

pje2g.trf1.jus.br

Processo Judicial Eletrônico:

67-92 minutes

Mensagem



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Procuradoria da República
no Município de Redenção

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR
DESEMBARGADOR FEDERAL PRESIDENTE DO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO**

Ref.: Processo nº 2768-57.2017.4.01.3905

O **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**, apresentado pela Procuradora da República que a este subscreve, inconformado com a decisão de fl. 190/195, que indeferiu o pedido de tutela provisória de urgência, vem, tempestivamente, perante este Egrégio Tribunal, interpor o presente

AGRAVO DE INSTRUMENTO COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

nos termos dos arts. 1.015 e seguintes do Código de Processo Civil, pelo que traz, desde já, as peças necessárias, obrigatórias e facultativas, conforme relação abaixo, requerendo que sejam recebidas e conhecidas as razões do agravo, que seguem anexas, para apreciação e provimento:

1. Decisão Agravada de fls. 190/195 e certidão de termo de vista da decisão agravada de fl. 198.v;
2. Petição Inicial de fls. 03/22;
3. Manifestação da União de fls. 174/185;
4. Acervo probatório de fls. 23/170.

A subscritora deste recurso, nesta oportunidade, atesta a autenticidade de todas as peças que instruem o presente instrumento e ressalva, inclusive, que parte das folhas não foi numerada na Justiça Federal de Redenção, pelo que contém apenas a numeração do Inquérito Civil originário, mas compõe o processo de primeira instância.

Indica, desde já, os nomes e endereços dos representantes judiciais das partes:

DA AGRAVANTE:

TATIANA DE NORONHA VERSIANI RIBEIRO –
Procuradora da República;

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL – PROCURADORIA DA
REPÚBLICA EM REDENÇÃO/PA - Rua Pedro Coelho de

Camargo, 280, Park dos Buritis I, CEP 68.551-240 –
Redenção – PA.

DA AGRAVADA:

UNIÃO FEDERAL – Pessoa Jurídica de Direito Público
Interno, com endereço conhecido deste Tribunal,
representada pela Advocacia-Geral da União.

Nestes termos,

Pede deferimento.

Redenção/PA, 1º de março de 2018

Tatiana de Noronha Versiani Ribeiro

Procuradora da República

RAZÕES DO AGRAVO

PROCESSO Nº 2768-57.2017.4.01.3905

AGRAVANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

AGRAVADA: UNIÃO FEDERAL

**EGRÉGIO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª
REGIÃO,**

COLEDA TURMA,

ILUSTRE RELATOR,

DOUTA PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA

Inicialmente, o MPF requer que o presente agravo seja
recebido, na forma de **instrumento**, com as razões e
documentos que dele fazem parte e que seja determinado
seu processamento, nos termos da lei, notadamente

reconhecendo que a interposição se dá em face de decisão suscetível de causar lesão grave e de difícil reparação, uma vez que posterga a prestação de serviço público de saúde diferenciada aos indígenas da etnia ATIKUN que habitam a região da subseção judiciária de Redenção/PA.

Conforme exaustivamente demonstrado na inicial, o indeferimento da tutela provisória de urgência condena os indígenas a continuarem suportando condições precárias de saúde e saneamento básico, pelo que é imperiosa a revisão da decisão agravada, a qual indeferiu a tutela pleiteada em primeira instância (fls. 190/195).

I - DA TEMPESTIVIDADE E DO CABIMENTO

Preliminarmente, destaque-se que é tempestivo o presente recurso, haja vista que o MPF teve ciência da decisão de fl. 190/195, na data de 27 de fevereiro de 2018, consoante comprovante de fl. 198-v (constante do instrumento).

Consequentemente, tendo em vista a contagem em dobro do prazo para interposição de recursos, nos termos do art. 183 do CPC, verifica-se que o prazo para recorrer da decisão ora guerreada encerrar-se-á tão somente no dia 13/04/2018

A respeito do cabimento do presente recurso, diz o art. 1015, do CPC, a seguir transcrito:

Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:

I - tutelas provisórias;

No caso em análise o recurso cabível é o agravo de

instrumento em virtude da decisão combatida versar sobre antecipação de tutela.

II - DO RESUMO DA PRESENTE DEMANDA

Cuida-se de ação civil pública com pedido de tutela antecipada visando à condenação da União Federal à efetiva prestação do serviço público de saúde diferenciada aos indígenas da etnia ATIKUN. O referido povo vive em terras indígenas ainda não integralmente demarcadas.

Também visa a presente ação que seja condenada a requerida a prestar o mesmo atendimento aos indígenas não aldeados ou que residam nos centros urbanos dos Municípios situados na circunscrição deste Juízo por algum motivo (estudo, trabalho, etc...), inclusive àqueles que sejam oriundos de um território já coberto por algum Distrito Sanitário Especial Indígena - DSEI.

A Ação Civil Pública originária baseou-se no Inquérito Civil Público número 1.23.005.000122/2014-18, instaurado para apurar a ausência de atenção à saúde da comunidade indígena ATIKUN que habita a região da subseção judiciária de Redenção.

Os membros da etnia residem na Aldeia Umã (fls. 03 e 07 do IC), em Redenção.

Todavia, a Aldeia não foi contemplada com ações básicas de saneamento e os indígenas não são atendidos pelo Distrito Sanitário Especial Indígena respectivo – DSEI Kayapó do Pará.

A negativa do atendimento diferenciado, que é direito dos

indígenas, baseia-se na alegação de ausência de demarcação das terras indígenas e, ainda, na alegação de que se trata de indígenas não aldeados (residentes em áreas urbanas).

Foi expedida RECOMENDAÇÃO ao DSEI Kayapó do Pará (recomendação 01/2015), determinando-se a prestação dos serviços de saúde para a etnia ATIKUN.

Porém, a recomendação não foi cumprida, com lastro no parecer técnico de fls. 92/97, o qual informa que a SESAI tem competência para prestar atendimento aos indígenas apenas nas aldeias. De acordo com tal entendimento, a SESAI encontraria sua razão de ser pelas especificidades desses indígenas aldeados, que, sozinhos, teriam grandes dificuldades de acesso ao serviço de saúde prestado pelo SUS. Assim, os demais indígenas (aqueles que vivem em territórios ainda não demarcados e os não aldeados) perderiam, segundo a SESAI, suas identidades indígenas e deveriam ser assistidos tão somente pelo SUS, como os demais brasileiros.

Traduzindo bem a infeliz e preocupante desvirtuação de conceitos e inversões de valores que o Estado brasileiro pratica há muito (sobretudo quando a pauta é temática indígena), o parecer conclui que os indígenas ATIKUN seriam aculturados (termo absurdamente empregado em fls. 95) e, portanto, sem direito ao atendimento diferenciado. Causa espanto tal declaração, pois, a um só tempo, substitui a compreensão de um direito por um “privilégio” e menospreza a condição identitária indígena,

como se o índio “urbanizado” (termo inequivocamente pejorativo, diga-se de passagem) fosse menos índio que os demais, numa clara visão edílica do bom selvagem, visão esta abandonada pela Constituição Federal de 1988 e pela Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho. Ambas as normativas garantiram o direito supremo à auto-determinação desses povos, garantindo a eles o respeito à forma de sobrevivência e aos costumes que bem entenderem seguir, sem padronizações e estigmatizações exógenas.

Destaque-se que os relatórios apresentados pela própria SESAI demonstram as precárias condições de saúde e saneamento básico da Aldeia Umã (e.g.: fls. 156), pelo que não se discute a necessidade urgente do atendimento. A negativa advém, frisa-se, exclusivamente da tentativa se eximir da responsabilidade de prestação do serviço. Tal fato se percebe, igualmente, nas atas de reuniões realizadas com o coordenador do DSEI (e.g: fls. 113 e 126 do IC).

Na mesma linha, em fls. 36/45 e 143/150, constam relatórios de visita à Aldeia (anos de 2014 e 2017, respectivamente), no qual resta demonstrada, indubitavelmente, a necessidade de atendimento à saúde e de adoção de medidas de saneamento básico em favor da comunidade.

Assim, o que se evidencia é que a Secretaria Especial de Saúde Indígena (SESAI) não inclui no Subsistema de Saúde específico os povos indígenas que não tiveram suas terras objeto de procedimentos demarcatórios concluídos.

Como consequência, a etnia ATIKUN, presente na região há mais de 20 (vinte) anos, não tem acesso à saúde diferenciada, como lhes é de direito. A mesma negativa de atendimento tem se verificado em relação aos indígenas não aldeados por algum motivo e que estão na área urbana, mesmo sendo oriundos de territórios indígenas vinculados a outros distritos sanitários especiais.

III – DO EQUÍVOCO DA DECISÃO COMBATIDA: NECESSIDADE DA GARANTIA DE ATENDIMENTO NO SISTEMA DIFERENCIADO DE SAÚDE INDÍGENA

A presente demanda encontra-se instruída com o IC nº 1.23.005.000122/2014-18, que demonstra com fartura de prova que as precárias condições de saúde e saneamento a que estão submetidos os indígenas da etnia Atikun.

Destaque-se, como já mencionado, que a divergência posta sequer paira mais sobre tais constatações, mas sim sobre a responsabilidade na prestação dos serviços de saúde e de saneamento.

Nesta perspectiva, a decisão agravada baseou-se nas normativas legais e infralegais sobre tema, interpretando restritivamente a abrangência do sistema de saúde indígena e olvidando a perspectiva constitucional e supralegal sobre o tema. Aduziu, também, que os indígenas residem na área urbana do município de Redenção e de que não há indícios de que a área que aguarda demarcação (situada na mesma cidade) seja tradicionalmente ocupada pelo povo. Por fim, pontuou que a medida antecipatória se confunde, ao menos em parte,

com o objeto da demanda principal e implicaria considerável dispêndio de recursos públicos.

Iniciando pelo último ponto, cabe frisar que não há qualquer impeditivo na concessão da tutela antecipada satisfativa, mormente quando o Novo Código de Processo Civil passou a prever, inclusive, a possibilidade de estabilização das medidas de urgência.

De fato, o objetivo da antecipação de tutela é exatamente a obtenção antecipada dos bens e direitos requeridos em sede definitiva, dado o ônus excessivo da demora natural do processo para a parte.

Os pedidos antecipatórios requeridos na inicial e aqui reiterados são, no mais, reversíveis, pelo que não há que se falar em esgotamento da ação em razão do deferimento.

Os argumentos de dispêndio de recursos públicos e de ponderação da reserva do possível tampouco se sustentam. A uma, porque não é possível opor a reserva do possível a direitos fundamentais, como é o caso do direito à saúde ora debatido. A duas, e principalmente, porque a própria decisão aduz que a alternativa à atenção no sistema de saúde indígena é o atendimento pelo SUS, que também é custeado com recursos públicos.

Ou seja, não há debate sobre as condições precárias a que estão submetidos os indígenas, não há debate sobre a responsabilidade do Poder Público para sanar o quadro apresentado – portanto, com invariável dispêndio financeiro – há debate, exclusivamente, sobre qual dos sistemas públicos de saúde atenderá os indígenas em questão.

Passo, então, à análise deste ponto.

III.I - DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E ESPECIFICIDADES DA ASSISTÊNCIA À SAÚDE INDÍGENA (Lei nº 8.080/90, alterada pela Lei nº 9.836/99)

Condição indissociável do direito à vida, a saúde recebe tutela protetiva estatal especial, devendo estar plenamente integrada às políticas públicas governamentais. O art. 196 da Constituição Federal assim expressa, *in verbis*:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Particularmente no que diz respeito aos povos indígenas, a atual Carta Magna lhes reconhece sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, bem como os direitos originários das terras que tradicionalmente ocupam, incumbindo à União demarcar tais terras, proteger e respeitar os bens das populações indígenas:

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

A Convenção nº 169, de 1989, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), exige que os Estados reconheçam e valorizem a cultura indígena. Seu art. 5º

dispõe, *in verbis*:

Ao se aplicar as disposições da presente Convenção:

- a) deverão ser reconhecidos e protegidos os valores e práticas sociais, culturais, religiosos e espirituais próprios dos povos mencionados e dever-se-á levar na devida consideração a natureza dos problemas que lhes sejam apresentados, tanto coletiva quanto individualmente;
- b) deverá ser respeitada a integridade dos valores, práticas e instituições desses povos;

O multiculturalismo e a pluriétnicidade estabelecidas no art. 231 da Constituição Federal de 1988 acarretam, para o Estado brasileiro (*lato sensu*, isto é, compreendido em todas suas esferas), o dever inarredável de prestar políticas públicas adequadas à diversidade cultural.

Sem qualquer margem a questionamentos, dentre os direitos fundamentais dos povos indígenas está o acesso à saúde, que reclama um modelo adequado à diversidade de seus valores culturais e que atenda aos princípios do controle social, da integralidade e da universalidade próprios do Sistema Único de Saúde (SUS), mas, também, de **diferenciação, especificidade e tradição cultural que lhe são peculiares**.

A Lei nº 8.080, de setembro de 1990, criou o Sistema Único de Saúde (SUS), sem qualquer preocupação com a implementação de uma política diferenciada de saúde destinada aos índios. Por sua vez, o Decreto 3.156 (que revogou o Decreto 1.141, de 5 de maio de 1994), de 27 de

agosto de 1999, realçou o dever da União na prestação dos serviços de saúde para os povos indígenas, sublinhando a concepção de que tal subsistema não prejudica a utilização do sistema único por estes povos.

Atendendo às exigências do reconhecimento da identidade cultural dos índios, o legislador infraconstitucional, conforme já referido, acrescentou à Lei nº 8.080/90, através da Lei nº 9.836/99, o Capítulo V ao Título II, o qual instituiu o Subsistema de Atenção à Saúde Indígena, componente do SUS:

Art. 19-A. As ações e serviços de saúde voltados para o atendimento das populações indígenas, em todo o território nacional, coletiva ou individualmente, obedecerão ao disposto nesta Lei.

Art. 19-B. É instituído um Subsistema de Atenção à Saúde Indígena, componente do Sistema Único de Saúde – SUS, criado e definido por esta Lei, e pela Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990, com o qual funcionará em perfeita integração. (*grifo nosso*)

Art. 19-C. Caberá à União, com seus recursos próprios, financiar o Subsistema de Atenção à Saúde Indígena.

Art. 19-D. O SUS promoverá a articulação do Subsistema instituído por esta Lei com os órgãos responsáveis pela Política Indígena do País.

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

Art. 19-F. Dever-se-á obrigatoriamente levar em consideração a realidade local e as especificidades da cultura dos povos indígenas e o modelo a ser adotado para a atenção à saúde indígena, que se deve pautar por uma abordagem diferenciada e global, contemplando os aspectos de assistência à saúde, saneamento básico, nutrição, habitação, meio ambiente, demarcação de terras, educação sanitária e integração institucional. *(grifo nosso)*

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

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

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

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

Art. 19-H. As populações indígenas terão direito a participar dos organismos colegiados de formulação, acompanhamento e avaliação das políticas de saúde, tais

como o Conselho Nacional de Saúde e os Conselhos Estaduais e Municipais de Saúde, quando for o caso.

Também com influência pluralista, a Política Nacional de Atenção à Saúde Indígena foi aprovada pela Portaria do Ministério da Saúde nº 254, de 31 de janeiro de 2002. Nela estão contidas as diretrizes para as ações de atenção à saúde dos povos indígenas, entre as quais se destacam:

- a) Preparação de recursos humanos para atuação em contexto intercultural;
- b) Monitoramento das ações de saúde dirigidas aos povos indígenas;
- c) Articulação dos sistemas tradicionais indígenas de saúde;
- d) Promoção de ambientes saudáveis e proteção da saúde indígena;
- e) Controle social.

O Subsistema de Atenção à Saúde Indígena – SasiSUS e a Política Nacional de Atenção à Saúde dos Povos Indígenas representa, assim, a concretização de um direito fundamental social e o reconhecimento de que os índios merecem tratamento que atente para suas especificidades socioculturais, às doenças que os afetam, à logística de transporte de pacientes e de insumos e aos anseios das 305 (trezentos e cinco) etnias (segundo dados do Censo de 2010 do IBGE) que compõem essa população de cerca de 900 mil pessoas.

O referido subsistema, que tem como objetivo favorecer a

superação dos fatores que geram a vulnerabilidade aos agravos à saúde dos índios, é organizado em Distritos Sanitários Especiais Indígenas (DSEI), que são uma delimitação geográfica que contempla aspectos demográficos e etno-culturais, sob responsabilidade do gestor federal. A estrutura do DSEI é composta por:

a) Postos de Saúde situados dentro das aldeias indígenas (AIS);

b) Agentes indígenas de saneamento (AISAN); e

1.

1.

1.

1.

c) Polos-base com equipes multidisciplinares de saúde indígena; e

d) Casa de Saúde Indígena (CASAI), que apoia as atividades de referência para o atendimento de média e alta complexidade e realiza atendimento dos indígenas que estão nas cidades.

As demandas que não forem atendidas no grau de resolutividade dos polos-base são referenciadas para a rede de serviços do SUS e, nestes casos, devem ser oferecidos serviços de apoio aos pacientes encaminhados, através das Casas de Saúde Indígena (CASAI), localizadas em municípios de referência dos Distritos Sanitários.

Verifica-se, desta feita, que a organização da rede de serviços de saúde nos Distritos Sanitários Especiais

Indígenas (DSEI) deve ocorrer da seguinte forma: o atendimento é realizado nos postos de saúde, localizados nas aldeias, por equipes multidisciplinares de saúde indígena, compostas por médico, enfermeiro, odontólogo, auxiliares de enfermagem e agentes indígenas de saúde e de saneamento. Sendo insuficiente esse atendimento na aldeia, os pacientes são encaminhados ao polo-base, que os referencia para a rede geral do SUS nos Municípios. As Casas de Saúde do Índio (CASAs), também localizadas nos Municípios, prestam serviço de apoio aos pacientes encaminhados à rede SUS.

Portanto, este subsistema, criado com o intuito de respeitar as culturas e valores de cada etnia, bem como integrar as ações da medicina tradicional com as práticas de saúde adotadas pelas comunidades indígenas, não substitui o Sistema Único de Saúde. Ao contrário, é complementar a este, dedicando-se, por meio dos Distritos Sanitários Especiais Indígenas (mencionados no art. 19-G, § 1º, da Lei nº 9.836/99), ao atendimento primário e de baixa complexidade. Os atendimentos de média e alta complexidades seguem no SUS.

Resta evidente, portanto, que não se pretende imputar ao sistema diferenciado mais atribuições do que a regulamentação atual lhe impõe. O SUS continuará sendo acionado para os casos complementares, mas desde que estes casos sejam referenciados pelo sistema diferenciado.

III.II - A INDEPENDÊNCIA DO DIREITO À SAÚDE DIFERENCIADA EM RELAÇÃO À DEMARCAÇÃO DE

TERRITÓRIOS TRADICIONAIS

Nota-se da estrutura do Subsistema de Atenção à Saúde Indígena, que ele foi planejado para que os indígenas recebam atendimento preventivo e de atenção básica preferencialmente nas aldeias, evitando o deslocamento para a cidade. Somente nos casos de insuficiência dos serviços de saúde e saneamento prestados nas aldeias, o indígena é encaminhado à cidade para obter serviços de referência pelo SUS em articulação com as CASAs e os polos-base. Devidamente consultado e medicado, o paciente retorna ao seu local de residência.

Ocorre que populações indígenas devidamente identificadas, mas em terras ainda não regularizadas, têm sido excluídas do atendimento pelo subsistema e de obras necessárias ao saneamento e saúde pública. Com grande dificuldade de acesso ao sistema geral de saúde do SUS e sem acesso ao serviço prestado pelo subsistema de saúde indígena, essas comunidades não são incluídas no orçamento e nem registradas nos sistemas de informação da SESAI.

Os responsáveis pela gestão do subsistema de saúde indígena, há tempos e reiteradamente, têm recusado a implementação de políticas públicas de saúde e de saneamento básico aos índios que residem em terras indígenas cujo procedimento de demarcação não tenha sido definitivamente concluído. Exemplo dessa negativa é o teor do parecer de fls. 92/97, já citado.

Outra demonstração de empecilho para o acesso à saúde e

saneamento básico pelas populações indígenas que não residem em áreas regularizadas é teor do Anexo 1 da antiga Portaria FUNASA nº 479, de 13 de agosto de 2001, que, em seu item 9, inciso I, estabelece a necessidade de verificação, para a execução de projetos físicos de estabelecimentos de saúde em áreas indígenas, de cópia autenticada da certidão de registro do imóvel ou anexo III da Portaria MS nº270, de 06 de abril de 1999, devidamente preenchidos. No mesmo sentido, o Anexo II da referida portaria, em seu item 7, alínea *b*, estabelece a necessidade de *"verificação de lei de outorga das terras indígenas a serem trabalhadas"*, para a eventual execução de obras para abastecimento de água, melhorias sanitárias e esgotamento sanitário em áreas indígenas.

Em virtude dessa situação, as 5ª e 6ª Câmaras de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, em agosto de 2009, quando a gestão da saúde indígena era ainda de responsabilidade da FUNASA, resolveram criar o seguinte enunciado:

*A Fundação Nacional de Saúde tem a responsabilidade de, nos casos em que se constate a presença de populações indígenas, situadas em **áreas regularizadas ou não**, adotar todas as medidas possíveis visando ao seu pleno atendimento, no campo da saúde e do saneamento básico, inclusive com a execução de obras de caráter permanente ou temporário. (grifo nosso)*

O conteúdo do enunciado, feita a devida adequação quanto ao responsável pela gestão da saúde indígena,

hodiernamente desempenhada pela SESAI, permanece atual, tendo em vista a manutenção da orientação de recusa de atendimento a populações indígenas situadas em áreas não regularizadas, como é o caso dos indígenas da etnia ATIKUN que habitam a região desta subseção judiciária.

Depreende-se, nesse diapasão, que a morosidade dos processos de demarcação das terras tradicionalmente ocupadas por índios no Brasil tem inviabilizado a concretização da assistência especial à saúde das populações indígenas que ainda não tiveram seu território definitivamente regularizado, causando, assim, um fator de discrimen ilegítimo entre povos indígenas ocupantes de terras demarcadas e indígenas cujo território ainda não foi declarado como tradicional.

Pior: com esse expediente, a União utiliza como fundamento de abstenção de cumprimento de um dever legal (atendimento diferenciado à saúde indígena) justamente a não concretização de outro direito que lhe compete executar (a regularização fundiária)! É certo, portanto, que estamos diante de uma situação típica de incidência do princípio do *nemo potest venire contra factum proprium* (ou vedação do comportamento contraditório).

Em que pese o dever constitucional da União de concluir a demarcação das terras indígenas no prazo de cinco anos a partir da promulgação da Carta de 1988, é fato notório que diversas populações indígenas até hoje não tiveram seus territórios tradicionais regularizados. Em razão dessa mora

no cumprimento do dever de demarcação, muitas etnias vivem em suas terras sem a conclusão, ou mesmo a iniciação, do procedimento demarcatório. Outras populações indígenas, alijadas dos territórios que tradicionalmente ocupavam, vivem em acampamentos, barracos e outras habitações precárias à espera de que, um dia, suas terras lhes sejam oficialmente restituídas

No caso em tela, o grupo, que atualmente habita a região da subseção judiciária de Redenção, foi forçado a deixar a Aldeia de origem exatamente por questões de sobrevivência (fls. 135).

Com efeito, a falta do território regularizado, que não é demarcado exatamente por indevida mora da União e da Fundação Nacional do Índio, tem sido justificativa oficial para a negativa de prestação dos serviços de saúde e de oferecimento de outros programas destinados aos indígenas. Assim, a delonga na conclusão dos procedimentos demarcatórios tem criado um duplo ônus aos indígenas, pois, além da insegurança de não terem um território oficialmente delimitado para sua reprodução física e cultural, ainda lhes implica a recusa da prestação de serviços de saúde e de saneamento.

Portanto, não se pode atrelar a execução de obras e serviços necessários ao saneamento e saúde públicas à conclusão dos procedimentos demarcatórios, sob pena de a omissão do Estado na demarcação de terras gerar outra omissão, esta no cumprimento de deveres essenciais à proteção e à manutenção de uma vida saudável para as

comunidades indígenas.

Nesta perspectiva, os fundamentos da decisão agrava que dizem respeito à probabilidade da demarcação da Terra Indígena não são pertinentes ao debate apresentado, pois o que temos é exatamente a independência dos direitos em questão. Argumentar que “não há indícios de ocupação tradicional no imóvel vistoriado” e que a reivindicação fundiária do respectivo povo encontra-se em “estágio embrionário da demarcação” é trazer aos autos uma discussão estranha à lide. E pior, já se emitiu juízo negativo sobre direitos que sequer foram pleiteados na inicial da ACP.

Em verdade, o simples fato de a demanda territorial se encontrar há quase uma década em “estágio embrionário” já é uma ofensa aos direitos da comunidade por si só. Todavia, não é a ofensa que se discute na presente lide.

III.III - IGUALDADE DE DIREITOS ENTRE INDÍGENAS HABITANTES DE TERRAS DEMARCADAS E NÃO DEMARCADAS. AUTO-IDENTIFICAÇÃO COMO CRITÉRIO FUNDAMENTAL PARA RECONHECIMENTO DA IDENTIDADE ÉTNICA DO GRUPO

O paradigma multicultural, exaltado pela Constituição Federal de 1988 e pela Convenção nº 169/OIT, ratificada pelo Brasil, põs abaixo a visão de que o Estado brasileiro pode impor o seu olhar homogêneo às diversidades étnicas, culturais e comportamentais existentes na sociedade brasileira. Ao contrário, passa a prevalecer a igualdade como reconhecimento, em que o direito à

diferença deve servir como mais um norte a guiar as políticas públicas do Estado brasileiro, o que ganha especial relevo quando se trata da compreensão dos modos de vida das populações indígenas.

No presente caso, para nortear toda a aplicação das normas referentes à saúde indígena e ao caso concreto, deve-se partir de duas premissas: **(i)** a saúde enquanto direito fundamental social e dever do Estado (art. 6º, *caput*, c/c art. 196, da CR/88)¹ e **(ii)** a atenção diferenciada aos índios, em respeito ao paradigma multicultural (art. 231, da CR/88² e Convenção 169/1989, da OIT).

A saúde é um direito fundamental social (art. 6º, *caput*), pertencente a todos e dever do Estado, nos termos do art. 196 da Constituição da República. Tal direito possui intrínseca relação com a inviolabilidade do direito à vida (art. 5º, *caput*) e com o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, em seu aspecto material, tendo em vista a necessidade de o Estado assegurar positivamente a prestação do serviço público em questão e viabilizar a execução dos projetos de vida de toda a coletividade.

A saúde indígena representa, assim, a concretização de um direito fundamental social e o reconhecimento de que os índios merecem tratamento que atente às suas especificidades socioculturais, às doenças que os afetam, à logística de transporte de pacientes e de insumos.

No entanto, os relatórios e atas de reunião do Inquérito Civil de referência demonstram a defasagem na prestação deste serviço essencial, que deixa desassistidos os

indígenas que não habitem territórios demarcados.

Tal cenário merece um enfrentamento mais contundente pelos órgãos que detêm a prerrogativa constitucional de tornar efetivas as garantias previstas na lei fundamental, notadamente o Ministério Público e o Judiciário, de modo a que seja assegurada aos povos indígenas a efetiva prestação do serviço, bem como a que a gestão dos recursos da SESAI atenda aos princípios orientadores da Administração Pública e à concretização dos direitos fundamentais já mencionados.

A adoção da demarcação do território em que as populações indígenas vivem como critério determinante para a prestação de assistência à saúde e de serviços de saneamento caracteriza ofensa discriminatória à identidade desses povos. Com efeito, merece ponderação a assertiva de José Maurício Arruti³ no sentido de que a tradição legalista e o forte senso comum sobre o que deve ser um índio (naturalidade e imemorialidade) têm funcionado como sérios obstáculos à implementação de direitos dos indígenas.

Urge salientar que o princípio integracionista (ou assimilacionista), presente ainda em alguns trechos de artigos do Estatuto do Índio (art. 2º, VI e VII, Lei 6.001/1973), encontra-se superado. Os dispositivos que tratam da matéria sob esse prisma não foram recepcionados pela nova ordem constitucional. Segundo ele, os indígenas estariam em um estado menos evoluído da raça humana e o Estado deveria buscar sua integração

à sociedade civilizada e proporcionar seu desenvolvimento. Nesta ótica, a cultura nacional deve ser homogênea, não podendo coexistir em âmbito nacional diferentes organizações culturais, tradições e línguas.

Nesse sentido, cumpre observar que o citado Estatuto do Índio possui inequívoca inspiração ditatorial e opressora de direitos, haja vista o regime de governo em vigor na época de sua edição e promulgação. Tal fato é inclusive lembrado pelo Relatório Final da Comissão Nacional da Verdade (volume 2 – texto 5 – item b.6), publicado em 10 de dezembro de 2014⁴. Na oportunidade, a CNV asseverou que o Estatuto tornou “*legais*” (à época) práticas condenáveis de assimilacionismo forçado de índios, em claro intuito de etnocídio e/ou descaracterização dessas sociedades.

Porém, a nova ordem jurídica, implementada pela Constituição Federal de 1988, acolhe a relatividade das culturas, conforme preceituado nos arts. 215 e 231 da Carta Magna. Assim, não busca a ordem constitucional assimilar o índio à comunhão nacional, mas respeitar seus costumes, crenças e tradições, valorizando sua diversidade como enriquecimento cultural e conferindo a eles o direito à diferença. Toda a normativa referente aos indígenas deve ser, portanto, lida à luz do novo e atual paradigma constitucional, qual seja, da autodeterminação desses povos e do pluralismo étnico.

Precisamos afastar, de uma vez por todas, a ideia de índio estereotipado - tal como nos apresentaram durante toda

nossa vida escolar - como um museu vivo. Ou seja, não é necessária a manutenção de um isolamento forçado dessas comunidades de modo a impedir seu acesso a bens e utilidades da vida moderna para que só assim sejam reconhecidos como índios. Soa até como um clichê, mas o indígena não deixa de ser índio por usar calça jeans, telefone celular, estudar em Universidade ou morar em área urbana. Também não é imprescindível, para ser indígena, que suas terras sejam demarcadas. O que define o indígena é seu autorreconhecimento como tal e sua ligação aos costumes, crenças e tradições. É o pertencimento a um grupo culturalmente diferenciado e não a utilização indispensável de tangas, arco e flecha.

Deve-se aceitar que assim como as sociedades não-indígenas apoderaram-se de práticas culturais fluidas e dinâmicas ao longo dos tempos, o mesmo ocorreu com os indígenas. Não se pode, portanto, exigir que o índio de hoje seja o mesmo de 500 anos atrás, sob pena de não o sendo não ser mais índio.

Disso resulta que o direito deve acompanhar as mudanças havidas nessa parcela da população. Se, por um lado, os indígenas tem direito a preservar sua diferença cultural, por outro, podem, sem abrir mão da sua condição de índio, ter acesso a todos os bens oferecidos à sociedade moderna. Exemplo disso é a política de cotas nas universidades públicas. Seria no mínimo um contrassenso instituir cotas para indígenas, garantindo e ampliando o acesso ao direito fundamental à educação, se, para tanto, com sua vinda para a cidade - restando temporariamente não aldeado ou

mesmo afastado do DSEI que atende sua comunidade – perdesse o seu direito de gozar do sistema de saúde diferenciada.

Logo, é pressuposto para previsão, planejamento e execução de qualquer política pública em relação aos povos indígenas que se adote os critérios normativos de identificação indígena, sem acréscimo de outros com indevido conteúdo discriminatório. Para tanto, basta a análise do predisposto no art. 1.2 da Convenção 169 da OIT, *in verbis*:

Convenção 169 da OIT

Art. 1º (...)

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

Assim, a consciência da identidade indígena ou tribal, ou seja, a auto-afirmação do grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional, deve ser considerada como critério fundamental para a definição dos povos indígenas e nenhum Estado ou grupo social tem o direito de negar a identidade a um povo indígena ou tribal que como tal ele próprio se reconheça.

-

O critério do autorreconhecimento não merece reparos, na medida em que parte da escorreita premissa de que, na definição de uma identidade étnica, é fundamental levar em

consideração as percepções dos próprios sujeitos que estão sendo identificados, sob pena de se validarem percepções etnocêntricas ou essencialistas de observadores externos, impregnados que são de preconceitos (prévios conceitos), dada a vivência de uma cultura distinta. A noção primacial, e que deve ser compreendida a partir do próprio princípio da dignidade da pessoa humana, é de que, na definição da identidade, não há como ignorar a visão que o próprio sujeito de direito tem de si, sob pena de se verificarem sérias arbitrariedades e violências, concretas ou simbólicas, tal como a que presenciamos nos expedientes denunciados nesta demanda.

Nesse sentido, os direitos indígenas, incluídos nestes o atendimento de saúde pelo Subsistema de Atenção à Saúde Indígena, não podem ser recusados àqueles que, embora possuam consciência de sua identidade indígena e assim se afirmam, vivem em terras cujos procedimentos demarcatórios ainda não tenham sido concluídos ou sequer iniciados pelo órgão competente.

Não há dúvidas, portanto, de que a identidade indígena não depende do local em que o índio vive, mostrando-se ilegal e ilegítimo, pois, o discrimen utilizado pelos entes públicos na operacionalização do serviço de saúde. A propósito, traz-se à colação a Portaria do Ministério da Saúde nº 1.163/99, que dispõe:

Art. 1º. Determinar que a execução das ações de atenção à saúde dos povos indígenas dar-se-á por intermédio da

FUNASA, em estreita articulação com a Secretaria de Assistência à Saúde/SAS, em conformidade com as políticas e diretrizes definidas para atenção à saúde dos povos indígenas

Art. 2º Estabelecer as seguintes atribuições à Fundação Nacional da Saúde com relação aos povos indígenas:

I – promover a implantação dos Distritos Sanitários Especiais Indígenas – DSEI, visando facilitar o acesso dos povos indígenas às ações e serviços básicos de saúde;

(...)

Art. 3º (...).

Parágrafo Único: A recusa de quaisquer instituições, públicas ou privadas, ligadas ao SUS, em prestar assistência aos índios configura ato ilícito, passível de punição pelos órgãos competentes.” (*grifou-se*)

Desta feita, não há como recusar aos indígenas que vivem em aldeias situadas em territórios ainda não demarcados o atendimento de saúde dado às demais populações indígenas que já tiveram sua terra regularizada pela União, uma vez que, como exposto, inexistente qualquer fator de diferenciação legítima entre esses grupos em se tratando de acesso ao subsistema Sasi/SUS.

**III.IV - DA INTERPRETAÇÃO CONFORME À
CONSTITUIÇÃO DO PARÁGRAFO ÚNICO, DO ART. 2º,
DO DECRETO nº 3.159/1999. A IGUALDADE DO
DIREITO À PRESTAÇÃO DE ATENDIMENTO À SAÚDE
DIFERENCIADA AOS INDÍGENAS ALDEADOS E AOS**

NÃO ALDEADOS.

O constitucionalismo acentuou a supremacia do corpo constitucional em relação às demais normas presentes no ordenamento jurídico. É através da Constituição que se postula a unidade e sistematização de todo o aparato legal, objetivando-se a preservação e garantia de sua força ordenadora, gerando, assim, efeitos na realidade social. No Brasil, a superioridade da Lei maior está explicitamente mencionada em diversos dispositivos dispersos no texto constitucional.

Diante da necessidade de compatibilizar as diversas normas ao ordenamento constitucional, lança-se mão de métodos interpretativos, dentre os quais a interpretação conforme à Constituição ganha especial relevo, aplicável ao caso narrado.

Sob esse ponto de vista é que se pode examinar a adequação das normas inferiores à superior. Portanto, a interpretação conforme à Constituição é resultante lógico da supremacia constitucional, existindo, enfim, para garanti-la. A finalidade do método hermenêutico é, sempre, dar a lei o sentido adequado da Constituição Federal.

Nesse sentido, o constituinte originário, além de reconhecer aos índios sua organização social, costumes, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam (CF/1988, art. 231, caput), atribuiu à União competência para demarcar suas terras e proteger e fazer respeitar todos os seus bens. Ora, dentre esses bens, evidentemente inclui-se a saúde, direito

elementar, já que sem ele grande parte dos demais bens não seriam sequer desfrutáveis. Isto implica no dever do poder público de prever políticas e providências afetas à matéria que confirmam tratamento específico e diferenciado aos indígenas, adequado à sua identidade cultural⁵. Note-se, porém, que este tratamento diferenciado não contempla qualquer discriminação entre os indígenas aldeados e não aldeados.

Por seu turno, o Decreto nº 3.156/99 e a Portaria Ministerial nº 2.656/07 conferiram ao DSEI a função de ser uma unidade de organização, definindo-a como uma base territorial e populacional na qual se desenvolvem ações diferenciadas indispensáveis para a atenção básica à saúde indígena. O art. 8º do Decreto nº 3.156/99 determina que os DSEI prestarão assistência à saúde das populações indígenas, não fazendo qualquer distinção entre aldeados e desaldeados.

Verifica-se da documentação de fls. 88/97 que a SESAI nega-se a prestar o atendimento diferenciado sob o argumento de que tem competência para prestar atendimento aos indígenas apenas nas aldeias. Entre os dispositivos mencionados, está o art. 2ª, parágrafo único, do Decreto 3.159/1999, *in verbis*:

“art. 2º

(...)

Parágrafo único - A organização das atividades de atenção à saúde das populações indígenas dar-se-á no âmbito do

Sistema Único de Saúde e efetivar-se-á, progressivamente, por intermédio dos Distritos Sanitários Especiais Indígenas, **ficando assegurados os serviços de atendimento básico no âmbito das terras indígenas.**

Os subscritores do já mencionado parecer afirmam que o atendimento pelo DISEI à etnia ATIKUN poderia ser interpretado como um “atendimento preferencial, o que poderia vir a constituir em problemática” (fls. 96)

É notória a incompatibilidade com a Constituição Federal de 1988 da interpretação dada pela SESAI ao artigo 2º, § único, do Decreto 3.156/99, encampada pela decisão agravada, pois afronta diretamente os arts. 1º, III, art. 5º, caput, art. 196 e art. 231, todos da Lei Maior. Por via de consequência, é inconstitucional o ato de recusa de atendimento diferenciado aos indígenas desaldeados.

Não por acaso, situado no art. 1º da Constituição Federal, encontram-se dispostos os princípios Fundamentais da República Federativa do Brasil, que devem nortear a construção e a estruturação do Estado brasileiro. Dentre tão importantes valores, encontra-se o Princípio da Dignidade Humana. Assim, não há dúvidas que para se ter uma vida digna deve-se passar necessariamente por um atendimento médico de qualidade, e no caso dos indígenas, diferenciado.

Não é demais lembrar que em relação às normas garantidoras de direitos fundamentais, doutrina e jurisprudência predominantes recomendam que se evite qualquer método interpretativo que reduza ou debilite a

máxima eficácia possível desses direitos.

Assim, à qualquer norma – especialmente a definidora de direito fundamental – não pode ser atribuída exegese que lhe retire toda e qualquer densidade normativa. Não se pode endossar interpretação atribuidora de sentido e eficácia que implique a própria inexistência do texto interpretado, notadamente em observância ao princípio da proibição do retrocesso, que não permite a extinção de direitos fundamentais nem mesmo ao constituinte originário.

Desta forma, ao analisar a parte final artigo 2º, § único, do Decreto 3.596/99 mais especificamente a locução “**ficando assegurados os serviços de atendimento básico no âmbito das terras indígenas**”, acima transcrita, verifica-se que a Secretaria Especial de Saúde Indígena destoou da Constituição ao dar interpretação tão mesquinha de conteúdo e frágil de argumento, tentando subverter a escala vertical de hierarquia, tornando o texto constitucional refém de uma norma subalterna.

Ora, o sentido da norma constitucional – porque de eficácia plena – é inverso ao que se extrai da leitura de uma norma de eficácia limitada: a norma constitucional definidora de direito fundamental não assenta incumbência ao legislador, ao contrário, desde já – promulgada a Constituição –, fixa limite à atuação legislativa, de tal modo que nenhuma lei que venha a ser editada poderá frustrar ou restringir o exercício dos direitos nela – norma constitucional – afirmados, por absoluta incompatibilidade com a ordem de

direitos estabelecida. Em virtude da precedência hierárquica da Constituição em relação à lei, a norma definidora de direito fundamental limita a atuação do legislador infraconstitucional.

Portanto, não poderia uma lei infraconstitucional (quanto mais um Decreto presidencial) limitar os efeitos da Constituição. O artigo 2º, § único, do Decreto 3.596/99, ao estabelecer o dever de ser assegurado o atendimento básico à saúde dos índios nas aldeias não foi exclusivista, isto é, não eliminou a possibilidade de atendimento fora das aldeias. Em outras palavras, o Decreto foi enfático em garantir o atendimento prioritário (e não exclusivo) nas aldeias, evitando, sempre que possível, a necessidade de que o indígena seja retirado de seu território tradicional para receber atendimento. Mas, se o indígena não estiver dentro de seu território tradicional, o Decreto, em nenhum momento, vedou o atendimento. Dessa maneira, não é o Decreto que é inconstitucional, e sim a interpretação que a SESAI tem feito dele.

Assim, é dever da União prestar serviço especializado de atenção básica à saúde do indígena, tendo em vista sua condição identitária, independentemente do local, provisório ou definitivo, de seu domicílio, uma vez que a Constituição não limitou tal direito aos índios aldeados.

O arcabouço legal, demais normas em que se fundamenta o subsistema especial de atenção à saúde indígena, evidencia que, dentro do SasiSUS, deve ser assegurada a assistência aos indígenas em todo o território nacional,

coletiva ou individualmente, inexistindo respaldo para o critério excludente defendido pela União de que os serviços de saúde alcancem apenas os indígenas que enquanto permanecerem dentro da aldeia.

Destaque-se que a própria Lei 8.080/1990, em seu art. 19-G, § 2º, estatui que a operacionalização do Subsistema de Atenção à Saúde Indígena deve assegurar o "*atendimento necessário em todos os níveis, **sem discriminações***" (grifo nosso). Nesse sentido, a Secretaria Especial de Saúde Indígena – SESAI deve executar as ações de atenção à saúde dos povos indígenas sem qualquer distinção quanto ao local onde vivem, porquanto a Constituição Federal e a lei não os distinguem.

O artigo 21, item 1, da Declaração das Nações Unidas sobre Povos Indígenas também traz proibição expressa a qualquer tipo de discriminação na prestação da saúde indígena:

*Os povos indígenas têm direito, **sem qualquer discriminação**, à melhora de suas condições econômicas e sociais, **especialmente nas áreas** da educação, emprego, capacitação e reconversão profissionais, habitação, saneamento, **saúde** e seguridade social. (grifo nosso)*

Conclui-se, dessa maneira, que resta garantido aos indígenas, sem qualquer distinção, direito à atenção integral e diferenciada à saúde, tendo em vista a vulnerabilidade que ostentam, a sua situação de saúde e sua especificidade étnica. É dizer, o legislador não

restringiu o direito dos índios não aldeados a acessar essa assistência específica.

Desta feita, o não atendimento especializado aos indígenas não aldeados traduz verdadeira inversão de competência, uma vez que atribui à União atuação subsidiária na prestação de saúde aos índios não aldeados. Sem dúvida, a transferência de tal incumbência aos entes federados viola as normas constitucionais e, especificamente, aquelas contidas na Lei nº 9.836/1999. Ademais, tal inversão certamente é prejudicial à qualidade esperada dos serviços assistenciais de saúde prestados aos indígenas.

Importante esclarecer que a maioria dos índios desaldeados se encontram nessa situação, na maioria das vezes, não por opção, mas em razão de terem sido expulsos de suas terras por invasores (grileiros, madeireiros, garimpeiros, Cortes européias, Estado brasileiro, etc.), por insegurança econômica, ausência ou precariedade de serviços básicos como saúde e educação ou até mesmo para estudar e/ou trabalhar. Portanto, necessitam de amparo estatal diferenciado do não índio, direito esse que já teve reconhecimento na jurisprudência.

Veja:

“PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. LEGITIMIDADE ATIVA. INDÍGENAS. SAÚDE. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO ODONTOLÓGICO. - É cabível o ajuizamento de ação civil pública para a defesa de quaisquer direitos individuais homogêneos socialmente

relevantes. - O Ministério Público é parte ativa legítima para a ação, pois seu objeto não é a defesa de apenas um indígena, mas a prestação da devida assistência odontológica a todo indígena, residente ou não na aldeia. - **Ao garantir aos indígenas tratamento médico especializado, a lei não faz qualquer distinção, nem prevê exclusão da assistência à saúde pela FUNASA, de forma que o direito de serem atendidos por aquele órgão independe de estarem aldeados ou não.** - Onde o legislador não restringiu não cabe ao intérprete restringir e deve-se dar às normas garantidoras de direitos fundamentais a maior aplicabilidade possível. - Cabe ao poder público a tutela das comunidades indígenas, assegurando-lhes o direito à vida saudável. - Prequestionamento quanto à legislação invocada estabelecido pelas razões de decidir. - Apelação improvida. (TRF4, AC 200372020046165, Rel. José Paulo Baltazar Junior, DJ de 05/04/2006) [grifo nosso]

Urge salientar que mesmo com o advento da legislação protetiva dos indígenas, os serviços de saúde estão longe de contornar a situação precária da saúde desses povos. Nem mesmo a descentralização das responsabilidades institucionais para a organização de serviços de saúde do índio foi suficiente para resolver os graves problemas que lhes afetam.

Vale destacar que nos termos do art. 7º, § 2º, da Convenção 169 da OIT, integralizada em nosso ordenamento jurídico através do Decreto nº 5.051/2004, “*a melhoria das condições de vida e de trabalho e dos níveis*

de saúde e educação dos povos interessados, com sua participação e cooperação, deverá ser considerada uma prioridade nos planos gerais de desenvolvimento econômico elaborados para as regiões nas quais vivem.”

Desse modo, não se pode dizer que índios não aldeados devem ter o atendimento de saúde realizado tão somente pelo regime geral do SUS, eis que equiparar os índios residentes em centros urbanos aos não índios, ignorando sua condição hipossuficiente, discriminando-os, é condená-los a viver em más condições. Esclarece-se: não se trata de privilégio, mas de verdadeiro DIREITO. Pensar de modo diverso é violar o princípio da Igualdade Material, pois, em sua condição peculiar de grupo étnico diferenciado da sociedade nacional, os índios devem ter acesso ao atendimento médico também diferenciado, por profissionais especializados, que conheçam e respeitem sua cultura e reconheçam seus saberes e práticas de cuidado à saúde. Não esqueçamos: igualdade é tratar os desiguais desigualmente, na medida de suas peculiaridades, sobretudo quando eventual tratamento igualitário em sentido estrito servir à descaracterização, individual ou coletiva, dos sujeitos!

A propósito, vejamos o julgado a seguir, do Superior Tribunal de Justiça, que se aplica perfeitamente ao caso vertente:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROTEÇÃO DOSÍNDIOS. ASSISTÊNCIA À SAÚDE. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE ATIVA AD

CAUSAM. INTERPRETAÇÃO DE NORMAS DE PROTEÇÃO DE SUJEITOS HIPERVULNERÁVEIS E DE BENS INDISPONÍVEIS. LEI 8.080/90 E DECRETO FEDERAL 3.156/99. SÚMULA 126/STJ. ART. 461 DO CPC. MULTA CONTRA FAZENDA PÚBLICA. POSSIBILIDADE. 1. O Ministério Público Federal propôs Ação Civil Pública contra a União e a Funasa, objetivando garantir o acesso dos indígenas que não residem na Aldeia Xaçecó à assistência médico-odontológica prestada na localidade, tendo obtido êxito na instância ordinária. 2. In casu, a prestação jurisdicional não beneficia apenas um índio ou alguns índios em particular, mas todos os que se encontrem na mesma situação que ensejou a propositura da Ação Civil Pública pelo Ministério Público. 3. No campo da proteção da saúde e dos índios, a legitimidade do Ministério Público para propor Ação Civil Pública é - e deve ser - a mais ampla possível, não derivando de fórmula matemática, em que, por critério quantitativo, se contam nos dedos as cabeças dos sujeitos especialmente tutelados. Nesse domínio, a justificativa para a vasta e generosa legitimação do Parquet é qualitativa, pois leva em consideração a natureza indisponível dos bens jurídicos salvaguardados e o status de hipervulnerabilidade dos sujeitos tutelados, consoante o disposto no art. 129, V, da Constituição, e no art. 6º da Lei Complementar 75/1993. 4. A Lei 8.080/1990 e o Decreto 3.156/1999 estabelecem, no âmbito do SUS, um Subsistema de Atenção à Saúde Indígena, financiado diretamente pela União e executado pela Funasa, que dá assistência aos índios em todo o

território nacional, coletiva ou individualmente, e sem discriminações. 5. Os apelos não comportam conhecimento no mérito, haja vista o acórdão recorrido estar fundamentado precipuamente nos arts. 5º, 196 e 231 da Constituição da República, não tendo sido interposto Recurso Extraordinário. Incidência da Súmula 126/STJ. 6. Mas mesmo que assim não fosse, a insurgência recursal não prospera, porquanto **inexiste, na legislação pátria, respaldo para o critério excludente defendido pela União e pela Funasa – Fundação Nacional de Saúde.** 7. **O status de índio não depende do local em que se vive, já que, a ser diferente, estariam os indígenas ao desamparo, tão logo puséssem os pés fora de sua aldeia ou Reserva. Mostra-se ilegal e ilegítimo, pois, o discrimen utilizado pelos entes públicos na operacionalização do serviço de saúde, ou seja, a distinção entre índios aldeados e outros que vivam fora da Reserva. Na proteção dos vulneráveis e, com maior ênfase, dos hipervulneráveis, na qual o legislador não os distingue, descabe ao juiz fazê-lo, exceto se for para ampliar a extensão, o grau e os remédios em favor dos sujeitos especialmente amparados.** 8. **O atendimento de saúde - integral, gratuito, incondicional, oportuno e de qualidade - aos índios caracteriza-se como dever de Estado da mais alta prioridade, seja porque imposto, de forma expressa e inequívoca, pela lei (dever legal), seja porque procura impedir a repetição de trágico e esquecido capítulo da nossa história (dever moral), em**

que as doenças (ao lado da escravidão e do extermínio físico, em luta de conquista por território) contribuíram decisivamente para o quase extermínio da população indígena brasileira. 9. É cabível a cominação da multa prevista no art. 461 do CPC contra a Fazenda Pública. Precedentes do STJ.10. Recursos Especiais parcialmente conhecidos e não providos. (STJ - REsp: 1064009 SC 2008/0122737-7, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 04/08/2009, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 27/04/2011) (grifo nosso)

Posto isso, o Ministério Público Federal requer a interpretação do parágrafo único, do art. 2º, do Decreto 3.156/1999, de acordo com a Constituição Federal de 1988, notadamente os artigos 1º, III; 5º, caput; 196, caput, e 231. Por via de consequência, restando ilegal e inconstitucional qualquer recusa de atendimento diferenciado a indígenas não aldeados, sendo determinado à União, através da SESAI, que garanta atendimento básico de saúde a essas pessoas de acordo com SasiSUS, independentemente do local que se encontrem.

III.V - DA ASSISTÊNCIA DIFERENCIADA AOS ÍNDIOS QUE VIVEM NOS CENTROS URBANOS, INCLUSIVE AOS QUE TENHAM SUAS ALDEIAS ATENDIDAS POR DSEI DIFERENTE AO QUE SE BUSCA ATENDIMENTO

Situação semelhante à analisada acima é a negativa de atendimento baseada no fato de os indígenas serem oriundos de territórios ligados a um Distrito Sanitário Especial Indígena diferente do qual buscam atendimento.

Tal entendimento é equivocado. Ora, conforme explicitado acima, a competência administrativa de prestar atenção básica à saúde dos indígenas situados em território nacional é do órgão federal, no caso, a SESAI, vinculada ao Ministério da Saúde, portanto da União. Assim, o que se depreende é que a responsabilidade é federalizada, cabendo ao mesmo ente (União Federal) a prestação do serviço em todo o território que esteja dentro dos limites da República Federativa do Brasil. Como consequência, não importa em qual Município ou Estado o índio esteja, definitiva ou provisoriamente, o ente federativo competente para a atenção básica e inicial é apenas um: União Federal. Os DSEIs são apenas estruturas executoras de uma política nacional cuja incumbência é do órgão supremo aos quais estão os DSEIs vinculados: SESAI/Ministério da Saúde/União Federal.

Assim, afigura-se um indubitável contrassenso e uma bela homenagem à irrazoabilidade administrativa compelir um índio, que está provisoriamente na zona urbana da cidade ou em outra aldeia, a se deslocar (às custas próprias, frise-se) até sua aldeia de origem a fim de que só assim consiga atendimento pelo subsistema, que, repise-se, é nacional e federalizado. Fazendo um paralelo esdrúxulo (mas é isto que a situação reclama, dado o absurdo que é o expediente administrativo ora narrado), é como se qualquer um de nós (não índio) procurasse atendimento no posto de saúde mais próximo do local que estamos no momento em que precisamos de atendimento mas, ao chegar no local, recebesse uma negativa e um encaminhamento (informal e

sem qualquer ônus ao poder público) para o posto de saúde do nosso bairro ou cidade, mesmo que ele se situe a horas ou dias de distância.

Ademais, as normas constitucionais e infraconstitucionais garantiram aos indígenas, sem qualquer distinção, direito à atenção integral e diferenciada à saúde, tendo em vista a hipervulnerabilidade que os afeta. É dizer, o legislador não restringiu o direito ao atendimento delimitando-o de acordo com um distrito sanitário específico, e nem poderia o fazer, uma vez que haveria (e há, na prática) uma inequívoca restrição (ou mesmo aniquilação) dos direitos absolutos à vida e à saúde.

Ressalta-se que o DSEI é apenas uma unidade (dentro de um subsistema nacional e uno) de organização, gerenciamento e execução de ações diferenciadas indispensáveis para a atenção básica à saúde indígena. O art. 8º do Decreto nº 3.156/99 não faz qualquer distinção ou restrição a partir de “categorias” de índios (aldeados, desaldeados, citadinos, “urbanizados”, etc.). A propósito, qualquer categorização de índios não é bem-vinda, uma vez que desrespeita as peculiaridades coletivas e/ou individuais dos sujeitos, apegando-se ao erro de enquadrar comportamentos padronizados. Não é porque algum (ou alguns) de nós (não índios) torcemos por algum time de futebol europeu ou dominamos um outro idioma (o inglês, por exemplo) que deixamos de ser brasileiro(s). O mesmo ocorre com o índio. Não é porque domina o português, utiliza aparelho celular, ou inclusive mora na zona urbana da cidade, que deixa de ser índio, que perde sua

identidade.

A Constituição e a Lei nº 8.808/90, alterada pela Lei nº 9.836/99, não limitou o direito dos índios de serem atendidos somente nos DSEI's ou CASAI's correspondentes a limites geográficos herméticos de habitação.

Desta forma, requer-se seja determinada à União (através da SESAI) que realize atendimento dos indígenas em qualquer Distrito Sanitário Especial em que se buscar atendimento, independentemente do local em que esse indígena se encontrar, definitiva ou provisoriamente, independentemente, ainda, da etnia ou território tradicional originário.

III.VI - DA INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES – GRAVE VIOLAÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

De acordo com o que foi exposto, a União Federal (através da SESAI) tem recusado a prestação de serviços de saúde aos indígenas da etnia ATIKUN, assim como as unidades que compõem a referida Secretaria têm negado atendimento aos indígenas não aldeados ou que vivam no centro urbano por qualquer motivo, mesmo àqueles oriundos de Terras Indígenas atendidas/vinculadas a outros DSEIs. Tais recusas colocam em risco o direito fundamental à saúde e o reconhecimento das peculiaridades socioculturais dessas populações, muito embora tenham ao seu dispor, em virtude de determinações legais, um subsistema de saúde adequado

à condição de grupos étnicos diferenciados do restante da sociedade nacional.

Nessas circunstâncias, encontra-se o direito fundamental à saúde em situação de intensa vulnerabilidade, não havendo espaço para se falar em discricionariedade do poder público. Esse é o entendimento do E. TRF da 1ª Região:

CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OMISSÃO DO PODER PÚBLICO. POLÍTICAS PÚBLICAS. SAÚDE INDÍGENA. LEI 8.080/90. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. PRELIMINAR AFASTADA. DIREITOS FUNDAMENTAIS: VIDA, SAÚDE, SERVIÇOS PÚBLICOS. RESERVA DO FINANCEIRAMENTE POSSÍVEL. SEPARAÇÃO DOS PODERES. LIVRE CONVENCIMENTO DO JUÍZO NA APRECIÇÃO DO CONJUNTO PROBATÓRIO. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Nesse sentido, não prospera a invocação da reserva do financeiramente possível para justificar excessiva mora no que tange à implementação de políticas públicas constitucionalmente definidas.
2. A demora excessiva e injustificada do poder público à realização de direitos fundamentais justifica a intervenção do Estado-juiz para impor obrigação de fazer, não se devendo falar, em violação do princípio da separação dos poderes.
3. A etnia Maxakali tem direito de acesso ao subsistema

especializado de saúde indígena, em sua comunidade local, seja pela proteção constitucional dos índios seja pelas normas que protegem o subsistema de saúde indígena previstas na Lei 8.080/90.

4. Apelação desprovida.

(AC 0003587-38.2005.4.01.3800 / MG, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL FAGUNDES DE DEUS, QUINTA TURMA, e-DJF1 p.120 de 04/02/2011)

No mesmo sentido, confira-se outro julgado:

CONSTITUCIONAL. EMBARGOS INFRINGENTES. TURBAÇÃO DE TERRA INDÍGENA POR MADEIREIROS, GRILEIROS E GARIMPEIROS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA RETIRADA DOS INVASORES DAS ÁREAS INDÍGENAS ZORÓ E SURUI. NECESSIDADE DE ASSISTÊNCIA MÉDICO-SANITÁRIA EM RAZÃO DA PRESENÇA DE SITUAÇÃO DE SAÚDE CALAMITOSA: ATROFIA NUTRICIONAL, TURBECULOSE, NANISMO.

I - É cabível a oposição de embargos infringentes nos casos em que, no julgamento da apelação, é afastada a extinção do processo, sem resolução do mérito e, por ser a matéria eminentemente de direito e encontrando-se a causa devidamente instruída, é julgado o mérito da controvérsia, nos termos do art. 515, § 3º, do CPC.

II - Em princípio, não compete ao Poder Judiciário imiscuir-se no mérito administrativo, mas tão somente realizar o exame do ato administrativo quanto aos aspectos da legalidade e da moralidade, cabendo à Administração

Pública decidir sobre os critérios de conveniência e oportunidade.

III - Contudo, em certos casos, faz-se necessária uma atuação pronta e urgente do Poder Judiciário, quando a demora na atuação da administração pública puder resultar em dano irreparável ou de difícil reparação, especialmente em risco para a saúde e a integridade física da coletividade.

IV - Se é certo que as ações governamentais dependem de prévio planejamento e de previsão orçamentária, tal argumento não servir como justificativa para que a administração se afaste de suas atribuições constitucionalmente previstas de assegurar a saúde e a segurança, principalmente para aquela parcela da população mais carente e desassistida, como é o caso das comunidades indígenas.

V - Diante de uma situação de grave violação a direitos fundamentais consignados pela Constituição Federal, tais como o direito à vida (art. 5º, caput), à saúde (art. 196 e 200, II), à identidade cultural dos índios (art. 231) e à posse e usufruto de suas terras (231, § 1º), temos que a inércia estatal na proteção dos indígenas, tornando efetivas as imposições constitucionais, merece sim a intervenção do Poder Judiciário. Precedentes.

VI - Embargos Infringentes aos quais se nega provimento.

(EAC 0045443-77.1998.4.01.0000 / RO, Rel.

DESEMBARGADOR FEDERAL JIRAIR ARAM

MEGUERIAN, TERCEIRA SEÇÃO, e-DJF1 p.5 de

08/02/2012)

O próprio Supremo Tribunal Federal, no RE 557.548, tendo como Relator o Ministro Celso de Melo, firmou entendimento de que entre proteger a inviolabilidade dos direitos à vida e à saúde, que se qualificam como direitos subjetivos inalienáveis assegurados a todos pela Constituição Federal, ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, compete ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana.

O caso, portanto, é de intensa e manifesta gravidade. Exige pronta resposta para evitar que o direito fundamental à saúde, em prejuízo inclusive à integridade cultural de povos indígenas, seja objeto de vulneração pela injustificável omissão da União, por meio da SESAI.

IV – DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA RECURSAL

Imprescindível, no caso, a concessão de antecipação de tutela recursal, nos termos do art. 1.019, I, CPC, presentes os requisitos do art. 300 do mesmo diploma, cuja redação transcreve-se a seguir:

Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

Acerca dos requisitos para a concessão da antecipação de tutela, mormente sobre a probabilidade do direito esclarece

Fredie Didier Jr⁶:

A probabilidade do direito a ser provisoriamente satisfeito/realizado ou acautelado é a plausibilidade de existência desse mesmo direito. O bem conhecido *fumus boni iuris* (ou fumaça do bom direito).

O magistrado precisa avaliar se há "elementos que evidenciem" a probabilidade de ter acontecido o que foi narrado e quais as chances de êxito do demandante(art. 300, CPC).

Inicialmente, é necessária a verossimilhança fática, com a constatação de que há um considerável grau de plausibilidade em torno da narrativa dos fatos trazida pelo autor/recorrente. É preciso que se visualize, nessa narrativa, uma verdade provável sobre os fatos, independentemente da produção de prova junto a isso, deve haver uma plausibilidade jurídica, com a verificação de que é provável a subsunção dos fatos à norma invocada, conduzindo aos efeitos pretendidos.

Quanto ao perigo da demora e o dano de difícil reparação, leciona o festejado autor⁷:

A tutela provisória de urgência pressupõe, também, a existência de elementos que evidenciem o perigo que a demora no oferecimento da prestação jurisdicional (periculum in mora) representa para a efetividade da jurisdição e a eficaz realização do direito.

O perigo da demora é definido pelo legislador como o perigo que a demora processual representa de "dano ou o

risco ao resultado útil do processo" (art. 300, CPC).

Importante é registrar que o que justifica a tutela provisória de urgência é aquele perigo de da no: i) concreto (certo), e, não, hipotético ou eventual, decorrente de mero temor subjetivo da parte; ii) atual, que está na iminência de ocorrer, ou esteja acontecendo; e, enfim, iii) grave, que seja de grande ou média intensidade e tenha aptidão para prejudicar ou impedir a fruição do direito.

[...]

Dano de difícil reparação é aquele que provavelmente não será ressarcido, seja porque as condições financeiras do réu autorizam supor que não será compensado ou restabelecido, seja porque, por sua própria natureza, é complexa sua individualização ou quantificação precisa - ex .: dano decorrente de desvio de clientela.

Assim, os requisitos para a concessão da antecipação dos efeitos da tutela, seriam:

1. *Fumus boni iuris*, compreendido como a plausibilidade do direito invocado pela parte interessada, que deseja obter segurança.
2. *Periculum in mora*, traduzido no risco de inutilidade do processo, tendo em vista a existência de dano de difícil reparação, lastreado no prejuízo causado baseado pela demora da avaliação judicial.

A probabilidade do direito vem demonstrada pela exposição fática e jurídica até o momento exposta. Afinal, em face do teor expresso nos inúmeros dispositivos constitucionais,

supralegais e legais já citados e violados pela requerida, tem-se, desde logo, como incontestável o direito ao estabelecimento imediato do serviço de atendimento à saúde e de saneamento básico aos indígenas da etnia ATIKUN que habitam a região desta subseção judiciária. Também deve ser determinado, em sede de tutela antecipada recursal, o acesso ao atendimento diferenciado aos indígenas não aldeados, assim como aos que sejam originários de um território atendido por um determinado DSEI e busquem atendimento na subestrutura de outro Distrito.

No tocante ao perigo de dano, de maneira alguma poder-se-á duvidar do preenchimento de tal requisito. Isso porque a ausência de políticas públicas eficientes que assegurem o acesso ao atendimento de saúde, considerada a essencialidade desse bem para a vida humana, é plenamente suficiente para demonstrar a imprescindibilidade de antecipação da tutela pretendida.

No caso, deve-se deferir a tutela de urgência determinando à recorrida que:

- 1.
- 1.
- 1.
- 1.
1. adote medidas e conclua, no prazo de 90 (noventa) dias, o cadastramento no SIASI de todos os indígenas da etnia ATIKUN que habitam a região da subseção judiciária de Redenção/PA, independentemente da conclusão da

- regularização fundiária de seus territórios;
2. estabeleça, imediatamente, o atendimento, nas Casas de Saúde do Índio e Distritos Sanitários Especiais Indígenas desta subseção judiciária de indígenas da etnia ATIKUN e de qualquer indígena, de qualquer etnia ou território originário, que, provisória ou definitivamente, esteja situado nos Municípios inseridos na circunscrição deste Juízo;
 3. estabeleça os serviços de saúde e construa, no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, módulos sanitários básicos (posto de saúde, fossa séptica e poço) na Aldeia Umã, da etnia ATIKUN, independentemente da conclusão da regularização fundiária.

Vale destacar, por fim, que a jurisprudência nacional tem aceitado, sem maiores resistências, a possibilidade de arbitramento de multa diária em face de pessoa jurídica de direito público caso descumprida a ordem judicial. Desta feita, o Ministério Público Federal requer seja arbitrada multa diária no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a incidir em caso de descumprimento da decisão. Ou, se eventualmente V.Exa. discordar do valor acima proposto, arbitre o que entender necessário e suficiente para estimular o cumprimento da medida.

V - DA CONCLUSÃO E DOS PEDIDOS

Por todo o exposto, considerando que se encontram atendidos os requisitos necessários ao provimento do presente agravo, requer-se que Vossa Excelência:

1. o Conhecimento do presente recurso e, com fulcro no art.

- 1.019, I, CPC, **A CONCESSÃO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA RECURSAL**, reformando a decisão agravada, conforme os fundamentos acima colacionados, com a imediata comunicação ao Juízo de origem.
2. seja intimada a parte agravada para responder aos termos do presente agravo.
3. **em decisão final, a agravante pugna pelo provimento do presente recurso, em todos os seus termos para ao fim reformar definitivamente a decisão hostilizada.**

Nestes Termos,

Pede e Espera Deferimento.

Redenção – PA, 1º de março de 2018

TATIANA DE NORONHA VERSIANI RIBEIRO

Procuradora da República