de **subsidiariedade** impõe a inexistência de

ADPF 709 MC-REF / DF

outro meio tão eficaz e definitivo quanto a ADPF para sanar a lesividade, é dizer, de outra medida adequada no universo do **sistema concentrado de jurisdição constitucional**.

Atendidos, pois, os requisitos legais, revela-se a arguição de descumprimento de preceito fundamental instrumento jurídico adequado ao fim proposto.

6. Síntese das medidas cautelares deferidas.

O eminente Ministro relator submete, ao necessário referendo deste Plenário, as medidas cautelares por ele deferidas nos seguintes termos:

“III.1. QUANTO AOS POVOS INDÍGENAS EM ISOLAMENTO OU POVOS INDÍGENAS DE RECENTE CONTATO:

1. *Criação de barreiras sanitárias*, que impeçam o ingresso de terceiros em seus territórios, conforme plano a ser apresentado pela União, ouvidos os membros da Sala de Situação (infra), no prazo de 10 dias, contados da ciência desta decisão.

2. *Criação de Sala de Situação*, para gestão de ações de combate à pandemia quanto aos Povos Indígenas em Isolamento e de Contato Recente, nos seguintes termos:

(i) composição pelas autoridades que a União entender pertinentes, bem como por membro da Procuradoria-Geral da República, da Defensoria Pública da União e por representantes indígenas indicados pela APIB;

(ii) indicação de membros pelas respectivas entidades, no prazo de 72 horas a contar da ciência desta decisão, apontando-se seus respectivos nomes, qualificações, correios eletrônicos e telefones de contato, por meio de petição ao presente juízo;

(iii) convocação da primeira reunião da Sala de Situação, pela União, no prazo de 72 horas, a contar da indicação de todos os representantes, por correio eletrônico com aviso de recebimento encaminhado a todos eles, bem como por petição ao presente juízo;

(iv) designação e realização da primeira reunião, no prazo

ADPF 709 MC-REF / DF

de até 72 horas da convocação, anexada a respectiva ata ao processo, para ciência do juízo.

III.2. QUANTO A POVOS INDÍGENAS EM GERAL

1. *Inclusão, no Plano de Enfrentamento e Monitoramento da Covid-19 para os Povos Indígenas (infra), de medida emergencial de contenção e isolamento dos invasores em relação às comunidades indígenas ou providência alternativa, apta a evitar o contato.*

2. *Imediata extensão dos serviços do Subsistema Indígena de Saúde aos povos aldeados situados em terras não homologadas.*

3. *Extensão dos serviços do Subsistema Indígena de Saúde aos povos indígenas não aldeados, exclusivamente, por ora, quando verificada barreira de acesso ao SUS geral.*

4. *Elaboração e monitoramento de um Plano de Enfrentamento da COVID-19 para os Povos Indígenas Brasileiros pela União, no prazo de 30 dias contados da ciência desta decisão, com a participação do Conselho Nacional de Direitos Humanos e dos representantes das comunidades indígenas, nas seguintes condições:*

(i) *indicação dos representantes das comunidades indígenas, tal como postulado pelos requerentes, no prazo de 72 horas, contados da ciência dessa decisão, com respectivos nomes, qualificações, correios eletrônicos e telefones de contatos, por meio de petição ao presente juízo;*

(ii) *apoio técnico da Fundação Oswaldo Cruz e do Grupo de Trabalho de Saúde Indígena da Associação Brasileira de Saúde Coletiva – ABRASCO, cujos representantes deverão ser indicados pelos requerentes, no prazo de 72 horas a contar da ciência desta decisão, com respectivos nomes, qualificações, correios eletrônicos e telefones de contato;*

(iii) *indicação pela União das demais autoridades e órgãos que julgar conveniente envolver na tarefa, com indicação dos mesmos elementos.”*

7. **Discute-se, como visto, a tutela do direito dos povos indígenas à vida e à saúde em face da pandemia da COVID-19, a evidenciar a índole**

ADPF 709 MC-REF / DF

estrutural do presente feito. A relevância e a urgência da demanda justificam-se diante do risco real de **extermínio de etnias**.

Documento do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos aponta que, em todo o mundo, *“a pandemia da COVID-19 tem afetado os povos indígenas de modo desproporcional ao agravar a desigualdades estruturais subjacentes e a discriminação generalizada”* e ressalta que esse sério impacto precisa ser especificamente abordado pelas estratégias de enfrentamento à pandemia.

A vulnerabilidade da saúde dos povos indígenas brasileiros, cabe observar, antecede a pandemia em curso: muitas comunidades indígenas situam-se em lugares remotos, o acesso das populações indígenas ao saneamento básico é a mais das vezes deficitário, diferenças culturais e preconceito frequentemente impõem obstáculos tanto à busca dos indígenas pelos serviços básicos de saúde quanto ao seu acolhimento apropriado. A tudo se acresce a maior suscetibilidade a doenças infectocontagiosas de que se ressentem. Não por outra razão, a Lei nº 9.836/1999 (Lei Arouca) instituiu, no âmbito do Sistema Único de Saúde, o **Subsistema de Atenção à Saúde Indígena**.

8. Embora muito bem ressaltado no voto do eminente Relator, entendo oportuno repisar alguns dados fáticos para ampliar a visibilidade da realidade e situação dos povos indígenas brasileiro. De acordo com o último **Censo IBGE (2010)**, existem no Brasil cerca de **900 mil indígenas** (0,4% da população brasileira). O resultado do censo apontou para **274 línguas** faladas por indivíduos distribuídos por **305 povos**. Destes, pouco mais de 500 mil indivíduos (57,7%) vivem em terras indígenas. Estima-se em **70 (setenta)** o número de **tribos não contatadas** na Amazônia brasileira, dos quais **28 (vinte e oito)** tiveram existência confirmada pela FUNAI. Fora da **Amazônia legal**, segundo o Instituto Socioambiental, há evidência de um único e pequeno grupo vivendo em **isolamento**, da etnia Avá-Canoeiro.

Números atualizados ainda ontem, **04.8.2020**, dão conta de **22.021** casos confirmados de COVID-19 na população indígena, com **148** povos afetados, sendo que **625** índios já perderam a vida em decorrência da

ADPF 709 MC-REF / DF

doença.

9. Não é novidade na história brasileira o recurso à falácia de uma suposta contraposição entre a preservação do modo de vida dos povos indígenas do Brasil e a promoção dos interesses nacionais. Trata-se de retórica perversa, que visa a deslegitimar tanto a causa indígena quanto aqueles que se esforçam em seu favor.

Sendo a Nação o conjunto dos povos que habitam o território do Estado, os interesses do Estado brasileiro, como entidade plural que é e fundado, entre outros pilares, na cidadania e na dignidade da pessoa humana (**art. 1º, II e III, da CF**) correspondem à comunhão dos interesses de todos os seus povos e etnias componentes, incluindo, e não antagonizando, os interesses específicos dos povos indígenas. Na dicção do **art. 3º, I, III e IV, da Carta Política**, constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, construir uma sociedade **livre, justa e solidária, erradicar a marginalização e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação**.

Lembro que no julgamento da ação em que discutido o processo de demarcação da Terra Indígena Raposa Terra do Sol (**Pet nº 3.388/RR**, Relator Ministro Carlos Britto, Tribunal Pleno, julgamento em 19.3.2009, DJe 01.7.2010), este Supremo Tribunal Federal registrou compreensão segundo a qual, ao consagrar a **proteção dos direitos indígenas**, a Constituição visa a compensar desvantagens historicamente acumuladas, à luz do princípio da **fraternidade** para com as minorias.

Consabido, de resto, que toda Constituição que se apresenta como Carta de Direitos representa um limite à soberania, registrando a propósito Georges Abboud:

“(...) os poderes estão limitados e vinculados à Constituição, não apenas quanto à forma e procedimentos, mas também quanto aos conteúdos, ou seja, no Estado Constitucional de Direito, a Constituição não apenas disciplina as formas de produção legislativa, mas também impõe a esta proibições e obrigações de conteúdo correspondentes aos

ADPF 709 MC-REF / DF

direitos de liberdade e aos direitos sociais, cuja violação ocasiona antinomias e lacunas.”²

Anoto, à demasia, que o feixe de direitos fundamentais insculpidos no **art. 231 da Constituição da República** demanda do Estado, mais do que produção legislativa, organização de estrutura administrativa apta a viabilizar a sua fruição. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais que o preceito enuncia impõe ao Estado o dever de tutela – observância e proteção –, e não apenas o dever de conformação.³

Assinlo que a vedação contida no **art. 5º, § 1º, da Carta Política** de que sejam as normas definidoras de direitos fundamentais interpretadas como meras declarações políticas ou programas de ação, ou ainda como “normas de eficácia limitada ou diferida”⁴, importa em atribuir ao Estado o dever de assegurar aos titulares do direito a respectiva fruição.

Imperativo, pois, à Administração adequar a sua própria atuação ao atendimento efetivo do imperativo constitucional. A atuação positiva do Estado decorre do direito, a ele oponível, titularizado pelos destinatários da norma constitucional que o consagra. Nesses casos, medidas legislativas, apesar de necessárias, são frequentemente insuficientes para promover o cumprimento da Constituição.

Em qualquer hipótese, é obrigação do Estado agir positivamente para alcançar o resultado pretendido pela Constituição, ora por medidas legislativas, ora por políticas e programas implementados pelo Executivo,

2 ABOUD, Georges. *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

3 Cfr.: DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. “(...) o Estado teria para cada direito fundamental os deveres de observar e proteger. A observância refere-se à abstenção de comportamento lesivo próprio, ou seja, refere-se à obrigação de não intervenção nas esferas individuais protegidas. A proteção refere-se à ação do Estado do intuito de proteger ativamente os direitos fundamentais em face das possíveis inobservâncias de particulares. Em suma, ao Estado seria imposto o dever de tutela fundado nos direitos fundamentais (grundrechtliche Schutzpflicht). O Estado deve forçar o respeito aos direitos fundamentais, impondo a omissão de condutas violadoras provenientes de particulares.”

4 DIMOULIS; MARTINS, 2007.

ADPF 709 MC-REF / DF

desde que apropriados e bem direcionados. No contexto dos direitos fundamentais compreendidos como um sistema, é exigência constitucional que “*para serem razoáveis, medidas não podem deixar de considerar o grau e a extensão da privação do direito que elas se empenham em realizar*”, conforme assentou a Corte Constitucional da África do Sul no julgamento do caso *Governo da República da África do Sul e outros vs. Irene Grootboom e outros*, verdadeiro divisor de águas no constitucionalismo contemporâneo.

Reconhecido, na Carta, um direito fundamental, a inviabilização do seu exercício – por ação ou omissão – reveste-se do vício da inconstitucionalidade.

Sem dúvida, no Estado democrático de Direito, mesmo os atos ditos soberanos não são absolutamente livres de constrangimentos, sujeitos que estão ao **império da lei**. Isso significa que a discricionariedade assegurada ao Poder Executivo há de ser exercida dentro do espaço demarcado pelo conjunto formado pelos **tratados internacionais adotados pelo Brasil** sobre o tema e a **legislação de regência** emanada do Congresso Nacional, tudo sob a égide da **Constituição Federal**, a conformar a **política indigenista brasileira**.

Ao Poder Judiciário compete, quando provocado, no exercício da sua missão institucional, aferir e, se o caso, determinar o cumprimento desse complexo normativo (Constituição, tratados e legislação), que se impõe como parâmetro da atuação executiva e administrativa no tocante à política indigenista.

Ademais, medidas a respeito das quais se pode antever forte potencial de causar significativo impacto negativo sobre a proteção de direitos humanos são, *prima facie*, obstaculizadas pela cláusula constitucional assecuratória do devido processo legal substantivo (**art. 5º, LIV, da CF**), que veda a proteção deficiente ou insuficiente.

Nessas condições, o quadro que emerge dos autos evidencia a **omissão da União**, na condição de especial garante que lhe foi atribuída pela Constituição, em promover ações voltadas a conter o avanço da pandemia, bem como remediar os seus efeitos, entre os povos indígenas.

ADPF 709 MC-REF / DF

10. Feitos esses apontamentos, **referendo** a liminar, na extensão em que deferida, no tocante à exigência de implementação de **barreiras sanitárias** a fim de impedir a entrada de terceiros nos territórios indígenas, bem como à criação de **Sala de Situação** para gestão das ações de enfrentamento à pandemia da COVID-19 entre os povos indígenas em isolamento ou de contato recente, em particular quanto à necessária participação de representantes indígenas em sua composição.

As medidas têm lastro na urgência de se assegurar os direitos à **vida** e à **saúde** dessas populações particularmente vulneráveis. Nessa linha, proclama o **Artigo 7 da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas**, aprovada pela Assembleia-Geral da ONU em 13.9.2007:

“Artigo 7

1. Os indígenas têm direito à vida, à integridade física e mental, à liberdade e à segurança pessoal.
2. Os povos indígenas têm o direito coletivo de viver em liberdade, paz e segurança, como povos distintos, e não serão submetidos a qualquer ato de genocídio ou a qualquer outro ato de violência, incluída a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo.”

A necessária ativação de uma Sala de Situação, para subsidiar a tomada de decisões dos gestores e a ação das equipes locais em situações de epidemias é, resalte-se, providência normativa na **Portaria Conjunta nº 4.094, de 20 de dezembro de 2018, do Ministério da Saúde e da FUNAI**.

11. Reputo também imperiosa a inclusão, no Plano de Enfrentamento e Monitoramento da Covid-19, de medida emergencial para a **contenção e isolamento** de invasores em terras indígenas, sendo certo que a presença de invasores guarda relação direta com a pandemia de COVID-19 na medida em que configuram vetores de contágio dos

ADPF 709 MC-REF / DF

povos indígenas, compartilhando, ainda, da preocupação externada pelo Ministro Lewandowski quanto às invasões de terras e estratégias que sugere a respeito. Parece-me, por ora, em se tratando de liminar, adequado o encaminhamento proposto, *data venia* do eminente Ministro Edson Fachin.

12. Extensão dos serviços do Subsistema Indígena de Saúde aos povos aldeados situados em terras não homologadas

O Subsistema de Atenção à Saúde Indígena foi criado, como componente do SUS, pela Lei nº 9.836/1999, com a atribuição de proceder às ações e serviços de saúde voltados para o atendimento das **populações indígenas**, em todo o território nacional, coletiva ou individualmente.

Sua instituição cumpre o compromisso assumido pelo Estado brasileiro ao ratificar a **Convenção nº 169 da OIT**, cujo **Artigo 25, 1**, enuncia:

"Artigo 25

1. Os governos deverão zelar para que sejam colocados à disposição dos povos interessados serviços de saúde adequados ou proporcionar a esses povos os meios que lhes permitam organizar e prestar tais serviços sob a sua própria responsabilidade e controle, **a fim de que possam gozar do nível máximo possível de saúde física e mental.**" (destaquei)

É a **consciência da identidade indígena** que, nos moldes do **Artigo 1º, 2, da Convenção nº 169 da OIT**, traz a lume os **destinatários do art. 231 da Constituição**, e não o dado circunstancial de o pedaço de terra habitado já ter sido ou não devidamente demarcado e homologado, ou, por qualquer motivo o indígena ter constituído moradia em área urbana, sob pena de subtração indevida do universo daqueles a quem a norma é dirigida.

Tal critério veda que o **Estado negue a identidade de um povo indígena que se reconheça como tal**, tão somente em razão de a terra por ele habitada não estar devidamente demarcada.

ADPF 709 MC-REF / DF

Recusar ao indígena em aldeamento situado em terras não homologadas a fruição de direito por ele titularizado em função da sua condição pessoal ecoa a pretensão do malfadado Decreto de Emancipação, de 1978, de destituir o índio da própria identidade.

A limitação indevida do alcance do Subsistema de Atenção à Saúde Indígena frustra a concretização de direitos constitucionais protegidos pela Constituição da República. O sentido das normas protetivas de direitos fundamentais, como já enfatizado, deve sempre ser buscado na interpretação que lhes confere a **máxima eficácia**.

Nessa linha, já assentou este Supremo Tribunal Federal, aliás, que *“índios em processo de aculturação permanecem índios para o fim de proteção constitucional”* (Pet nº 3.388/RR, Relator Ministro Carlos Britto, Tribunal Pleno, julgamento em 19.3.2009, DJe 01.7.2010).

Cumprir, pois, assegurar o acesso de todos os indígenas aldeados aos serviços do Subsistema Indígena de Saúde, independentemente de suas terras estarem ou não homologadas.

Reconhecendo a limitação material do **Subsistema de Atenção à Saúde Indígena**, o art. 19-G, §§ 2º e 3º, da Lei nº 8.080/1990, nela introduzidos pela Lei nº 9.836/1999, preveem que o SUS atuará na sua retaguarda, servindo-lhe de referência, inclusive com adaptações nas respectivas estrutura e organização, nas regiões onde residirem populações indígenas, de modo a lhes propiciar o atendimento necessário em todos os níveis, assegurado o acesso das populações indígenas ao SUS.

Essa linha de atuação vai ao encontro do **Artigo 24, 2, da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas**, que reconhece expressamente o caráter progressivo da plena realização do direito dos indígenas de usufruírem do mais alto nível possível de saúde física e mental.⁵

Justifica-se, assim, a extensão dos serviços do Subsistema Indígena

5 “2. Os indígenas têm o direito de usufruir, por igual, do mais alto nível possível de saúde física e mental. Os Estados tomarão as medidas que forem necessárias para alcançar progressivamente a plena realização deste direito.” Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, Artigo 24, 2.

ADPF 709 MC-REF / DF

de Saúde aos povos indígenas não aldeados, exclusivamente, por ora, quando verificada barreira de acesso ao SUS geral.

13. Plano de Enfrentamento da COVID-19 para os Povos Indígenas Brasileiros, com a participação do Conselho Nacional de Direitos Humanos e dos representantes das comunidades indígenas.

A necessária participação de representantes das comunidades indígenas nas instâncias decisórias que afetem os seus interesses cumpre as exigências inscritas nos Artigos 2º e 6º da Convenção nº 169/OIT, *in verbis*:

“Artigo 2º

1. Os governos deverão assumir a responsabilidade de desenvolver, com a participação dos povos interessados, uma ação coordenada e sistemática com vistas a proteger os direitos desses povos e a garantir o respeito pela sua integridade.”

“Artigo 6º

1. Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão:

a) **consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente;**

b) estabelecer os meios através dos quais os povos interessados possam participar livremente, pelo menos na mesma medida que outros setores da população e em todos os níveis, na adoção de decisões em instituições efetivas ou organismos administrativos e de outra natureza responsáveis pelas políticas e programas que lhes sejam concernentes;

c) estabelecer os meios para o pleno desenvolvimento das instituições e iniciativas dos povos e, nos casos apropriados, fornecer os recursos necessários para esse fim.

ADPF 709 MC-REF / DF

2. As consultas realizadas na aplicação desta Convenção deverão ser efetuadas com boa fé e de maneira apropriada às circunstâncias, com o objetivo de se chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas.”

No mesmo sentido, são os **Artigos 18 e 19 da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas:**

“Artigo 18

Os povos indígenas têm o direito de participar da tomada de decisões sobre questões que afetem seus direitos, por meio de representantes por eles eleitos de acordo com seus próprios procedimentos, assim como de manter e desenvolver suas próprias instituições de tomada de decisões.”

“Artigo 19

Os Estados consultarão e cooperarão de boa-fé com os povos indígenas interessados, por meio de suas instituições representativas, a fim de obter seu consentimento livre, prévio e informado antes de adotar e aplicar medidas legislativas e administrativas que os afetem.”

14. Feitos esses breves apontamentos, **referendo** a liminar, na extensão em que deferida, em todos os seus itens, embora compartilhando da preocupação externada pelo Min Lewandowski quanto às invasões de terras e estratégias que sugere a respeito de sua desocupação.

Parece-me, por ora, adequado, em se tratando de liminar e da pandemia em que estamos imersos, o encaminhamento proposto pelo eminente Relator, a quem mais uma vez cumprimento.

É o voto.

05/08/2020

PLENÁRIO

**REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA ARGUIÇÃO DE
DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 709 DISTRITO FEDERAL**

VOTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Senhor Presidente, eminentes Pares, Senhor Advogado-Geral da União, Senhor Representante do Ministério Público Federal, advogados presentes, demais assistentes e prezados servidores da Casa.

Já me manifestei extensamente no aparte que, generosamente, me foi concedido pelo eminente Ministro Alexandre de Moraes, e também absorvi os esclarecimentos dados pelo ilustre Ministro Roberto Barroso.

Estou plenamente de acordo com o substancioso voto do eminente Relator, não tenho nenhum acréscimo a fazer. É um voto precioso, não só do ponto de vista acadêmico, mas do ponto de vista histórico, da ciência, da administração e do bom senso.

No entanto, teria um pequeno acréscimo, diria tratar-se de uma sugestão - que agora até conta com beneplácito do representante da União - no sentido de que caminemos com mais segurança quando da prolação da decisão de mérito, que virá dentro de um tempo oportuno.

Diria que, com relação ao item 3.II, quando Sua Excelência, o Relator, se refere aos povos indígenas em geral, especialmente no item IV, estabelecendo um prazo 30 dias para a elaboração e monitoramento de um prazo de enfrentamento da Covid-19, pela União, para os povos indígenas brasileiros, eu me animaria a fixar um prazo de 60 dias para que a União informe concretamente a situação em que se encontram as terras indígenas relativamente a sua ocupação. Isso não é difícil, até porque, como disse o Ministro Alexandre de Moraes, hoje, isso pode ser feito por meio de um levantamento via satélite ou informado diretamente

ADPF 709 MC-REF / DF

a esta Corte ou àquela comissão formada no Conselho Nacional de Justiça.

Decorrido esse período, ser-nos-ia apresentado um prazo de desintração de todos que se encontram ilegitimamente nos territórios indígenas, que, como bem assentou o Ministro Fachin, são terras da União, de uso exclusivo dos povos autóctones.

Digo isso porque não é que estejamos tratando aqui da questão da ocupação dos povos indígenas. Com muita assertividade disse o Ministro Barroso: estamos tratando, realmente, do problema da Covid-19.

Acontece que a ocupação, desde os tempos coloniais, dos territórios indígenas por pessoas estranhas ao local e à comunidade, vem trazendo doenças infectocontagiosas e dizimando as populações autóctones, talvez, desde a Idade da Pedra: sarampo, catapora, gripes - atualmente, o H1N1 -, doenças sexualmente transmissíveis e tantas outras. Ou seja, a desintração dos estrangeiros ou estranhos às terras indígenas está intimamente ligada ao combate à pandemia decorrente da Covid-19.

Eu me animaria a sugerir que fixássemos prazo para que este cronograma de desintração fosse apresentado ao Supremo Tribunal Federal, e vejo que já contamos com a concordância da própria União, para que possamos segui-lo e, eventualmente, no futuro, quando da decisão de mérito, prolatarmos uma decisão eficaz.

Parece-me que esta é a oportunidade histórica que o Supremo tem de auxiliar o Governo Federal e os governadores locais a decidirem essa questão magna e importante, que se arrasta desde os tempos coloniais, desde a descoberta do Brasil, e que diz respeito não apenas ao nosso País, aos nossos cidadãos, mas à humanidade como um todo.

Essa é a singela e modesta sugestão que faço. Não pretendo divergir

ADPF 709 MC-REF / DF

do voto de Sua Excelência, desde já o ratifico, mas entendo que o Poder Judiciário precisa fixar prazo. Em situações habituais, estabelece, inclusive, as chamadas astreintes ou multas por não cumprimento do prazo - o que não é o caso sob análise, tendo em conta que o Ministro Barroso estabeleceu um diálogo interinstitucional de altíssimo nível para resolver essa questão. Vejo que esse diálogo está sendo confirmado agora pela presença e manifestação sempre ativa, altaneira e colaborativa do Advogado-Geral da União, o eminente Professor José Levi.

É como me pronuncio, Senhor Presidente.

05/08/2020

PLENÁRIO

**REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA ARGUIÇÃO DE
DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 709 DISTRITO FEDERAL****VOTO - VOGAL**

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (VOTO-VOGAL): Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental, com pedido de medida cautelar, proposta pela Articulação dos Povos Indígenas do Brasil – APIB, pelo Partido Socialista Brasileiro – PSB, pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, pelo Partido Comunista do Brasil – PC do B, pela Rede Sustentabilidade – Rede, pelo Partido dos Trabalhadores – PT e pelo Partido Democrático Trabalhista – PDT, com a finalidade de que sejam adotadas providências voltadas ao equacionamento de graves lesões a preceitos fundamentais, relacionadas às falhas e omissões no combate à pandemia do novo coronavírus entre os povos indígenas brasileiros.

Os requerentes argumentam que não existe qualquer remédio processual no âmbito da jurisdição constitucional concentrada que permita o questionamento global das práticas estatais ora impugnadas, muito menos o equacionamento das gravíssimas lesões a preceito constitucional apontadas, não havendo, ainda ações judiciais ou medidas extrajudiciais que possibilitem o tratamento adequado e eficaz, em tempo hábil, das gravíssimas lesões a preceitos fundamentais deduzidas.

Relatam que o Ministério Público Federal tem chamado a atenção para o descaso das autoridades brasileiras, além de que diversos órgãos internacionais, como o Alto Comissariado das Nações Unidas, a Secretaria-Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA) e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, advertiram para a necessidade de proteção especial dos povos indígenas no contexto da pandemia do coronavírus por constatarem o crescimento exponencial da pandemia entre esses povos.

Asseveram que o contágio, a expansão, os danos e os riscos da pandemia por COVID-19 estariam ocorrendo em grande velocidade entre os povos indígenas porque estes reuniriam componentes que os

ADPF 709 MC-REF / DF

tornariam mais vulneráveis ao vírus do que a população em geral, quais sejam:

“i) a **vulnerabilidade epidemiológica**, decorrente da inexistência de memória imunológica em seus organismos para defesa contra determinadas doenças – a exemplo de uma simples gripe –;

(ii) a **vulnerabilidade demográfica**, que ocorre pela fragilidade do contingente populacional, em consequência dos números reduzidos e das grandes taxas de mortalidade decorrentes do contato;

(iii) a **vulnerabilidade territorial**, pela contínua pressão da nossa sociedade sobre seus territórios e a estreita relação desses povos com os recursos naturais e suas respectivas cosmologias; e

(iv) a **vulnerabilidade política**, que ocorre pela impossibilidade desses povos se manifestarem através dos mecanismos de representação comumente aceitos pelo Estado, tais como partidos políticos, associações ou assembleias”.

Além disso, sustentam que as comunidades indígenas teriam baixíssimo acesso aos serviços públicos essenciais, tais como: educação, saneamento básico e saúde, e que tal vulnerabilidade ter-se-ia agravado no curso do atual Governo, dada a evidente resistência manifestada pelo Chefe do Executivo à proteção aos direitos dos indígenas e ao meio ambiente, levando, consequentemente, a maior taxa de mortalidade entre indígenas, em decorrência da COVID-19.

Alertam para o risco real de extinção de povos indígenas, especialmente os isolados ou de recente contato, nos seguintes termos:

“(…) a ADPF envolve a própria defesa da nação brasileira, com a pluriétnicidade e interculturalidade que a caracteriza. O risco é para os próprios povos indígenas, mas também para todos os demais brasileiros, das presentes e futuras gerações, que tanto perderiam com os danos

ADPF 709 MC-REF / DF

irreparáveis à riqueza e a diversidade cultural do país”.

Em relação aos atos e omissões do Poder Público lesivos a preceitos fundamentais, destacam os seguintes: a) a omissão da União em impedir o ingresso de não índios nos territórios indígenas, inclusive a não remoção de invasores, que ingressam nas respectivas áreas para a prática de ilícitos como: grilagem, garimpo ilegal e extração ilegal de madeira, possibilitando, com isso, a disseminação do coronavírus entre essas populações, além de outras doenças transmissíveis, como tuberculose, hanseníase, sífilis, hepatites e HIV; b) a orientação da SESAI de limitar a sua atuação, como órgão responsável pela saúde indígena, apenas aos índios aldeados em terras indígenas homologadas, o que implica negação do direito aos que vivem em contexto urbano, bem como aos que habitam em áreas ainda não definitivamente demarcadas, em afronta ao princípio da igualdade; c) a insuficiência de políticas públicas de órgãos indigenistas, como a SESAI e a Funai, voltados a proteger os povos indígenas diante da pandemia da COVID-19.

Salientam, inclusive, que os primeiros contágios ocorridos nas comunidades indígenas foram provenientes de agentes de saúde do Governo Federal, que entraram no território sem a adoção das medidas de proteção necessárias.

Assim, apontam que tais atos representariam afronta a diversos preceitos fundamentais, tais como: a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, CF/88), os direitos à vida (art. 5º, *caput*) e à saúde (art. 6º e art. 196), e o direito dos povos indígenas a viverem em seu território, de acordo com sua cultura e tradições (art. 231).

Evocam, ainda, a importância do efetivo funcionamento da Sala de Situação, prevista no art. 12 da Portaria Conjunta 4.094/2018 do Ministério da Saúde e da Funai, no contexto da pandemia, 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.

Entendem que o funcionamento da Sala de Situação é vital para que possam ser dadas respostas rápidas e adequadas aos problemas surgidos

ADPF 709 MC-REF / DF

com povos indígenas e isolados, na medida em que eles forem aparecendo, sendo necessário assegurar a participação de representantes de instituições independentes que tenham entre suas finalidades atuar em favor de direitos indígenas, como o Conselho Nacional de Direitos Humanos, o Ministério Público Federal e a Defensoria Pública da União, além de representantes indígenas, a serem indicados pela APIB.

Defendem, também, a elaboração de um plano específico voltado à proteção dos povos indígenas em relação ao avanço da pandemia do novo coronavírus, alinhado às diretrizes da Organização dos Estados Americanos (OEA) e das Nações Unidas (ONU), pois no plano apresentado pela SESAI não houve consulta aos povos indígenas, tampouco participação na sua elaboração, à revelia do que dispõe o art. 6º, I, “a” e “b”, da Convenção 169 da OIT, que prevê os direitos à consulta prévia e à participação dos povos indígenas em relação a medidas que os afetem.

Segundo os autores, esse plano deverá ser apresentado no prazo máximo de 20 dias, formulado com auxílio técnico da Fiocruz e participação indígena de, no mínimo, seis representantes, sendo pelo menos três indicados pela APIB e pelo menos outros três pelos Presidentes dos CONDISI. Após a homologação pelo Relator desta ADPF, o plano deve ser implementado pelos órgãos estatais competentes, sob o monitoramento do CNDH, mais uma vez com o auxílio técnico da Fiocruz, assegurada a participação indígena.

Aduzem estarem presentes os requisitos para a concessão de medida liminar, pois existe risco real de que as gravíssimas falhas do Governo Federal no enfrentamento à pandemia do coronavírus entre os povos indígenas, além de causarem elevado número de mortes e doentes, ocasionem até o extermínio de determinadas etnias.

Desse modo, requerem:

“a) Seja determinada à União Federal que tome imediatamente todas as medidas necessárias para que sejam instaladas e mantidas barreiras sanitárias para proteção das terras indígenas em que estão localizados povos indígenas

ADPF 709 MC-REF / DF

isolados e de recente contato. As terras são as seguintes: 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, Mamoodate, 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.

b) Seja determinado à União Federal que providencie o efetivo e imediato 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 (art. 12 da Portaria Conjunta n. 4.094/2018, do Ministério da Saúde e da Funai), o qual deve necessariamente passar a contemplar, em sua composição, representantes do Ministério Público Federal, da Defensoria Pública da União e dos povos indígenas, estes indicados pela APIB.

c) Seja determinado à 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.

d) Seja determinado à União Federal que os 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.

e) Seja determinado ao Conselho Nacional de Direitos Humanos (CNDH) que, com auxílio técnico das equipes

ADPF 709 MC-REF / DF

competentes da Fundação Oswaldo Cruz do Grupo de Trabalho de Saúde Indígena da Associação Brasileira de Saúde Coletiva (ABRASCO), e participação de representantes dos povos indígenas, elabore, em 20 dias, plano de enfrentamento da COVID-19 para os povos indígenas brasileiros, com medidas concretas, e que se tornará vinculante após a devida homologação pelo relator desta ADPF. Os representantes dos povos indígenas na elaboração do plano devem ser indicados pela APIB (pelo menos três) e pelos Presidentes dos Conselhos Distritais de Saúde Indígena (pelo menos três).

f) Após a homologação do plano referido acima, seja determinado o seu cumprimento pelo Estado brasileiro, delegando-se o seu monitoramento ao Conselho Nacional de Direitos Humanos, com auxílio técnico da equipe competente da Fundação Oswaldo Cruz, e participação de representantes dos povos indígena, nos termos referidos no item anterior”.

Postulam, ainda, que seja conhecida e julgada, ao final, integralmente procedente esta ADPF, para confirmar, em caráter definitivo, todas as providências descritas no item anterior.

Diante da urgência do caso, o Ministro Relator determinou a intimação do Presidente da República, do Procurador-Geral da República e da Advocacia-Geral da União, no prazo de 48 horas, para resposta preliminar. (eDOC 47)

Em sua manifestação (eDOC 56), acompanhada de informações da Controladoria-Geral da União, do Ministério da Defesa, do Ministério da Justiça, do Ministério da Saúde e da Secretaria Especial de Saúde Indígena SESAI, a AGU alega, preliminarmente, a ausência do requisito da subsidiariedade e do devido processo legal, tendo em vista que há notícia de diversas ações civis públicas ajuizadas pelo Ministério Público Federal, em andamento, com a mesma pretensão dos requerentes.

Afirma que, diante do formato regionalizado que caracteriza as ações de saúde voltadas à população indígena, o tratamento judicial de demandas relacionadas aos diferentes Distritos Sanitários Especiais deve ser abordado nas diferentes instâncias da Justiça Federal, e não via ADPF.

ADPF 709 MC-REF / DF

No mérito, a União defende a ausência dos requisitos necessários para a concessão da liminar. Sobre o *fumus boni iuris*, cita um conjunto de atos normativos que compõem a Política Nacional de Atenção à Saúde dos Povos Indígenas, a qual não é prestada exclusivamente pela União, sendo integrada pela União, Estados e Municípios, de modo que sua atuação seria especializada, mediante uma organização que permite que os cuidados de atenção básica sejam levados até as aldeias e que os atendimentos mais complexos ou prestados em contextos urbanos sejam efetivados pela rede do SUS.

Aduz, *in verbis*, que:

“Sendo assim, a prestação de atendimento junto a esse Subsistema de Saúde demanda a satisfação de dois requisitos, a saber: (i) a condição de indígena aldeado; (ii) ou, se não aldeado, de estar dentro de uma dimensão geográfica tradicionalmente ocupada pela respectiva etnia em caráter permanente.

Portanto, o atendimento aos índios não aldeados ficará a cargo de Estados e Municípios de modo prioritário, tal como ocorre nas demais ações relacionadas à saúde. Não há, nessa diretriz, qualquer ingrediente arbitrário, ilegítimo ou discriminatório. Muito pelo contrário, cuida-se de um princípio de especialização absolutamente corriqueiro nas políticas públicas de recorte particularizado.

Compelir a Secretaria Especial de Saúde Indígena a atuar junto aos cidadãos que residem em municípios já contemplados por recursos federais desfiguraria por completo o atual sistema. De fato, essa solução não apenas prejudicaria o atendimento nas aldeias, como também obrigaria a União a custear um serviço que já é remunerado pelo repasse de verbas fundo a fundo.

Tendo em vista a configuração ora apresentada do Subsistema de Atenção à Saúde Indígena, o acolhimento do pedido autoral quanto a esse ponto implicaria a mudança brusca e radical de toda a política de saúde indigenista que vem

ADPF 709 MC-REF / DF

sendo desenvolvida nos últimos anos; demandaria, ademais, a integral reformulação administrativa das ações e políticas de saúde desenvolvida por cada ente federado no Sistema Único de Saúde”.

Sustenta que a pretensão da inicial, no sentido de transferir o planejamento, a supervisão e o monitoramento da política de enfrentamento da Covid-19 ao Conselho Nacional de Direitos Humanos, é medida que desrespeita por completo a estruturação administrativa voltada ao atendimento da população indígena, pois essas atribuições cabem à Secretaria Especial de Saúde Indígena e, em especial, aos Distritos Sanitários Indígenas, conforme previsto no Decreto 9.795/2020.

Cita a existência de várias normas, políticas públicas e planos de contingência nacional e distrital para enfrentamento da pandemia entre povos indígenas, bem como a criação de Equipes de Resposta Rápida (ERR - disponibilizadas para atuar em caso de surtos decorrentes da pandemia e outros agravos respiratórios) e de Comitês de Gestão de Crise (CGC), que demonstrariam que órgãos da União não incorreram em omissão e diligenciaram ativamente para o enfrentamento da pandemia da Covid-19.

Alude, ainda, à necessidade de autocontenção do Poder Judiciário, diante da escassez de recursos materiais e humanos disponíveis para o combate a uma pandemia, havendo maior capacidade institucional e *expertise* técnica por parte dos órgãos do Poder Executivo do que por parte do Judiciário, e que a interferência deste último pode desorganizar as políticas em andamento e produzir impacto adverso sobre a proteção de tais povos.

Destaca, também, a Portaria 419/PRES, de 17 de março de 2020, que estabelece medidas temporárias de prevenção à infecção e propagação do novo Coronavírus (Covid-19), como por exemplo:

“(i) A imposição de que o contato entre agentes da FUNAI, bem com a entrada de civis em terras indígenas sejam

ADPF 709 MC-REF / DF

restritos ao essencial, de modo a prevenir a expansão da epidemia (artigo 3º, *caput*);

(ii) A suspensão da concessão de novas autorizações de entrada nas terras indígenas, à exceção das necessárias à continuidade da prestação de serviços essenciais às comunidades, conforme avaliação pela autoridade competente da Coordenação Regional– CR (artigo 3º, § 1º);

(iii) A determinação de que as autorizações já concedidas sejam reavaliadas pelas CR's à luz da prevenção da epidemia da COVID-19, podendo ser reagendadas, especialmente quando envolverem a realização de eventos ou impliquem a entrada de mais de 05 pessoas na terra indígena (artigo 3º, § 2º);

iv) A suspensão de todas as atividades que impliquem o contato com comunidades indígenas isoladas (artigo 4º)".

Assim, diante dessas várias providências, estaria afastado o *periculum in mora* deduzido pelos autores na inicial.

Ao final, pugna pelo não conhecimento da presente arguição e, no mérito, pelo indeferimento da medida cautelar pleiteada pelos arguentes.

Em 22.7.2020, o Relator, Min. Roberto Barroso, deferiu, em parte, o pedido de medida cautelar, nos seguintes termos:

“III.1. Quanto aos Povos Indígenas em Isolamento ou Povos Indígenas de Recente Contato:

1. Criação de barreiras sanitárias, que impeçam o ingresso de terceiros em seus territórios, conforme plano a ser apresentado pela União, ouvidos os membros da Sala de Situação (*infra*), no prazo de 10 dias, contados da ciência desta decisão.

2. Criação de Sala de Situação , para gestão de ações de combate à pandemia quanto aos Povos Indígenas em Isolamento e de Contato Recente, nos seguintes termos:

(i) composição pelas autoridades que a União entender pertinentes, bem como por membro da Procuradoria-Geral da República, da Defensoria Pública da União e por representantes indígenas indicados pela APIB;

ADPF 709 MC-REF / DF

(ii) indicação de membros pelas respectivas entidades, no prazo de 72 horas a contar da ciência desta decisão, apontando-se seus respectivos nomes, qualificações, correios eletrônicos e telefones de contato, por meio de petição ao presente juízo;

(iii) convocação da primeira reunião da Sala de Situação, pela União, no prazo de 72 horas, a contar da indicação de todos os representantes, por correio eletrônico com aviso de recebimento encaminhado a todos eles, bem como por petição ao presente juízo;

(iv) designação e realização da primeira reunião, no prazo de até 72 horas da convocação, anexada a respectiva ata ao processo, para ciência do juízo.

III.2. Quanto a Povos Indígenas em Geral

1. Inclusão, no Plano de Enfrentamento e Monitoramento da Covid-19 para os Povos Indígenas (infra), de medida emergencial de contenção e isolamento dos invasores em relação às comunidades indígenas ou providência alternativa, apta a evitar o contato.

2. Imediata extensão dos serviços do Subsistema Indígena de Saúde aos povos aldeados situados em terras não homologadas.

3. Extensão dos serviços do Subsistema Indígena de Saúde aos povos indígenas não aldeados, exclusivamente, por ora, quando verificada barreira de acesso ao SUS geral.

4. Elaboração e monitoramento de um Plano de Enfrentamento da COVID-19 para os Povos Indígenas Brasileiros pela União, no prazo de 30 dias contados da ciência desta decisão, com a participação do Conselho Nacional de Direitos Humanos e dos representantes das comunidades indígenas, nas seguintes condições:

(i) indicação dos representantes das comunidades indígenas, tal como postulado pelos requerentes, no prazo de 72 horas, contados da ciência dessa decisão, com respectivos nomes, qualificações, correios eletrônicos e telefones de contatos, por meio de petição ao presente juízo;

(ii) apoio técnico da Fundação Oswaldo Cruz e do Grupo

ADPF 709 MC-REF / DF

de Trabalho de Saúde Indígena da Associação Brasileira de Saúde Coletiva ABRASCO, cujos representantes deverão ser indicados pelos requerentes, no prazo de 72 horas a contar da ciência desta decisão, com respectivos nomes, qualificações, correios eletrônicos e telefones de contato;

(iii) indicação pela União das demais autoridades e órgãos que julgar conveniente envolver na tarefa, com indicação dos mesmos elementos”. (eDOC 146)

O Conselho Indigenista Missionário (eDOC 72), Conectas Direitos Humanos (eDOC 84) e a Comissão Guarani Yvyrupa (CGY – eDOC 148) requereram ingresso como *amici curiae*, o que foi deferido pelo Relator em 29.7.2020.

1) Cabimento e Legitimidade

O art. 103, §1º, da Constituição Federal prevê a competência do STF para o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), nos termos da lei:

“Art. 103. *omissis*.

§ 1º. A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei”.

Regulamentando a referida norma, a Lei 9.882/99 trata dos requisitos e procedimentos aplicáveis à referida ação. Nesse sentido, o art. 1º, parágrafo único, I, e art. 4º, §1º, preveem o seguinte:

“Art. 1º. A arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.

Parágrafo único. Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental:

ADPF 709 MC-REF / DF

I - quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição;

(...)

Art. 4º. A petição inicial será indeferida liminarmente, pelo relator, quando não for o caso de arguição de descumprimento de preceito fundamental, faltar algum dos requisitos prescritos nesta Lei ou for inepta.

§ 1º Não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade”. (grifo nosso)

É importante destacar que a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental foi criada para preencher uma lacuna expressiva no sistema de controle concentrado de constitucionalidade.

Conforme já destaquei em âmbito acadêmico, a implementação da ADPF buscou suprir *“esse espaço, imune à aplicação do sistema direto de controle de constitucionalidade, que tem sido responsável pela repetição de processos, pela demora na definição de decisões sobre importantes controvérsias constitucionais e pelo fenômeno social e jurídico da chamada guerra de liminares”* (MENDES, Gilmar Ferreira. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**: comentários à Lei n. 9.882, de 3.12.1999. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 19).

No âmbito da jurisprudência, registrei que a admissibilidade da ação se encontra vinculada *“à relevância do interesse público presente no caso, de modo que a ADPF configura modalidade de integração entre os modelos de perfil difuso e concentrado no Supremo Tribunal Federal”* (ADPF 33/PA, Tribunal Pleno, de minha Relatoria, j. 7.12.2005).

Os autores indicam violação aos seguintes preceitos fundamentais: dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, CF/88), os direitos à vida (art. 5º, *caput*) e à saúde (art. 6º e 196), e o direito dos povos indígenas a viverem em seu território, de acordo com sua cultura e tradições (art. 231).

Afirmam os arguentes da presente arguição que as lesões a preceitos

ADPF 709 MC-REF / DF

fundamentais decorreriam de múltiplos atos comissivos e omissivos de instituições públicas federais, especialmente: i) da omissão da União em impedir o ingresso de não índios nos territórios indígenas ou a não remoção de seus invasores; ii) da orientação da Secretaria Especial de Saúde Indígena (Sesai) de limitar a sua atuação, como órgão responsável pela saúde indígena, apenas aos índios aldeados em terras indígenas homologadas; e iii) da absoluta insuficiência de políticas públicas de órgãos indigenistas, como a Sesai e a Funai, voltados a proteger os povos indígenas diante da pandemia da COVID-19.

Está clara a relevância do tema e a existência de preceitos fundamentais ligados à saúde e à vida das comunidades indígenas destacadas na inicial, sendo juízo de mérito saber se houve ou não tais violações pelos atos omissivos ou comissivos elencados.

Verifico preenchido o requisito da subsidiariedade no caso concreto, consistente em previsão da Lei 9.882/1999, que impõe que a arguição de descumprimento de preceito fundamental somente será admitida se não houver outro meio eficaz de sanar a lesividade (art. 4º, § 1º).

Em outras oportunidades, destaquei que, à primeira vista, poderia parecer que, somente na hipótese de absoluta inexistência de outro meio eficaz a afastar a eventual lesão, seria possível manejar, de forma útil, a arguição de descumprimento de preceito fundamental. É fácil ver que uma leitura excessivamente literal dessa disposição, que tenta introduzir entre nós o princípio da subsidiariedade vigente no Direito alemão (recurso constitucional) e no Direito espanhol (recurso de amparo), acabaria por retirar desse instituto qualquer significado prático.

De uma perspectiva estritamente subjetiva, a ação somente poderia ser proposta se já se tivesse verificado a exaustão de todos os meios eficazes para afastar a lesão no âmbito judicial. Uma leitura mais cuidadosa há de revelar, porém, que, na análise sobre a eficácia da proteção de preceito fundamental nesse processo, deve predominar um enfoque objetivo ou de proteção da ordem constitucional objetiva. Em outros termos, o princípio da subsidiariedade, na inexistência de outro meio eficaz para sanar a lesão, há de ser compreendido no contexto da

ADPF 709 MC-REF / DF

ordem constitucional global.

Nesse sentido, caso se considere o caráter enfaticamente objetivo do instituto (o que resulta, inclusive, da legitimação ativa), o meio eficaz de sanar a lesão parece ser aquele apto a solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata.

No direito alemão, a *Verfassungsbeschwerde* (recurso constitucional) está submetida ao dever de exaurimento das instâncias ordinárias. Todavia, a Corte pode decidir de imediato um recurso constitucional caso fique demonstrado que a questão é de interesse geral ou que o requerente poderia sofrer grave lesão se recorresse à via ordinária (Lei Orgânica do Tribunal, § 90, II).

No que concerne ao controle de constitucionalidade de normas, a posição da Corte tem-se revelado enfática: *“apresenta-se, regularmente, como de interesse geral a verificação sobre se uma norma legal relevante para uma decisão judicial é inconstitucional”*. (Cf. BVerfGE, 91/93 [106])

No Direito espanhol, explicita-se que cabe o recurso de amparo contra ato judicial desde que *“tenham sido esgotados todos os recursos utilizáveis dentro da via recursal* (Lei Orgânica do Tribunal Constitucional, art. 44, I). Não obstante, a jurisprudência e a doutrina têm entendido que, para os fins da exaustão das instâncias ordinárias *“não é necessária a interposição de todos os recursos possíveis, senão de todos os recursos razoavelmente úteis”*. (Cf. José Almagro, *Justicia constitucional: comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, 2. ed., Valencia, 1989, p. 324.)

Nessa linha de entendimento, anotou o Tribunal Constitucional espanhol:

“(...) ao se manifestar neste caso a vontade do órgão jurisdicional sobre o fundo da questão controvertida, deve-se entender que a finalidade do requisito exigido no art. 44, 1, a, da LOTC foi observado, pois o recurso seria, em qualquer caso, ineficaz para reparar a suposta vulneração do direito constitucional em tela (auto de 11.2.81, n. 19). (Cf. José Almagro, Justicia constitucional: comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, cit., p. 325. Anote-se que, na espécie, os

ADPF 709 MC-REF / DF

recorrentes haviam interposto o recurso fora do prazo)”.

Vê-se, assim, que, também no Direito espanhol, tem-se atenuado o significado literal do princípio da subsidiariedade ou do exaurimento das instâncias ordinárias, até porque, em muitos casos, o prosseguimento nas vias ordinárias não teria efeitos úteis para afastar a lesão a direitos fundamentais.

Em verdade, o princípio da subsidiariedade, ou do exaurimento das instâncias, atua também nos sistemas que conferem ao indivíduo afetado o direito de impugnar a decisão judicial, como um pressuposto de admissibilidade de índole objetiva, destinado, fundamentalmente, a impedir a banalização da atividade de jurisdição constitucional. (Cf., a propósito, Rudiger Zuck, *Das Recht der Verfassungsbeschwerde*, 2. ed., München, 1988, p. 13 e s.)

No caso brasileiro, o pleito a ser formulado pelos órgãos ou entes legitimados dificilmente versará, pelo menos de forma direta, sobre a proteção judicial efetiva de posições específicas por eles defendidas. A exceção mais expressiva reside, talvez, na possibilidade de o Procurador-Geral da República, como previsto expressamente no texto legal, ou qualquer outro ente legitimado, propor a arguição de descumprimento a pedido de terceiro interessado, tendo em vista a proteção de situação específica. Ainda assim, o ajuizamento da ação e sua admissão estarão vinculados, muito provavelmente, ao significado da solução da controvérsia para o ordenamento constitucional objetivo, e não à proteção judicial efetiva de uma situação singular.

Desse modo, considerando o caráter acentuadamente objetivo da arguição de descumprimento, o juízo de subsidiariedade há de ter em vista, especialmente, os demais processos objetivos já consolidados no sistema constitucional. Nesse caso, cabível a ação direta de inconstitucionalidade ou a ação declaratória de constitucionalidade ou, ainda, a ação direta por omissão, não será admissível a arguição de descumprimento.

Assim, é fácil ver também que a fórmula da relevância do interesse público para justificar a admissão da arguição de descumprimento

ADPF 709 MC-REF / DF

(explícita no modelo alemão) está implícita no sistema criado pelo legislador brasileiro, tendo em vista especialmente o caráter marcadamente objetivo que se conferiu ao instituto.

Essa leitura compreensiva da cláusula da subsidiariedade constante no art. 4º, § 1º, da Lei 9.882/99 parece solver, com superioridade, a controvérsia em torno da aplicação do princípio do exaurimento das instâncias.

Ademais, conheço da ADPF, tendo em vista que foi ajuizada por partidos políticos com representação no Congresso Nacional, quais sejam, Partido Socialista Brasileiro (PSB); Partido Socialismo e Liberdade (PSOL); Partido Comunista do Brasil (PC do B); Rede Sustentabilidade (Rede), Partido dos Trabalhadores (PT); e Partido Democrático Trabalhista (PDT), que são considerados legitimados universais, desnecessária, outrossim, a demonstração de pertinência temática.

**2) *Âmbito de proteção constitucional aos indígenas frente à atual
pandemia***

Dispõe o art. 231 da Constituição Federal:

“Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

§ 1º. São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos **recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.**

(...)

§ 5º. É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, ‘ad referendum’ do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou **epidemia** que ponha em risco sua população,

ADPF 709 MC-REF / DF

ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco”. (grifo nosso)

Vê-se, pois, que existem salvaguardas para a defesa dos costumes e das tradições dos silvícolas, entre elas a de que os Poderes Públicos devem zelar pelo reconhecimento das áreas tradicionalmente ocupadas pelos índios que sejam: habitadas; utilizadas para fins produtivos; ou imprescindíveis para preservar os “*recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições*”.

Tal circunstância leva à conclusão de que, assim como o objeto (uso da terra), os meios utilizados para reprodução física e cultural também devem ser preservados pelo Estado brasileiro, entre eles, os “*recursos ambientais necessários a seu bem-estar*”, extraindo-se desse bem-estar, o direito à vida e à saúde, como corolários do art. 196 da CF:

“Art. 196. A saúde é 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”. (grifo nosso)

Isso significa que o Estado tem a obrigação de implementar políticas públicas “*que visem à redução do risco de doença*” a todos, o que, por óbvio, inclui a atenção diferenciada aos povos indígenas na proteção dos “*recursos ambientais necessários a seu bem-estar*”, entre eles a atmosfera, aplicando-se analogicamente o conceito de recurso ambiental do art. 2º, IV, da Lei 9.985/2000:

“Art. 2º. Para os fins previstos nesta lei, entende-se por:
(...)

V - recurso ambiental: a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora”. (grifo

ADPF 709 MC-REF / DF

nosso)

Assim, em razão de o recurso natural ser aquele necessário à existência e à preservação da vida, tal como a atmosfera, nesta se inclui a salubridade do meio ambiente que circunda as comunidades indígenas, visando à proteção da saúde e da vida.

Há certo consenso de que o contágio ocorre principalmente pela exposição a gotículas de saliva suspensas no ar, bem ainda depositadas na superfície da pele ou de objetos, restando evidente o risco da exposição das comunidades indígenas que não dispõem do mesmo nível de anticorpos dos demais integrantes da sociedade brasileira.

Segundo consta do sítio eletrônico do Ministério da Saúde:

“A transmissão acontece de uma pessoa doente para outra ou por contato próximo por meio de:

Toque do aperto de mão contaminadas;

Gotículas de saliva;

Espirro;

Tosse;

Catarro;

Objetos ou superfícies contaminadas, como celulares, mesas, talheres, maçanetas, brinquedos, teclados de computador etc.” (Disponível em: <https://coronavirus.saude.gov.br/sobre-a-doenca>. Acesso em 5.8.2020)

A história denota casos de alta mortandade dos indígenas, na época da colonização europeia, em decorrência dessa gritante diferença imunológica, o que ocasiona maior susceptibilidade a doenças infectocontagiosas (WAIZBORT, R.; PORTO, F. Epidemias e colapso demográfico no México e nos Andes do século XVI: contribuições da biologia evolutiva. *História, Ciências, Saúde-Manguinhos*, v. 25, n. 2, p. 391–407, jun. 2018).

Segundo matéria da coluna painel, do dia 3 de agosto do corrente ano, no jornal Folha de São Paulo:

ADPF 709 MC-REF / DF

“Quatro meses após o início da pandemia, a a Sesai (Secretaria Especial de Saúde Indígena), ligada ao Ministério da Saúde, registrou na quarta-feira passada (29) **15 mil casos de indígenas contaminados e 276 óbitos**. O número, contudo, é contestado por entidades e ONGs (organizações não-governamentais) que atuam na assistência de povos indígenas. **Levantamento feito pela Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (Apib) registra 19,7 mil casos e 590 óbitos**” (Disponível em:

<https://www1.folha.uol.com.br/colunas/painel/2020/08/sebastiao-salgado-apela-ao-stf-por-expulsao-de-invasores-de-terras-indigenas-contra-covid-19.shtml>. Acesso em 5.8.2020, grifo nosso)

Não custa lembrar que a resposta estatal deve estar à altura desse desafio, incluindo-se as medidas preventivas ou mitigadoras, tais como postuladas nestes autos.

Em obra doutrinária coordenada por mim, pelo Prof. José Roberto Afonso e por Hadassah Laís Santana (Governance 4.0 para Covid-19 no Brasil. Propostas para Gestão Pública e Para Políticas Sociais e Econômicas, no prelo), tivemos a oportunidade de registrar, no capítulo introdutório, em coautoria, o seguinte:

“Vivemos um dos maiores desafios dos últimos cem anos (certamente o maior das últimas quatro gerações), em se tratando de medidas sanitárias, epidemiológicas, econômicas e sociais. As consequências que já sabemos (milhares de mortes, desemprego de milhões de pessoas, fechamento de milhares de empresas, diminuição da remuneração de praticamente todo o Segundo e Terceiro setores, estagnação econômica, entre outros) e as ainda incertas (em sua extensão – tamanho da recessão e o momento da retomada do crescimento econômico, retorno dos empregos e do padrão remuneratório perdidos etc.) perdurarão algumas delas por mais de um ano, necessitando de uma

ADPF 709 MC-REF / DF

resposta estatal à altura do problema que estamos enfrentando.

Temos assistido a medidas contraditórias, descoordenadas e investimentos públicos ineficazes no combate à pandemia (vide a espiral de casos confirmados e a escalada de dezenas de milhares de mortes lastimáveis), seja pela sobreposição de atos governamentais dúbios, seja pela gritante disparidade de preços dos mesmos produtos nas unidades federativas, incluindo a necessidade de auxílio financeiro aos entes subnacionais que perderam receitas com a crise que assola o país.

É indubitoso que o Congresso Nacional tem atuado de maneira célere, aprovando, desde a descoberta da circulação do vírus em nosso território, a cada mês, uma importante medida legislativa, v. g., a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020 (que instituiu medidas sanitárias para enfrentamento da emergência de saúde pública), o Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020 (declaração do estado de calamidade pública, para os fins do art. 65 da Lei de Responsabilidade Fiscal), a Lei nº 13.982, de 2 de abril de 2020 (auxílio financeiro de R\$ 600,00 a pessoas que preencham os requisitos legais), a Emenda Constitucional nº 106, de 7 de maio de 2020 (instituição de regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações) e a Lei Complementar nº 173, de 27 de maio de 2020 ('Programa Federativo de Enfrentamento ao Coronavírus'), mas é necessário se pensar em um projeto de coordenação unificada, de alcance nacional, com execução descentralizada e de média duração para fazer frente à esse cenário de guerra à Covid-19 (Sars-CoV-2).

(...)

A quadra atual exige grandeza, altivez e espírito público de todos aqueles que representam a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, em todas as suas esferas de poder.

(...)

É chegada a hora de, deixando as divergências de lado, promovermos uma verdadeira união nacional – e paritária – entre todos as unidades federativas, em torno do tema comum:

ADPF 709 MC-REF / DF

o combate à pandemia, construindo-se consensos mínimos em medidas administrativas, financeiras e operacionais necessárias para fazer frente à calamidade sanitária, fiscal, orçamentária e econômica decorrente daquela.

Enfrentar a pandemia é um desafio nacional que requer, por óbvio, resposta de mesma envergadura”. (MENDES, Gilmar Ferreira; AFONSO, José Roberto; e SANTANA, Hadassah Laís. Org. *In Governance 4.0 para Covid-19 no Brasil. Propostas para Gestão Pública e Para Políticas Sociais e Econômicas*. São Paulo: Almedina, 2020)

Segundo estudos científicos, o Brasil é um dos países que menos realiza testagem para a Covid-19 (74 testes diários para cada milhão de habitantes). Comparativamente, analisemos alguns exemplos: Austrália (realiza 1.860 testes diários por milhão), Portugal (1.300), Estados Unidos (1.950), Reino Unido (1.390), Alemanha (830), Espanha (560), Colômbia (370), Uruguai (260) ou Paraguai (210), Peru (90) e México (80).

Apesar de nossa população ser o equivalente a 2,7% (dois inteiros e sete décimos por cento) da população mundial, correspondemos a 14% (quatorze por cento) das confirmações da doença e a 12% (doze por cento) da letalidade globais.

Ainda que persistam dúvidas se existem outras formas de propagação da atual pandemia – que não seja a exposição ao vírus no ar ou em objetos –, é necessário lembrar, com extremo pesar e assombro, que nosso país atingiu, lamentavelmente, o 2º lugar mundial em quantidade de casos (atrás apenas dos Estados Unidos da América).

Em uma visão geral, o direito à saúde há de se efetivar mediante ações específicas (dimensão individual) e mediante amplas políticas públicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos (dimensão coletiva).

Nessas perspectivas, as pretensões formuladas e formuláveis tanto poderão dizer respeito a atos concretos como a políticas e ações administrativas que contribuam para a melhoria do sistema de saúde, incluídas aqui as normas de organização e procedimento.

ADPF 709 MC-REF / DF

Assim, extrai-se do § 5º do próprio art. 231 da CF – que excepciona a epidemia como uma das três únicas situações (ao lado das catástrofes naturais e do interesse da soberania nacional), nas quais pode haver remoção dos grupos indígenas de suas terras – um nível de proteção especial e individual aos membros das comunidades silvícolas.

Diante desse cenário lastimável de pandemia, não tenho dúvidas em asseverar que as comunidades indígenas, ao lado de outras igualmente vulneráveis, fazem jus à proteção estatal específica, consubstanciada em políticas públicas urgentes que possam minimizar ou evitar a propagação do vírus Sars-CoV-2 (coronavírus), no intuito de assegurar o bem-estar daquelas espalhadas pelo Brasil.

Essa preocupação com a proteção constitucional aos costumes e à identidade territorial (incluindo o bem-estar indígena) é tão forte que houve situações nas quais esta Corte proibiu a oitiva de indígena fora de seu hábitat, calhando relembrar o célebre HC 80.240, oportunidade em que o Relator, Min. Sepúlveda Pertence, assentou o seguinte:

“CPI: intimação de indígena para prestar depoimento na condição de testemunha, fora do seu habitat: violação às normas constitucionais que conferem proteção específica aos povos indígenas (CF, arts. 215, 216 e 231). **A convocação de um índio para prestar depoimento em local diverso de suas terras constrange a sua liberdade de locomoção, na medida em que é vedada pela Constituição da República a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo exceções nela previstas (CF/1988, art. 231, § 5º). A tutela constitucional do grupo indígena, que visa a proteger, além da posse e usufruto das terras originariamente dos índios, a respectiva identidade cultural, se estende ao indivíduo que o compõe, quanto à remoção de suas terras, que é sempre ato de opção, de vontade própria, não podendo se apresentar como imposição, salvo hipóteses excepcionais”.** (HC 80.240, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, DJ 14.10.2005, grifo nosso)

Particularmente nos casos da epidemia (mesma consequência para a

ADPF 709 MC-REF / DF

pandemia) e das catástrofes naturais, há a exigência constitucional de a decisão estatal, *ad referendum* do Congresso Nacional, comprovar que haja necessariamente risco à população indígena correlacionado à manutenção naquela localidade.

Sendo assim, percebe-se que o foco da proteção estatal, precipuamente, é o bem-estar dessa população. Tão significativo é esse escopo que a própria Constituição excepciona essa garantia de inamovibilidade territorial em caso de epidemia que ponha em risco a população indígena.

Portanto, conclui-se que é constitucionalmente impositivo e urge ao Estado proporcionar medidas preventivas, mitigadoras ou compensatórias, de proteção particularizada e diferenciada, ao bem-estar da comunidade indígena, mormente neste cenário nefasto que vivemos (pandemia de Covid-19, advinda do vírus Sars-CoV-2).

O assunto tem despertado grande clamor na sociedade civil, como noticiou o aclamado fotógrafo brasileiro Sebastião Salgado, em recente evento intitulado “*A pandemia e os desafios da agenda ambiental*”, promovido pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP (A pandemia e os desafios da agenda ambiental | O Direito em Tempos de Covid-19. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=JxCDYWkepWI>>. Acesso em: 5.8.2020)

Com efeito, em manifesto lançado em 1º de maio de 2020 e que já conta com mais de 305 mil assinaturas, incluindo personalidades nacionais e internacionais, Sebastião e Lélia Salgado conclamam as autoridades constituídas brasileiras para ‘*adotarem medidas imediatas para proteger as populações indígenas do país contra esse vírus devastador*’. (Lélia e Sebastião Salgado: ajude a proteger os povos e indígenas da Amazônia do Covid. Disponível em: <https://secure.avaaz.org/community_petitions/po/presidente_do_brasil_e_aos_lideres_do_legislativo__ajude_a_proteger_os_povos_indigenas_da_amazonia_do_covid19/>. Acesso em: 5.8.2020)

Tendo isso como pano de fundo, em grande parte, as medidas apontadas pelo relator (instalação de barreiras sanitárias de proteção, implementação de sala de situação, além de participação efetiva nesta das

ADPF 709 MC-REF / DF

comunidades indígenas e entidades representativas da sociedade – Conselho Nacional de Direitos Humanos, MPF, DPU) apresentam-se, ao meu ver, adequadas, necessárias e proporcionais para o fim de proteção específica das comunidades indígenas indicadas na petição inicial, acolhendo sugestões mundialmente disseminadas pela Organização das Nações Unidas (Diretrizes do Alto Comissariado da ONU) e, regionalmente, pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Resolução 1/2020), a saber:

“Grupos em situação de especial vulnerabilidade

38. Considerar os enfoques diferenciados requeridos ao adotar as medidas necessárias para garantir os direitos dos grupos em situação de especial vulnerabilidade no momento de adotar medidas de atenção, tratamento e contenção da pandemia da COVID-19, bem como para mitigar os impactos diferenciados que essas medidas possam gerar.

39. Promover, a partir das mais altas autoridades, a eliminação de estigmas e estereótipos negativos que possam surgir sobre certos grupos de pessoas a partir do contexto de pandemia.

(...)

Povos indígenas

54. Proporcionar informação sobre a pandemia em seu idioma tradicional, estabelecendo, quando for possível, facilitadores interculturais que lhes permitam compreender de maneira clara as medidas adotadas pelo Estado e os efeitos da pandemia.

55. Respeitar de forma irrestrita o não contato com os povos e segmentos de povos indígenas em isolamento voluntário, dados os gravíssimos impactos que o contágio do vírus poderia representar para sua subsistência e sobrevivência como povo.

56. Extremar as medidas de proteção dos direitos humanos dos povos indígenas no contexto da pandemia da COVID-19, levando em consideração que estes coletivos têm direito a receber uma atenção à saúde com pertinência cultural,

ADPF 709 MC-REF / DF

que leve em conta os cuidados preventivos, as práticas curativas e as medicinas tradicionais.

57. Abster-se de promover iniciativas legislativas e/ou avanços na implementação de projetos produtivos e/ou extrativos nos territórios dos povos indígenas durante o tempo que durar a pandemia, em virtude da impossibilidade de levar adiante os processos de consulta prévia, livre e informada (devido à recomendação da OMS de adotar medidas de distanciamento social) dispostos na Convenção 169 da OIT e outros instrumentos internacionais e nacionais relevantes na matéria”.

Ainda no plano internacional, merece registro que, em 17.7.2020, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) concedeu medidas cautelares pleiteadas pela Hutukara Associação Yanomami e pelo Conselho Nacional de Direitos Humanos, a favor dos povos indígenas Yanomami e Ye'kwana, nos seguintes termos:

“V. DECISÃO

57. À luz dos antecedentes assinalados, a CIDH considera que o presente assunto reúne *prima facie* os requisitos de gravidade, urgência e irreparabilidade contidos no artigo 25 do seu Regulamento. Em consequência, a Comissão solicita ao Brasil que:

a) adote as medidas necessárias para proteger os direitos à saúde, à vida e à integridade pessoal dos membros dos povos indígenas Yanomami e Ye'kwana, implementando, de uma perspectiva culturalmente apropriada, medidas preventivas contra a disseminação da COVID-19, além de lhes fornecer atendimento médico adequado em condições de disponibilidade, acessibilidade, aceitabilidade e qualidade, de acordo com os parâmetros internacionais aplicáveis;

b) acordar as medidas a serem adotadas com os beneficiários e seus representantes; e

c) relatar as ações adotadas para investigar os fatos que levaram à adoção dessa medida cautelar e, assim, evitar sua

ADPF 709 MC-REF / DF

repetição”.

Destaco, na deliberação da CIDH, a inexorável necessidade da participação das comunidades potencialmente afetadas (item b), no mesmo sentido consignado pelo eminente relator nas medidas cautelares ora submetidas à ratificação deste plenário.

A determinação de implementação de Sala de Situação e do Plano de Contingência não configura desrespeito ao postulado da Separação de Poderes, na medida em que já estavam previstos em norma do próprio Governo Federal (Portaria Conjunta 4.094/2018 do Ministério da Saúde e da Funai). Senão vejamos:

“Art. 7º. As ações e medidas urgentes deverão ser norteadas, conforme o caso, por meio do Plano de Contingência para Situações de Contato e do Plano de Contingência para Surtos e Epidemias.

§ 1º. O Plano de Contingência para Situações de Contato será formulado de modo a responder de forma adequada e oportuna às situações de contato, devendo abranger o conjunto de atividades e procedimentos para estabelecer medidas de prevenção ou mitigação dos efeitos negativos desse tipo de evento.

§ 2º. O Plano de Contingência para Surtos e Epidemias em populações indígenas de Recente Contato será formulado de modo a responder de forma adequada e oportuna às situações de surtos de adoecimento e epidemias em povos indígenas de contato recente, devendo abranger o conjunto de atividades e procedimentos para estabelecer medidas de assistência e tratamento desses eventos.

(...)

Art. 12. Deverá ser ativada 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.

ADPF 709 MC-REF / DF

§ 1º. A Sala de Situação terá como objetivos precípuos o compartilhamento e a sistematização de informações, o favorecimento do processo decisório, a organização de respostas para emergências e o monitoramento e avaliação das intervenções realizadas.

§ 2º. A Sala de Situação será composta por membros indicados pela SESAI/MS e membros indicados pela FUNAI e poderá ser integrada também por colaboradores convidados, com a anuência conjunta de ambos os órgãos.

§ 3º. A Sala de Situação será convocada indistintamente pela SESAI/MS ou pela FUNAI.

§ 4º. A Sala de Situação não substitui as respectivas competências legais da SESAI/MS e da FUNAI frente à promoção e proteção dos direitos dos Povos Indígenas Isolados e de Recente Contato.

Art. 13. As decisões e orientações adotadas pela Sala de Situação serão implementadas pela Equipe de Referência Local com o apoio das equipes multidisciplinares de saúde indígena do Distrito Sanitário Especial Indígena e, conforme a necessidade, outros profissionais de saúde colaboradores”.

Ou seja, a política pública, de certa forma, já está criada mas não está implementada ou funcionando adequadamente.

Também não vislumbro razões para discriminar os indígenas aldeados em terras não homologadas pela Funai daqueles reconhecidamente vinculados a território homologado, razão pela qual concordo em *“determinar a imediata extensão dos serviços do Subsistema Indígena Saúde aos povos aldeados situados em terras não homologadas”*.

Vincular ou limitar a proteção do mencionado Subsistema Indígena de Saúde apenas aos povos aldeados de terras já demarcadas é o mesmo que subordinar a proteção das populações indígenas a trâmite burocrático concernente ao reconhecimento de direito à terra, circunstância incompatível com a proteção conferida pela Constituição Federal e por compromissos assumidos pelo Brasil no plano internacional (Convenção 169 da OIT).

ADPF 709 MC-REF / DF

Em última análise, é propriamente a condição de povo indígena que atrai a proteção normativa à terra tradicionalmente por eles ocupada e não o contrário.

Pelos mesmos motivos, entendo ser o caso de *“estender o Sistema Indígena de Saúde apenas aos indígenas não aldeados (urbanos) sem condições de acesso ao SUS geral”*.

De outro lado, assim como o relator, também não vislumbro *periculum in mora* quanto à extrusão de não índios das áreas que envolvem as comunidades, tendo em vista que se trata de situação há muito vivenciada e que requer cuidados redobrados em época de pandemia.

3) Voto

Ante o exposto, voto pelo referendo da decisão cautelar, ao estipular diversas providências no âmbito da política pública, já existente, de proteção à saúde e à vida da população indígena daquelas comunidades elencadas na exordial.

É como voto.

05/08/2020

PLENÁRIO

**REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA ARGUIÇÃO DE
DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 709 DISTRITO FEDERAL****ANTECIPAÇÃO AO VOTO**

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, egrégio Plenário, ilustre representante do Ministério Público, Senhores Advogados, preliminarmente, também não poderia deixar de lavrar um profundo elogio ao Ministro Luís Roberto Barroso não só pela profundidade do seu voto, mas também pela prudência com que se houve um tema tão sensível e, acima de tudo, pela comprovação de que a atividade jurisdicional não se exerce apenas nos limites do nosso gabinete.

Sua Excelência fez uma inspeção judicial no local do conflito, no local objeto dessa ação constitucional, no que conferiu uma visão prática muito importante e acabou engendrando esta solução bastante contente e meticulosa que Sua Excelência nos ofereceu, que vem sendo referendada pelos Colegas com alguns adminículos, que não infirmam a decisão que foi tomada.

A nossa Constituição é uma Constituição pós-positivista, é uma Constituição cujas regras e princípios se aproximam da ética e da legitimidade. É uma Constituição que transforma o ser humano o centro de gravidade do universo jurídico.

E ela inicia, exatamente, protegendo a pessoa humana, os direitos fundamentais da pessoa humana, e o faz no art. 5º da Constituição Federal. Protege os direitos fundamentais, segundo o rol bastante exemplar para outras constituições, e como não poderia deixar de ser, assenta o princípio da igualdade.

Mas, mercê de assentar o princípio da igualdade, a Constituição Federal verifica que o cumprimento do postulado da isonomia exige um tratamento diferente para os diferentes. E quem são os diferentes? São as pessoas que pertencem a minorias vulneráveis que o Supremo Tribunal Federal tem se debruçado para estender a elas, como não poderia deixar

ADPF 709 MC-REF / DF

de ser, a tutela dos direitos fundamentais.

Só que a Constituição preconizou uma superproteção da população indígena, estabelecendo um capítulo próprio à proteção dos direitos humanos dessa população mais vulnerável. E, como consequência, também firmou direito inalienável à vida e o direito à saúde. E nós estamos exatamente nesse campo do direito à saúde, em que essa pandemia, em razão do habitat dessa população, não pode ser alcançada através da intromissão de outrem que vive no ambiente que está severamente contaminado.

Então, sinteticamente, nós podemos dizer que nós estamos diante da proteção do direito à saúde dos indígenas. E essa proteção encontra alguns obstáculos práticos que foram verificados, *in loco*, pelo Relator, o Ministro Luís Roberto Barroso.

Procurei fundamentar a minha decisão em um voto extenso que, à semelhança dos demais Colegas, farei juntar. Mas, na verdade, essa solução a que ora se chega tem fundamentos axiológicos muito importantes.

O primeiro deles, a meu modo de ver, Senhor Presidente, é que a própria Constituição de 88 procurou consagrar a autonomia dos povos indígenas e exigiu respeito pelo modo de vida destes, pelos costumes, tradição, e tudo isso mediante o reconhecimento das terras que tradicionalmente são por eles ocupadas.

E, nada obstante, Senhor Presidente, a realidade dos índios ainda carrega infelizmente as marcas da marginalização, da ausência de participação nos processos decisórios e na vulnerabilidade no campo social, político-econômico, como destacou, logo no início, o Ministro-Relator, no que foi acompanhado, nesse fundamento, pelo Ministro Alexandre de Moraes.

Por outro lado, Senhor Presidente, nós tivemos um momento de exceção dentro de um Estado de Direito. E um dos maiores vetores da defesa do Estado de Direito no momento de exceção é, se por um lado, uma deferência àqueles que têm capacidade institucional para enfrentar esse momento de exceção, também é a tutela dos direitos fundamentais.

ADPF 709 MC-REF / DF

E essa pandemia da covid-19 tem apresentado um impacto desproporcional sobre esses povos indígenas originários. Os dados apresentados no processo, no meu modo de ver, são dados efetivamente alarmantes. E a partir do momento que a Constituição Federal protege a autonomia da população indígena, isso é uma obrigação do Poder Público.

Nós não podemos assistir passivamente a essa taxa de mortalidade que atinge os indígenas, e está comprovado no processo, que é de 9,6% contra 5 e 6% da população brasileira em geral dessa contaminação pela pandemia.

Verifiquei no documento apresentado pela SESAI - Secretaria Especial de Saúde Indígena do Ministério da Justiça, que até 30 de julho - ou seja, há pouco tempo -, 279 indígenas morreram em decorrência da covid-19 e 15.419 estão infectados pelo novo coronavírus. É uma população ínfima. Veja esta relação, 279 morreram e 15.419 estão infectados com o novo coronavírus! Esses números ainda são maiores, quando contabilizadas 599 mortes por covid-19 e 20.809 casos confirmados em 145 comunidades originárias afetadas.

É claro que, diante dessa diminuta população e da extensão dessa contaminação, se verifica uma certa procedência em declarações alarmantes, como da líder indígena brasileira Sônia Guajajara, afirmando que está em curso um verdadeiro genocídio, ou melhor, a forma vernacular perfeita, conforme o Ministro Fachin destacou, o etnocídio que essa pandemia vem atentando contra essa população vulnerável. E na própria audiência, na Câmara dos Deputados, falou-se em genocídio, e essa líder indígena justificou, o que foi veiculado por todas as emissoras, que quando se fala em genocídio 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.

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.

ADPF 709 MC-REF / DF

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.

Senhor Presidente, cito aqui proteção transnacional dos povos indígenas; já foram indicados, pelos votos que me antecederam, os documentos transnacionais, os documentos das decisões do Comitê Interamericano de Direitos; cito, até pela postura exemplar da Corte colombiana, que erigiu a figura do estado de coisas inconstitucional, que ela se dedicou ao tema e tocou num ponto importantíssimo que coincide com a Convenção nº 169 da OIT, ratificada e internalizada pelo Brasil, acerca da proteção da vida, da saúde e do meio ambiente, que envolvem o direito dos indígenas.

A Corte colombiana, conforme aqui mencionei, já decidiu que a mera participação dos indígenas no processo de consulta prévia para realização de políticas que impactam o seu território é insuficiente. E nós sabemos que essa ADPF é proposta exatamente pela insuficiência das políticas governamentais, que aliás, num gesto de lealdade e ética, foi reconhecido pelo Advogado-Geral da União, que afirma que o poder público está se

ADPF 709 MC-REF / DF

propondo a cumprir tudo aquilo que foi deliberado nessa minuciosa medida liminar deferida pelo Ministro Luís Roberto Barroso.

Por outro lado, Senhor Presidente, o Supremo Tribunal Federal já se debruçou sobre essa proteção dos povos indígenas. Agora há pouco, o Ministro Gilmar Mendes citou o *habeas corpus* que não passara pelo meu critério de pesquisa. Mas verifico que temos um precedente importante do Plenário na MC-ADPF 347 da relatoria do nosso Decano Ministro Marco Aurélio, quando se assentou que a omissão por parte das instituições originalmente responsáveis, enquanto o Poder Judiciário intervenha, não há nenhuma violação à cláusula de separação de Poderes.

É nesse momento que o Judiciário é o melhor *player* para intervir nos casos de omissão; e, de uma maneira dialógica, como foi entendida pelo Ministro Luís Roberto Barroso, que indicou uma série de mesas de negociação, de sala de situação, enfim, para exatamente de uma forma dialógica elaborar políticas públicas de proteção dos grupos minoritários, tal como assentado pelo Ministro Marco Aurélio nessa MC-ADPF 347.

Por fim, Senhor Presidente, temos uma pequena divergência no Plenário quanto a algumas medidas complementares que eventualmente estão sendo levadas em tempo, em razão exatamente dos termos que o Ministro Luís Roberto Barroso estabeleceu no seu voto.

E é verdade que muitas vezes, como diz o Ministro Ricardo Lewandowski, não podemos ficar só no plano da definição dos direitos. Temos que também invadir o plano da realização dos direitos. Daí a sua proposta dos dias fixados com cronograma para implementação dessas medidas.

Entretanto, não se pode desconhecer que, nesses casos, exige-se muita prudência. Exige que às vezes não se possa conceder à parte aquilo que ela pretende, mas menos, mas que seja satisfatório, que seja realizado no curto tempo.

Assim, recordo-me, nesse momento, o professor Barbosa Moreira, que trazia ao Brasil o professor alemão da escola germânica, o Professor Fritz Baur, o qual escreveu uma das maiores obras sobre tutela jurídica mediante essas medidas liminares. Então, ele dizia que o juiz, por vezes,

ADPF 709 MC-REF / DF

tem de ser o artesão da solução no caso concreto, trazer uma solução sob medida.

No meu modo de ver, foi exatamente isso que ocorreu na espécie. Prudência, visão de proporcionalidade, inserção de algo (ininteligível), mas que levará ao resultado ótimo em relação à essa questão tão delicada como sói ser a questão da proteção da população indígena e seus direitos fundamentais especiais, previstos em capítulo próprio em que, agora, o Supremo Tribunal Federal se debruça e resolve essa questão de forma bastante razoável, concedendo um espaço. Foi a melhor solução dos conflitos dessa natureza, que é a solução consensual, contando com a boa vontade declarada da Advocacia-Geral da União.

De sorte, Senhor Presidente, que estamos todos de acordo, talvez um Colega ou outro acrescente algo, mas estamos todos de acordo com o referendo da medida cautelar, da tutela de urgência deferida pelo Ministro Luís Roberto Barroso.

Agradecendo a atenção e a tolerância, estou referendando a medida nos termos do voto do Ministro-Relator.

05/08/2020

PLENÁRIO

**REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA ARGUIÇÃO DE
DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 709 DISTRITO FEDERAL**

VOTO

**REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR
NA ARGUIÇÃO DE
DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO
FUNDAMENTAL. DIREITOS
FUNDAMENTAIS. POVOS INDÍGENAS.
TUTELA DO DIREITO À VIDA E À
SAÚDE DOS POVOS INDÍGENAS FACE
À PANDEMIA DA COVID-19. ALEGADA
VIOLAÇÃO DOS DIREITOS À VIDA E À
SAÚDE, E AO PRINCÍPIO DA
DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.
CF/88, ARTS. 1º, III; 5º, CAPUT; 6º ;196 E
231**

1. A Constituição de 1988 consagrou a autonomia dos povos indígenas e exigiu o respeito por seus modos de vida, costumes e tradições, mediante o reconhecimento das terras que tradicionalmente ocupam. Nada obstante, a realidade dos índios ainda carrega as marcas da marginalização, da ausência de participação nos processos decisórios e da vulnerabilidade nos campos social, político e econômico.

2. A pandemia de Covid-19 tem apresentado um impacto desproporcional sobre os povos originários. De acordo com a Secretaria Especial de Saúde Indígena

ADPF 709 MC-REF / DF

(SESAI), do Ministério da Saúde do Governo Federal, até 30/7/2020, 279 indígenas morreram em decorrência da Covid-19 e 15.419 estão infectados com o novo coronavírus¹.

3. O alto número de mortes de indígenas idosos por Covid-19 também tem colocado em risco línguas e festas tradicionais, que só continuavam preservadas em razão dos membros mais antigos das comunidades.

4. O Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos expediram diretrizes advertindo para a necessidade de proteção especial para os povos indígenas no contexto da pandemia do coronavírus. Nas resoluções, ressaltam o dever dos Estados de impor medidas que regulem o acesso de pessoas ao território indígena, em consulta e colaboração com os povos interessados, bem como o dever de combater avanços na implementação de projetos produtivos e/ou extrativos nos territórios dos povos indígenas durante a pandemia .

5. O crescente número de mortes de indígenas por Covid-19, o impacto irreparável na preservação de sua cultura e a ausência de sua participação nas políticas em curso reclamam uma ação

1 Sítio eletrônico do Ministério da Saúde. Disponível em: <https://saudeindigena.saude.gov.br/corona><https://saudeindigena.saude.gov.br/corona>

ADPF 709 MC-REF / DF

governamental conjunta, participativa e efetiva na defesa dessa população. As inúmeras denúncias feitas por representantes das comunidades e os dados alarmantes a respeito da população contaminada comprovam que as medidas estatais tomadas até o momento têm sido insuficientes para o acolhimento real dessa população vulnerável.

6. A ausência de participação efetiva das comunidades no “Plano de Contingência Nacional para Infecção Humana pelo Novo Coronavírus em Povos Indígenas”, elaborado pelo Governo Federal, ilustra as severas deficiências das medidas empreendidas pela União. Consoante disposto na Convenção 169 da OIT, ratificada e internalizada pelo Brasil, as decisões acerca da proteção da vida, da saúde e do meio ambiente que envolvam povos indígenas devem necessariamente ser tomadas com a sua participação.

7. No plano do direito comparado, a Corte Constitucional da Colômbia já decidiu que a mera participação dos indígenas no processo de consulta prévia para a realização de políticas que impactam seu território é insuficiente, devendo a comunidade ser informada do projeto e dos seus efeitos, bem como ter a oportunidade de livremente convocar os seus membros e representantes para avaliar as vantagens e desvantagens, a fim de que possa ser

ADPF 709 MC-REF / DF

efetivamente ouvida quanto às suas preocupações e à factibilidade do projeto. Nessas hipóteses, cabe às autoridades apresentar alternativas que permitam chegar a um acordo, tendo o entendimento atual evoluído para exigir o consentimento do povo afetado quando há risco à sua sobrevivência física ou cultural .

8. A Corte Interamericana de Direitos Humanos também possui decisões importantes acerca da necessidade de respeitar as cosmovisões desses povos, de assegurar-lhes o acesso à justiça, garantir o direito à consulta prévia, livre e informada e de levar em consideração a relação diferenciada que possuem com a terra. Em diversos julgados, a Corte destacou que é indispensável que os Estados outorguem uma proteção efetiva que leve em conta as particularidades próprias dos povos indígenas, bem como suas características econômicas e sociais, assim como sua situação de especial vulnerabilidade, seu direito consuetudinário, seus valores, usos e costumes .

9. Este Supremo Tribunal Federal já assentou que, nos cenários de bloqueios políticos e omissões por parte das instituições originalmente responsáveis (e.g., Poderes Legislativo e Executivo), o Judiciário pode e deve intervir – de forma dialógica – na elaboração de políticas públicas para a proteção de grupos

ADPF 709 MC-REF / DF

minoritários. Precedentes do Plenário: STF, MC na ADPF 347, Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 19/2/2016 e STF, Pet 3388 ED, Tribunal Pleno, Rel. Min. Roberto Barroso, DJ 04/2/2014.

10. *Ex positis*, voto no sentido de acompanhar integralmente o Ministro Relator Roberto Barroso, e conceder parcialmente as medidas cautelares requeridas, nos termos do voto do Relator.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX: A presente arguição de descumprimento de preceito fundamental tem por objeto 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).

Os requerentes afirmam, em síntese, que 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. Isso porque os indígenas detêm maior vulnerabilidade imunológica, sociocultural e política: são historicamente mais suscetíveis a doenças infectocontagiosas, por sua menor exposição a tais patologias; 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, finalmente, 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.

ADPF 709 MC-REF / DF

Os requerentes afirmam, nesse contexto, a existência de profunda omissão estatal na contenção do vírus nessas comunidades, em clara violação ao seu direito à vida, saúde, dignidade humana e cultura.

O presente voto está estruturado em três partes. Em *primeiro lugar*, analiso o impacto desproporcional da Covid-19 sobre os povos originários e os dados alarmantes a respeito do número de indígenas e mortos e infectados. Em *segundo lugar*, examino as diretrizes internacionais e domésticas para a proteção dos povos indígenas durante a pandemia de Covid-9. Em *terceiro lugar*, discuto a posição desses povos na Constituição de 1988 e seus direitos fundamentais específicos. Por fim, analiso cada uma das medidas cautelares postuladas e parcialmente deferidas, à luz das capacidades institucionais e de soluções dialógicas entre os Poderes Judiciário e Executivo na formulação de políticas públicas.

1. O impacto desproporcional da Covid-19 sobre os povos originários

A Covid-19 apresenta um impacto desproporcional sobre os povos originários. Dados da Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB), ora requerente, atestam que a taxa de mortalidade por COVID-19 entre indígenas é de 9,6%, contra 5,6% na população brasileira em geral. De acordo com a Secretaria Especial de Saúde Indígena (SESAI), do Ministério da Saúde do Governo Federal, até 30/7/2020, 279 indígenas morreram em decorrência da Covid-19 e 15.419 estão infectados com o novo coronavírus². Esses números são ainda maiores segundo a Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB), que contabiliza 599 mortes em razão da Covid-19, 20.809 casos confirmados e 145 comunidades originárias afetadas³.

2 Sítio eletrônico do Ministério da Saúde. Disponível em: <https://saudeindigena.saude.gov.br/corona><https://saudeindigena.saude.gov.br/corona>

3 Disponível em:

ADPF 709 MC-REF / DF

De fato, o novo coronavírus tem se alastrado com grande rapidez por diversas populações indígenas, desde os que vivem em áreas urbanas até povos que habitam regiões remotas da Amazônia. Consoante destacado pelos requerentes, os Povos Indígenas são especialmente vulneráveis a doenças infectocontagiosas, para as quais apresentam baixa imunidade e taxa de mortalidade superior à média nacional. No plano histórico, não é difícil encontrar exemplos de como a baixa imunidade desses povos a doenças como varíola, sarampo, tuberculose e gripe custaram a vida de milhões de indígenas, com a dizimação de inúmeros grupos e etnias.

Com efeito, durante audiência virtual promovida pela Câmara dos Deputados, líderes indígenas brasileiros afirmaram estar em curso um verdadeiro "genocídio" em distritos indígenas devido à pandemia do novo coronavírus. No mesmo sentido, Leila Saraiva, assessora política do Instituto de Estudos Socioeconômicos (Inesc), denuncia que, diante do quadro de omissão estatal generalizada, são as próprias *"organizações indígenas que estão construindo um plano com detalhamento de qualidade invejável. Elas sim estão evitando o genocídio que está em curso"*⁴.

Para além da dor da perda de membros das comunidades, os indígenas brasileiros ainda têm sido testemunhas da perda de sua língua e tradições, que em geral são conservadas e ensinadas pelos mais velhos. O alto número de mortes de indígenas idosos por Covid-19 tem colocado em risco línguas e festas tradicionais, que não poderão mais ser resgatadas. Isso porque muitas das 200 línguas indígenas faladas no Brasil só continuam preservadas em razão dos membros mais antigos das comunidades.

http://emergenciaindigena.apib.info/dados_covid19/http://emergenciaindigena.apib.info/dados_covid19/.

4 Disponível em <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/07/15/entidades-apontam-genocidio-de-indios-por-coronavirus-secretario-contesta-e-critica-uso-da-palavra.ghtml><https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/07/15/entidades-apontam-genocidio-de-indios-por-coronavirus-secretario-contesta-e-critica-uso-da-palavra.ghtml>

ADPF 709 MC-REF / DF

Representantes do Movimento indígena Munduruku Ipereg Agu também ressaltam que, em suas comunidades, é comum que os mais velhos sirvam de conselheiros e guardiães de sabedoria e tradições em sociedades caracterizadas pela transmissão oral da história, das tradições e informações de gerações anteriores. Em nota de pesar publicada pelo movimento, foi destacado que “[A epidemia] está sendo uma das formas de destruição de nosso povo, a morte dos nossos sábios, nossos velhos, nossos conhecedores”⁵.

Na mesma linha, Angela Kaxuyana, membro do povo Kahyana e coordenadora das Organizações Indígenas da Amazônia Brasileira (Coiab), salientou que, para as comunidades originárias, “perder uma pessoa mais velha é perder a memória da nossa existência enquanto povo. É como o Museu Nacional pegando fogo. Tem sido um desespero muito grande para nós, mais jovens. De um dia para outro, uma parte significativa do nosso conhecimento, das nossas vidas, se vai de uma forma violenta”⁶. Ainda, a própria Sociedade de Arqueologia Brasileira destacou em nota que “estes anciãos eram fontes de conhecimento, autoridade moral, orientação política e espiritual, verdadeiros alicerces do povo Munduruku (...). Com o falecimento destes sábios, lamenta-se também a perda do conhecimento que eles carregavam sobre a história de seu povo e de toda região”⁷.

Diante do crescente número de mortes de indígenas por Covid-19 e

5 Disponível em <https://www.nexojornal.com.br/expresso/2020/06/21/Como-a-morte-de-idosos-por-covid-19-abala-comunidades-ind>

<https://www.nexojornal.com.br/expresso/2020/06/21/Como-a-morte-de-idosos-por-covid-19-abala-comunidades-ind>

6 Disponível em <https://www.nexojornal.com.br/expresso/2020/06/21/Como-a-morte-de-idosos-por-covid-19-abala-comunidades-ind>

<https://www.nexojornal.com.br/expresso/2020/06/21/Como-a-morte-de-idosos-por-covid-19-abala-comunidades-ind>

7 Disponível em <https://www.nexojornal.com.br/expresso/2020/06/21/Como-a-morte-de-idosos-por-covid-19-abala-comunidades-ind>

<https://www.nexojornal.com.br/expresso/2020/06/21/Como-a-morte-de-idosos-por-covid-19-abala-comunidades-ind>

ADPF 709 MC-REF / DF

do impacto irreparável na preservação de sua cultura, reconheço a necessidade de uma ação governamental conjunta, efetiva e urgente na defesa dessa população. As inúmeras denúncias feitas por representantes das comunidades e os dados alarmantes a respeito da população contaminada comprovam que as medidas estatais tomadas até o momento têm sido insuficientes para o acolhimento real dessa população vulnerável. A omissão governamental, inclusive, foi recentemente exposta em reportagem jornalística denunciando que *“a precariedade do atendimento governamental e o medo do novo coronavírus têm forçado os povos indígenas do Brasil a pensar em soluções autônomas. À margem do conflito entre o presidente da República, governadores e prefeitos, que fazem cabo de guerra sobre a questão do lockdown, as comunidades indígenas contam, basicamente, com as próprias lideranças, ONGs e profissionais da saúde para se manterem protegidos”*⁸.

Nesse prisma, diante do grave quadro de omissão, faz-se necessária a intervenção judicial na matéria para assegurar o cumprimento de normas internacionais e nacionais de proteção às comunidades originárias.

2. Diretrizes internacionais e constitucionais para a proteção dos povos indígenas durante a pandemia de Covid-9

Diversos órgãos internacionais vêm advertindo para a necessidade de proteção especial para os povos indígenas no contexto da pandemia do coronavírus. O Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, por exemplo, expediu diretrizes para o enfrentamento da COVID-19, destacando medidas que devem ser adotadas em relação aos

8 Disponível em <https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2020/06/22/interna-brasil,865729/covid-19-pandemia-expoe-vulnerabilidade-dos-povos-indigenas-do-brasil.shtml><https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2020/06/22/interna-brasil,865729/covid-19-pandemia-expoe-vulnerabilidade-dos-povos-indigenas-do-brasil.shtml>

ADPF 709 MC-REF / DF

povos indígenas:

“Os Estados devem levar em conta que os povos indígenas utilizam um conceito diferente de saúde, que compreende a medicina tradicional, e devem consultar e considerar o consentimento prévio e informado destes povos com vistas à elaboração de medidas preventivas para impedir o COVID-19. Os Estados devem impor medidas que regulem o acesso de pessoas ao território indígena, em consulta e colaboração com os povos interessados, especialmente com suas instituições representativas. Em relação aos povos indígenas que vivem em isolamento voluntário ou na fase inicial de contato, os Estados e outros agentes devem considerá-los como grupos populacionais especialmente vulneráveis. As barreiras que forem implantadas para impedir o acesso de pessoas de fora de seus territórios devem ser gerenciadas rigorosamente, a fim de evitar qualquer contato”⁹.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a seu turno, expediu a Resolução nº 01/2020 sobre ‘Pandemia e Direitos Humanos nas Américas’, reconhecendo que grupos em situação de especial vulnerabilidade, como os povos indígenas, sentem mais fortemente os impactos do vírus, dada a realidade desigual e de violência generalizada a que estão submetidos. Por isso, a CIDH recomenda aos Estados as seguintes medidas:

“55. Respeitar de forma irrestrita o não contato com os povos e segmentos de povos indígenas em isolamento voluntário, dados os gravíssimos impactos que o contágio do vírus poderia representar para sua subsistência e sobrevivência como povo.

56. Extremar as medidas de proteção dos direitos

9 ONU. Oficina do Alto Comissariado das Nações Unidas. Directrices Relativas a la COVID-19, p. 8. Ginebra, 14 de abril de 2020. Disponível em: https://www.ohchr.org/Documents/Events/COVID-19_Guidance_SP.pdf.

ADPF 709 MC-REF / DF

humanos dos povos indígenas no contexto da pandemia da COVID-19, levando em consideração que estes coletivos têm direito a receber uma atenção à saúde com pertinência cultural, que leve em conta os cuidados preventivos, as práticas curativas e as medicinas tradicionais.

57. Abster-se de promover iniciativas legislativas e/ou avanços na implementação de projetos produtivos e/ou extrativos nos territórios dos povos indígenas durante o tempo que durar a pandemia, em virtude da impossibilidade de levar adiante os processos de consulta prévia, livre e informada (devido à recomendação da OMS de adotar medidas de distanciamento social) dispostos na Convenção 169 da OIT e outros instrumentos internacionais e nacionais relevantes na matéria¹⁰.

Já no plano interno, a Constituição de 1988 consagra o direito dos povos indígenas à sua “organização social, costumes, línguas, crenças e tradições”, bem como os “direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam” (CF, art. 231), além de proteger seus direitos fundamentais à vida (art. 5º, caput) e à saúde (arts. 6º e 196).

Anteriormente à atual pandemia de Covid-19, foram expedidas duas normativas nacionais importantes 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 disciplinou em termos gerais 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. Confira-se:

10 Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Resolução nº 01/2020 sobre ‘Pandemia e Direitos Humanos nas Américas’. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf>.

ADPF 709 MC-REF / DF

Lei nº 8.080/1990:

“Art. 19-A. As ações e serviços de saúde voltados para o atendimento das populações indígenas, em todo o território nacional, 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 e definido 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, meio ambiente, demarcação de terras, educação sanitária e integração institucional”.

Tais normativas, porém, não tem se mostrado eficazes ou plenamente adequadas ao correto enfrentamento da atual pandemia de Covid-19. Conforme já destacado, é necessário que o governo adote medidas específicas ao atual quadro, a fim de evitar uma verdadeira – e já em curso – crise humanitária e cultural em nosso país.

3. A vulnerabilidade social e política do indígena no Brasil

Antes de adentrar à análise específica das medidas cautelares na presente ADPF, cumpre tecer breves considerações a respeito da posição ocupada pelos indígenas na sociedade brasileira.

A percepção geral que vigora acerca dos povos indígenas remete a ideias como primitivismo, infantilidade e inferioridade. Esse tratamento

ADPF 709 MC-REF / DF

legou aos povos indígenas uma posição marcada pela vulnerabilidade, que perdura até hoje. Nas palavras de Júlio José Araújo Junior, autor da obra “Direitos territoriais indígenas”, fruto de sua dissertação de mestrado em Direito Público na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), *“A realidade dos índios, assim como a dos negros, carrega as marcas da marginalização, calcada pela sistemática negação de dignidade aos indivíduos que compõem esses grupos e pela ausência de participação nos processos decisórios”*¹¹.

A Constituição de 1988 buscou romper com essa visão dos povos indígenas, consagrando sua autonomia e respeito por suas culturas e tradições. A Carta rejeitou o projeto integracionista e exigiu o respeito por seus modos de vida, costumes, tradições, mediante o reconhecimento das terras que tradicionalmente ocupam. Buscou, assim, criar um novo capítulo na história das relações do Estado com os povos indígenas, ao reconhecer-lhes o direito de terem sua organização social respeitada. Como destacado por Júlio José Araújo Júnior, *“após a Constituição de 1988, não há inferioridade ou incapacidade civil, e sim grupos diferenciados, que têm modos próprios de vida, os quais devem ser respeitados como tais. Os povos indígenas possuem o direito de viverem da forma como desejarem, o que não redunde em congelamento de seus modos de vida”*¹².

Nada obstante, persiste até hoje uma permanente hierarquização, que se materializa no desejo irrefreável de exploração econômica das terras indígenas e seus recursos¹³. Os índios continuam sendo um grupo extremamente vulnerável, tanto no campo social quanto no político-representativo – em toda a história do país, houve apenas um parlamentar indígena. Nesse contexto, como bem ressaltado por John Hart Ely, emerge a possibilidade de o Judiciário atuar como uma

11 ARAUJO JUNIOR, Julio José. **Direitos territoriais indígenas**: uma interpretação intercultural. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2018, p. 3-4.

12 ARAUJO JUNIOR, Julio José. **Direitos territoriais indígenas**: uma interpretação intercultural. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2018, p. 3-4.

13 ARAUJO JUNIOR, Julio José. **Direitos territoriais indígenas**: uma interpretação intercultural. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2018, p. 7.

ADPF 709 MC-REF / DF

instituição de “reforço de representação”, buscando garantir os direitos dos cidadãos que foram excluídos pelos processos eleitorais majoritários¹⁴.

Destarte, na linha da orientação jurisprudencial desta Suprema Corte, reconheço que, nos cenários de bloqueios políticos e omissões por parte das instituições originalmente responsáveis (e.g., Poderes Legislativo e Executivo), o Judiciário pode e deve agir para intervir – de forma dialógica – na elaboração de políticas públicas para a proteção de grupos minoritários. Confira-se, por oportuno, trecho do acórdão prolatado na ADPF 347, alusiva às omissões estatais no sistema carcerário brasileiro,

“(…) apenas o Supremo revela-se capaz, ante a situação descrita, de superar os bloqueios políticos e institucionais que vêm impedindo o avanço de soluções, o que significa cumprir ao Tribunal o papel de retirar os demais Poderes da inércia, catalisar os debates e novas políticas públicas, coordenar as ações e monitorar os resultados. Isso é o que se aguarda deste Tribunal e não se pode exigir que se abstenha de intervir, em nome do princípio democrático, quando os canais políticos se apresentem obstruídos, sob pena de chegar-se a um somatório de inércias injustificadas. Bloqueios da espécie traduzem-se em barreiras à efetividade da própria Constituição e dos Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos”¹⁵.

Em síntese, nos casos em que a omissão legislativa e administrativa é aguda e prolongada, medidas judiciais estruturais – como as propostas nestes autos pelo Relator, Ministro Roberto Barroso – servem para assegurar uma solução mais coesa e sistêmica, representando o remédio mais direto, eficaz e apropriado para cessar violações sistemáticas a

14 ELY, John Hart. **Democracy and Distrust: a theory of judicial review**. Cambridge: Harvard University Press, 1980, p. 86.

15 STF, MC na ADPF n.º 347/DF, Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, Julg. em 09.09.2015, DJ 19.02.2016, p. 31.

ADPF 709 MC-REF / DF

direitos .

4. Das medidas cautelares

Consoante destacado, o cenário de proteção deficiente aos povos originários reclama o referendo integral da decisão proferida pelo Ministro relator, que deferiu as medidas cautelares nos termos a seguir delineados.

4.1. Barreiras Sanitárias

Os povos indígenas em isolamento ou de contato recente têm direito a assim permanecer, especialmente no atual quadro de pandemia. Como destacado pelo Ministro relator, *“o ingresso de qualquer membro exógeno à comunidade, sem a sua autorização, constitui um ilícito”*. É necessária, nesse contexto, a instalação de barreiras ou cordões sanitários que impeçam – inclusive com o uso da força, se necessário – o acesso de estranhos às terras das comunidades. O modo de instalação dessas barreiras, contudo, deve ser coordenado pela União em conjunto com autoridades indígenas que compõem a *“Sala de Situação”*.

4.2. Salas de Situação

A criação de uma *“Sala de Situação”* para a gestão da pandemia no que respeita a povos indígenas encontra-se prevista em norma federal expedida pelo Ministério da Saúde. A Portaria Conjunta nº 4.094/2018, do Ministério da Saúde e da Funai, assim dispõe:

“Art. 12. Deverá ser ativada 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.

§ 1º A Sala de Situação terá como objetivos precípuos o

ADPF 709 MC-REF / DF

compartilhamento e a sistematização de informações, o favorecimento do processo decisório, a organização de respostas para emergências e o monitoramento e avaliação das intervenções realizadas.

§ 2º A Sala de Situação será composta por membros indicados pela SESAI/MS e membros indicados pela FUNAI e poderá ser integrada também por colaboradores convidados, com a anuência conjunta de ambos os órgãos.

§ 3º A Sala de Situação será convocada indistintamente pela SESAI/MS ou pela FUNAI.

§ 4º A Sala de Situação não substitui as respectivas competências legais da SESAI/MS e da FUNAI frente à promoção e proteção dos direitos dos Povos Indígenas Isolados e de Recente Contato”.

Na linha do afirmado pelo Ministro relator, essa sala deverá assegurar a participação de membros da Procuradoria-Geral da República, da Defensoria Pública da União e de representantes indígenas indicados pela APIB, bem como das demais autoridades que a União entender que devem participar do processo decisório.

4.3. Expulsão dos invasores das terras indígenas

A expulsão de invasores das terras indígenas, que praticam ilegalmente o desmatamento, a extração de madeira e o garimpo ilegal, é medida que deve ser tomada pela União de forma urgente. Por tal razão, deve ser imediatamente incluída no Plano de Enfrentamento e Monitoramento da Covid-19 para os Povos Indígenas, no qual a União deve envidar todos os esforços para remediar a situação, com a participação do Conselho Nacional de Direitos Humanos e de representantes das comunidades indígenas.

4.4. Extensão dos serviços do subsistema de saúde indígena do SUS a todos os indígenas no Brasil

ADPF 709 MC-REF / DF

Os requerentes alegam que a Secretaria Especial de Saúde Indígena - SESAI e a FUNAI limitaram o atendimento do Subsistema de Saúde Indígena aos indígenas aldeados, residentes em terras indígenas homologadas, recusando atendimento: (i) aos indígenas urbanos (não aldeados), que são remetidos ao SUS normal, desconhecedor das suas necessidades específicas e peculiaridades culturais; bem como (ii) aos indígenas aldeados, residentes em terras indígenas, cuja demarcação e homologação ainda não foram concluídas pelo Poder Público

Com efeito, o Subsistema Indígena de Saúde existente dentro do SUS não pode excluir os povos aldeados situados em terras não homologadas. Isso porque, consoante ressaltado pelo Ministro relator, *“A identidade de um grupo como povo indígena é, em primeiro lugar, uma questão sujeita ao autorreconhecimento pelos membros do próprio grupo. Ela não depende da homologação do direito à terra”*.

É que, segundo a Constituição de 1988, as terras indígenas são aquelas habitadas pelos índios em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias à sua reprodução física e cultural, baseando-se em seus usos, costumes e tradições¹⁶. Na doutrina, José Afonso da Silva ressalta a necessidade de aferir essas características por meio da cultura e do modo de vida dos índios, o que afasta qualquer tipo de análise externa acerca de requisitos baseados na pré-compreensão de mundo da sociedade envolvente¹⁷. Destarte, não cabe excluir a condição de indígenas daqueles que ainda não viram suas terras serem devidamente reconhecidas pelo Estado.

Por outro lado, no que se refere aos indígenas urbanos, a AGU destaca nas informações prestadas que a extensão do Subsistema de Saúde Indígena a esse grupo excede as suas capacidades e gerará

16 ARAUJO JUNIOR, Julio José. **Direitos territoriais indígenas: uma interpretação intercultural**. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2018, p. 216.

17 SILVA, José Afonso da. Terras tradicionalmente ocupadas pelos índios. In: SANTILLI, Juliana (coord.). **Os direitos indígenas e a Constituição**. Núcleo de Direitos Indígenas e Sérgio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre, 1993, p. 47.

ADPF 709 MC-REF / DF

precarização do serviço, podendo comprometer o atendimento dos indígenas aldeados, que não dispõem da alternativa de recorrer ao SUS geral. Consectariamente, acompanho o e. Relator no sentido de deferir parcialmente a cautelar para estender o Sistema Indígena de Saúde apenas aos indígenas não aldeados (urbanos) sem condições de acesso ao SUS geral e indeferir, por ora, a extensão à totalidade dos povos indígenas urbanos.

4.5. Plano de Enfrentamento da Covid-19 para os Povos Indígenas Brasileiros

Os requerentes pedem, ainda, o deferimento de medida cautelar que determine a elaboração e o monitoramento de um plano de enfrentamento da COVID-19 para os povos indígenas brasileiros. Afirmam que não desconhecem o “Plano de Contingência Nacional para Infecção Humana pelo Novo Coronavírus em Povos Indígenas”, mas que ele é vago, expressa meras orientações gerais e não prevê medidas concretas, cronograma ou definição de responsabilidades. Observam, ainda, que o Plano não contou com a participação de comunidades indígenas em sua formulação.

Com efeito, a ausência de participação das comunidades nas políticas públicas que lhes afetam é sinal claro da severa insuficiência das medidas empreendidas pela União. Consoante disposto na Convenção 169 da OIT, que foi ratificada e internalizada pelo Brasil, as decisões acerca da proteção da vida, da saúde e do meio ambiente que envolvam povos indígenas devem necessariamente ser tomadas com a sua participação.

Inclusive, no plano do direito comparado, a Corte constitucional da Colômbia tem desenvolvido uma farta jurisprudência no sentido da necessidade de consulta aos indígenas na formulação de políticas pública que lhes afetam. A Corte já decidiu, por exemplo, que a mera participação dos indígenas no processo de consulta prévia para a realização de políticas que impactam seu território é insuficiente, devendo a

ADPF 709 MC-REF / DF

comunidade ser informada do projeto e dos seus efeitos, bem como ter a oportunidade de livremente convocar os seus membros e representantes para avaliar as vantagens e desvantagens, a fim de que possa ser efetivamente ouvida quanto às suas preocupações e à factibilidade do projeto. Nessas hipóteses, cabe às autoridades apresentar alternativas que permitam chegar a um acordo, tendo o entendimento atual evoluído para exigir o consentimento do povo afetado quando há risco à sua sobrevivência física ou cultural¹⁸.

No mesmo sentido, a Corte Interamericana de Direitos Humanos também possui decisões importantes acerca da necessidade de respeitar as cosmovisões desses povos, de assegurar-lhes o acesso à justiça, garantir o direito à consulta prévia, livre e informada e de levar em consideração a relação diferenciada que possuem com a terra¹⁹. Em diversos julgados, a Corte destacou que é indispensável que os Estados outorguem uma proteção efetiva que leve em conta as particularidades próprias dos povos indígenas, bem como suas características econômicas e sociais, assim como sua situação de especial vulnerabilidade, seu direito consuetudinário, seus valores, usos e costumes²⁰.

18 Corte Constitucional da Colômbia. Sentencia SU-039/1997 e Corte Constitucional da Colômbia. Sentencia C-030/2008. SEPÚLVEDA, Magdalena; GARAVITO, César Rodríguez. Colombia: La Corte Constitucional y su contribución a la justicia social. In: LANGFORD, Malcolm (ed). Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales: Tendencias emergentes en el derecho internacional y comparado. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2013, p. 254.

19 Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Sentencia de 31/08/2001; Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus Miembros Vs. Honduras. Sentencia de 08/10/2015 e Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Fernández Ortega y otros vs. México. Sentencia de 30/08/2010.

20 Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Sentencia 17/06/2005, § 63; Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Sentencia de 29/03/2006, § 83; Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Sentencia de 28/11/2007, § 178; Caso Tiu Tojín Vs. Guatemala. Sentencia de 26/11/ 2008, § 96.

ADPF 709 MC-REF / DF

Nesse prisma, diante da necessidade de efetiva participação dos povos indígenas nos planos de combate à pandemia, acompanho o voto do Ministro relator e também defiro parcialmente a cautelar, para determinar à União que formule, “no prazo de até 30 dias, um plano de enfrentamento da COVID-19 para os povos indígenas brasileiros, com a participação do CNDH e de representantes das comunidades indígenas, bem como com apoio técnico da Fundação Oswaldo Cruz e do Grupo de Trabalho de Saúde Indígena da Associação Brasileira de Saúde Coletiva – ABRASCO, desde que, aceito o encargo, desempenhem a tarefa como consultores *ad hoc*. A execução do plano deverá ser monitorada por todos os referidos atores em conjunto. Caberá à União avaliar as demais autoridades e órgãos a serem envolvidos na tarefa. O plano deverá ser trazido à homologação deste juízo, quando eventuais pontos de divergência serão apreciados”.

5. Conclusão

Consectariamente, satisfeitos os requisitos do *fumus boni juris*, também reputo presente o *periculum in mora*, uma vez que há risco iminente de contágio, caso não se criem mecanismos de proteção da população indígena brasileira.

Ex positis, voto no sentido de acompanhar integralmente o Ministro Relator Roberto Barroso e conceder parcialmente as medidas cautelares requeridas, nos termos do voto do Relator.

05/08/2020

PLENÁRIO

**REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA ARGUIÇÃO DE
DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 709 DISTRITO FEDERAL**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Não se está no julgamento definitivo da arguição de descumprimento de preceito fundamental. E, mesmo assim, já se vão consumidas duas tardes, duas sessões.

O que veio a ser submetido ao Plenário? Tutela de urgência, precária e efêmera, provisória, implementada cuidadosamente pelo Relator, ministro Luís Roberto Barroso.

Não tenho uma vírgula a colocar ou a retirar do pronunciamento.

Por isso referendo-o, Presidente.

05/08/2020

PLENÁRIO

**REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA ARGUIÇÃO DE
DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 709 DISTRITO FEDERAL**

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Ao votar, eu gostaria de fazer um registro histórico.

Quem estudou o Tratado de Tordesilhas sabe que o território do Brasil seria menos de 1/3 do que é. Ele foi assinado antes da união entre Portugal e Espanha, ocorrida em 1580. Em 1640, houve a separação. No Tratado de Madrid (1750), começa-se a se fazer a divisão formal dos Estados. Em 1776, vem o Tratado de Santo Ildefonso.

Se o Brasil tem essa dimensão territorial que tem, é também graças aos indígenas. Nós não teríamos 2/3 do território que nós temos se não fossem os indígenas, que se declararam aos árbitros da divisão, quando havia a disputa do **jus possessionis** e do **jus possidendi**, nós somos súditos da Coroa portuguesa.

Por isso, acompanho, louvo e parabenizo o voto brilhante e histórico, que vai ficar para História do Brasil, do Ministro Luís **Roberto Barroso**.

Acompanho Sua Excelência, ratifico e referendo sua decisão liminar.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 709

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. ROBERTO BARROSO

REQTE. (S) : ARTICULAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS DO BRASIL (APIB)

ADV. (A/S) : LUIZ HENRIQUE ELOY AMADO (15440/MS) E OUTRO (A/S)

REQTE. (S) : PARTIDO SOCIALISTA BRASILEIRO - PSB

ADV. (A/S) : DANIEL ANTONIO DE MORAES SARMENTO (63551/DF, 73032/RJ)

REQTE. (S) : PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE (P-SOL)

ADV. (A/S) : ANDRE BRANDAO HENRIQUES MAIMONI (29498/DF, 7040/O/MT)

REQTE. (S) : PARTIDO COMUNISTA DO BRASIL

ADV. (A/S) : PAULO MACHADO GUIMARAES (05358/DF)

REQTE. (S) : REDE SUSTENTABILIDADE

ADV. (A/S) : DANIEL ANTONIO DE MORAES SARMENTO (63551/DF, 73032/RJ)

REQTE. (S) : PARTIDO DOS TRABALHADORES

ADV. (A/S) : EUGENIO JOSE GUILHERME DE ARAGAO (04935/DF, 30746/ES, 428274/SP)

REQTE. (S) : PARTIDO DEMOCRATICO TRABALHISTA

ADV. (A/S) : LUCAS DE CASTRO RIVAS (46431/DF)

INTDO. (A/S) : UNIÃO

PROC. (A/S) (ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

INTDO. (A/S) : FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI

ADV. (A/S) : PROCURADOR-GERAL FEDERAL (00000/DF)

AM. CURIAE. : CONSELHO INDIGENISTA MISSIONARIO CIMI

ADV. (A/S) : ADELAR CUPSINSKI (40422/DF)

ADV. (A/S) : RAFAEL MODESTO DOS SANTOS (43179/DF)

AM. CURIAE. : CONECTAS DIREITOS HUMANOS - ASSOCIAÇÃO DIREITOS HUMANOS EM REDE

ADV. (A/S) : JULIA MELLO NEIVA (223763/SP)

ADV. (A/S) : GABRIEL DE CARVALHO SAMPAIO (55891/DF, 252259/SP)

ADV. (A/S) : GABRIEL ANTONIO SILVEIRA MANTELLI (373777/SP)

ADV. (A/S) : THIAGO DE SOUZA AMPARO (272768/SP)

AM. CURIAE. : ISA INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL

ADV. (A/S) : JULIANA DE PAULA BATISTA (60748/DF)

AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

PROC. (A/S) (ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

AM. CURIAE. : MOVIMENTO NACIONAL DE DIREITOS HUMANOS - MNDH

ADV. (A/S) : CARLOS NICODEMOS OLIVEIRA SILVA (075208/RJ)

AM. CURIAE. : CONSELHO INDIGENA TAPAJOS E ARAPIUNS

AM. CURIAE. : TERRA DE DIREITOS

ADV. (A/S) : LUCIANA CRISTINA FURQUIM PIVATO (59751/DF) E OUTRO (A/S)

AM. CURIAE. : COMISSAO GUARANI YVYRUPA

ADV. (A/S) : ANDRE HALLOYS DALLAGNOL (54633/PR)

ADV. (A/S) : GABRIELA ARAUJO PIRES (40514/PE)

Decisão: Após o voto do Ministro Roberto Barroso (Relator), que referendava a medida cautelar parcialmente deferida, o julgamento foi suspenso. Falaram: pela requerente Articulação dos Povos Indígenas do Brasil - APIB, o Dr. Luiz Henrique Eloy Amado; pelos requerentes Partido Socialista Brasileiro e Rede Sustentabilidade, o Dr. Daniel Antonio de Moraes Sarmento; pelo requerente Partido Democrático Trabalhista - PDT, o Dr. Lucas de Castro Rivas; pelo requerente Partido Comunista do Brasil, o Dr. Paulo Machado Guimarães; pelo *amicus curiae* Defensoria Pública da União, o Dr. Gustavo Zortéa da Silva, Defensor Público Federal; pelo *amicus curiae* Instituto Socioambiental - ISA, a Dra. Juliana de Paula Batista; pelo *amicus curiae* Comissão Guarani Yvyrupa, a Dra. Gabriela Araújo Pires; pelos *amici curiae* Conselho Indígena Tapajós e Arapiuns e Terra de Direitos, o Dr. Pedro Sérgio Vieira Martins; pelo *amicus curiae* Conectas Direitos Humanos - Associação Direitos Humanos em Rede, a Dra. Júlia Mello Neiva; pela interessada União, o Ministro José Levi Mello do Amaral Júnior, Advogado-Geral da União; e, pela Procuradoria-Geral da República, o Dr. Antônio Augusto Brandão de Aras, Procurador-Geral da República. Ausente, justificadamente, a Ministra Cármen Lúcia. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 03.08.2020 (Sessão realizada inteiramente por videoconferência - Resolução 672/2020/STF).

Decisão: O Tribunal, por maioria, referendou a cautelar deferida parcialmente, em 8 de julho de 2020, pelo Ministro Roberto Barroso (Relator), nos seguintes termos: "*III. SÍNTESE DAS CAUTELARES DEFERIDAS 62. Diante do exposto, são as seguintes as medidas cautelares deferidas por este Relator: III.1. QUANTO AOS POVOS INDÍGENAS EM ISOLAMENTO OU POVOS INDÍGENAS DE RECENTE CONTATO: 1. Criação de barreiras sanitárias, que impeçam o ingresso de terceiros em seus territórios, conforme plano a ser apresentado pela União, ouvidos os membros da Sala de Situação (infra), no prazo de 10 dias, contados da ciência desta decisão. 2. Criação de Sala de Situação, para gestão de ações de combate à pandemia quanto aos Povos Indígenas em Isolamento e de Contato Recente, nos seguintes termos: (i) composição pelas autoridades que a União entender pertinentes, bem como por membro da Procuradoria-Geral da República, da Defensoria Pública da União e por representantes indígenas indicados pela APIB; (ii) indicação de membros pelas respectivas entidades, no prazo de 72 horas a contar da ciência desta decisão, apontando-se seus respectivos nomes, qualificações, correios eletrônicos e telefones de contato, por meio de petição ao presente juízo; (iii) convocação da primeira reunião da Sala de Situação, pela União, no prazo de 72 horas, a contar da indicação de todos os representantes, por*

correio eletrônico com aviso de recebimento encaminhado a todos eles, bem como por petição ao presente juízo; (iv) designação e realização da primeira reunião, no prazo de até 72 horas da convocação, anexada a respectiva ata ao processo, para ciência do juízo. III.2. QUANTO A POVOS INDÍGENAS EM GERAL 1. Inclusão, no Plano de Enfrentamento e Monitoramento da Covid-19 para os Povos Indígenas (infra), de medida emergencial de contenção e isolamento dos invasores em relação às comunidades indígenas ou providência alternativa, apta a evitar o contato. 2. Imediata extensão dos serviços do Subsistema Indígena de Saúde aos povos aldeados situados em terras não homologadas. 3. Extensão dos serviços do Subsistema Indígena de Saúde aos povos indígenas não aldeados, exclusivamente, por ora, quando verificada barreira de acesso ao SUS geral. 4. Elaboração e monitoramento de um Plano de Enfrentamento da COVID-19 para os Povos Indígenas Brasileiros pela União, no prazo de 30 dias contados da ciência desta decisão, com a participação do Conselho Nacional de Direitos Humanos e dos representantes das comunidades indígenas, nas seguintes condições: (i) indicação dos representantes das comunidades indígenas, tal como postulado pelos requerentes, no prazo de 72 horas, contados da ciência dessa decisão, com respectivos nomes, qualificações, correios eletrônicos e telefones de contatos, por meio de petição ao presente juízo; (ii) apoio técnico da Fundação Oswaldo Cruz e do Grupo de Trabalho de Saúde Indígena da Associação Brasileira de Saúde Coletiva - ABRASCO, cujos representantes deverão ser indicados pelos requerentes, no prazo de 72 horas a contar da ciência desta decisão, com respectivos nomes, qualificações, correios eletrônicos e telefones de contato; (iii) indicação pela União das demais autoridades e órgãos que julgar conveniente envolver na tarefa, com indicação dos mesmos elementos. 63. Observa-se, por fim, que todos os prazos acima devem ser contados em dias corridos e correrão durante o recesso. O término do recesso coincidirá aproximadamente com a conclusão da elaboração dos planos e seu exame pelo juízo, de modo que não há risco de concretização de medidas irreversíveis antes do retorno do Supremo Tribunal Federal a pleno funcionamento, ressalvadas novas situações emergenciais que possam ocorrer no período e que demandem interferência imediata. 64. A implementação das cautelares não prejudica que se dê continuidade a todas as ações de saúde já em curso e planejadas em favor das comunidades indígenas, que não devem ser interrompidas. CONCLUSÃO 65. Por todo o exposto, defiro parcialmente as cautelares postuladas pelos requerentes, nos termos e condições previstos acima (item III)", vencidos parcialmente o Ministro Edson Fachin, que deferia a liminar em maior amplitude, e o Ministro Ricardo Lewandowski, que acompanhava o Relator e estabelecia prazos. Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello e Cármen Lúcia. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 05.08.2020 (Sessão realizada inteiramente por videoconferência - Resolução

672/2020/STF).

Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli. Presentes à sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Celso de Mello e Cármen Lúcia.

Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Humberto Jacques de Medeiros.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário