

# **III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI**

## **DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS III**

**FAUSTO SANTOS DE MORAIS**

**RIVA SOBRADO DE FREITAS**

**LUCAS GONÇALVES DA SILVA**

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

**Diretoria - CONPEDI**

**Presidente** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

**Diretora Executiva** - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

**Vice-presidente Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

**Vice-presidente Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

**Vice-presidente Sudeste** - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

**Representante Discente:**

Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

**Conselho Fiscal:**

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

**Secretarias**

**Relações Institucionais:**

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

**Comunicação:**

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

**Relações Internacionais para o Continente Americano:**

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

**Relações Internacionais para os demais Continentes:**

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

**Eventos:**

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

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

---

D597

Direitos e garantias fundamentais III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Fausto Santos de Moraes; Lucas Gonçalves da Silva; Riva Sobrado De Freitas – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-314-6

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Saúde: segurança humana para a democracia

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direitos. 3. Garantias. III Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



## **III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI**

### **DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS III**

---

#### **Apresentação**

O III Encontro Virtual do CONPEDI sob o tema “Saúde: segurança humana para democracia”, promoveu a terceira edição dentro das inovações criadas pela diretoria, para realização por meio digitais com a divisão dos já tradicionais Anais do Evento com seus Grupos de Trabalho.

No presente GT encontram-se as pesquisas desenvolvidas em vários Programas de Mestrado e Doutorado do Brasil, com artigos selecionados por meio de avaliação por pares, objetivando a melhor qualidade e a imparcialidade na divulgação do conhecimento e formação do estado da arte na área dos Direitos e Garantias Fundamentais.

Valorosas contribuições teóricas e relevantes inserções na realidade brasileira emanam da reflexão trazida pelos professores, mestres, doutores e acadêmicos de todo o Brasil. Os artigos mostram um pouco da temática, “Saúde: segurança humana para democracia”.

Temas sensíveis, foram apresentados, por meio de artigos, resultado de pesquisas e abordagens relevantes ao conhecimento científico

/promovendo a interlocução dos referenciais teóricos com desafios colocados pelo contexto da pandemia. Uma parte dos trabalhos problematizou a criação e a avaliação de políticas públicas que visam realizar direitos fundamentais como a saúde, a educação, a proteção contra a velhice, os direitos das minorais, entre outros. Outra parte dos trabalhos entendeu que os direitos fundamentais devem ser compreendidos através dos seus fundamentos, valendo-se de bases teóricas sofisticadas que tem o Estado Democrático de Direito com seu alvo. Foi assim que as temáticas como ativismo judicial, representatividade política, diálogos institucionais, o papel da mídia e os limites às restrições dos direitos fundamentais ganharam espaço na arena dos debates.

Nesse sentido, observamos a apresentação de trabalhos que refletiram sobre o impacto promovido pela Covid-19 no Estado Democrático de Direito brasileiro, apontando para a necessidade de garantir a efetividade dos Direitos Fundamentais, quer promovendo a flexibilização de patentes para o enfrentamento da pandemia, ou ainda responsabilizando-se pela realização de um controle global nesse enfrentamento, com ênfase em medidas regionais e locais.

De outra parte, artigos consideraram a importância de uma educação inclusiva em tempos de pandemia e para tanto foi ressaltada a necessidade de uma reflexão sobre o artigo 24, inciso III da Lei de Diretrizes e Bases para além de um diálogo entre Educação e propostas decoloniais.

O Ativismo Judicial também teve expressão na apresentação de artigos nesse GT, quer como forma de promoção de justiça, quer como meio para a garantia do direito à saúde.

Quanto ao Direito Fundamental à Saúde, em tempos de pandemia, foram apresentados trabalhos que trouxeram reflexões acerca da saúde mental no Sistema Único de Saúde (SUS); abordaram a saúde nas comunidades indígenas e ainda apontaram a necessidade e a importância de políticas públicas destinadas à população em situação de rua, "os invisíveis cariocas" com ênfase no município do Rio de Janeiro.

Ao contrário do que se poderia esperar num período de pandemia, o GT proporcionou um sopro de otimismo por força das várias perspectivas científicas que indicam um caminho jurídico possível para a proteção e efetividade dos direitos fundamentais no Brasil.

Assim como foi seguramente um momento ímpar a Coordenação do GT, organizando a apresentação dos trabalhos, acreditamos que tem valor científico positivo, ao leitor ou leitora, a experiência de aprofundar o pensamento daqueles que souberam cativar o solitário momento da leitura e da meditação, para colocar à prova as várias teses defendidas naqueles dias do CONPEDI VIRTUAL de 2021.

Divulgar a produção científica colaborativa socializa o conhecimento e oferece à sociedade nacional e internacional o estado da arte do pensamento jurídico contemporâneo aferido nos vários centros de excelência que contribuíram no desenvolvimento pessoal e profissional dos autores e autoras do presente GT.

Por fim, nossos agradecimentos ao CONPEDI pela honra a que fomos laureados ao coordenar o GT e agora, pela redação do Prefácio, que possui a marca indelével do esmero, da dedicação e o enfrentamento a todas as dificuldades que demandam uma publicação de qualidade como a presente.

Organizadores:

Prof. Dr. Fausto Santos de Moraes

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva

Prof. Dra. Riva Sobrado de Freitas

**A PROTEÇÃO INTEGRAL DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE DAS  
COMUNIDADES INDÍGENAS EM TEMPOS DE PANDEMIA DO COVID-19 COMO  
ELEMENTO DE AFIRMAÇÃO DA DEMOCRACIA: DIÁLOGOS  
INTERINSTITUCIONAIS, INTERCULTURAIS E TRANSNACIONAIS**

**INTEGRAL PROTECTION OF THE FUNDAMENTAL RIGHT TO HEALTH OF  
INDIGENOUS COMMUNITIES IN PANDEMIC TIMES AS AN ELEMENT OF  
AFFIRMATION OF DEMOCRACY: INTERINSTITUTIONAL, INTERCULTURAL  
AND TRANSNATIONAL DIALOGUES**

**Candice Diniz Pinto Melo Franco  
Rodrigo Alberto Azevedo Couto**

**Resumo**

Este artigo analisa a proteção ao direito à saúde das populações indígenas no Brasil diante do contexto pandêmico da COVID-19, como forma de efetivação da democracia, investigando se, na análise de caso concreto, deve o poder judiciário intervir diretamente ou promover diálogos interinstitucionais, interculturais e transnacionais destinados a construir decisão que evite ou minimize riscos. Mediante pesquisa bibliográfica, normativa, jurisprudencial e método dedutivo, considerou-se que o estímulo aos diálogos na construção de decisão judicial revela-se técnica hábil a dar maior alcance ao objetivo almejado.

**Palavras-chave:** Saúde, População indígena, Pandemia covid-19, Diálogos interinstitucionais, interculturais, transnacionais

**Abstract/Resumen/Résumé**

This article analyzes the protection of the right to health of indigenous populations in Brazil in the face of the pandemic context of COVID-19, as a way of effecting democracy, investigating whether, in the analysis of a specific case, the judiciary should intervene directly or promote interinstitutional dialogues, intercultural and transnational projects aimed at building decisions that avoid or minimize risks. Through bibliographic, normative, jurisprudential and deductive method research, it was considered that the encouragement of dialogues in the construction of judicial decisions proves to be a technique capable of giving greater reach to the desired objective.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Health, indigenous populations, Coronavirus pandemic, Interinstitutional, intercultural and transnational dialogues

## 1 Introdução

O presente trabalho objetiva desenvolver estudo acerca da normativa pátria e internacional concernente à proteção aos direitos fundamentais dos povos indígenas, em especial, o direito à saúde, dadas as peculiaridades que os cercam, sobretudo aqueles que se encontram na condição de isolados ou de recente contato, bem como perscrutar o alcance da pandemia do COVID-19 em tais comunidades, explicitando o risco de ofensa a seus direitos e garantias fundamentais.

Neste contexto, busca-se examinar se os diálogos interinstitucionais, interculturais e transnacionais consistiriam em opção à intervenção direta do poder judiciário, quando provocado, na busca de solução que dê efetividade ao direito à saúde, e, conseqüentemente à democracia.

A escolha do tema justifica-se por sua atualidade e relevância teórica e prática, uma vez que a ideia de que saúde é democracia, defendida pelo sanitarista, Sérgio Arouca, no discurso proferido na abertura da 8ª Conferência Nacional de Saúde, realizada de 17 a 21 de março do ano de 1986, em Brasília, evidencia-se, diante do cenário pandêmico experimentado pelo mundo.

Neste sentido, a concepção de saúde, então trazida pelo sanitarista, parte do conceito proposto pela Organização Mundial de Saúde (OMS), afirmando que saúde não é simplesmente ausência de doença, mas, um bem-estar social que pode significar que as pessoas tenham mais algum direito do que o de não estarem doentes, mas, que tenham direito ao trabalho, à casa, ao salário digno, à vestimenta, à água, à educação, às informações sobre como dominar o mundo e transformá-lo; direito a um sistema político que respeite a livre opinião, a livre possibilidade de organização e autodeterminação de um povo.

Assim, o presente artigo, inicialmente e a fim de que se entenda que a ofensa ao direito dos povos indígenas a viverem em seus territórios, com plenitude de garantias e de acordo com seus costumes e tradições, como posto no artigo 231 da CRFB/88, caracteriza-se, especialmente em tempos de pandemia global, como inequívoca transgressão aos direitos fundamentais de tais comunidades e atentado ao Estado Democrático de Direito, realizar-se-á abordagem da teoria relativa aos direitos fundamentais, inclusive com demonstração teórico-factual concernente ao risco de perecimento das comunidades isoladas e de recente contato.

Procurar-se-á demonstrar também que a vulnerabilidade política dos povos indígenas, consubstanciada por práticas culturais e condições geográficas que não favorecem a viabilidade de representação que lhes garanta ter os seus interesses contemplados e,

consequentemente, acesso à proteção de direitos fundamentais de toda sorte, vê-se ora agravada pelo risco mesmo de extinção de etnias, comprometendo, inclusive, os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

A seguir, proceder-se-á à análise dos dispositivos normativos internos de proteção, bem assim das diretrizes expedidas pelos organismos internacionais acerca da temática, avançando-se para o estudo do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal em sede do julgamento de Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental -ADPF 709, visando, dentre outros desideratos, ao acautelamento da referida minoria vulnerável, diante da pandemia da COVID-19.

O problema a ser respondido, mediante o presente estudo, importa no questionamento quanto a consistirem os diálogos interinstitucionais, interculturais e transnacionais em opção à intervenção direta do poder judiciário, quando provocado, na busca de solução que dê efetividade à proteção dos direitos fundamentais, em especial ao direito à saúde, e, consequentemente à democracia.

No intuito de responder-se ao tema-problema proposto, a presente pesquisa utilizará o método dedutivo, com análise doutrinária, legislativa e jurisprudencial, partindo-se de uma concepção macro analítico para uma abordagem mais específica, uma vez que o estudo se inicia da avaliação concernente aos direitos fundamentais em geral, passando por sua conceituação pormenorizada e evoluindo para a especificidade da condição indígena, tudo de modo a que, em seu final, se conclua acerca da solução a ser implementada, com vistas à efetivamente garantir a proteção almejada.

## **2 Teoria dos direitos fundamentais e especificidades das populações indígenas**

Visando à compreensão do alcance do termo direitos fundamentais e suas especificidades no que toca às questões indígenas, tarefa imprescindível a se atingir o objetivo vislumbrado no presente estudo, inicialmente passa-se à apresentação dos elementos doutrinários relativos à respectiva conceituação.

Canotilho, ao definir a função dos direitos fundamentais como direitos do cidadão, explica que tal ocorre:

Não só porque constituem – em um primeiro plano, denominado jurídico-objetivo – normas de competência negativa para os poderes públicos, impedindo essencialmente as ingerências destes na esfera jurídico-individual, mas também



porque – num segundo momento, em um plano jurídico-subjetivo – implicam o poder de exercer positivamente certos direitos (liberdade positiva), bem como de exigir omissões dos poderes públicos, evitando lesões agressivas por parte dos mesmos (liberdade negativa). (CANOTILHO, 1995, p. 517).

Vale aqui, atentar-se para o alerta apresentado por Ommatti:

Mais uma vez, essa pergunta formulada por a quase totalidade de nossos manuais de Direito Constitucional encerra um equívoco na própria pergunta... Assim, a pergunta não é o que significam os direitos fundamentais, mas como devemos compreendê-los. (OMMATI, 2018, p. 517).

Por sua vez, Bobbio, aponta igualmente dificuldades na conceituação de fundamento absoluto dos direitos do homem. A primeira é o reconhecimento de que a expressão direitos do homem é muito vaga, sendo os termos avaliativos interpretados de modo diverso conforme a ideologia assumida pelo intérprete. Em uma segunda colocação, indica que os direitos do homem constituem uma classe variável, modificando-se com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para a respectiva realização, das transformações técnicas, demonstrando assim que não existem direitos fundamentais por natureza (BOBBIO, 2004).

Alerta ainda o autor que, além de mal definível e variável, a classe dos direitos do homem é também heterogênea, existindo pretensões muito diversas entre si e, o que é pior, até mesmo incompatíveis, o que quer significar que as razões que valem para sustentar umas não valem para sustentar outras. Por fim, faz Bobbio referência à existência de direitos fundamentais que denotam liberdades em antinomia com outros que consistem em poderes, tudo a demonstrar a impropriedade da busca de uma conceituação absoluta e uniforme a eles concernente (BOBBIO, 2004).

Citando as lições de Konrad Hesse, Paulo Bonavides ensina que:

Criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana, eis aquilo que os direitos fundamentais almejam, segundo Hesse, um dos clássicos do direito público alemão contemporâneo. Ao lado dessa acepção lata, que é a que nos serve de imediato no presente contexto, há outra, mais restrita, mais específica e mais normativa, a saber: direitos fundamentais são aqueles direitos que o direito vigente qualifica como tais. (HESSE, 560, *apud* BONAVIDES, 2004, p. 560).

A delimitação dos contornos daquilo que se tem por direitos fundamentais, nos permite apontar as especificidades de sua conotação em relação às populações indígenas, vez que, desde sempre, mais suscetíveis a violações concernentes à sua dignidade humana:

Se não bastassem as guerras de extermínio, mais devastadoras ainda foram as epidemias de doenças trazidas pelos europeus e africanos. A varíola, sarampo, catapora, febre amarela, tuberculose, gripes e pneumonias, arrasaram aldeias inteiras. Não é demasiado referir, que o poder das epidemias é ainda maior quando elas surgem em situações de escassez em que aumentam as dificuldades para se obter alimentos, apressando a morte de doentes por inanição aguda.(...) Os poucos índios sobreviventes das guerras de extermínio e das epidemias, não tiveram um melhor destino. A escravidão pessoal ou uma servidão compulsória eram mais a regra do que exceção, sobretudo nos tempos iniciais da colonização e antes da utilização em massa da escravização dos negros africanos. (SILVA, 2014, p.3).

Com efeito, a proteção dos direitos fundamentais das populações indígenas decorre do princípio da dignidade da pessoa humana, consubstanciada essa não somente no fornecimento de condições materiais que asseguram uma vida efetivamente digna – e aqui se refere aos direitos sociais e individuais, à liberdade, à igualdade, à educação, às liberdades em geral e a tantos outros direitos e garantias –, mas, especialmente, no que as torna significativamente diferenciadas, ou seja, o respeito absoluto à sua cultura e respectivas escolhas, bens imateriais que, hoje, constitucionalmente inclusive, merecem proteção diferenciada.

E se há uma preocupação e proteção diferenciadas, não somente no nível interno, mas com especial intensidade no âmbito internacional, tal decorre fundamentalmente da fragilidade característica da população indígena, circunstância que se avulta nos tempos atuais em razão da pandemia da COVID-19.

E assim ocorre porque, embora a pandemia afete, de modo efetivo e dramático, a vida de toda a população brasileira, contabilizando números antes inimagináveis de hospitalizados e mortos, bem como gerando crise econômica de consequências ainda de maior significado para as camadas mais carentes da população, os riscos e danos efetivos avultam-se para os povos indígenas, inclusive com possibilidade real de extermínio de etnias inteiras, sobretudo de grupos isolados ou de recente contato.

Este cenário traz à memória tempos sombrios nos quais o fenômeno do extermínio indígena causado por doenças dos brancos era inclusive utilizado como estratégia de colonização. Narram (GALEANO, 2007), (RIBEIRO, 1996), (GOMES, 2012) narram como as bactérias e os vírus foram os aliados mais eficazes dos europeus na conquista da América. E se tal se deu outrora intencionalmente, em episódio vexatório de nossa história, pode se repetir em tempos atuais, seja pelo desmazelo governamental, seja pelo emprego de estratégias as quais, ainda que bem-intencionadas, resultem, por ineficiência dos meios, em consequências mais uma vez desastrosas para os povos indígenas.

É assim então que a ganância e a ambição, unindo homens e microorganismos – para se valer da expressão utilizada por (CUNHA, 2012), aliadas à imperícia e até mesmo descaso intencional no trato de questões afetas a tão relevante estratégia de controle da pandemia,

podem, uma vez mais, conduzir a um vergonhoso capítulo em nossa já maculada trajetória de trato com as populações indígenas do território brasileiro.

Demonstrada, pois, a especial necessidade de proteção dos direitos fundamentais das populações indígenas, caracterizadas que são por sua vulnerabilidade epidemiológica, demográfica, territorial e política, mister se faz dizer que o ordenamento constitucional brasileiro traz preocupação diferenciada no que concerne ao citado acautelamento.

Tanto assim é que direitos fundamentais como a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da CRFB/88), vida (art. 5º, *caput*, da CRFB/88) e saúde (art. 6º e 196, ambos da CRFB/88), de previsão constitucional e proteção endereçada a toda população brasileira, veem-se ladeados por outros que, especificamente destinados à proteção dos povos indígenas e ainda que não inseridos expressamente no catálogo dos direitos fundamentais, revestem-se inequivocamente de fundamentalidade material, haja vista a sua importância no sistema constitucional e ligação direta com a dignidade da pessoa humana. São esses o direito dos povos indígenas a viverem em seu território, de acordo com sua cultura e tradições (art. 231, da CRFB/88), bem como a concessão, que se inscreve no modelo adotado pela Constituição de 1988, de legitimidade aos índios, suas comunidades e organizações para ingressarem em juízo na defesa de seus direitos e interesses (art. 232, da CRFB/88).

Tal sistema especializado de proteção, como se vê, embora denote mesmo a preocupação do constituinte brasileiro com a salvaguarda dos direitos fundamentais das populações indígenas, há de ser questionado acerca de seu efetivo alcance na proteção integral necessária em face das vulnerabilidades por elas experimentadas.

### **3 Normatização interna e internacional acauteladoras dos direitos das populações indígenas**

Em que pese ao fato de a legislação interna apresentar disciplina diferenciada em relação à proteção dos direitos fundamentais das populações indígenas, é certo que tal arcabouço, dada a fragilidade da referida minoria, há de ser constantemente aperfeiçoado, bem como não prescindindo da significativa contribuição outorgada pela normativa internacional, seja em se tratando de *jus cogens*, seja mesmo em relação à disciplina estabelecida em recomendações de *soft law*, passíveis de internalização mediante comandos judiciais.

De acordo com o que anteriormente se expôs, a Constituição Brasileira de 88, além de proteger os direitos fundamentais à vida (art. 5º, *caput*) e à saúde (arts. 6º e 196) de todos, consagra o direito dos povos indígenas a viver em território próprio, de acordo com os seus costumes e tradições (art. 231).

Em complementação aos ditames constitucionais, a Convenção n.169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), sobre povos indígenas e tribais em países independentes, ratificada pelo Brasil em 25 julho de 2002 e situada em nível no mínimo supralegal, assegura o direito dos povos indígenas à autodeterminação e à identidade cultural, conforme expresso em seus artigos 2º, 1; 4º, 1 e 2; 5º e 7º<sup>1</sup>.

Quanto a esta Convenção, destaca-se a introdução de um novo paradigma para a compreensão dos direitos dos povos indígenas:

Este novo paradigma é caracterizado pelo direito à diversidade, pelo reconhecimento da identidade própria dos povos indígenas, pelo seu direito à participação, pelo direito à terra, bem como pelos princípios de etnodesenvolvimento e de autodeterminação. A Convenção n.169 inovou ao reconhecer o direito ao respeito à identidade dos povos indígenas, às suas especificidades e à diversidade cultural. (PIOVESAN, 2018, p.321).

No que toca, então, ao atual estado de pandemia, diversos órgãos internacionais vêm também alertando acerca da necessidade de proteção especial para os povos indígenas, dada sua vulnerabilidade extremada. Nessa direção, o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, expediu diretriz, no seguinte sentido:

---

<sup>1</sup> 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 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.

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. (ONU, 2020)

E, ainda, a Secretaria Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA), em sede de comunicado, orientou as autoridades locais, regionais e nacionais de cada Estado Membro a:

trabalhar em coordenação com protocolos específicos que visam garantir a saúde e o bem-estar de sua população indígena desde uma perspectiva intercultural, conforme contemplado na Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas das Nações Unidas, aprovada em 2007, e na Declaração Americana dos Direitos dos Povos Indígenas da Organização dos Estados Americanos, aprovado em 2016. (OEA, 2020).

Em igual proceder, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos expediu a Resolução n° 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. Recomendou-se, então, aos Estados a adoção de medidas que, por um lado, maximizem a proteção às comunidades e, lado outro, minimizem os riscos causados pela pandemia, atentando-se, sempre, para as peculiaridades sócio-culturais dos destinatários do acautelamento, nos seguintes termos:

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, 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 (CIDH, 2020, p. 18).

Especialmente no que toca aos povos isolados ou de recente contato, caracterizados pela extrema vulnerabilidade social, econômica e de saúde, tal zelo se manifesta ainda mais

evidente, devendo ser referido que, como visto, dentre as diretrizes para o enfrentamento da COVID-19 expedidas pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, frisou-se que:

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. (CIDH, 2020, p. 18).

Por fim, constatando o significativo crescimento da pandemia entre os povos indígenas amazônicos, a Organização das Nações Unidas (ONU) e a Comissão Interamericana divulgaram comunicado conjunto, em que advertiram que os Estados devem aumentar as medidas para proteger os povos indígenas contra a COVID-19, tanto no que se refere aos impactos sobre seus direitos associados à pandemia, quanto ao nível de contágio quanto.

Enquanto os sistemas nacionais de saúde enfrentam sérias dificuldades em dar uma resposta efetiva, o coronavírus tornou mais evidente a ausência histórica ou presença limitada do estado em muitos territórios e sua capacidade insuficiente para atender às necessidades desses povos, levando também em consideração seus conhecimentos ancestrais, práticas de cura e medicamentos tradicionais, a partir de uma abordagem intercultural. A pandemia também destacou a importância de garantir que os povos indígenas possam exercer seu autogoverno e autodeterminação. Portanto, é essencial que os Estados garantam a participação dos povos indígenas por meio de suas entidades representativas, líderes e autoridades tradicionais na formulação e implementação de políticas públicas para enfrentar o alto risco de extinção física e cultural dos povos indígenas amazônicos. Nesse sentido, exortamos os Estados a respeitarem as medidas de auto-isolamento adotadas pelos povos indígenas - sejam elas tradicionais ou resultantes da pandemia, como os cordões sanitários -, bem como a fornecer-lhes material de proteção individual de maneira segura. Também é de extrema importância compartilhar com os povos indígenas informações culturalmente apropriadas e em seus próprios idiomas ou dialetos, que sejam verdadeiras e oportunas em relação à contingência. [...] Numa etapa seguinte, as medidas de mitigação e recuperação de danos devem valorizar em seu projeto, implementação e avaliação as prioridades de desenvolvimento dos povos indígenas [...]. É especialmente importante que os Estados garantam processos de consulta prévia, livre e informada, culturalmente apropriados e de boa fé para os povos e comunidades indígenas sobre qualquer nova política de recuperação que possa afetar seus direitos e interesses legítimos ( ONU, 2020).

É de se dizer, em relação a tais normas de caráter não vinculativo (*soft law*), que, dadas as imprecisões científicas do momento, bem como a recalcitrância governamental e politização de temas que deveriam se mostrar suprapartidários ou superar contornos ideológicos, tais orientações apresentam-se como matizes mínimas de proteção, devendo ser incorporados ao arcabouço normativo estatal como forma de assegurar direitos fundamentais de populações vulneráveis.

#### **4 Diálogos interculturais, interinstitucionais e transnacionais como instrumentos de efetivação do direito à saúde e do estado democrático de direito**

A aqui já pisada e repisada vulnerabilidade epidemiológica, demográfica, territorial e política das comunidades indígenas, especialmente em se considerando o agravamento de já histórica vicissitude no trato dos direitos fundamentais das minorias no Brasil, exige soluções diferenciadas daquelas que usual e tradicionalmente se veem empregadas, isso sob a óptica da atuação de qualquer dos Poderes da República.

Em um primeiro e necessário olhar, percebe-se que o Poder Judiciário, ainda que chamado a fazê-lo, não se encontra aparelhado, ao menos em um primeiro momento, para, por si só e valendo-se da simples possibilidade de coerção, encontrar solução adequada e eficaz para a questão da vulnerabilidade indígena em tempos de pandemia.

Necessário se faz, pois, sem prejuízo de ações diversas, socorrer-se de um diálogo interinstitucional que viabilize a concretização de políticas públicas – constitucionalmente de elaboração cabível ao Legislativo e de competência de concretização atribuída ao Executivo – eficazes ao acautelamento dos direitos fundamentais das populações indígenas.

Referida interlocução atende inclusive aos anseios constitucionais de cooperação entre os entes da Federação e coordenação entre os Poderes, tudo visando ao fortalecimento da estrutura política e social, bem como garantia da efetivação dos direitos fundamentais de todos os cidadãos.

Citado processo tem aspiração puramente democrática, seja porque supera aparentes e eventuais antinomias entre os Poderes, mostrando-se dialético e consensual, seja porque permite a ampliação da rede de proteção daqueles que, especialmente em razão de sua vulnerabilidade, não se fazem representar.

Não se descure, todavia, da advertência trazida por Luiz Guilherme Arcaro Conci e Bruno Luís Talpai no que concerne ao fato de a construção de políticas públicas requerer significativo lapso temporal para discussão e tomada de decisões, sejam judiciais, sejam administrativas, bem como para a respectiva efetiva implementação e execução. (CONCI; TALPAI, 2021).

Tais circunstâncias, todavia, diante da urgência da situação e premência da adoção de soluções efetivas, não se podem constituir em óbice ao emprego da técnica, e o risco respectivo, entretanto, não infirma a conclusão no sentido de que ao menos a tentativa do diálogo interinstitucional se faz imprescindível ao acréscimo efetivo da proteção ao grupo vulnerável.

Somente a interlocução entre os Poderes e demais instituições públicas não se faz, todavia, suficiente na hipótese. É preciso, por determinação constitucional e convencional, instituir-se de igual modo um diálogo intercultural que dê voz efetiva às comunidades indígenas e, somente assim, emprestar-lhes representatividade democrática, para fins de alcançar, dentre outros desideratos, a efetivação do direito à saúde em tempos de pandemia da COVID-19.

As antigas concepções de assimilação e antropocentrismo impregnadas na cultura e no pensar do homem branco por vezes lhe turvam a visão, impedindo-o de perceber que não se pode tratar as comunidades indígenas como se fossem uma só. As diferenças de cultura e tradições levam à certeza de que, ainda que as ações que visam protegê-las se deem com as melhores das intenções, não terão elas legitimidades se as populações destinatárias não tiverem voz.

Não se pode também perder de vista o fato de que, para além da previsão constitucional especial trazida no art. 231 da Constituição Brasileira de 1988, a Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho, tratado de direito internacional ratificado e internalizado pelo Brasil, impõe, de modo taxativo, que todas as decisões acerca da proteção da vida, da saúde e do meio ambiente que envolvam povos indígenas sejam tomadas com a sua participação.

Esse diálogo intercultural é, pois, seja sob a óptica legal e constitucional, seja sob o ponto de vista meramente pragmático, a única maneira de se assegurar que os destinatários dessas políticas possam sobre elas deliberar e, inclusive, colaborar com os demais atores para a definição do melhor caminho a se ver trilhado no rumo da ampliação da rede de proteção visada.

Não se ignora, como já referido alhures, que tal oitiva pode se constituir, sob determinado ponto de vista, em medida que demandará certo tempo à sua concretização, diferindo-se, pois, de mera decisão judicial imperativa.

A gravidade da situação, todavia, não pode conduzir ao atropelo, pena de ineficácia das ações adotadas. Não se trata, assim, de óbice ou injustificado retardamento de medidas



fundamentais ao enfrentamento da pandemia nas terras indígenas, mas de assegurar o cumprimento da normativa interna que, fulcrada na concepção de que a minoria destinatária da ação possui particularidades, peculiaridades e tradições culturais próprias, exige sua prévia oitiva visando à adoção de medidas adequadas que venham a atingi-la.

Por fim, aliando-se ao diálogo interinstitucional e à interação intercultural, verifica-se a necessidade de também atentar-se para transnacionalidade da questão, circunstância que obriga à observância de recomendações e orientações, ainda que não imperativas provenientes de organismos internacionais de cuja expertise não se pode prescindir.

Nesse diapasão, as já referidas diretrizes exaradas do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, da Secretaria Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA) e da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) não somente demonstram, de modo preciso, a situação de vulnerabilidade experimentada pelas comunidades indígenas, como, especialmente, indicam o caminho a se ver trilhado, recomendando a adoção de medidas que, de um lado, ampliem a proteção, e, lado outro, reduzam os gravames ocasionados pela pandemia, levando sempre em conta as peculiaridades sócio-culturais dos destinatários das ações a se verem adotadas.

Poder-se-ia argumentar que tais normas, dada sua característica de *soft law* (sobre a conceituação respectiva, MAZZUOLI, 2020) não se apresentariam aptas a servir de base à imposição coercitiva de obrigações de fazer e não fazer a quem quer que seja. Tal entendimento, ainda assim, não se constituiria em óbice a que se mostrassem inequivocamente prestáveis à constituição de norte da fundamentação de decisão judicial ou mesmo medida administrativa ampliadora do sistema de proteção e fomento dos direitos fundamentais das minorias.

Assim se diz porque, como visto, o sistema de proteção trazido na legislação constitucional e infraconstitucional brasileiras mostra-se apto a acautelar os direitos de tal minoria, prestando-se o conjunto da normativa internacional de natureza *soft law* a dar efetividade aos direitos fundamentais, a orientar os órgãos decisórios sobre como o emprego do sistema legal deve se dar fim de garantir a amplitude máxima protetiva, inclusive em observância aos princípios da prevenção e da precaução.

A presença dos povos indígenas na formulação de processos decisórios, em geral, e de políticas públicas que os tenham por destinatários, como ora se analisa, frente ao contexto pandêmico, somente fortalece o princípio democrático e o pluralismo que norteiam toda a disciplina consubstanciada na Constituição Brasileira de 1988.

## **5 O posicionamento da suprema corte brasileira em face da lesão ao direito fundamental à saúde das comunidades indígenas diante da pandemia da COVID-19 – análise da ADPF 709**

Diante da realidade pandêmica da COVID-19 em terras brasileiras e suas implicações no que concerne ao direito à saúde das populações indígenas, o Supremo Tribunal Federal (STF) foi instado a manifestar-se em sede de Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 709, com pedido de medida liminar, ajuizada em litisconsórcio ativo pela Articulação dos Povos Indígenas do Brasil- APIB, organização indígena que representa estes povos em nosso país, e pelos Partido Socialista Brasileiro – PSB, Partido Socialismo e Liberdade - PSOL, Partido Comunista do Brasil- PCdoB, Rede de Sustentabilidade - REDE, Partido dos Trabalhadores - PT, Partido Democrático Trabalhista – PDT.

Em sede exordial afirmou-se o intuito primordial de incitar a adoção de providências relacionadas às omissões e falhas no combate à epidemia do novo coronavírus entre os povos indígenas brasileiros, asseverando a possibilidade de extermínio de etnias inteiras, sobretudo de grupos isolados e de recente contato, em violação à dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III, da CRFB/88), aos direitos à vida (art. 5º, caput, CRFB/88) e à saúde ( arts. 6º e 196 CRFB/88), bem como ao direito de tais povos a viverem em seu território, de acordo com suas culturas e tradições (art. 231, da CRFB/88).

Como fatores de agravamento da situação dos povos indígenas no contexto da pandemia da COVID-19 foram destacadas: a vulnerabilidade imunológica, por serem estes povos mais suscetíveis a doenças infectocontagiosas, fato que se agrava diante da presença de invasores em suas terras, tais como garimpeiros e madeireiros; a vulnerabilidade sociocultural, que se concretiza em seu modo de vida tradicional, de intenso contato comunitário, bem como pela dificuldade logística para tratamento da COVID/19 nas localidades remotas nas quais residem. Por fim, a vulnerabilidade política, por se tratarem de grupos minoritários, cujas condições geográficas e práticas comunitárias não favorecem a viabilidade de sua representação pelos meios reconhecidos pelo Estado brasileiro, vulnerabilidade esta que teria se agravado no curso do atual governo, em razão da resistência manifestada pelo chefe do poder executivo quanto à proteção aos direitos indígenas e ao meio ambiente do qual dependem.

Especificamente quanto aos atos comissivos e/ou omissivos atribuídos ao Poder Público, em sede da ADPF, foram apontados:

a não contenção de invasões às terras indígenas ou a não remoção de seus invasores, que ingressam nas respectivas áreas para a prática de ilícitos como: grilagem, garimpo ilegal e extração ilegal de madeira, forçando contato com as tribos; (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 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. (BRASIL, 2020, p.3,4.)

Neste contexto foram formalizados pedidos concernentes tanto aos povos indígenas em isolamento e de recente contato quanto aos povos indígenas em geral, consistindo, na determinação à União Federal de adoção imediata de todas as medidas necessárias para fins de instalação e manutenção de barreiras sanitárias para proteção das terras indígenas em que estão localizados povos isolados e de recente contato; que a União Federal adote providências para fins de efetivo e imediato funcionamento da Sala de Situação a fim de 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, exigindo-se contemplasse em sua composição representantes do Ministério Público Federal, da Defensoria Pública da União e dos povos indígenas, estes indicados pela Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB). Ainda se requereu a determinação à União Federal que os serviços do Subsistema de Saúde Indígena do Sistema Único de Saúde (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.

Por fim, pleiteou-se fosse 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, elaborasse, no prazo de 20 dias, plano de enfrentamento da COVID-19 para os povos indígenas brasileiros, com medidas concretas, vinculantes após a homologação da ADPF, sendo que os representantes dos povos indígenas, a participar da elaboração do plano, deveriam ser indicados pela APIB e pelos Presidentes dos Conselhos Distritais de Saúde Indígena. Ademais, pretendeu-se que que, após a homologação do referido plano, fosse 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 indígenas.

Aos 8 de julho de 2020, por maioria de votos, os Ministros do Supremo Tribunal Federal acordaram por referendar cautelar deferida parcialmente para determinar, quanto aos povos indígenas em isolamento ou povos indígenas em recente contato: a 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, no prazo de 10 dias contados da ciência da decisão.

Decidiram ainda pela criação de Sala de Situação para a gestão de ações de combate à pandemia quanto aos povos indígenas em isolamento e de recente contato, composta pelas autoridades que a União entender pertinentes, e, necessariamente, por membros da Procuradoria-Geral da República, Defensoria Pública da União e por representantes indígenas indicados pela Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB).

No tocante aos povos indígenas em geral, foi imposto pela Corte Suprema a inclusão no Plano de Enfrentamento e Monitoramento da Covid-19 para Povos Indígenas, de medida emergencial de contenção e isolamento dos invasores em relação às comunidades indígenas ou providência alternativa, apta a evitar o contato.

Determinou-se, ainda, a imediata extensão dos serviços do Subsistema Indígena de Saúde aos povos aldeados situados em terras não homologadas e a extensão dos serviços do Subsistema Indígena de Saúde aos povos indígenas não aldeados, quando verificada barreira de acesso ao Sistema Único de Saúde geral.

Por fim, impôs-se à União a elaboração e monitoramento de um Plano de Enfrentamento da COVID-19 para os Povos Indígenas Brasileiros pela União, no prazo de 30 a partir da ciência da decisão, com a participação do Conselho Nacional de Direitos Humanos e dos representantes das comunidades indígenas, contando ainda, com o apoio técnico da Fundação Oswaldo Cruz e do Grupo de Trabalho de Saúde Indígena da Associação Brasileira de Saúde Coletiva (ABRASCO).

Não obstante ter sido formulado em sede exordial, pedido de retirada imediata de invasores das terras indígenas, a decisão proferida na APF 709 não a contemplou em tais termos, a despeito de expressamente considerar a medida imprescindível, imperativa e dum dever da União.

Sob o argumento de que referida remoção deva considerar o risco de conflitos e a necessidade de ingresso de forças policiais e militares nas terras indígenas, o que, segundo o entendimento dos ministros, agravaria o risco de contaminação, limitaram-se a impor a inclusão de medida emergencial de contenção e isolamento dos invasores em relação às comunidades indígenas ou providência alternativa apta a evitar o contato no Plano de Enfrentamento e Monitoramento da COVID-19 para os Povos Indígenas.

Neste ponto, merece crítica a decisão em estudo, pois, demonstrado pelos elementos fáticos postos nos autos e por todo arcabouço normativo internacional e nacional, em especial, pelas recomendações e orientações de *soft law* pertinentes à questão, que a presença de invasores em terras indígenas, sobretudo entre povos isolados e de recente contato, representa fator de risco para a saúde e vida destes, inclusive, de extermínio de comunidades, não poderia o acórdão deixar de determinar prazo razoável para a efetivação desta medida, através do devido planejamento que a desintrusão demanda.

Neste sentido, destaca-se trecho do voto parcialmente vencido do Ministro Edson Fachin:

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 mortalidade 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. (BRASIL, 2020, p.84).

Na mesma esteira, o voto do Ministro Ricardo Lewandowski, também parcialmente vencido, conforme abaixo:

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 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 ilegalmente nos territórios indígenas, que, como bem assentou o Ministro Fachin, são terras da União, de uso exclusivo dos povos autóctones. (...)Ou seja, a desintração dos estrangeiros ou estranhos às terras indígenas está intimamente ligada ao combate à pandemia ecorrente 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. (BRASIL, 2020, p.132,133).

Entretanto, a despeito da crítica destacada, salienta-se a importância da utilização da técnica dialógica na construção da decisão, uma vez que buscou-se promover o diálogo institucional entre a Corte Suprema e o Poder Executivo, no intuito de possibilitar a construção de uma solução por ambos, ao invés proceder-se à intervenção direta do poder judiciário.

O diálogo intercultural também se viu estimulado, oportunizando que os principais afetados pela política pública em tela, os povos indígenas, possam contribuir no seu processo de elaboração, primando por sua escuta, pela manifestação de seus saberes.

Finalmente, a importância do diálogo de fontes, entre normas nacionais e internacionais e da observância das orientações e recomendações de *soft law*, a demonstrar, quanto a estas últimas, que, para além do caráter cogente ou não de uma recomendação ou orientação internacional, impõe-se considerar o caráter preventivo e de precaução do seu conteúdo, devendo este sobrepor-se à coerção.

Diante de todos estes aspectos merece reconhecimento a postura da Corte Suprema no julgamento da ADPF 709, ao permitir a participação de atores diretamente interessados na construção do mérito processual, através dos diálogos destacados e por observar o ordenamento jurídico interno, sem descurar do *jus cogens*, avançando no sentido de dar a devida importância às orientações e recomendações de caráter de *soft law*.

## **6 Considerações finais**

A pandemia da COVID-19 evidenciou, no Brasil, a fragilidade das minorias vulneráveis diante das adversidades, em especial, das populações indígenas isoladas e de recente contato, quando se cuida da efetividade do direito à saúde.

Neste cenário é considerada a concepção de saúde como bem-estar social que pretende, para além da ausência da doença, se constitua no direito à casa, ao trabalho, à educação, à livre possibilidade de organização e autodeterminação de um povo, exsurge a importância de uma nova postura do poder judiciário quando da solução de conflitos relacionados ao tema.

Primeiro, quando este poder observa as pertinentes normas constitucionais, convenções ratificadas pelo Brasil, normas internacionais e diretrizes para o enfrentamento da COVID-19, estas expedidas pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, que dentre outras recomendações de caráter *soft law*, orientam aos Estados e outros agentes a considerar os povos indígenas, que vivem em isolamento voluntário ou na fase inicial de contato, como grupos populacionais especialmente vulneráveis.

Segundo, quando se estimulam os diálogos, interinstitucionais, interculturais e transnacionais, como técnica decisória hábil a dar efetividade ao direito à saúde destas comunidades, e, conseqüentemente ao estado democrático de direito, como opção à intervenção direta do poder judiciário.

Nesta senda, supera-se o paradigma do caráter coercitivo ou não das normas *de soft law*, para atentar-se ao seu conteúdo preventivo, bem como, e o mais importante, privilegiar-se o diálogo entre os destinatários das políticas públicas, aqueles que têm o poder de determiná-las e os que a devem executar, como se denota da análise do julgamento da ADPF 709 pelo Supremo Tribunal Federal.

Assim, a prevalecer o diálogo interinstitucional, intercultural e transnacional, em decisões desta envergadura, ao invés da intervenção direta do judiciário, permite-se a construção de uma nova cultura jurídica, na qual a escuta dos saberes proporcionará maior efetividade aos direitos fundamentais, podendo, inclusive, referida cultura extrapolar os limites daquela instância decisória.

## REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho, São Paulo: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, 15ª edição, São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental número 709**. Brasília. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5952986>. Acesso em 10 mar.2021.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**, 6ª edição, Coimbra: Almedina, 1995.

CIDH, **Las vacunas contra el COVID-19 en el marco de las obligaciones interamericanas de derechos humanos, Resolución 1/2021**. Disponível em <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-21-es.pdf>

CONCI, Guilherme Luiz Arcaro; TALPAI, Bruno Luis. **Um estudo sobre a ADPF 709: entre legitimidade democrática e paralisia democrática**.<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/4936>, acesso em 09 de março de 2021

CUNHA, Manuela Carneiro da. **Índios no Brasil – história, direitos e cidadania**. São Paulo: Claro Enigma, 2012.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad.Nelson Boeira. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

GALEANO, Eduardo. **Las venas abiertas de América Latina**. 23ª ed. 5ª reimp. Buenos Aires: Catálogos, 2007, p. 35

GOMES, Mércio Pereira. **Os índios e o Brasil – passado, presente e futuro**. São Paulo: Contexto, 2012.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**, 13ª ed. rev. ampl. e atual., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020, p. 116/120.

OMMATI, José Emílio Medauar . **Uma teoria dos direitos fundamentais**, 5ª ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris.

ONU, Oficina do alto comissionado das Nações Unidas. **Directrices Relativas a la COVID-19**, p. 08. Genebra, 14 de abril de 2020. Disponível eletronicamente em: [https://www.ohchr.org/Documents/Events/COVID-19\\_Guidance\\_SP.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Events/COVID-19_Guidance_SP.pdf). Acesso em 02 de abril de 2021.

PIOVENSAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**, 18ª ed. ver. ampl e atual, São Paulo, 2018.

RIBEIRO, Darcy. **Os índios e a civilização: a integração das populações indígenas no Brasil moderno**. 6ª reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

SILVA, Jaqueline Mielke Silva, **Direitos fundamentais indígenas: a necessidade de uma interpretação integrada das normas constitucionais**, Dialnet-DireitosFundamentaisIndigenas-5191712.pdf, acesso em 07 de abril de 2021.