



EXCELENTÍSSIMO(A) JUIZ(A) FEDERAL DA 1ª VARA DA SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SANTARÉM-PA

Processo nº. 2096-29.2015.4.01.3902

O **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**, oficiando no feito o Procurador da República ao final assinado, vêm à presença de Vossa Excelência, com fundamento no artigo 350 do Código de Processo Civil, manifestar-se nos seguintes termos:

Trata-se de Ação Civil Pública proposta em face da União, objetivando condená-la à prestação de serviço público de saúde diferenciada às treze etnias que vivem na região do baixo rio Tapajós, rio Arapiuns e Planalto Santareno: Borari, Munduruku, Munduruku Cara Preta, Jaraqui, Arapyun, Tupinambá, Tupaiú, Tapajó, Tapuia, Arara Vermelha, Apiaká, Maytapu, Kumaruara, que ocupam tradicionalmente Terras Indígenas não formalmente demarcadas, embora algumas estejam delimitadas (Terras Indígenas Cobra Grande, Bragança-Marituba, Munduruku-Takuara, Maró). Também visa garantir a prestação de saúde diferenciada aos indígenas que vivam nos centros urbanos.

A União apresentou contestação à fl. 441/462 contendo dois argumentos principais em sede de preliminar: i) Impossibilidade jurídica do pedido. Impossibilidade do Poder Judiciário intervir no âmbito da discricionariedade administrativa. Da cláusula da reserva do possível; ii) Medida liminar possuiria caráter absolutamente satisfativo. No mérito, a contestação não discutiu o cerne da demanda: **a possibilidade ou não de a**

União estabelecer um critério discriminatório, injustificado e sem previsão constitucional, para excluir da prestação de saúde diferenciada os povos indígenas que ocupam tradicionalmente territórios ainda não demarcados formalmente e os indígenas que vivem nos centros urbanos. Todos estes argumentos são improcedentes, conforme será demonstrado.

1. DA POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO

Cabe refutar a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido. Os tribunais brasileiros possuem jurisprudência consolidada no sentido de que pedido juridicamente impossível é tão somente aquele vedado de maneira expressa pelo ordenamento jurídico:

“Pedido juridicamente impossível é somente aquele vedado pelo ordenamento jurídico” (STJ, 1911/2013, Nancy Andrighi, Terceira Turma, RESP nº. 132.443-0).

“Por possibilidade jurídica do pedido entende-se a admissibilidade da pretensão perante o ordenamento jurídico, ou seja, previsão ou ausência da vedação, no direito vigente, do que se postula na causa” (STJ-RT 652/183).

“A possibilidade jurídica do pedido se traduz em apurar **se a pretensão deduzida pela parte mostra-se compatível com a possibilidade de eventual entrega de tutela jurisdicional**, seja em face da existência de regulação normativa que, em tese, possa amparar o pedido, **seja em razão da inexistência de vedação legal ou de incompatibilidade com o ordenamento jurídico**.

“A possibilidade jurídica do pedido, a que se refere o art. 267, VI, do CPC, é a inexistência no direito positivo, de **vedação explícita** ao pleito contido na demanda” (STJ, Quinta Turma, RMS 13.343-DF, rel. Min. Felix Fischer).

Para que a preliminar prevalecesse, a ré deveria demonstrar que os pedidos ministeriais são expressamente vedados pelo ordenamento jurídico. Segundo a ré, a vedação estaria no princípio constitucional da separação de poderes que impede o Poder Judiciário de se arvorar sobre discricionariedade administrativa, para substituir o juízo técnico e político exercido pelos órgãos competentes da Administração Pública. Ainda segundo a contestação, a prestação de atendimento de

saúde se insere no âmbito da competência discricionária da União, sujeita ao juízo de conveniência e oportunidade. Finalmente, aciona a “reserva do possível” como óbice intransponível para que os pedidos ministeriais sejam acatados.

Cumpra esclarecer que o princípio da separação dos poderes não possui caráter absoluto, no sentido de que não se trata de uma separação estanque de atribuições e competências nos moldes idealizados por Montesquieu em “O espírito das leis”. A concepção moderna do princípio da separação dos poderes pressupõe antes uma relação de cooperação entre as diversas esferas em torno da adequada garantia e efetivação de direitos. Daí a institucionalização do “sistema de freios e contrapesos” na Constituição Federal de 1988.

Em suma, a Separação de Poderes é um princípio constitucional e, por definição, os princípios possuem conteúdo normativo mais amplo do que simples regras, estando sujeitos a maior margem argumentativa para se ajustarem aos casos concretos. Embora seja verdade que a construção das políticas públicas esteja concentrada prioritariamente no âmbito do Poder Executivo, também o é que o Poder Judiciário está autorizado a intervir, em casos excepcionais, na construção destas políticas, com a atribuição de auferir sua compatibilidade com o regime constitucional e legal brasileiro, seja para suprir omissão recorrente ou para corrigir vício, como a exclusão de determinados grupos populacionais da cobertura de políticas públicas com base em critério discriminatório, injustificado e não previsto em lei.

A controvérsia foi objeto de julgamento recente no Supremo Tribunal Federal no bojo do Recurso Extraordinário nº. 592.581, quando foi deliberado pela Corte, por unanimidade, que o Poder Judiciário pode determinar ao Poder Executivo a construção de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais, sem que isso constitua ofensa à Separação de Poderes, não cabendo a oposição da cláusula da reserva do possível:

REPERCUSSÃO GERAL. RECURSO DO MPE CONTRA ACÓRDÃO DO TJRS. REFORMA DE SENTENÇA QUE DETERMINAVA A EXECUÇÃO DE OBRAS NA CASA DO ALBERGADO DE

URUGUAIANA. ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DESBORDAMENTO DOS LIMITES DA RESERVA DO POSSÍVEL. INOCORRÊNCIA. **DECISÃO QUE CONSIDEROU DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE PRESOS MERAS NORMAS PROGRAMÁTICAS. INADMISSIBILIDADE. PRECEITOS QUE TÊM EFICÁCIA PLENA E APLICABILIDADE IMEDIATA. INTERVENÇÃO JUDICIAL QUE SE MOSTRA NECESSÁRIA E ADEQUADA PARA PRESERVAR O VALOR FUNDAMENTAL DA PESSOA HUMANA.** OBSERVÂNCIA, ADEMAIS, DO POSTULADO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARA MANTER A SENTENÇA CASSADA PELO TRIBUNAL. I - **É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais.** II - **Supremacia da dignidade da pessoa humana que legitima a intervenção judicial.** III - Sentença reformada que, de forma correta, buscava assegurar o respeito à integridade física e moral dos detentos, em observância ao art. 5º, XLIX, da Constituição Federal. IV - **Impossibilidade de opor-se à sentença de primeiro grau o argumento da reserva do possível ou princípio da separação dos poderes.** V - Recurso conhecido e provido (Supremo Tribunal Federal, RE nº. 592.581/RS, Relator. Min. Ricardo Lewandowski, 13/08/2015).

Assim como a dignidade da pessoa humana, o direito à igualdade e à saúde também possuem índole constitucional e são normas constitucionais de eficácia plena e que gozam de aplicabilidade imediata. Portanto, se não é possível afirmar aprioristicamente que os pedidos ministeriais são vedados pela Constituição ou por lei, não há que se falar em impossibilidade jurídica do pedido, mesmo porque, conforme se demonstrou no parágrafo anterior, o Supremo Tribunal Federal vem entendendo que não configura ofensa à Separação de Poder a intervenção do Poder Judiciário em determinadas políticas públicas, de maneira limitada e prudente.

Cabe discutir em sede meritória se o caso se enquadra ou não nas hipóteses em que o Poder Judiciário está habilitado a intervir, o que não foi explorado pela defesa, mas será discutido no último item desta réplica.

2. DO CARÁTER ABSOLUTAMENTE SATISFATIVO DA LIMINAR

Inicialmente, cumpre rechaçar o caráter relativo da vedação da concessão de liminares de caráter absolutamente satisfativo contra a Fazenda Pública:

ADMINISTRATIVO - PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - IPHAN - LEGITIMIDADE PASSIVA - ART. 19 DO DECRETO 25/37 - DEVER DE FISCALIZAÇÃO, CONSERVAÇÃO E REPARAÇÃO - PROVIMENTO LIMINAR SATISFATIVO - FAZENDA PÚBLICA - POSSIBILIDADE - MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER - REVISÃO - SÚMULA 7/STJ. 1. É inadmissível o recurso especial se a análise da pretensão da recorrente demanda o reexame de provas. 2. Segundo o art. 19 do Decreto 25/1937, compete ao IPHAN, constatada a hipossuficiência econômica do proprietário do imóvel tombado, a realização de obras de conservação e reparação do patrimônio histórico, artístico e cultural ameaçado, advindo daí sua legitimidade para a causa. 3. **Admite-se a concessão de provimento de urgência de cunho satisfativo contra a Fazenda Pública, bem como a imposição de multa pelo descumprimento de obrigação de fazer.** Precedentes. 4. Recurso especial conhecido em parte e não provido. (STJ - REsp: 1184194 RS 2010/0039195-5, Relator: Ministra ELIANA CALMON, Data de Julgamento: 02/09/2010, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: Dje 22/09/2010).

A urgência do pedido permite relativizar a vedação. O caso envolve a saúde de ao menos 6 mil indígenas. Grande parte habita aldeias localizadas às margens dos rios, com dificuldades de acesso aos centros urbanos, como Santarém. Não garantir acesso à saúde diferenciada e nas aldeias pode significar agravamento diário de doenças e, nos casos mais delicados, morte dos indígenas. Embora possa se dizer que estes indígenas têm a opção de serem atendidos no SUS, isto configuraria uma verdadeira política estatal de atração dos indígenas aos centros urbanos, obrigando-os a se submeterem a um tratamento não culturalmente adequado e reforçando processos de homogeneização.

É evidente o caráter urgente da tutela jurisdicional, mesmo porque estes indígenas reivindicam há décadas um atendimento de saúde diferenciada.

Também é importante observar que os pedidos deferidos liminarmente não possuem caráter irreversível (fl. 440), tendo sido esta uma preocupação explícita do r. Juízo:

Todavia, o pedido de tutela antecipada consistente na construção das unidades básicas de atenção à saúde, integrantes do Subsistema de Atenção à Saúde Indígena, esbarra no requisito negativo da irreversibilidade, inviabilizando a sua concessão em sede de decisão precária e provisória (fl. 439-v).

Esta preliminar não merece prosperar.

3. DO MÉRITO

Os fundamentos jurídicos que subsidiam a demanda do MPF foram exaustivamente discutidos na peça inicial. Em sede de réplica, cabe ao autor refutar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos suscitados pela parte ré (CPC, art. 350). Logo, nesta oportunidade, o debate será limitado aos argumentos da defesa quanto a reserva do possível e a separação de poderes, que em tese poderiam prejudicar a pretensão ministerial. Vejamos.

Conforme foi antecipado no item “1. Da possibilidade jurídica do pedido”, algumas violações autorizam a intervenção judicial para garantir o adequado cumprimento das políticas públicas, sem que isso desrespeite a discricionariedade administrativa ou a separação de poderes. O Supremo Tribunal Federal, no mesmo julgamento citado anteriormente, resumiu irretocavelmente as situações que autorizam a intervenção:

Aos juízes só é lícito intervir naquelas situações em que se evidencie um “não fazer” comissivo ou omissivo por parte das autoridades estatais que coloque em risco, de maneira grave e iminente, os direitos dos jurisdicionados (Supremo Tribunal Federal, RE nº. 592.581/RS, Relator. Min. Ricardo Lewandowski, 13/08/2015, p. 62).

In casu, evidencia-se um **não fazer comissivo** por parte da União, consistente em não prestar, deliberadamente, atendimento de saúde

diferenciado aos povos indígenas que ocupam tradicionalmente territórios formalmente não regularizados ou que vivam nos centros urbanos. Considerando que os povos indígenas constituem-se minorias étnicas, a atuação judicial ainda se reveste de dimensão contramajoritária, o que também habilita a atuação do Poder Judiciário:

Felizmente, as minorias, nas sociedades democráticas, embora nem sempre contem com adequada representação política para a tutela de seus direitos e interesses, têm assegurado, em maior ou menor extensão, o acesso ao Judiciário, em que possam torná-los efetivos (Supremo Tribunal Federal, RE nº. 592.581/RS, Relator. Min. Ricardo Lewandowski, 13/08/2015, p. 59).

Não obstante, o que se assevera, com toda a convicção, é que **lhe incumbe [ao Poder Judiciário], em casos como este sob análise, exercer o seu poder contra-majoritário, oferecendo a necessária resistência à opinião pública ou a opções políticas que caracterizam o pensar de uma maioria de momento, flagrantemente incompatível com os valores e princípios básicos da convivência humana** (Supremo Tribunal Federal, RE nº. 592.581/RS, Relator. Min. Ricardo Lewandowski, 13/08/2015, p. 59).

Em outras palavras, se o Poder Executivo, no âmbito de sua atuação majoritária, deliberou não ofertar atendimento de saúde diferenciada aos indígenas que ocupam territórios não demarcados formalmente, cabe ao Poder Judiciário atuar contramajoritariamente, sobretudo considerando que o critério estabelecido é inconstitucional; do contrário, estes grupos minoritários não teriam outra forma de acesso aos poderes constituídos para coibir a violação. O Poder Judiciário não pode se furtar a apreciar o caso sob pena de ferir o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional (Supremo Tribunal Federal, RE nº. 592.581/RS, Relator. Min. Ricardo Lewandowski, 13/08/2015).

Esclarecidos os fundamentos jurídicos que impõem a atuação do Poder Judiciário no caso, passa-se a discorrer sobre as inconstitucionalidades que viciam a conduta estatal de excluir do atendimento de saúde diferenciada os povos indígenas nas situações acima referidas.

A rigor, a presente Ação Civil Pública versa sobre o direito à igualdade e à proibição de discriminações arbitrárias. Antes de estar relacionada a um direito de segunda geração – como é o caso do direito à saúde -, a demanda se insurge contra violação da obrigação negativa do estado de não discriminar, direito de primeira geração, como é o direito à igualdade. O jurista argentino Víctor Abramovich, uma das principais autoridades internacionais na temática de direitos econômicos, sociais e culturais, destaca a necessidade de atuação do Poder Judiciário **em face da violação de qualquer direito social “quando a legislação na qual se estabelecem as condições de acesso e gozo é discriminatória”** (ABRAMOVICH, Víctor. Linhas de trabalho em direitos econômicos, sociais e culturais: instrumentos e aliados, p. 200).

Assim como o Estado não pode implementar políticas públicas de educação que impeçam o acesso de mulheres e/ou negros, também não pode fazer distinção entre povos indígenas com terras indígenas demarcadas ou não, ou que vivem nos centros urbanos, para fins de justificar o acesso à saúde. Embora a ré defenda sua “discrecionalidade técnica”, **ela não indica nenhum argumento técnico que justifique a discriminação que subjaz à política pública em litígio.** Mesmo se houvesse, o critério técnico teria que estar de acordo com a Constituição brasileira.

É este o objeto específico ora submetido à apreciação judicial: **a política pública que restringe o direito à saúde diferenciada aos povos indígenas que ocupam tradicionalmente territórios formalmente demarcados e que não vivam em centros urbanos está de acordo com as normas constitucionais brasileiras?**

É fato que a Constituição Federal reconhece os povos indígenas enquanto grupos culturalmente diversos, detentores de direitos diferenciados, como direitos territoriais, culturais, ao usufruto exclusivo dos recursos naturais, dentre outros (Artigos 215 e 231). No mesmo sentido, a Convenção nº. 169 da Organização Internacional do Trabalho – amplamente discutida na peça inicial – prevê que os povos indígenas possuem direitos diferenciados em relação a outros grupos que compõem

a sociedade nacional. Não se trata de um privilégio, mas de uma diferenciação legalmente autorizada que visa justamente garantir o pleno acesso aos direitos, atendendo às especificidades sociais, culturais e históricas.

As diferenciações são autorizadas para garantir o acesso a direitos, jamais para negar. É este o caso das políticas de ações afirmativas em universidades públicas, por exemplo. Por isso, é perfeitamente admissível que se implementem políticas públicas específicas de proteção aos povos indígenas em isolamento voluntário – dada sua especial vulnerabilidade – ou que determine traduções de materiais para povos indígenas cuja língua materna não seja a língua oficialmente falada na nação.

No entanto, não há, em qualquer documento, disposição que autorize a diferenciação entre indígenas com terras demarcadas e não demarcadas, ou entre indígenas que vivam nas aldeias ou nos centros urbanos, **sobretudo para fins de negar acesso ao direito à saúde diferenciada**. Aliás, esta discriminação afronta diretamente o artigo 231, §6º da Constituição Federal que prevê o **direito originário** dos indígenas sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Este caráter originário foi reforçado pelo Supremo Tribunal Federal no emblemático julgamento da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, em Roraima:

12. DIREITOS "ORIGINÁRIOS". Os direitos dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam foram constitucionalmente "reconhecidos", e não simplesmente outorgados, com o que o ato de demarcação se orna de natureza declaratória, e não propriamente constitutiva. Ato declaratório de uma situação jurídica ativa preexistente. Essa a razão de a Carta Magna havê-los chamado de "originários", a traduzir um direito mais antigo do que qualquer outro, de maneira a preponderar sobre pretensos direitos adquiridos, mesmo os materializados em escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de não-índios. Atos, estes, que a própria Constituição declarou como "nulos e extintos" (§ 6º do art. 231 da CF) (STF, Pet. 3388, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, 13/03/2009).

Se a demarcação é ato meramente declaratório dos direitos

territoriais dos povos indígenas, não os constituindo, isto significa que a Constituição Federal confere idêntico tratamento jurídico aos povos indígenas e seus direitos territoriais, independentemente de a União ter cumprido ou não com seu dever de realizar a demarcação.

Em brilhante análise, o constitucionalista Daniel Sarmento explica que o artigo 231 da Constituição Federal incorporou os territórios tradicionalmente ocupados ao patrimônio jurídico de todos os povos indígenas, configurando verdadeiro **direito adquirido ao território**. Portanto, os direitos territoriais independem de ato formal de demarcação. A demarcação é, de fato, um ato de suma importância para a proteção da integridade desses territórios, repelindo invasores e garantindo o usufruto exclusivo dos indígenas, jamais para discriminação.

Dito de outro modo, a demarcação formal é um critério discriminatório incompatível com as normas constitucionais para fins de restrição do direito à saúde diferenciada. Consoante consta na inicial, a União esbarra na cláusula de vedação ao comportamento contraditório ao utilizar sua mora em concluir as demarcações como fundamento para se desobrigar da oferta de saúde diferenciada.

Portanto, **a política pública em questão está assentada em um critério inconstitucional, o que demanda a pronta intervenção judicial. Destaca-se que a decisão judicial de fl. 437/440 não criou qualquer política pública, apenas obrigou que a União adeque uma política preexistente aos ditames constitucionais. A União não foi obrigada a desenhar uma nova política de atendimento à saúde – o que, aí sim, constituiria invasão indevida no mérito administrativo – mas apenas determinou que a política pública diferenciada de assistência à saúde indígena passe a abarcar grupos que estavam sendo excluídos de maneira ilegítima e inconstitucional.**

O único critério legalmente estabelecido que pode servir de filtro para a política pública diferenciada de assistência à saúde indígena é a autoidentificação (ou autorreconhecimento), como destacou o r. Juízo em sede liminar:

Sob tal ótica, em substituição ao Integracionismo, albergada pelo Estatuto do Índio (Lei nº. 6.001/73), para fins de identificação de alguém como índio, a ordem jurídica vigente abraça o critério do autorreconhecimento, inaplicáveis que são os dizeres do Estatuto do Índio em face da Convenção nº. 169 da OIT.

Pelo critério do autorreconhecimento, indígena é aquele que se afirme como tal. Em outras palavras, basta ao indivíduo manifestar o sentimento de pertencimento à comunidade indígena para em seu benefício incidirem as normas jurídicas especificamente produzidas para disciplinar a relação jurídica do Estado com os integrantes de tal minoria étnica (fl. 438/438-v).

O Supremo Tribunal Federal entende no mesmo sentido, consante voto magistral da Min. Rosa Weber no bojo da ADI 3239/DF, cuja maioria dos ministros já sinalizou que vai seguir:

Nesse contexto, a eleição do critério da autoatribuição não é arbitrário, tampouco desfundamentado ou viciado. Além de consistir em método autorizado pela antropologia contemporânea, estampa uma opção de política pública legitimada pela Carta da República, na medida em que visa à interrupção do processo de negação sistemática da própria identidade aos grupos marginalizados, este uma injustiça em si mesmo. (Supremo Tribunal Federal, ADI 3.239/DF, Voto Min. Rosa Weber, p. 33).

E a adoção da autoatribuição como critério de determinação da identidade quilombola em absoluto se ressentem, a meu juízo, de ilegitimidade perante a ordem constitucional. Assumindo-se a boa-fé, a ninguém se pode recusar a identidade a si mesmo atribuída – e para a má-fé o direito dispõe de remédios apropriados. Logo, em princípio, ao sujeito que se afirma quilombola ou mocambeiro não se pode negar o direito de assim fazê-lo sem correr o risco de ofender a própria dignidade humana daquele que o faz. (Supremo Tribunal Federal, ADI 3.239/DF, Voto Min. Rosa Weber, p. 34).

Recusar a autoidentificação implica converter a comunidade remanescente do quilombo em gueto, substituindo-se a lógica do reconhecimento pela lógica da segregação (Supremo Tribunal Federal, ADI 3.239/DF, Voto Min. Rosa Weber, p. 47).

Pode-se afirmar que a prática da União de excluir os povos indígenas que ocupam terras não demarcadas ou que vivam nos centros urbanos do atendimento de saúde diferenciado substitui a lógica do reconhecimento pela lógica da segregação.

Reitera-se a necessidade de manter a condenação da União à prestação de serviço público de saúde diferenciada às treze etnias que que vivem na região do baixo rio Tapajós, rio Arapiuns e Planalto Santareno: Borari, Munduruku, Munduruku Cara Preta, Jaraqui, Arapyun, Tupinambá, Tupaiú, Tapajó, Tapuia, Arara Vermelha, Apiaká, Maytapu, Kumaruara, que ocupam tradicionalmente Terras Indígenas não formalmente demarcadas, embora algumas estejam delimitadas (Terras Indígenas Cobra Grande, Bragança-Marituba, Munduruku-Takuara, Maró), assim como garantir a prestação de saúde diferenciada aos indígenas que vivam nos centros urbanos.

Quanto à reserva do possível, já foi explicado que ela não constitui óbice aos pedidos ministeriais. Todo direito envolve custos, seja ele de primeira, de segunda ou terceira geração. A clássica obra de Stephen Holmes e Cass Sustein *The cost of rights*, citada em jurisprudência transcrita pela ré apenas reforça os argumentos do MPF. “O custo dos direitos – por que a liberdade depende de tributos?” demonstra que a garantia de todo e qualquer direito depende, em maior ou menor medida, de recursos financeiros e orçamento. O direito à propriedade, liberdade, à integridade física também dependem de dispêndios financeiros estatais, pois mesmo aqueles direitos que em tese implicam em obrigações negativas por parte do Estado demandam orçamento:

É importante repetir que a objeção à aplicabilidade judicial dos direitos econômicos, sociais e culturais parte da consideração simplista de que esses direitos estabelecem exclusivamente obrigações positivas, ideia que, como vimos, está longe de ser correta. **Tanto os direitos civis e políticos quanto os econômicos, sociais e culturais constituem um complexo de obrigações positivas e negativas** (ABRAMOVICH, Victor. Linhas de trabalho em direitos econômicos, sociais e culturais: instrumentos e aliados, p. 195).

Sendo assim, a reserva do possível não é definitivamente um óbice intransponível, pois isto implicaria retirar a possibilidade de os cidadãos reivindicarem todo e qualquer direito em face do estado. Não se nega a natureza aditiva da presente tutela jurisdicional, que de fato terá repercussões orçamentárias. No entanto, é preciso alertar que o caso sob

litígio é clara hipótese de interdependência entre direitos civis e políticos e direitos sociais. Garantir a igualdade e a não discriminação significa garantir atendimento de saúde diferenciada aos povos indígenas que vivem nos centros urbanos ou ocupam tradicionalmente terras não demarcadas.

Descabido os argumentos da ré em relação à progressiva estruturação da Secretaria Especial de Saúde Indígena. Não se desconhece que a SESAI é um órgão constituído recentemente. Isto em nada muda o fato de que **as decisões políticas e administrativas do órgão quanto à distribuição de cargos e verbas estão sendo tomadas com base em critério inconstitucional que resulta em um público-alvo subestimado, pois não contabiliza os indígenas que vivem nas cidades ou em territórios não demarcados. Isto precisa ser corrigido de maneira urgente para evitar distorções operacionais na implementação da política pública.**

Por fim, destaca-se o caráter fundamental do direito à saúde, positivamente vinculante, dotado de carga normativa e aplicabilidade imediata:

Sabe-se hoje, que os princípios constitucionais, longe de configurarem meras recomendações de caráter moral ou ético, consubstanciam regras jurídicas de caráter prescritivo, hierarquicamente superiores às demais e *“positivamente vinculantes”*, como ensina Gomes Canotilho. A sua inobservância, ao contrário do que muitos pregavam até recentemente, atribuindo-lhes uma natureza apenas programática, deflagra sempre uma consequência jurídica, de maneira compatível com a carga de normatividade que encerram (Supremo Tribunal Federal, ADI 3.239/DF, Voto Min. Rosa Weber, p. 42).

A hipótese aqui examinada não cuida, insisto, de implementação direta, pelo Judiciário, de políticas públicas, amparadas em normas programáticas, supostamente abrigadas na Carta Magna, em alegada ofensa ao princípio da reserva do possível. Ao revés, trata-se do cumprimento da obrigação mais elementar deste Poder que é justamente a de dar concreção aos direitos fundamentais, abrigados em normas constitucionais, ordinárias, regulamentares e internacionais (Supremo Tribunal Federal, ADI 3.239/DF, Voto Min. Rosa Weber, p. 57)

DOS PEDIDOS

Diante do exposto requer que sejam rejeitadas as preliminares arguidas pela União, prosseguindo-se o processo em seus ulteriores termos.

Santarém, 15 de abril de 2016.

LUIS DE CAMÕES LIMA BOAVENTURA
Procurador da República