

# A DIMENSÃO OBJETIVA DO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE INDÍGENA E A COVID-19. UMA LEITURA A PARTIR DA ADPF 709

Fabio Henrique Oliveira da Cruz<sup>1</sup>

Juliano Locatelli Santos<sup>2</sup>

Resumo: O artigo analisa a dimensão objetiva dos direitos fundamentais sociais em face do direito dos povos indígenas à saúde, dentro do contexto da pandemia do COVID-19. Após abordar as dimensões subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais e a sua multifuncionalidade, adentra-se nas questões referentes à saúde indígena e suas particularidades. Através do método dedutivo, e pesquisa doutrinária e documental, busca-se responder à indagação sobre quais são os elementos das posições de direito fundamental relacionadas à saúde indígena, em sua dimensão objetiva, impostos ao Estado brasileiro em face da necessidade de medidas específicas e urgentes diante da disseminação do COVID-19. Para tal, toma-se como delimitação de análise, os pedidos formulados e deliberados no âmbito da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 709, junto ao Supremo Tribunal Federal, tais como a instituição de uma sala de situação, a imposição de barreiras sanitárias, a elaboração de um plano emergencial, a retirada de invasores de territórios indígenas, e o atendimento ampliado, através do subsistema próprio. Conclui-se que em face da pandemia, ampliam-se os deveres

---

<sup>1</sup> Doutorando no Programa de Pós Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná e Mestre em Teologia pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

<sup>2</sup> Mestre e Doutorando em Direito (PUCPR), área de concentração Direito Socioambiental e Sustentabilidade. Advogado.

objetivos de respeito, proteção e promoção impostos ao Estado Brasileiro, decorrentes do direito fundamental social à saúde.

Palavras-Chave: Direitos Fundamentais Sociais. Direito à Saúde. Povos Indígenas. Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais Sociais. ADPF 709. Covid-19.

### THE OBJECTIVE DIMENSION OF THE FUNDAMENTAL SOCIAL RIGHT TO INDIGENOUS HEALTH AND COVID-19. A READING FROM ADPF 709.

Abstract: The article analyzes the objective dimension of fundamental social rights in light of the indigenous peoples' right to health, within the context of the COVID-19 pandemic. After approaching the subjective and objective dimensions of fundamental rights and their multifunctionality, it's introduced into the issues related to indigenous health and its particularities. Through the deductive method, and doctrinal and documentary research, we seek to answer the question about what are the elements of fundamental rights related to indigenous health, in its objective dimension, imposed on the Brazilian State in view of the need for specific and urgent measures given the dissemination of COVID-19. For this purpose, the analysis is limited to the requests formulated and deliberated in the scope of the Non-compliance Claim of Fundamental Precept n° 709, with the Supreme Court, such as the institution of a situation room, the imposition of sanitary barriers, the elaboration of an emergency plan, the removal of invaders from indigenous territories, and the expanded service, through its own subsystem. It is concluded that in the face of the pandemic, the objective duties of respect, protection and promotion imposed on the Brazilian State, arising from the fundamental social right to health, are expanded.

Keywords: Fundamental Social Rights. Right to Health.

Indigenous People. Objective Dimension of Social Fundamental Rights. ADPF 709. Covid-19.

## INTRODUÇÃO



andemia do Coronavírus, que desde o ano de 2020 tem ceifado vidas em todo o mundo e especialmente no Brasil, tem demonstrado o quanto o direito fundamental social à saúde se coloca enquanto determinante para a existência digna. A saúde pública, cuja estruturação já se encontra consolidada há décadas através do Sistema Único de Saúde, tem demonstrado toda a sua importância, e segue sendo um dos pilares centrais do enfrentamento a este momento difícil em nossa história. Estas dificuldades, já presentes e de fácil percepção diante do quadro de mais de quinhentas mil mortes no Brasil, são ainda maiores em relação a contingentes populacionais especificamente vulnerabilizados. Referimo-nos aos povos indígenas, que se encontram em uma situação especialmente fragilizada no contexto das medidas de enfrentamento da pandemia do COVID-19.

Este cenário ameaçador à existência dos povos indígenas no Brasil marcou a propositura de Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 709, pela Articulação dos Povos Indígenas do Brasil – APIB e partidos políticos. Trata-se de pleito de imposição, ao Governo Federal, de medidas específicas em relação à saúde indígena, e que decorrem não apenas do direito fundamental à saúde, mas também do direito à vida, à dignidade, e à autodeterminação dos povos indígenas. Para além das circunstâncias e decisões que envolvem a demanda junto ao STF, busca-se neste estudo analisar o tema da saúde indígena no contexto da pandemia do COVID 19 enquanto um direito fundamental social, adentrando-se no exame das múltiplas funções impostas ao Estado brasileiro.

Busca-se assim, enquanto objeto da pesquisa, através do

método dedutivo, pesquisa bibliográfica e documental, a análise da dimensão objetiva do direito à saúde, na especificidade da saúde indígena no contexto da pandemia do COVID-19, abordando-se as diversas funções deste direito fundamental. Tem-se como pergunta de pesquisa a seguinte indagação: dada a situação de excepcionalidade da pandemia do COVID-19, quais são os elementos da pretensão jurídica fundamental relacionada à saúde indígena, em sua dimensão objetiva? Quais são, nesse sentido, os deveres objetivos do Estado Brasileiro?

Para tal, tem-se como delimitação de análise, os aspectos que são objeto do pleito dos povos indígenas junto ao Supremo Tribunal Federal, na ADPF 709, quais sejam: a instituição de uma sala de situação; a imposição de barreiras sanitárias visando concretizar o isolamento social dos povos indígenas; a elaboração e monitoramento de um plano emergencial de enfrentamento ao COVID-19; a imediata retirada de invasores de territórios indígenas; e o fim das barreiras de negativa de atendimento, pelo subsistema de saúde indígena, em relação às comunidades indígenas situadas em aldeamentos não demarcados, ou ainda situados em áreas urbanas.

## 1. DIREITOS FUNDAMENTAIS, DIREITO SOCIAL À SAÚDE, E O SUBSISTEMA DE SAÚDE INDÍGENA.

Na expressão de Jorge Reis Novais, os direitos fundamentais asseguram bens que, “pela sua importância para a dignidade humana, o desenvolvimento da personalidade, a autonomia, a liberdade e o bem estar das pessoas, a Constituição entendeu merecedores de proteção máxima, forte e estável”<sup>3</sup>. Ou, conforme Pimenta e Werneck, são “posições jurídicas atributivas de um binômio direito/dever por meio das normas depreensíveis

---

<sup>3</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 255.

dos enunciados prescritivos firmados na Constituição”<sup>4</sup>. Se os direitos fundamentais são, para além da definição expressa constante do art. 5º da Constituição federal, posições que, tamanha a sua importância, a decisão sobre garanti-las, conforme a lição de Alexy, não podem ser deixadas para a maioria parlamentar simples<sup>5</sup>, pode-se compreender que os direitos sociais são, pelo seu grau de importância, também direitos fundamentais. Presentes ainda, em relação aos direitos sociais, não apenas a sua aplicabilidade imediata, mas a sua maior proteção em face de emendas abolitivas<sup>6</sup>. Logo, o direito social à saúde, assim expressamente definido pela letra do art. 6º da Carta Magna, reveste-se plenamente de jusfundamentalidade.

Aspectos como a efetividade dos direitos fundamentais, possíveis restrições<sup>7</sup>, e até mesmo a sua sindicabilidade, devem ser tomados a partir de elementos essenciais para a teoria dos direitos fundamentais sociais, o que passa por considerá-los a

---

<sup>4</sup> PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio; WERNECK, Leandro Aragão. Estrutura e fundamentalidade da norma de imunidade tributária. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 9, n. 3, p. 431-454, set./dez. 2018, p.445. Disponível em: <https://periodicos.pucpr.br/index.php/direitoeconomico/article/view/22012/23507>. Acesso em: 13.jul.2021.

<sup>5</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 446.

<sup>6</sup> Para aprofundamento sobre a abordagem acerca dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais: HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais*: por uma implementação espontânea, integral e igualitária. Curitiba, 2014. 614 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/35104/R%20-%20T%20-%20DANIEL%20WUNDER%20HACHEM.pdf?sequence=1>. Acesso em: 07.jun.2021.

<sup>7</sup> O debate acerca do custo dos direitos, ou ainda sobre as restrições aos direitos fundamentais, não integram o tema central deste estudo, embora seja de se mencionar a reserva imanente de ponderação, a reserva do politicamente adequado e a reserva do financeiramente possível. Sobre o tema, ver: PIVETTA, Saulo Lindorfer. Restrições à aplicabilidade dos direitos fundamentais sociais e a relevância jurídica da escassez de recursos financeiros. In: HACHEM, Daniel Wunder; GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree (Coord.). *Direito administrativo e suas transformações atuais*: Homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho: Anais do Seminário da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba: Íthala, 2016. p. 117-133.

partir de relações jurídicas complexas<sup>8</sup>. Esta complexidade abarca posições diferenciadas pelas dimensões subjetiva e objetiva, bem como pela sua multifuncionalidade, o que se relaciona com a questão da própria efetivação destes direitos. Para compreender-se esta complexidade, é necessário compreender também as dimensões subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais, e a sua relação com as concepções de Estado. Saulo Lindorfer Pivetta assinala que “é dos processos e movimentos políticos que vão sendo conformados os direitos e a estrutura do Estado”<sup>9</sup>, ressaltando a profunda historicidade dos direitos fundamentais, elemento imprescindível para compreender-se suas origens e dimensões políticas, entre o Estado Liberal e o Estado Social.

O advento do Estado Social, ou de um Estado-Providência, como resposta ao liberalismo tradicional, e que se consolida no período posterior à Segunda Guerra Mundial, faz advir também direitos que, para além do plano subjetivo, de fruição individual, constituem-se em uma ordem de valores tais que se irradia em validade ampla por todo o ordenamento jurídico, exigindo do ente estatal, conforme Hachem, “o fornecimento de condições materiais e efetivas para o seu real exercício, que permitam a inserção e integração social do cidadão, com a superação de situações de necessidade”<sup>10</sup>. Pivetta assinala que tais direitos de liberdade, ou de defesa, se firmam como posições

---

<sup>8</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luis Guilherme; MITIDIERO, Daniel; *Curso de direito constitucional*. 9ª ed. São Paulo Saraiva 2020 1 recurso online. ISBN 9788553619344, p. 359.

<sup>9</sup> PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito fundamental à saúde: regime jurídico-constitucional, políticas públicas e controle judicial*. Curitiba, 2013. 270f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, p. 21. Disponível em: <https://www.acervodigital.ufpr.br/handle/1884/30251>. Acesso em: 15.jul.2021.

<sup>10</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária*. Curitiba, 2014. 614 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná. p. 167. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/35104/R%20-%20T%20-%20DANIEL%20WUNDER%20HACHEM.pdf?sequence=1>. Acesso em: 07.jun.2021.

jurídicas de proteção do indivíduo frente ao ente estatal, delimitando uma postura de não intervenção pelo Poder Público, privilegiando a autonomia do indivíduo<sup>11</sup>.

Para Daniel Wunder Hachem, há todavia um equívoco na utilização da narrativa acerca das gerações de direitos, ainda muito presente no senso comum teórico. Essencialmente porque convencionou-se equivocadamente pensar nos direitos de primeira geração, ou direitos de liberdade, apenas a partir de sua função de defesa. Convencionou-se ainda pensar-se os direitos sociais como direitos de segunda geração, apenas na função de prestação fática. E ainda, costuma-se conceder a titularidade transindividual apenas dos direitos de terceira geração, “sendo que, em verdade, todos esses direitos são dotados dessas três características”.<sup>12</sup> É quando, segundo Hachem, os direitos fundamentais em sua dimensão objetiva passam a ser considerados “como fundamentos do sistema normativo, verdadeiras diretrizes constitucionais que orientam de maneira objetiva a atividade dos Poderes Públicos para o atendimento dos bens jurídicos por eles tutelados”<sup>13</sup>.

A necessária distinção entre as dimensões subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais, permite perceber não apenas a sua multifuncionalidade, mas quem são os titulares e

---

<sup>11</sup> PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito fundamental à saúde: regime jurídico-constitucional, políticas públicas e controle judicial*. Curitiba, 2013. 270f. Dissertação (Mestrado em Direito)–Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, p. 19. Disponível em: <https://www.acervodigital.ufpr.br/handle/1884/30251>. Acesso em: 15.jul.2021.

<sup>12</sup> HACHEM, Daniel Wunder. São os direitos sociais direitos públicos subjetivos? *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito* 407 (RECHTD), 11(3):405-436 setembro-dezembro 2019, p. 409. Disponível em: <http://www.revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2019.113.08/60747599>. Acesso em: 16 Jul.2021.

<sup>13</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária*. Curitiba, 2014. 614 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, p. 167. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/35104/R%20-%20T%20-%20DANIEL%20WUNDER%20HACHEM.pdf?sequence=1>. Acesso em: 07.jun.2021.

destinatários das diversas posições jurídicas jusfundamentais. Assim, se a dimensão subjetiva se refere a uma posição de vantagem individual na fruição dos bens protegidos de direitos fundamentais<sup>14</sup>, tem-se na dimensão objetiva deveres impostos ao ente estatal, “que o obrigam a proporcionar condições de exercício e de proteção de tais direitos, independentemente da provocação do particular”<sup>15</sup>. Caroline Muller Bittencourt formula o argumento de que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, além do seu conjunto axiológico fundamental, consiste ainda em “uma espécie de mais-valia jurídica, no sentido de reforçar e reafirmar a juridicidade dos direitos fundamentais”<sup>16</sup>.

Cabe mencionar, em relação à multifuncionalidade, que a teoria dos *Status* Sociais, de Georg Jellinek, permite considerar e perceber melhor o quanto podem ser várias as funções que cada posição de direito fundamental pode desempenhar. Ou conforme Bittencourt, “mostra-se interessante para a percepção do conteúdo e compreensão do papel desses direitos pois, para ele, a percepção dessas categorias sempre parte da ideia da posição dos indivíduos em sua relação com o Estado”<sup>17</sup>. Em rápida sintetização, Jellinek apresenta quatro *status*, ou situações jurídicas específicas do indivíduo em relação ao Estado. A primeira, o *status* passivo, é a posição de subordinação do indivíduo em relação ao ente estatal. O *status* ativo compreende a prerrogativa de participação do indivíduo no exercício do poder. O *status* positivo, pressupõe nessa relação que o indivíduo pode exigir prestações

---

<sup>14</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 57.

<sup>15</sup> HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais. *Revista Direitos Fundamentais e Democracia*, Vol. 14, nº14.1, Curitiba, p. 624. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/505/377>. Acesso em: 15 jun.2021.

<sup>16</sup> BITENCOURT, Caroline Müller. *Controle jurisdicional de políticas públicas*. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2013. p. 122.

<sup>17</sup> BITENCOURT, Caroline Müller. *Controle jurisdicional de políticas públicas*. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2013. p. 112.



ou ações positivas. E por fim, no *status* negativo o indivíduo se coloca em posição de exigir do Estado uma ação negativa ou abstenção. Pode-se perceber que os *status* negativo e positivo exprimem, respectivamente, as funções de defesa e prestacionais<sup>18</sup>. Saulo Lindorfer Pivetta acrescenta que a teoria de Jellinek se apresenta como útil para uma classificação dos direitos fundamentais, viabilizando “o delineamento de parâmetros objetivos que permitam uma aproximação normativa do conteúdo dos direitos sociais, em geral, e do direito à saúde, em especial”<sup>19</sup>.

Tido o direito fundamental como um todo, ou completo<sup>20</sup>, ou seja, o direito fundamental composto de inúmeras posições jurídicas, que isoladamente ou em sentido estrito são as posições jurídicas de direito fundamental<sup>21</sup>, toma-se a definição de Alexy<sup>22</sup>, para quem o direito fundamental completo, ou *como um todo* é um feixe de posições de direitos fundamentais. A norma de direito fundamental contém múltiplas disposições, ou pretensões jurídicas fundamentais, que podem ser de natureza

---

<sup>18</sup> Ingo Sarlet analisa as críticas à relação entre a teoria dos quatro *status* de Jellinek, e formula algumas das ressalvas apresentadas, especialmente em relação ao *status* negativo, que a seu ver deve” ser encarado mais propriamente como um *status* negativo dos direitos fundamentais (*ein negativer grundrechtlicher Status*), no qual a liberdade é concebida como liberdade de quaisquer intervenções inconstitucionais” (p. 134). Para aprofundamento em relação ao tema, SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11a. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

<sup>19</sup> PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito fundamental à saúde: regime jurídico-constitucional, políticas públicas e controle judicial*. Curitiba, 2013. 270f. Dissertação (Mestrado em Direito)–Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, p. 30. Disponível em: <https://www.acervodigital.ufpr.br/handle/1884/30251>. Acesso em: 15.jul.2021.

<sup>20</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 248.

<sup>21</sup> HACHEM, Daniel Wunder. São os direitos sociais “direitos públicos subjetivos”? Mitos e confusões na teoria dos direitos fundamentais. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, v. 11, n. 3, 2019, p. 426. Disponível em: <http://www.revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2019.113.08/60747599>

<sup>22</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 249.

subjettiva, ou seja, em face do titular do bem jurídico a ser protegido, conferindo ao seu titular uma posição jurídica de vantagem. Ou de natureza objetiva, em face do objeto que se pretende tutelar, impondo deveres ao ente estatal. São portanto múltiplas funções, que podem ser de defesa, de prestações fáticas ou normativas, de organização ou de procedimento, de proteção. Todas dispostas em duas dimensões específicas, que se associam como pressuposto<sup>23</sup> a outro aspecto igualmente relevante em termos de efetividade do direito fundamental, que é a questão da titularidade individual ou transindividual.

Os ditos direitos de liberdade contêm um nítido sentido negativo, na medida em que buscam salvaguardar o titular em relação aos abusos advindos do próprio Estado, constituindo-se em direitos de defesa da posição jurídica individual perante este Estado. É lição de Alexy, quando assinala que tais direitos protegem a esfera de liberdade do indivíduo contra intervenções dos Poderes Públicos, sendo portanto direitos de defesa oponíveis contra o Estado<sup>24</sup>. Já a dimensão objetiva do direito fundamental se insere em um outro vetor, de “alargamento qualitativo do objeto e âmbito de proteção dos direitos fundamentais”<sup>25</sup>. Se a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais se relaciona com a proteção dos indivíduos em relação ao Estado, dentro do influxo liberal tradicional, em relação à dimensão objetiva dos direitos fundamentais, ultrapassa-se o liame entre Estado e indivíduo, para se estabelecer a proteção dos cidadãos através do Estado, através de “incumbências e obrigações gerais, necessárias a possibilitar o adequado e integral exercício das pretensões

---

<sup>23</sup> HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais. *Revista Direitos Fundamentais e Democracia*, Vol. 14, nº14.1, p.618-688, 2013, p. 630. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/505/377>. Acesso em: 15 jun.2021.

<sup>24</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 433.

<sup>25</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 65.

jurídicas jusfundamentais”<sup>26</sup>. É necessário distinguir-se direito fundamental de pretensão jurídica jusfundamental. O primeiro é concebido em sentido amplo, ao passo que a pretensão jurídica fundamental se constitui do direito fundamental em sentido estrito, que pode ter funções das mais diversas (de defesa, de prestação fática, de prestação normativa, de promoção), podendo também delimitar a titularidade individual ou transindividual, ou ainda integrar o conteúdo autorizativo da sindicabilidade judicial, ou a imposição de deveres ao Estado.

Nesse sentido, no direito alemão, é referencial o paradigmático julgamento do Caso Lüth, no Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, ao dispor que às normas de direito fundamental, incorpora-se também uma carga axiológica objetiva, e que vale assim para todas as áreas do direito, enquanto fundamental decisão constitucional<sup>27</sup>. Os direitos fundamentais, assim, em face do seu efeito irradiante<sup>28</sup>, tornam-se onipresentes,<sup>29</sup>

---

<sup>26</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais*: por uma implementação espontânea, integral e igualitária. Curitiba, 614f, 2014, p. 163. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/35104/R%20-%20T%20-%20DANIEL%20WUNDER%20HACHEM.pdf?sequence=1>. Acesso em: 07.jun.2021.

<sup>27</sup> Para uma leitura sobre o caso Lüth: VINCE, Fernando Navarro; RIBEIRO, Daniela Menengoti. O caso “Lüth” e a teoria geral dos direitos fundamentais. *Anais do VII Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito*, p. 98-112, 2017. Disponível em: <https://siacrid.com.br/repositorio/2017/sistema-constitucional-de-garantia-de-direitos-II.pdf#page=98>. Acesso em: 04.jul.2021.

<sup>28</sup> Pode-se considerar precipuamente três efeitos jurídicos da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. O primeiro, a sua eficácia irradiante. Ainda, o seu valor comunitário, expressado na ideia de proteção do titular do direito subjetivo contra si mesmo. E por último, a existência dos deveres autônomos de respeito, proteção e promoção, em face da dimensão subjetiva. Ao longo deste estudo, em momentos distintos, aborda-se cada um destes efeitos jurídicos, contextualizando-os em relação ao tema central. Sobre tais efeitos jurídicos da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, ver: HACHEM, Daniel Wunder. A discricionariedade administrativa entre as dimensões objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais sociais. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 10, n. 35, p. 313-343, jul./dez. 2016. Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/104/30>. Acesso em: 09. jul. 2021.

<sup>29</sup> ALEXY, Robert. Constitutional rights, balancing, and rationality. *Ratio Juris*, v.

elementos essenciais do sistema normativo, delimitando diretrizes e balizando a atividade do Poder Público em prol dos bens jurídicos<sup>30</sup>. Trata-se, conforme Novais, de uma “Constituição como ordem axiologicamente comprometida, acolhendo um sistema de valores em que o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e o princípio da dignidade humana ocupam lugar central”<sup>31</sup>.

Pode-se conceber os direitos fundamentais a partir de suas funções, de acordo com a classificação proposta por Alexy, que se refere às funções de defesa e prestacionais. Esta última, se subdivide em função de prestações fáticas, e normativas. A função de prestação normativa também se subdivide em função de proteção, função de organização e procedimento, e prestações em sentido estrito<sup>32</sup>. Todavia, parte da doutrina caminha para simplificar esta classificação<sup>33</sup>, estabelecendo as funções de *respeito, proteção e promoção* dos direitos fundamentais<sup>34</sup>. O que se adota como referencial neste estudo, sem desconsiderar-se toda relevância doutrinária do jurista alemão.

Tem-se a destacar algumas ordens de considerações, para

---

16, n. 2, p. 131-140, 2003, p. 133. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/a63.pdf>. Acesso em: 20.07.2021.

<sup>30</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais*: por uma implementação espontânea, integral e igualitária. Curitiba, 614f, 2014, p. 167. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/35104/R%20-%20T%20-%20DANIEL%20WUNDER%20HACHEM.pdf?sequence=1>. Acesso em: 07.jun.2021.

<sup>31</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 80.

<sup>32</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 444.

<sup>33</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais*: por uma implementação espontânea, integral e igualitária. Curitiba, 614 f, 2014, p. 139. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/35104/R%20-%20T%20-%20DANIEL%20WUNDER%20HACHEM.pdf?sequence=1>. Acesso em: 07.jun.2021.

<sup>34</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais*: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 42.

melhor compreender o direito fundamental social à saúde, e a especificidade da saúde indígena, que são a essência do presente estudo. O direito fundamental à saúde, como outros vários direitos fundamentais sociais, não é unitário, nem tampouco se materializa em face de uma medida específica, dada a sua complexidade enquanto direito fundamental. Logo, o direito fundamental social à saúde, amplamente considerado, faz irradiar um feixe de pretensões jurídicas jusfundamentais que, em sentido estrito, são também voltadas à concretização deste direito fundamental social. Ao se tratar do tema, cabe reconhecer a sua natureza complexa, e a partir dessa premissa, dedicar-se ao exame específico de cada pretensão jurídica fundamental, como condição de sua efetividade.

Se o direito à saúde, como decorrência do direito à vida, se evidencia enquanto expressão mais efetiva da dignidade humana<sup>35</sup>, tem-se que as bases principiológicas que estipulam a tutela dos direitos indígenas na ordem constitucional brasileira, igualmente consagram a existência indígena em face da mesma dignidade humana. Assim se insere a saúde coletiva, nela contida a saúde indígena. Ingo Sarlet destaca que é possível pensar-se não em um, mas em vários direitos à saúde, que se expressam em objetos dos mais variados, como a prestações referentes a medicamentos, leitos hospitalares, rede de atendimento, dentre outros<sup>36</sup>. Em relação à saúde indígena, Carlos Marés assinala que

---

<sup>35</sup> Marcelene Carvalho da Silva Ramos ressalta que "assegurar ao indivíduo, mediante a prestação de recursos materiais essenciais, uma existência digna é objetivo comum dos direitos fundamentais sociais, daí a íntima vinculação entre os direitos à saúde e o direito à vida, e ainda, o princípio da dignidade da pessoa humana"(...) RAMOS, Marcelene Carvalho da Silva. *Direito Fundamental à Saúde na Perspectiva da Constituição Federal. A & C R. de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 5, n. 22, p. 147-165, out./dez. 2005, p. 155. Disponível em: <http://www.revistaec.com/index.php/revistaec/article/view/627/80>. Acesso em: 25. Jun.2021.

<sup>36</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 17, n. 67, p. 125-172, 2008, p. 9. Disponível em:

se está a tratar simultaneamente de dois direitos à saúde, “os direitos dos povos indígenas a ter e manter seus próprios métodos, conhecimentos e instrumentos de cura e prevenção e, de outro lado, receber os métodos, conhecimentos e instrumentos de cura e prevenção oferecidos a todos os cidadãos brasileiros”<sup>37</sup>. O primeiro direito, nesse sentido, está fortemente ligado à associação entre saúde e cultura indígena, expressada na organização social, nos costumes, nas crenças e tradições, o que compõe os direitos dos povos indígenas conforme a leitura do art. 231 da Constituição Federal.

A vinculação da saúde com a vida, a integridade física, e primordialmente com a dignidade humana, definem assim uma titularidade universal<sup>38</sup> ao direito à saúde, extensiva não apenas aos brasileiros e aos estrangeiros residentes. É, efetivamente, titular do direito à saúde toda a existência humana, independente da sua relação com o Estado em termos de nacionalidade ou cidadania. Do que se depreende que, desde o indígena vivente nas cidades até o indígena isolado ou de recente contato, é plena e absoluta a titularidade do direito à saúde, permanecendo ao Estado o dever objetivo de prestar a respectiva assistência.

O direito à saúde indígena - e por consequência, à vida indígena - é portanto o resultado da junção do direito à saúde, amplo, e do qual todo cidadão é titular, e da particularidade cultural que se reflete no modo de vida e nas tradições indígenas, e

---

[https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O\\_direito\\_a\\_saude\\_nos\\_20\\_anos\\_da\\_CF\\_coletanea\\_TAnia\\_10\\_04\\_09.pdf](https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O_direito_a_saude_nos_20_anos_da_CF_coletanea_TAnia_10_04_09.pdf). Acesso em: 03.jul.2021.

<sup>37</sup> SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. A saúde como cultura, a cultura como direito. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo v. 9, n. 3, Nov. 2008 /Fev. 2009, p. 110. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13132/14937>. Acesso em: 20 jun.2021.

<sup>38</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 17, n. 67, p. 125-172, 2008, p. 9. Disponível em: [https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O\\_direito\\_a\\_saude\\_nos\\_20\\_anos\\_da\\_CF\\_coletanea\\_TAnia\\_10\\_04\\_09.pdf](https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O_direito_a_saude_nos_20_anos_da_CF_coletanea_TAnia_10_04_09.pdf). Acesso em: 03.jul.2021.

que para a sua proteção, requer medidas específicas. O direito à saúde genericamente considerado, é dotado de especificidades próprias, e reveste-se de certas posições jurídicas de direito fundamental que lhe dão concretude, definindo deveres objetivos impostos ao Estado. Um dos quais, a especificidade em relação à saúde indígena. Conforme Duque, “quanto maior forem os traços de vulnerabilidade de uma pessoa, maior é o risco de lesão aos seus direitos fundamentais”<sup>39</sup>. Trata-se de medidas que decorrem da particularidade em torno das vulnerabilidades em torno da cultura e do modo de vida indígena, justificadas pelas fragilidades imunológicas e sociais. Ambas se tornam ainda mais evidentes na pandemia do COVID-19.

A Convenção 169 da OIT<sup>40</sup> é assecuratória da plena saúde indígena, impondo aos governos a disponibilização de serviços de saúde adequados, observando-se as especificidades da autodeterminação dos povos indígenas. Sua antecessora, a Convenção 107 da OIT, ainda que sob forte viés integracionista, igualmente continha em seu art. 20 a obrigação estatal de disponibilização de serviços de saúde.

O legislador infraconstitucional pós Constituição de 1988, ao editar a Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990, instituidora do Sistema Único de Saúde, elencou seus objetivos, princípios e atribuições. Mas naquele momento, não houve qualquer menção ao tema da saúde indígena. O que efetivamente surge com o advento da chamada Lei Arouca, ou Lei nº 9.836, de 1999, que nada mais é do que o resultado da densificação do direito

---

<sup>39</sup> DUQUE, Marcelo Schenk. *Curso de Direitos Fundamentais: teoria e prática*. São Paulo: RT, 2014, p. 304.

<sup>40</sup> Convenção 169 da OIT, art. 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. BRASIL. Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004. *Promulga a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre Povos Indígenas e Tribais*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm). Acesso em: 01 jun.2021

fundamental à saúde, compatibilizando-o com a especificidade da existência indígena. Criou-se dentre as regras do SUS um subsistema de atenção à saúde indígena, no qual alguns dos seus aspectos essenciais são a centralidade do SUS na promoção da articulação deste subsistema com os órgãos responsáveis pela política indígena, notadamente a FUNAI; e a previsão de descentralização, hierarquização e regionalização deste subsistema, através de Distritos Sanitários Especiais Indígenas (DSEI). É com a Lei Arouca que enfim se concretiza, pelo Estado brasileiro, o reconhecimento dos distintos riscos e vulnerabilidades em relação aos povos indígenas<sup>41</sup>. A estruturação deste subsistema é articulada através de um órgão central denominado Secretaria Especial de Saúde Indígena (SESAI), vinculado ao Ministério da Saúde. Os DSEI são distribuídos de acordo com o critério demográfico de presença indígena no território brasileiro, sendo responsáveis pelo atendimento básico, e contando com a atuação complementar ou de retaguarda do SUS para os casos de maior complexidade. Da mesma forma ocorre em relação à Portaria nº 254, de 31 de janeiro de 2002, que aprova a Política Nacional de Atenção à Saúde dos Povos Indígenas, e as diretrizes ali elencadas. Esta era, até então, a estruturação do subsistema de atenção à saúde indígena no Brasil.

## 2. O CONTEXTO DE PANDEMIA DO COVID-19 E OS DEVERES ESTATAIS DECORRENTES DA DIMENSÃO OBJETIVA DO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE INDÍGENA. A PROPOSITURA DA ADPF 709 PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Em todo o mundo a maioria dos países adotou medidas

---

<sup>41</sup>DEBASTIANI, Joana Silvia Mattia; SOBRINHO, Liton Lanes Pilau; CALGARO, Cleide. Covid-19 e políticas anti-indigenistas no Brasil: o caso da adpf 709/df para o reconhecimento do direito de existir. *Nuevo derecho*, v. 16, n. 27, p. 1-21, 2020, p. 8. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7771990>. Acesso em: 02.jun.2021.



restritivas de direito de locomoção, visando a priorização da saúde coletiva e dos direitos sociais sobre as liberdades individuais<sup>42</sup>. O contexto continua a requerer, em caráter de urgência, a adoção de políticas públicas em saúde, ações estatais e medidas específicas<sup>43</sup>. No Brasil, por uma ampla lista de diversos fatores, que vão desde o contexto latino-americano nas relações de poder globais em torno de vacinas, até as inúmeras decisões e indecisões governamentais em relação à pandemia do COVID-19, tem-se a triste realidade de um dos países em que proporcionalmente mais ocorrem mortes. A realidade do ano de 2021 têm demonstrado que toda a população, jovem, adulta ou idosa, indistintamente, está à mercê dos efeitos fatais do COVID-19.

Em relação aos povos indígenas, remanesce uma particularidade. Antes mesmo da pandemia, estudos sempre demonstraram que as populações indígenas, além de uma vulnerabilidade social inerente às suas condições de vida - especialmente quando se trata de povos residentes em áreas limítrofes em relação ao espaço urbano – há ainda uma comprovada vulnerabilidade imunológica, que determina a maior propensão do indígena a sofrer os efeitos de vírus e bactérias, comparativamente às populações em geral. Doenças virais e infecciosas espalham-se

---

<sup>42</sup> Luiz Antonio de Freitas Almeida, ainda no primeiro semestre de 2020, analisou o contexto da pandemia e as restrições a direitos fundamentais, em face de medidas sanitárias como isolamento, quarentena e realização de exames e tratamentos médicos de coleta laboratorial. Através da ponderação entre princípios e a proporcionalidade, ressalta a constitucionalidade das medidas legais de controle da COVID-19, em face da premência do direito fundamental à saúde, em seu caráter coletivo. ALMEIDA, Luiz Antônio Freitas de. As medidas legais de controle da COVID-19 (isolamento, quarentena e tratamento de saúde compulsório) e sua proporcionalidade. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 20, n. 80, p. 263-295, abr./jun. 2020. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaec/article/view/1338/856>. Acesso em: 08 jul.2021.

<sup>43</sup> MORALES ANTONIAZZI, Mariela; PIOVESAN, Flávia; ROSSI IGNÁCIO, Renata. Covid-19 e direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais (DESCA): impacto dos padrões interamericanos. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 11, n. 1, p. 59-90, dez. 2020, p. 66. Disponível em: <<https://periodicos.pucpr.br/index.php/direitoeconomico/article/view/27353>>. Acesso em: 20 jul. 2021.

mais rapidamente em populações indígenas, em comparação com a população não indígena<sup>44</sup>. A vulnerabilidade imunológica é um fato historicamente comprovado, e determinante para a dizimação das populações indígenas ao longo dos séculos<sup>45</sup>, diante do aumento do contato com não indígenas<sup>46</sup>. O que justifica todo o necessário cuidado em relação ao contato com os povos indígenas isolados, ou de recente contato. São portanto ampliadas as possibilidades de contágio destas populações, não apenas em relação aos inúmeros vírus em circulação, mas também ao Coronavírus. Segundo pesquisa realizada pela Coordenação das Organizações Indígenas da Amazônia Brasileira e Instituto de Pesquisa Ambiental da Amazônia<sup>47</sup>, através de dados apurados até 14 de junho de 2020, a incidência de casos de COVID-19 entre indígenas da região amazônica, era de 759 por 100 mil habitantes, ao passo que a média nacional era de 413 por 100 mil. Ainda, a taxa de letalidade entre as populações indígenas, era de 6,8%, sendo de 5% a média nacional. Do que decorre a necessidade de enquadrar os povos indígenas como grupos prioritários, não

---

<sup>44</sup> DEBASTIANI, Joana Silvia Mattia; SOBRINHO, Liton Lanes Pilau; CALGARO, Cleide. Covid-19 e políticas anti-indigenistas no Brasil: o caso da adpf 709/df para o reconhecimento do direito de existir. *Nuevo derecho*, v. 16, n. 27, p. 1-21, 2020, p. 8. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7771990>. Acesso em: 02 jun.2021

<sup>45</sup> SANTOS, Ricardo Ventura; PONTES, Ana Lucia; COIMBRA JR, Carlos EA. Um “fato social total”: COVID-19 e povos indígenas no Brasil. 2020. *Cadernos de Saúde Pública*. 2020; 36(10). Disponível em: <https://www.scielosp.org/pdf/csp/2020.v36n10/e00268220/pt>. Acesso em: 18 jul.2021.

<sup>46</sup> PONTES, Ana Lucia et al. *Vulnerabilidades, impactos e o enfrentamento ao Covid-19 no contexto dos povos indígenas: reflexões para a ação*. 2020. Relatório Síntese. Disponível em: <https://ds.saudeindigena.iciet.fiocruz.br/bitstream/bvs/2142/1/Pontes%20et%20al.%20-%202020%20-%20Vulnerabilidades,%20impactos%20e%20o%20enfrentamento%20ao%20Co.pdf>. Acesso em: 17 jul.2021.

<sup>47</sup> FELLOWS, Marta; PAYE, Valéria; ALENCAR, Ane; NICÁCIO, Mario; Et al. Não são números, são vidas! A ameaça da covid-19 aos povos indígenas da Amazônia brasileira. *Coordenação das Organizações Indígenas da Amazônia Brasileira e Instituto de Pesquisa Ambiental da Amazônia*. 2020, p. 11. Disponível em <https://ipam.org.br/bibliotecas/naosao-numeros-sao-vidas-a-ameaca-da-covid-19-aos-povosindigenas-da-amazonia-brasileira/> Acesso em: 01 jul.2021.

apenas em relação ao oferecimento de vacinas, mas também em relação aos demais cuidados necessários à salvaguarda da saúde indígena.

Transcorridos os primeiros meses da pandemia, e diante de um cenário preocupante, que para alguns se coloca na perspectiva de um genocídio indígena<sup>48</sup>, a Articulação dos Povos Indígenas do Brasil - APIB, juntamente com partidos políticos de oposição ao governo, propuseram em 01 de julho de 2020 junto ao Supremo Tribunal Federal a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 709. Ali narram um contexto de diversas violações praticadas pelo Governo Federal, que tendem a agravar as vulnerabilidades dos povos indígenas diante do cenário pandêmico. Apontam as entidades autoras que: a) são muitas e crescentes as invasões de territórios indígenas, motivadas mineração e desmatamento, e que para além da devastação ambiental, provocam como consequência a exposição dos indígenas em face do contato e a propagação do vírus por não indígenas, como garimpeiros, posseiros, invasores em geral e até missionários; b) A SESAI passou a adotar o entendimento de que somente devem ser atendidos pelo subsistema de atendimento à saúde indígena aqueles que forem aldeados em territórios indígenas homologados com a demarcação. O que se afigura como medida absolutamente discriminatória e inconstitucional, estabelecendo-se omissão injustificável, em um momento de extrema necessidade da prestação de atendimento efetivo; c) O plano de contingência elaborado pela SESAI em face do COVID-19 em povos indígenas, não teria definido medidas concretas e adequadas, e não contou com qualquer participação dos povos indígenas em sua elaboração, violando não apenas a comandos legais<sup>49</sup>

---

<sup>48</sup> DEBASTIANI, Joana Silvia Mattia; SOBRINHO, Liton Lanes Pilau; CALGARO, Cleide. Covid-19 e políticas anti-indigenistas no Brasil: o caso da adpf 709/df para o reconhecimento do direito de existir. *Nuevo derecho*, v. 16, n. 27, p. 1-21, 2020. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7771990>. Acesso em 02.jul.2021.

<sup>49</sup> Conforme o art. 19-H, da Lei 8.080/1990, com redação da Lei 9.836, de 1999: As

como também em relação à Convenção nº 169 da OIT<sup>50</sup>.

Indicou-se a afronta a direitos fundamentais inscritos na Constituição Federal, como a dignidade humana (art. 1º, III), o direito à vida (art. 5º, caput), e o direito à saúde (art. 6º e 196), bem como o direito indígena ao reconhecimento em relação à vida em seu território, conforme sua organização social, costumes, crenças, cultura e tradições (art. 231 e incisos). Mais do que isso, aduz-se que está em questão a própria extinção dos povos indígenas em face da ameaça do Coronavírus.

Os pedidos específicos deduzidos na peça inicial, em face da União Federal, e que aqui servem como parâmetro de estudo, foram: a) a determinação para instalação e manutenção de barreiras sanitárias visando a proteção de territórios indígenas isolados e de recente contato; b) determinação para que a União Federal providenciasse o funcionamento de uma sala de situação, com vistas a subsidiar as ações específicas relacionadas à pandemia e os povos indígenas isolados e de recente contato, em cumprimento ao que já disposto no art. 12 da Portaria Conjunta nº 4.094/2018, garantindo-se em sua composição a presença de integrantes do Ministério Público Federal, Defensoria Pública da União e dos povos indígenas; c) determinação para a imediata retirada de invasores de terras indígenas, utilizando-se caso necessário, o auxílio das Forças Armadas; d) determinação a que os serviços do subsistema de saúde indígena sejam prestados a todos os indígenas, incluídos os não aldeados e os aldeados em

---

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.

<sup>50</sup> Convenção nº 169 da OIT. Art. 25.2. 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. BRASIL. Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004. *Promulga a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre Povos Indígenas e Tribais*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm). Acesso em: 01 jun.2021.

territórios ainda não demarcados; e) determinar-se a elaboração de um plano de enfrentamento da COVID-19 para os povos indígenas, com medidas concretas e vinculantes.

São portanto cinco pedidos específicos, que guardam relação com medidas que, associadas e contextualizadas à realidade da pandemia do Coronavírus, se referem a deveres de respeito, proteção ou promoção que conduzem à mínima observância de uma política pública de saúde indígena. Se os direitos sociais são densificados por leis e atos administrativos, que decorrem das escolhas políticas tomadas neste processo, é também pertinente a ressalva de Saulo Lindorfer Pivetta, de que tal não significa, contudo, que as decisões políticas sejam sempre em consonância com as prioridades constitucionais<sup>51</sup>. O que justifica, a seu ver, o controle jurisdicional das políticas públicas quando diante de inconstitucionalidades ou omissões injustificadas.

Antes da propositura da ADPF 709, passou a tramitar no Congresso Nacional desde 27 de março de 2020, o Projeto de Lei nº 1142/2020. Este dispunha sobre medidas de proteção às populações indígenas em face do COVID-19, que culminou na edição da Lei 14.021, de 07 de julho de 2020, que “Dispõe sobre medidas de proteção social para prevenção do contágio e da disseminação da Covid-19 nos territórios indígenas; cria o Plano Emergencial para Enfrentamento à Covid-19 nos territórios indígenas; estipula medidas de apoio às comunidades quilombolas, aos pescadores artesanais e aos demais povos e comunidades tradicionais para o enfrentamento à Covid-19; e altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, a fim de assegurar aporte de recursos adicionais nas situações emergenciais e de calamidade

---

<sup>51</sup> PIVETTA, Saulo Lindorfer. Restrições à aplicabilidade dos direitos fundamentais sociais e a relevância jurídica da escassez de recursos financeiros. In: HACHEM, Daniel Wunder; GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree (Coord.). *Direito administrativo e suas transformações atuais: Homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho: Anais do Seminário da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*. Curitiba: Íthala, 2016. p.123.

pública”<sup>52</sup>. Não obstante o advento da lei, e as determinações contidas no teor decisório da ADPF 709, junto ao STF, que são praticamente simultâneas, permanecem ainda diversas omissões e pouca efetividade na aplicação das medidas previstas.

Não pertence ao escopo deste estudo a análise sobre o teor decisório na mencionada ADPF, e as dificuldades enfrentadas na concretização das medidas requeridas. Todavia é oportuno, ainda que rapidamente, mencionar a particularidade da condução do feito pelo Ministro Luís Roberto Barroso, e que se refere à perspectiva dialógica de construção de caminhos e alternativas voltadas para a efetividade relacionada ao controle judicial de políticas públicas. Tais diálogos institucionais, enquanto trocas argumentativas em torno da construção de “consensos deliberativos a partir de pressupostos plurais, argumentos fundados na cooperação em que se prestam a consecução de fins políticos predeterminados”<sup>53</sup> possuem características que estabelecem desafios próprios na condução processual. Em se tratando do processo civil tradicional, tido como desafiador para dar respostas adequadas especialmente aos problemas de gestão da saúde<sup>54</sup>, têm-se um cenário possível, ainda que dificultoso, para a aplicação das decisões estruturantes<sup>55</sup> no ordenamento jurídico brasileiro. Ávila e Melo abordam a perspectiva dos diálogos

---

<sup>52</sup> BRASIL. Lei 14.021, de 07 de julho de 2020. DOU Seção I 08/07/2020, p.1.

<sup>53</sup> CONCI, Luiz Guilherme Arcaro; TALPAI, Bruno Luis. Um estudo sobre a ADPF 709: entre legitimidade democrática e paralisia decisória. *Revista Jurídica*, [S.l.], v. 4, n. 61, p. 728 - 732, jan. 2021, p.735. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/4936>>. Acesso em: 25 jul. 2021.

<sup>54</sup> MASCARENHAS, Caio Gama; RIBAS, Lídia Maria. Materializando diálogos institucionais na judicialização da saúde pública – propostas de convenções processuais coletivas, LINDB e transparência. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 7, n. 1, p. 285-317, jan./abr. 2020. DOI: 10.5380/rinc.v7i1.67088. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/67088/41962>. Acesso em: 12.jul.2021.

<sup>55</sup> Para aprofundamento acerca das possibilidades dos processos estruturantes no controle jurisdicional de políticas públicas durante a pandemia: MADUREIRA, Claudio; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Covid-19 e tutela jurisdicional: a doutrina dos processos estruturais como método e o dever processual de diálogo como limite. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 14, n. 42, p. 555-576, jan./jun. 2020. Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/867>. Acesso em: 12.jul.2021.

institucionais em casos de judicialização do direito à saúde, destacando neste aspecto a necessidade de uma especial interação entre os atores diversos que se fazem presentes. E ressaltam que as demandas relativas à saúde não raro possuem, diante da complexidade da questão, uma natureza policêntrica, “à medida que apresenta vários centros de decisão, vinculados a diferentes órgãos que compõem a estrutura estatal”.<sup>56</sup> Vanice Regina Lírio do Valle observa que, em se tratando do controle judicial de políticas públicas, e não à atuação judicial que visa apenas a superação de lesão a direitos, dois aspectos são essenciais, sendo um decorrência do outro. O primeiro, está em conceber-se a atuação jurisdicional como sendo voltada para o futuro, na perspectiva da realização da ação estatal pretendida. E até por isso, o segundo aspecto se refere à questão da motivação da decisão judicial, que necessariamente deve estar coligada aos resultados futuros a serem alcançados, dado que é intrínseco às políticas públicas a finalidade de atingimento de resultados, notadamente a realização de direitos fundamentais. Logo, a decisão judicial em controle de políticas públicas, “não se terá por legítima se não acompanhada da indicação dos resultados que se pretenda alcançar”<sup>57</sup>. É como tem sido conduzida a ADPF 709, a partir da tentativa de diálogos institucionais e a busca do desenvolvimento de um processo participativo.

Ainda que passível de críticas<sup>58</sup> em relação à incapacidade de superação dos muitos entraves à realização das medidas

---

<sup>56</sup> AVILA, Ana Paula Oliveira; MELO, Karen Cristina Correa de. Separação de poderes e diálogos institucionais nos litígios envolvendo o direito à saúde. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 83-108, jan./abr. 2018, p. 103. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/54934/35005>. Acesso em: 12.jul. 2021.

<sup>57</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 153.

<sup>58</sup> CONCI, Luiz Guilherme Arcaro; TALPAI, Bruno Luis. UM ESTUDO SOBRE A ADPF 709: ENTRE LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA E PARALISIA DECISÓRIA. *Revista Jurídica*, [S.l.], v. 4, n. 61, p. 728 - 732, jan. 2021. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/4936>. Acesso em: 25 jul. 2021.

necessárias ao enfrentamento da COVID-19, algumas medidas se implementaram através das decisões da ADPF 709, ainda que parcialmente. Contudo, pretende-se, em relação à ADPF 709, extrair o rol de pedidos ali deduzidos perante a Corte Constitucional brasileira, a fim de delimitar um parâmetro de análise sobre os direitos fundamentais, abordando-os em sua dimensão objetiva e em suas diversas funções. Para tal, passa-se a analisar os deveres específicos contidos nos pedidos formulados perante o Supremo Tribunal Federal, extraindo-se de cada um deles o teor da dimensão objetiva dos direitos fundamentais em questão, a fim de se verificar o seu alcance e requisitos.

### 3. A DIMENSÃO OBJETIVA DO DIREITO SOCIAL À SAÚDE INDÍGENA A PARTIR DAS SUAS DIVERSAS FUNÇÕES, EXPRESSADA NOS PEDIDOS FORMULADOS JUNTO À ADPF 709.

Considerando-se os pedidos específicos elencados na ADPF 709 proposta pela APIB, em favor dos povos indígenas no Brasil, passa-se a analisar os deveres específicos que decorrem dos direitos fundamentais sociais, notadamente o direito à saúde, e a particularidade da saúde indígena. São eles, respectivamente: a) a instalação e manutenção de barreiras sanitárias visando a proteção dos territórios indígenas isolados e de recente contato; b) O funcionamento de uma sala de situação, para subsidiar as ações de combate à pandemia com a participação de representantes dos povos indígenas; c) a imediata retirada de invasores de terras indígenas, com o uso da força se necessário; d) a disponibilização dos serviços do subsistema de saúde indígena a todos os indígenas, incluídos os não aldeados e os aldeados em territórios ainda não demarcados; e) a elaboração de um plano concreto de enfrentamento da COVID-19 para os povos indígenas. Antes, adentra-se em aspecto atinente à questão da discricionariedade e vinculação, por parte da Administração Pública,



em relação à observância destes deveres objetivos.

### 3.1. DISCRICIONARIEDADE E VINCULAÇÃO

Cabe abordar acerca dos limites de discricionariedade do Poder Público em relação a tais deveres objetivos. Poderia a União Federal escusar-se do cumprimento de tais deveres alegando deter poder discricionário em relação ao exame da conveniência em relação às medidas emergenciais requeridas? Ou estaria, nesse sentido, inteiramente vinculada ao seu imediato cumprimento?

Especificamente em relação à dimensão objetiva dos direitos fundamentais sociais, Daniel Hachem consigna que a adoção genérica da discricionariedade vem transformando-a em uma categoria *coringa*, de utilização tão ampla quanto distorcida, encobrindo lesões a direitos fundamentais. As questões distintas e cruciais para se saber sobre a natureza vinculada ou discricionária pela Administração Pública, estão na identificação de qual dimensão – subjetiva ou objetiva – dos direitos fundamentais se alude, e quais os aspectos próprios da competência a que se referem<sup>59</sup>. Visualiza Hachem, na eficácia irradiante, em face da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, a redução significativa dos limites da discricionariedade. São assim, dois os efeitos da dimensão objetiva em relação à Administração Pública, em termos da apuração de vinculação ou discricionariedade. O primeiro efeito, em face da sua carga axiológica, está em que obriga a Administração a observar os direitos fundamentais, enquanto elemento norteador de atuação. O segundo, até como decorrência, está em que assim o fazendo, diminui-se a margem para a discricionariedade, sendo possível até mesmo

---

<sup>59</sup> HACHEM, Daniel Wunder. A discricionariedade administrativa entre as dimensões objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais sociais. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 10, n. 35, p. 313-343, jul./dez. 2016, p. 322. Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/104/30>. Acesso em: 09. jul. 2021.

chegar-se a um grau de total vinculação.

Adentrando-se na tentativa de resposta sobre o que restaria de discricionariedade e o que remanesce de vinculação em relação aos pedidos específicos, tem-se a observar que as disposições da Lei nº 14.021/2020, já mencionada, impõem ao ente público a execução de quase todas as medidas pleiteadas junto à ADPF 709. Um dos pedidos específicos, por sua vez, relativo a medidas visando a retirada de invasores de territórios indígenas, já se afigura como atribuição precípua da Administração Pública, através do aparato policial competente, dado que se configura em crime previsto em lei, que restringe o acesso a territórios indígenas. Logo, já existe densificação da dimensão objetiva do direito fundamental à saúde materializada e irradiada em comandos legais que impõem à Administração Pública, em caráter cogente, o cumprimento de tais deveres específicos. Assim, não se falaria em discricionariedade, e sim em vinculação, sob pena de se caracterizar com ainda maior clareza o subterfúgio ensejador de lesão a direitos fundamentais.

### 3.2. BARREIRAS SANITÁRIAS

O dever da União Federal em impor barreiras físicas que impeçam o contato e a invasão de territórios indígenas, para além da mera observância a uma regra que já existe, em relação às invasões de território indígena, tem também um outro significado. Traduz-se em tentativa de viabilizar o exercício pleno do isolamento social pelos povos indígenas, notadamente os povos com pouco ou recente contato, que estão mais suscetíveis à contaminação e aos efeitos devastadores da COVID-19.

É notoriamente conhecido o problema das invasões a territórios indígenas, provocadas pelas atividades de mineração e garimpo, ou extração de recursos naturais, em absoluta desconformidade com as normas que consideram os territórios indígenas como áreas protegidas. Trata-se de evidente violação a

direitos e de uma ameaça concreta à saúde e sobrevivência indígena. As invasões propagam a disseminação do Coronavírus, e impedem qualquer possibilidade de um isolamento eficaz.

O acesso de terceiros em territórios indígenas somente é permitido mediante regular procedimento administrativo junto à FUNAI, onde é possível, através de justificação das atividades a serem realizadas, pleitear-se a correspondente Autorização de Ingresso. Deve-se observar ainda a necessidade de autorização prévia por parte dos próprios povos indígenas, conforme disposição expressa da Convenção 169 da OIT. Desde a edição da Portaria nº 419/PRES, de 17 de março de 2020, a FUNAI suspendeu temporariamente a concessão de tais autorizações, restringindo-se excepcionalmente o acesso em situações específicas essenciais. A Lei 14.021, de 2020 ratificou tais medidas de proibição de acesso.

Pleiteou-se assim que o ente público, valendo-se da sua prerrogativa do monopólio do uso da força coercitiva legítima<sup>60</sup>, pratique uma ação positiva, exercendo na dimensão específica do dever de proteção à saúde indígena, o estabelecimento de barreira física de acesso, possibilitando-se assim o isolamento e contendo-se assim a contaminação. Se está, portanto, diante de um dever de proteção, de natureza evidentemente prestacional, e que mediante prestações fáticas, através da instalação e monitoramento de barreiras físicas e fiscalização, se tem como objetivo a viabilização da saúde indígena.

Cabe destacar que um dos efeitos jurídicos da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, se traduz na sua autonomia, em termos dos deveres de respeito, proteção e promoção, em relação à dimensão subjetiva. Segundo Hachem, “a face objetiva de tal direito faz com que a obrigação estatal persista mesmo que se abstraia a posição subjetiva de um determinado cidadão e a

---

<sup>60</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 259.

relação jurídica estabelecida entre ele e o Estado”<sup>61</sup>. Assim, a dimensão objetiva não é dependente da dimensão subjetiva, devendo ser otimizada em sentido amplo, mesmo que inexistente provocação pelo sujeito ativo dos direitos que integram a dimensão subjetiva. Os deveres autônomos de proteção, impostos à Administração, trazem-lhe como decorrência, a imposição de um agir preventivo<sup>62</sup>, que ressalte e assegure antecipadamente os direitos em face de terceiros. A função protetiva do Estado, aqui materializada no dever de impor barreiras sanitárias, se reveste desse caráter preventivo, e que está voltado para que se evite, ao final, a lesão aos direitos subjetivos em relação à saúde.

### 3.3. O FUNCIONAMENTO DE SALA DE SITUAÇÃO

O pedido específico de instalação de uma sala de situação se relaciona diretamente com a necessidade de tomada dinâmica de decisões, no controle e monitoramento de políticas públicas específicas de controle da pandemia. Permite assim a ampliação das possibilidades de diagnóstico, visando subsidiar as ações de combate à pandemia, permitindo ainda a ampliação da participação de diversos atores importantes no processo de deliberação e tomada de decisão. Estes atores são, além do Ministério Público e as defensorias públicas da União, a representação dos próprios povos indígenas.

Em 18 de julho de 2021, a apuração paralela realizada

---

<sup>61</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais*: por uma implementação espontânea, integral e igualitária. Curitiba, 2014. 614 f, p. 173. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/35104/R%20-%20T%20-%20DANIEL%20WUNDER%20HACHEM.pdf?sequence=1>. Acesso em: 07.jun.2021.

<sup>62</sup> HACHEM, Daniel Wunder. A discricionariedade administrativa entre as dimensões objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais sociais. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 10, n. 35, p. 313-343, jul./dez. 2016, p. 319. Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/104/30>. Acesso em: 09. jul. 2021.

pela APIB contabilizava 57.025 casos confirmados, e 1.105 indígenas mortos, em 163 povos afetados. Os números são superiores ao que informa a SESAI, que apontava 739 mortes, excluindo em seu cômputo os casos de indígenas que vivem em terras não homologadas e em contexto urbano. Aponta ainda a APIB<sup>63</sup> a dificuldade decorrente da subnotificação, diante dos registros de indígenas como *pardos*, sem o detalhamento de etnia. Cabe lembrar que nos termos da Lei 14.021/2020, em seu art. 19-B, há a previsão de que a rede do SUS deve, além de integrar seus sistemas aos do Subsistema de Atenção à Saúde Indígena, também registrar e notificar “a declaração de raça ou cor, garantindo a identificação de todos os indígenas atendidos nos sistemas públicos de saúde”<sup>64</sup>. O que denota a necessidade de uma mobilização que se opera também em torno da obtenção de dados mais precisos, e que permitam redefinir e monitorar as políticas públicas relacionadas ao enfrentamento da pandemia.

A instituição de uma mesa de gerenciamento de crise, ou uma sala de situação<sup>65</sup>, se relaciona com o dever objetivo de proteção, pelo Estado, em relação à organização dos procedimentos fáticos e normativos necessários ao enfrentamento da pandemia, dispondo de uma fonte constante de alimentação de dados e informações que possibilitem a tomada de decisões organizativas dinâmicas e no menor tempo possível, exercendo-se assim a

---

<sup>63</sup> ARTICULAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS DO BRASIL – APIB. *Nossa luta é pela vida: impacto da pandemia entre os povos indígenas*. 2020, p. 96 Disponível em: <https://emergenciaindigena.apiboficial.org/relatorio/>. Acessado em: 10.jul.2021.

<sup>64</sup> BRASIL, Lei 14.021/2020, Art. 19-B.

<sup>65</sup> Preocupação semelhante se deu no âmbito da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que instituiu Sala de Coordenação e Resposta Oportuna e Integrada à Crise da Pandemia do Covid-19. O objetivo foi o monitoramento de problemas e soluções em relação à pandemia, em termos de violações de direitos humanos. Nesse sentido: MORALES ANTONIAZZI, Mariela; PIOVESAN, Flávia; ROSSI IGNÁCIO, Renata. Covid-19 e direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais (DESCA): impacto dos padrões interamericanos. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 11, n. 1, p. 59-90, dez. 2020. Disponível em: <<https://periodicos.pucpr.br/index.php/direitoeconomico/article/view/27353>>. Acesso em: 20 jul. 2021.

dinâmica necessária que a gravidade do contexto requer. Nesse sentido, analisando o tema dos deveres objetivos em se tratando do direito à saúde, Saulo Lindorfer Pivetta<sup>66</sup> assinala que incumbe ao Estado a estruturação de organizações e procedimentos que, contendo a efetiva participação da comunidade, em observância do que definido no art. 198 da Constituição Federal, seja construída a formulação da atuação do ente público.

Cabe ainda lembrar que o conjunto de normas administrativas existente em relação a questões de saúde já prevê a criação de uma sala de situação para tratar de questões envolvendo povos indígenas isolados e de recente contato em situações endêmicas, conforme a Portaria Conjunta n° 4.094/2018, do Ministério da Saúde e da FUNAI<sup>67</sup>. De modo que o dever objetivo de proteção, imposto à Administração Pública, em relação ao monitoramento das ações de saúde indígena em face de surtos ou epidemias, desde o ano de 2018 já era objeto de previsão normativa específica, sendo flagrante o seu desrespeito.

### 3.4. A IMEDIATA RETIRADA DE INVASORES DE TERRAS INDÍGENAS

Se o pedido de instalação de barreiras sanitárias se insere na perspectiva de um dever de proteção típico, que se opera para o momento futuro, visando impedir novas invasões a territórios

---

<sup>66</sup> PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito fundamental à saúde: regime jurídico-constitucional, políticas públicas e controle judicial*. Curitiba, 270 f, 2013, p. 36. Dissertação (Mestrado em Direito)–Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná. Disponível em: <https://www.acervodigital.ufpr.br/handle/1884/30251>. Acesso em: 15.jul.2021.

<sup>67</sup> BRASIL. Portaria Conjunta n° 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 principais 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.

indígenas, remanesce o problema também crítico e que se refere às invasões já ocorridas. Nesse sentido, reitera-se o que em verdade é obrigação protetiva precípua do Estado e que se justifica diante do grande número de atividades ilegais extrativas, principalmente na Região Norte do Brasil.

Para além da flagrante antijuridicidade da conduta permissiva diante de invasões de terras indígenas para atividades de desmatamento, garimpo e grilagem, passa-se a ter a questão do combate a um vetor importante de contaminação de povos indígenas. No Território Indígena Yanomami, na Bacia do Rio Negro, exemplificativamente, segundo levantamento assessorado tecnicamente pelo Instituto Socioambiental<sup>68</sup>, vem aumentando a presença do garimpo ilegal. Ao final de 2020, ali somavam-se 2.400,00 hectares de área degradada pelas atividades de mineração. E dessa área, 500 hectares foram registrados entre janeiro e dezembro de 2020, registrando-se, portanto, um aumento de 30% na degradação ambiental na região. Ou seja, de pouco adianta a instalação de barreiras impedindo o acesso a territórios indígenas, quando a presença não indígena já instalada é considerável.

Assim, o pedido de retirada de invasores de terras indígenas, analisado para os fins deste estudo, é diretamente relacionado com o pedido de instalação de barreiras sanitárias, na medida em que se afigura como a complementação daquele pedido, agindo-se de forma direta para o fim de impedir o contato entre indígenas e não indígenas, ou entre indígenas e invasores. Da mesma forma, observa-se que ao Estado impõe-se o dever objetivo de proteção, mediante uma prestação positiva fática, tendente a um agir de seu aparato policial e estruturas de apoio, no

---

<sup>68</sup>Pesquisa realizada mediante o uso de imagens de satélites, e denúncias das comunidades locais. HUTUKARA ASSOCIAÇÃO YANOMAMI. ASSOCIAÇÃO WANASSEDUUME YE'KWANA. INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. Evolução do garimpo ilegal na TI Yanomami em 2020. Boa vista: 2021. Disponível em: <https://acervo.socioambiental.org/acervo/documentos/cicatrizes-na-floresta-evolucao-do-garimpo-ilegal-na-ti-yanomami-em-2020>. Acesso em: 08.jul.2021.

sentido de, fazendo-se cumprir o corpo normativo já existente, “garantir a proteção dos seus cidadãos contra agressões ou ameaças de terceiros”<sup>69</sup>, em relação às invasões de terras indígenas já havidas e em curso.

### 3.5. A DISPONIBILIZAÇÃO DOS SERVIÇOS DO SUBSISTEMA DE SAÚDE INDÍGENA A TODOS OS INDÍGENAS, INCLUÍDOS OS NÃO ALDEADOS E OS ALDEADOS EM TERRITÓRIOS AINDA NÃO DEMARCADOS

A disciplina legal de um subsistema dentro do SUS, materializada pela Lei nº 9.836, de 1999, não estabeleceu qualquer distinção de tratamento entre indígenas em face do local onde vivem – se em territórios indígenas devidamente demarcados e homologados, em territórios ainda pendentes de demarcação, ou ainda em contexto urbano.

Cabe assinalar que a Convenção 169 da OIT<sup>70</sup>, sobre Povos Indígenas e Tribais, recepcionada no direito brasileiro através do Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004, é norma que possui *status* supralegal no ordenamento jurídico brasileiro<sup>71</sup>, tornando inaplicável qualquer dispositivo infraconstitucional conflitante. A Convenção 169 da OIT consagra em seu Art. 1º, nº 3, como critério para a definição de indígena, a autodeclaração ou auto-atribuição. Nesse sentido, Carlos Marés pondera que “seria totalmente impróprio imaginar que o reconhecimento da existência de um povo dependesse de um ato externo ou de identificação técnica ou científica, segundo critérios e cultura de

---

<sup>69</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora. 2003, p. 88.

<sup>70</sup> BRASIL. Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004. *Promulga a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre Povos Indígenas e Tribais*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm). Acesso em: 01.jun.2021

<sup>71</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 349703/RS*. Rel. Min. Gilmar Mendes. Julg. 03.dez.2008. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2035659>. Acesso em: 27.jun.2020.



outro povo”<sup>72</sup>. No entanto, a negativa de acesso ao subsistema de atenção à saúde indígena propicia tal violação à autodeclaração. O que comprova a necessidade de que o ente estatal se abstenha da prática de ações que implicam em violação à norma que assegura a autoidentificação, perpetradas no estabelecimento de diretivas em contrariedade com a indigitada Convenção 169 da OIT, e que afastam o atendimento aos indígenas que não estejam aldeados em territórios homologados.

Pensando-se conforme a lição de Alexy, quando este aborda sobre a contraposição entre direitos à proteção e direitos de defesa, eis que estes são ações negativas, e aqueles, ações positivas,<sup>73</sup> busca-se analisar como o impedimento do acesso de parcela dos indígenas aos serviços do subsistema próprio, implicaria em violação de um dever de defesa, ou ainda, de uma função prestacional. Alexy afirma, em relação aos direitos de defesa e de proteção, que “o primeiro é um direito em face do Estado a que ele se abstenha de intervir, o segundo é um direito em face do Estado a que ele zele para que terceiros não intervenham”<sup>74</sup>. Como definir, portanto, sob a dimensão objetiva, o dever do Estado de observar o direito dos povos indígenas a indistintamente terem o acesso pleno ao subsistema de saúde indígena?

O caso em questão não se refere a um dever de proteção de direitos em face de terceiros, mas de uma violação que no caso concreto é perpetrada pelo próprio Estado. Por um ponto de vista, seria possível considerar que houve um ato administrativo causador de violação de direito fundamental, o que implicaria em considerar a necessidade de que sobreviesse o dever de respeito ao atendimento amplo, imperioso para tal uma abstenção,

---

<sup>72</sup> SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Os povos tribais da convenção 169 da OIT. *Revista Da Faculdade De Direito Da UFG*, 42(3), 155-179. 2018, p. 170. Disponível em: <https://www.revistas.ufg.br/revfd/article/view/55075>. Acesso em: 15.jun.2020.

<sup>73</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 456.

<sup>74</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 456.

por parte do Estado, em violar o direito individual de cada indígena não aldeado, ou aldeado em áreas não homologadas. Nesse sentido, teríamos presente a função de respeito, ainda que em relação ao próprio ente estatal.

Ou por outra vertente, o subsistema de atenção à saúde indígena, capilarizado junto aos Distritos Sanitários Especiais Indígenas (DSEI), descentralizados de acordo com a densidade populacional indígena, tem como fundamento de sua existência a materialização do dever objetivo de atendimento à saúde indígena pelo Estado brasileiro. O dever estatal está ligado à materialização da proteção da saúde, enquanto direito à uma ação positiva, e não à defesa contra atos de terceiros, tendentes a violar este direito. Ingo Sarlet aborda sobre a função organizatória e procedimental enquanto um dever de proteção do Estado. Afirma que o conteúdo das normas de direito fundamental permite que dele se extraiam “consequências para a aplicação e interpretação das normas procedimentais que auxiliem na efetivação da proteção aos direitos fundamentais, evitando-se os riscos de uma redução do seu significado e conteúdo material”<sup>75</sup>. Assim já pontificava Alexy, quando aduzia que “As normas de organização e procedimento devem ser criadas de forma a que o resultado seja, com suficiente probabilidade e em suficiente medida, conforme aos direitos fundamentais”<sup>76</sup>.

Contudo, outros vieses também são plausíveis. Acerca dos deveres de promoção, Jorge Reis Novais assevera que estes decorrem de um modelo de Estado social vinculado à superação das desigualdades sociais, e ao atingimento da liberdade e igualdade. Para tal, faz-se necessária a participação ativa do Estado, que deixa de operar na neutralidade, e assume um papel ativo, prestacional, de promoção do acesso, visando “ajudar sobretudo

---

<sup>75</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020 1 recurso online. ISBN 9788553619344. p. 362.

<sup>76</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 473.

aqueles que por si sós, com o recurso a meios, aptidões ou capacidades próprias, não dispõem de condições para um acesso igualitário e efetivo a tais bens<sup>77</sup>. Esta é a razão de ser de um subsistema de atendimento: a facilitação do acesso à saúde de um grupo social específico e especialmente vulnerável. Por este prisma, restringir-se o acesso ao subsistema e à sua estrutura de atendimento, implica em desatendimento do dever objetivo de promoção do direito à saúde em relação a estas comunidades.

Há também uma outra questão que, em se tratando dos serviços próprios do subsistema de atenção à saúde indígena, implicam em um dever objetivo do Estado brasileiro, e que se refere à necessidade de manutenção e até intensificação de campanhas de informação destinadas aos povos indígenas em relação à COVID-19. A questão está em que, se o subsistema próprio não atende a todos os indígenas, mas apenas a alguns, as necessárias informações sobre o isolamento, hábitos e precauções, bem como e principalmente, informações sobre a necessidade de submeterem-se à vacinação, restam prejudicadas na medida em que o acesso ao subsistema seja restrito apenas aos aldeados em territórios homologados. O acesso à informação de saúde coletiva, nas línguas originárias de cada povo indígena<sup>78</sup>, prestado pela estrutura do subsistema, se constitui em um dever objetivo de promoção pelo Estado, que está também presente quando da implementação de um plano de enfrentamento emergencial, que adiante será abordado.

Impõe-se a necessidade da atuação efetiva em relação

---

<sup>77</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 262.

<sup>78</sup> Sobre a atenção da Comissão Interamericana de Direitos Humanos em relação à formulação de campanhas de prevenção do COVID-19 em relação a povos indígenas nas línguas originárias de cada povo, ver: MORALES ANTONIAZZI, Mariela; PIOVESAN, Flávia; ROSSI IGNÁCIO, Renata. Covid-19 e direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais (DESCA): impacto dos padrões interamericanos. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 11, n. 1, p. 59-90, dez. 2020, p. 67. Disponível em: <<https://periodicos.pucpr.br/index.php/direitoeconomico/article/view/27353>>. Acesso em: 20 jul. 2021.

aos cuidados de saúde. Considerando-se que entre esses cuidados está a prestação de informação eficiente em face dos vários aspectos relacionados, principalmente a conscientização sobre a necessidade de vacinação, visando atingir o maior contingente possível, verifica-se que tal atuação efetiva depende da capilaridade do subsistema de atenção à saúde indígena. Também por este aspecto, se está diante de uma violação do dever objetivo de promoção da saúde, operando este mediante o implemento de campanhas e abordagens próprias de informação sanitária e vacinal.

Jorge Reis Novais aborda uma questão que se relaciona com o tema, ao referir-se à perspectiva do dever de proteção contra si mesmo<sup>79</sup>, no sentido de um agir estatal visando que os próprios titulares do direito jusfundamental assumam certos comportamentos enquanto valores comunitários que lhes assegurem tais direitos. Daniel Wunder Hachem acrescenta que tais direitos, "para que sejam salvaguardados, limitam a própria autonomia da vontade do titular do direito e não só autorizam como também reclamam a interferência do Poder Público para assegurar a sua integridade."<sup>80</sup> Pode-se tomar a questão da possibilidade de proteção do titular contra si mesmo, um dos efeitos jurídicos da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, relacionando-a com o liame entre o Estado brasileiro e os povos indígenas, no sentido da implementação de campanhas informativas sobre procedimentos que evitem o contágio e que estimulem a vacinação. Sem que se colida diretamente com modos de vida tradicionais, as campanhas de informação podem ser efetivas em relação à diminuição da proliferação do contágio. Ou seja,

---

<sup>79</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 260.

<sup>80</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária*. Curitiba, 2014. 614 f. p. 170. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/35104/R%20-%20T%20-%20DANIEL%20WUNDER%20HACHEM.pdf?sequence=1>. Acesso em: 07.jun.2021.

impõe-se ao Estado, em face da irrenunciabilidade da dignidade humana<sup>81</sup>, também um dever objetivo de proteção que se converte na necessidade de informar e estimular os indígenas a ações e medidas que, se não adotadas pelos próprios indígenas, se convertem em seu próprio desfavor.

Percebe-se portanto que especificamente em relação à questão do pleito de acesso pleno ao subsistema de atenção à saúde indígena, é possível extrair e considerar a presença dos deveres de respeito, proteção e também de promoção da saúde, o que remete à afirmação de Bittencout Neto, de que “embora as prestações sejam a principal vocação dos direitos sociais e a defesa e a proteção, dos direitos de liberdade, tais formas de eficácia são possíveis em qualquer deles”<sup>82</sup>.

### 3.6. PLANO DE ENFRENTAMENTO

Por fim, tem-se entre os objetos da ADPF 709, proposta em face da pandemia em relação aos povos indígenas, a questão da elaboração e implementação de um plano emergencial de enfrentamento do COVID-19. E este item se relaciona com todos os anteriores em um especial sentido. As medidas de combate à pandemia em face dos povos indígenas envolvem, como já se viu, ações diversas, que incumbem a agentes públicos diversos. Assim, se requer a implementação e o monitoramento de uma ampla política pública de caráter urgente.

O Ministério da Saúde, através da SESAI, elaborou documento denominado “Plano de Contingência Nacional para Infecção Humana pelo Novo Coronavírus em Povos Indígenas”.

---

<sup>81</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 17, n. 67, p. 125-172, 2008, p. 6. Disponível em: [https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienCIAPublicaSaude/anexo/O\\_direito\\_a\\_saude\\_nos\\_20\\_anos\\_da\\_CF\\_coletanea\\_TAnia\\_10\\_04\\_09.pdf](https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienCIAPublicaSaude/anexo/O_direito_a_saude_nos_20_anos_da_CF_coletanea_TAnia_10_04_09.pdf). Acesso em: 03.jul.2021.

<sup>82</sup>BITÊNCOURT NETO, Eurico. *O direito ao mínimo para uma existência digna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 152.

Segundo argumentaram as entidades proponentes da ADPF 709 junto ao STF, tal plano era vago em determinar medidas efetivas e atribuições específicas. Formulado pelo Ministério da Saúde, o mesmo não teve a participação dos povos indígenas no processo de sua elaboração. Razão pela qual determinou-se, no Supremo Tribunal Federal, a realização de um novo documento a ser construído em caráter participativo, contendo as medidas emergenciais de combate à pandemia em relação aos povos indígenas. Este processo vem sendo marcado por dificuldades em relação à homologação de uma versão, ainda que preliminar, de um plano de enfrentamento da COVID-19. Apenas em 16 de março de 2021, após um ano de pandemia no Brasil, houve a homologação parcial do plano de enfrentamento.

No plano legal já existe a densificação do direito fundamental à saúde, expresso na outorga de deveres diversos impostos ao ente público, em relação à criação de um plano emergencial, conforme o disposto no art. 4º da Lei 14.021, de 2020. Tal plano de enfrentamento, pode ser compreendido como a criação de uma política pública específica e claramente delineada. Há uma “estrutura normativa de concretização de um direito, ou seja, as práticas adotadas pelo Poder Público em decorrência da dimensão objetiva do direito fundamental”<sup>83</sup>. Tem-se portanto a criação de um programa de encargos, ou um plano de ação, na dimensão objetiva de um dever prestacional de natureza normativa, onde se enumeram e se prevêem as diversas medidas concretas a serem realizadas pelos atores públicos e pelos demais partícipes da construção da política pública.

Analisando os limites e as possibilidades do controle judicial das políticas públicas, Vanice do Valle ressalta que a formulação de uma política pública traz para a Administração

---

<sup>83</sup> PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito fundamental à saúde: regime jurídico-constitucional, políticas públicas e controle judicial*. Curitiba, 2013. 270f. Dissertação (Mestrado em Direito)–Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, p. 201. Disponível em: <https://www.acervodigital.ufpr.br/handle/1884/30251>. Acesso em: 15.jul.2021.

Pública a sua autovinculação, que decorre do dever constitucional de enunciação, ou de planeamento de políticas públicas, compreendida a política pública enquanto resultado do processo democrático. A seu ver, “quanto mais se tem de enunciação explícita desses parâmetros de ação, mais se tem de autovinculação”<sup>84</sup>.

Como definir, portanto, do ponto de vista da dimensão objetiva, o dever de realização de um plano emergencial que contemple a participação das comunidades? Nos parece haver presentes as funções prestacionais de proteção do direito fundamental à saúde, através da sua vertente normativa, de organização e procedimento, voltadas para a definição das ações a serem realizadas. Mas se faz presente, do mesmo modo, a identificável a função de promoção, materializada diante das inúmeras ações que integram as medidas de implementação da saúde indígena em face do COVID-19.

O plano emergencial de enfrentamento tem nítida característica protetiva, ao estabelecer medidas como as barreiras sanitárias, a ampliação da estrutura de atendimento, o estabelecimento de protocolos de controle, entre outras medidas. E tem, ao mesmo tempo, funções de promoção da saúde coletiva conforme disposto na Lei nº 14.021/2020, tais como o fornecimento de água potável, a distribuição de materiais informativos, a garantia de segurança alimentar e nutricional aos povos indígenas, a disponibilização de material de higiene e itens de proteção individual, entre algumas das ações previstas<sup>85</sup>. O plano

---

<sup>84</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 178.

<sup>85</sup> Quando da sanção presidencial à Lei 14.021/2020, houve o veto a alguns dispositivos, especificamente em relação ao fornecimento de água potável, produtos de higiene, a distribuição de material informativo, e ainda a oferta emergencial de leitos específicos. Para uma leitura mais aprofundada, DEBASTIANI, Joana Silvia Mattia; SOBRINHO, Liton Lanes Pilau; CALGARO, Cleide. Covid-19 e políticas anti-indigenistas no Brasil: o caso da adpf 709/df para o reconhecimento do direito de existir. *Nuevo derecho*, v. 16, n. 27, p. 1-21, 2020. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7771990>. Acesso em 01.jul.2021.

emergencial que é desenvolvido junto à ADPF 709, com a mediação do Ministro Roberto Barroso, igualmente contém medidas semelhantes, voltadas também para a função de promoção da saúde indígena.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Buscou-se analisar os elementos da dimensão objetiva do direito à saúde, especificada no caso concreto em relação à saúde indígena, no contexto da pandemia do COVID-19. Neste trajeto, primeiramente foram delineados alguns elementos da teoria dos direitos fundamentais sociais que demonstram, primeiramente, a sua natureza complexa. Ainda, a sua multifuncionalidade e a delimitação das dimensões subjetiva e objetiva, pormenorizando suas diferenças. Adentrou-se também no exame do direito fundamental à saúde, bem como a especificidade da saúde indígena, cuja densificação se deu através de leis e atos administrativos.

Para além da demonstração da realidade da saúde indígena no Brasil, agravada pelo contexto da pandemia do COVID-19, denota-se que o direito social à saúde, para a sua efetiva materialização, requer o cumprimento de inúmeros deveres objetivos, que podem se revestir de características defensivas ou prestacionais, que se convertem em deveres de respeito, de proteção ou de promoção. E ainda se constituem em uma dinâmica que pode, de acordo com momentos ou circunstâncias específicas – como ocorre em relação à pandemia – requerer novos deveres que antes não se faziam presentes.

Delimitou-se o âmbito de análise da dimensão objetiva do direito à saúde aos vários pedidos formulados pela representação dos povos indígenas em sede da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 709, junto ao Supremo Tribunal Federal. Foi assim possível tomar contato com a realidade das condições de vida e as dificuldades enfrentadas pelos povos indígenas no Brasil, ainda que os diversos contextos apresentem



características diversas. Mesmo ante a vinculação do ente público em relação à concretização das necessárias políticas públicas de enfrentamento ao COVID-19, denota-se o quanto o descumprimento sistemático ocasiona lesão e ainda maior vulnerabilização.

Foi possível perceber como apenas uma medida específica pode exercer simultaneamente mais de uma função, e contemplar ao mesmo tempo dois ou mais deveres objetivos diversos. Demonstrou-se ainda que os deveres objetivos impostos ao Estado brasileiro, ampliam-se e assumem um caráter de absoluta emergência em um contexto de emergência sanitária imposto pela pandemia. O que ressignifica até mesmo o conteúdo essencial do direitos, na medida em que está em questão não apenas a saúde indígena, enquanto particularidade do direito fundamental social à saúde, mas também o valor-fonte da dignidade humana, sob forte ameaça frente aos noticiados descumprimentos de comandos legais e políticas públicas.



## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Constitutional rights, balancing, and rationality. *Ratio Juris*, v. 16, n. 2, p. 131-140, 2003. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/a63.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2021.

\_\_\_\_\_. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

ALMEIDA, Luiz Antônio Freitas de. As medidas legais de controle da COVID-19 (isolamento, quarentena e tratamento de saúde compulsório) e sua proporcionalidade. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 20, n. 80, p. 263-295, abr./ jun.

2020. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/1338/856>. Acesso em: 08 jul.2021.

ARTICULAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS DO BRASIL – APIB. *Nossa luta é pela vida: impacto da pandemia entre os povos indígenas*. 2020. Disponível em: <https://emergenciaindigena.apiboficial.org/relatorio/>. Acesso em: 10 jul.2021.

AVILA, Ana Paula Oliveira; MELO, Karen Cristina Correa de. Separação de poderes e diálogos institucionais nos litígios envolvendo o direito à saúde. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 83-108, jan./abr. 2018. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/54934/35005>. Acesso em: 12 jul. 2021.

BITENCOURT, Caroline Müller. *Controle jurisdicional de políticas públicas*. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2013.

BITENCOURT NETO, Eurico. *O direito ao mínimo para uma existência digna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BRASIL. Lei nº 9836, de 23 de setembro de 1999. *Acrescenta dispositivos à Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, que "dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências", instituindo o Subsistema de Atenção à Saúde Indígena".* DOU de 24.9.1999. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19836.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19836.htm). Acesso em: 10.jun.2021.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004. *Promulga a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre Povos Indígenas e Tribais*. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm). Acesso em: 01 jun.2021

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 349703/RS*. Rel. Min. Gilmar Mendes. Julg. 03.dez.2008. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2035659>. Acesso em: 27 jun.2020.

\_\_\_\_\_. Portaria Conjunta nº 4.094, de 20 de dezembro de 2018. “*Define princípios, diretrizes e estratégias para a atenção à saúde dos Povos Indígenas Isolados e de Recente Contato*”. D.O.U. 28/12/2018 Edição 249 Seção 1 Pág 390. Disponível em: [https://www.in.gov.br/materia/-/asset\\_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/57220459](https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/57220459). Acesso em: 18.jul.2021.

\_\_\_\_\_. Lei 14.021, de 07 de julho de 2020. *Dispõe sobre medidas de proteção social para prevenção do contágio e da disseminação da Covid-19 nos territórios indígenas; cria o Plano Emergencial para Enfrentamento à Covid-19 nos territórios indígenas; estipula medidas de apoio às comunidades quilombolas, aos pescadores artesanais e aos demais povos e comunidades tradicionais para o enfrentamento à Covid-19; e altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, a fim de assegurar aporte de recursos adicionais nas situações emergenciais e de calamidade pública*. DOU Seção I 08/07/2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14.021-de-7-de-julho-de-2020-265632745>. Acesso em: 06.jun.2021.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro; TALPAI, Bruno Luis. Um estudo sobre a ADPF 709: Entre legitimidade democrática e paralisia decisória. *Revista Jurídica*, [S.l.], v. 4, n. 61, p. 728 - 732, jan. 2021. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/4936>>. Acesso em: 25 jul. 2021.

- DEBASTIANI, Joana Sílvia Mattia; SOBRINHO, Liton Lanes Pilau; CALGARO, Cleide. Covid-19 e políticas anti-indigenistas no Brasil: o caso da adpf 709/df para o reconhecimento do direito de existir. *Nuevo derecho*, v. 16, n. 27, p. 1-21, 2020. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7771990>. Acesso em: 02 jun.2021
- DUQUE, Marcelo Schenk. *Curso de Direitos Fundamentais: teoria e prática*. São Paulo: Editora RT, 2014.
- FELLOWS, Marta; PAYE, Valéria; ALENCAR, Ane; NICÁCIO, Mario; Et al. *Não são números, são vidas! A ameaça da covid-19 aos povos indígenas da Amazônia brasileira*. Coordenação das Organizações Indígenas da Amazônia Brasileira e Instituto de Pesquisa Ambiental da Amazônia. 2020. Disponível em <https://ipam.org.br/bibliotecas/naosao-numeros-sao-vidas-a-ameaca-da-covid-19-aos-povosindigenas-da-amazonia-brasileira/> Acesso em: 01 jul.2021.
- HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais. *Revista Direitos Fundamentais e Democracia*, Vol. 14, nº14.1, p. 618-688, 2013. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/505/377>. Acesso em: 15 jun.2021.
- 
- . *Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária*. Curitiba, 2014. 614 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/35104/R%20-%20T%20-%20DANIEL%20WUNDER%20HACHEM.pdf?sequence=1>. Acesso em: 07 jun.2021.
- 
- . A discricionariedade administrativa entre as dimensões

objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais sociais. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 10, n. 35, p. 313-343, jul./dez. 2016. Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/104/30>. Acesso em: 09 Jul. 2021.

. São os direitos sociais “direitos públicos subjetivos”? Mitos e confusões na teoria dos direitos fundamentais. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, Unisinos, v. 11, n. 3, p. 405-436, 2019. Disponível em: <http://www.revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2019.113.08/60747599>. Acesso em: 16 Jul.2021.

HUTUKARA ASSOCIAÇÃO YANOMAMI. ASSOCIAÇÃO WANASSEDUUME YE’KWANA. INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. *Evolução do garimpo ilegal na TI Yanomami em 2020*. Boa vista: 2021. Disponível em: <https://acervo.socioambiental.org/acervo/documentos/cicatrices-na-floresta-evolucao-do-garimpo-ilegal-na-ti-yanomami-em-2020>. Acesso em: 08 jul.2021.

MADUREIRA, Claudio; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Covid-19 e tutela jurisdicional: a doutrina dos processos estruturais como método e o dever processual de diálogo como limite. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 14, n. 42, p. 555-576, jan./jun. 2020. Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/867>. Acesso em: 12 jul.2021.

MASCARENHAS, Caio Gama; RIBAS, Lídia Maria. Materializando diálogos institucionais na judicialização da saúde pública – propostas de convenções processuais coletivas, LINDB e transparência. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 7, n. 1, p. 285-317, jan./abr. 2020. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/67088/41962>. Acesso em: 12 jul.2021.

MORALES ANTONIAZZI, Mariela; PIOVESAN, Flávia;

- ROSSI IGNÁCIO, Renata. Covid-19 e direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais (DESCA): impacto dos padrões interamericanos. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 11, n. 1, p. 59-90, dez. 2020. Disponível em: <<https://periodicos.pucpr.br/index.php/direitoeconomico/article/view/27353>>. Acesso em: 20 jul. 2021.
- NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio; WERNECK, Leandro Aragão. Estrutura e fundamentalidade da norma de imunidade tributária. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 9, n. 3, p. 431-454, set./dez. 2018. Disponível em: <https://periodicos.pucpr.br/index.php/direitoeconomico/article/view/22012/23507>. Acesso em: 13 jul.2021.
- PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito fundamental à saúde: regime jurídico-constitucional, políticas públicas e controle judicial*. Curitiba, 2013. 270f. Dissertação (Mestrado em Direito)—Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná. Disponível em: <https://www.acervodigital.ufpr.br/handle/1884/30251>. Acesso em: 15 jul.2021.
- \_\_\_\_\_. Restrições à aplicabilidade dos direitos fundamentais sociais e a relevância jurídica da escassez de recursos financeiros. In: HACHEM, Daniel Wunder; GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree (Coord.). *Direito administrativo e suas transformações atuais: Homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho: Anais do Seminário da Faculdade de Direito da Universidade*

- Federal do Paraná. Curitiba: Íthala, 2016.
- PONTES, Ana Lúcia et al. *Vulnerabilidades, impactos e o enfrentamento ao Covid-19 no contexto dos povos indígenas: reflexões para a ação*. 2020. Relatório Síntese. Disponível em: <https://ds.saudeindigena.iciet.fiocruz.br/bitstream/bvs/2142/1/Pontes%20et%20al.%20-%202020%20-%20Vulnerabilidades,%20impactos%20e%20o%20enfrentamento%20ao%20Co.pdf>. Acesso em: 17 jul.2021.
- RAMOS, Marcelene Carvalho da Silva. Direito Fundamental à Saúde na Perspectiva da Constituição Federal. *A & C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 5, n. 22, p. 147-165, out./dez. 2005. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/627/80>. Acesso em: 25 Jun.2021.
- SANTOS, Ricardo Ventura; PONTES, Ana Lucia; COIMBRA JR, Carlos EA. Um “fato social total”: COVID-19 e povos indígenas no Brasil. 2020. *Cadernos de Saúde Pública*. 2020; 36(10). Disponível em: <https://www.scielosp.org/pdf/csp/2020.v36n10/e00268220/pt>. Acesso em: 18 jul.2021.
- SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 17, n. 67, p. 125-172, 2008. Disponível em: [https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O\\_direito\\_a\\_saude\\_nos\\_20\\_anos\\_da\\_CF\\_coletanea\\_TAnia\\_10\\_04\\_09.pdf](https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O_direito_a_saude_nos_20_anos_da_CF_coletanea_TAnia_10_04_09.pdf). Acesso em: 03 jul.2021.
- \_\_\_\_\_. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11a. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

- \_\_\_\_\_; MARINONI, Luis Guilherme; MITIDIERO, Daniel; *Curso de direito constitucional*. 9ª ed. São Paulo Saraiva. 1 recurso online. ISBN 9788553619344, 2020.
- SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. A saúde como cultura, a cultura como direito. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo v. 9, n. 3 p. 109-114 Nov. 2008 /Fev. 2009. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13132/14937>. Acesso em: 20 jun.2021.
- \_\_\_\_\_. Os povos tribais da convenção 169 da OIT. *Revista Da Faculdade De Direito Da UFG*, 42(3), 155-179. 2018. Disponível em: <https://www.revistas.ufg.br/revfd/article/view/55075>. Acesso em: 15 jun.2020.
- VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- VINCE, Fernando Navarro; RIBEIRO, Daniela Menengoti. O caso “Lüth” e a teoria geral dos direitos fundamentais. *Anais do VII Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito*, p. 98-112, 2017. Disponível em: <https://siacrid.com.br/repositorio/2017/sistema-constitucional-de-garantia-de-direitos-II.pdf#page=98>. Acesso em: 04 jul.2021.