

**SEGUNDOS EMB.DECL. NOS MEDIDA CAUTELAR NA ARGUIÇÃO DE
DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 709 DISTRITO FEDERAL**

RELATOR : **MIN. ROBERTO BARROSO**
EMBTE.(S) : ARTICULAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS DO
BRASIL (APIB)
ADV.(A/S) : LUIZ HENRIQUE ELOY AMADO E OUTRO(A/S)
EMBDO.(A/S) : UNIÃO
PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
EMBDO.(A/S) : FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL FEDERAL
AM. CURIAE. : CONSELHO INDIGENISTA MISSIONARIO CIMI
ADV.(A/S) : RAFAEL MODESTO DOS SANTOS
AM. CURIAE. : CONECTAS DIREITOS HUMANOS - ASSOCIAÇÃO
DIREITOS HUMANOS EM REDE
ADV.(A/S) : JULIA MELLO NEIVA
ADV.(A/S) : GABRIEL DE CARVALHO SAMPAIO
ADV.(A/S) : GABRIEL ANTONIO SILVEIRA MANTELLI
ADV.(A/S) : THIAGO DE SOUZA AMPARO
AM. CURIAE. : ISA INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL
ADV.(A/S) : JULIANA DE PAULA BATISTA
AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL
AM. CURIAE. : MOVIMENTO NACIONAL DE DIREITOS HUMANOS
- MNDH
ADV.(A/S) : CARLOS NICODEMOS OLIVEIRA SILVA
AM. CURIAE. : CONSELHO INDIGENA TAPAJOS E ARAPIUNS
AM. CURIAE. : TERRA DE DIREITOS
ADV.(A/S) : LUCIANA CRISTINA FURQUIM PIVATO E
OUTRO(A/S)
ADV.(A/S) : MAIRA DE SOUZA MOREIRA
AM. CURIAE. : COMISSAO GUARANI YVYRUPA
ADV.(A/S) : ANDRE HALLOYS DALLAGNOL
ADV.(A/S) : GABRIELA ARAUJO PIRES

DECISÃO:

Ementa: DIREITOS FUNDAMENTAIS. POVOS

INDÍGENAS. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. TUTELA DO DIREITO À VIDA E À SAÚDE FACE À PANDEMIA. QUARENTENA PARA INGRESSO EM TERRA INDÍGENA. ATO DA FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI VOLTADO AO DESCUMPRIMENTO DE DECISÃO JUDICIAL.

1. Embargos de declaração e agravo regimental contra decisão do Juízo que homologou a quarta versão do Plano Geral de Enfrentamento à COVID-19 para Povos Indígenas, após apresentação de diversas versões do documento e meses de debates, ao longo dos quais avança a pandemia.

2. Embargos de declaração com propósitos puramente infringentes. Ausência de omissão, contradição ou obscuridade. Imprecisões materiais que não comprometem a compreensão da decisão. Rejeição.

3. Reconsideração parcial da decisão agravada para restringir a quarentena de 14 dias apenas para entrada em terras indígenas de Povos Indígenas Isolados e de Recente Contato (PIIRCs). Esclarecimento, ainda, de que a decisão agravada não obriga ou desobriga a União à abertura de crédito extraordinário. A União pode cumprir a decisão sem a abertura de crédito, se isso for possível. O que não é possível é descumprir decisão judicial.

4. Resolução n. 4/2021 da FUNAI que cria requisitos de heteroidentificação indígena,

possibilitando a descaracterização de indígenas localizados em áreas não demarcadas ou em urbanas como povos indígenas e, assim, escapando ao cumprimento da cautelar, confirmada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, no que se refere ao atendimento de saúde pelo subsistema especial de saúde indígena. Resolução voltada a criar condições para o descumprimento de decisão judicial deste Tribunal. Manifesto confronto com o art. 1º, 2, da Convenção 169 da OIT e com o art. 231 da Constituição Federal. Suspensão mantida.

I. RELATÓRIO

1. Trata-se de embargos de declaração (Petição 31.761/2021), opostos pela Articulação dos Povos Indígenas do Brasil – APIB, e de agravo regimental (Petição 32.210/2021), interposto pela União, contra a decisão de 16.03.2021 deste Juízo, que homologou parcialmente a quarta versão do Plano Geral de Enfrentamento à Covid-19 para Povos Indígenas (“Plano Geral”), após meses de debates e diversas versões do documento.

2. Por meio dos embargos de declaração, a APIB pede: (i) a correção da data de publicação da Resolução n. 4 da FUNAI, editada no ano de 2021 (e não no ano de 2020) e de números de ação em que foram determinadas medidas de desintrusão de invasores; (ii) garantia de prioridade na vacinação também a todos os indígenas localizados em contexto urbano; (iii) disponibilização dos dados do Sistema de Informação da Atenção à Saúde Indígena - SIASI para acesso ao público em geral, e não somente para o grupo de consultores do Juízo.

ADPF 709 MC-ED-SEGUNDOS / DF

3. A União, a seu turno, em sede de agravo regimental, se insurge contra três aspectos da decisão homologatória do Plano Geral: (i) o trecho em que a decisão alegadamente determina a abertura de créditos extraordinários, porque, a seu entender, interferiria com prerrogativa discricionária do Presidente da República; (ii) a passagem em que determina que o ingresso em terra indígena deve ser precedido de quarentena de 14 (catorze) dias, ao fundamento de que violaria o princípio da proporcionalidade, porque geraria necessidade de contingente de pessoal maior para operar nas terras indígenas. Quanto ao ponto, afirma-se que tal prazo dilatado poderia ser aplicado apenas para Povos Indígenas Isolados e de Recente Contato (PIRCs), que têm vulnerabilidade epidemiológica mais aguda, e, assim, seria possível entrar mais rápido nas áreas indígenas com vulnerabilidade epidemiológica mais moderada. Por fim, a União se insurge, ainda, contra (iii) a suspensão da Resolução n. 4/2021 da FUNAI, voltada ao descumprimento da cautelar deferida pelo Juízo, sob os argumentos (entre outros) de que (iii.a) a FUNAI não foi ouvida previamente à suspensão, o que violaria o contraditório e a ampla defesa, bem como de que (iii.b) tal resolução seria posterior ao ajuizamento da ação e, portanto, não integraria o seu objeto.

4. Apenas para registro, os três aspectos acima são os únicos contra os quais a União se insurge, no que respeita à decisão homologatória do Plano Geral. Em tais circunstâncias, *o plano está aperfeiçoado quanto a seus demais aspectos, que não foram objeto de recurso, até porque – é importante frisar – foram definidos de comum acordo com a União.*

5. Abriu-se prazo para contrarrazões aos recursos por todos os interessados, bem como oportunidade para manifestação da Fundação Nacional do Índio – FUNAI sobre a suspensão da Resolução n. 4/2021. A União se opôs ao provimento dos embargos por ausência de contradição, obscuridade ou omissão. Os demais atores concordaram com a

reconsideração parcial do prazo de quarentena para aplicá-lo apenas a PIIRCs, opinando pela manutenção da decisão quanto a créditos extraordinários e quanto à suspensão da Resolução n. 4/2021 da FUNAI.

É o relatório.

II. REJEIÇÃO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

6. Rejeito os embargos de declaração da APIB. Não há contradição, obscuridade ou omissão na decisão, mas irresignação da embargante quanto a seu teor, o que não dá ensejo à oposição de embargos de declaração. Nesse sentido, *quanto aos alegados erros materiais* pertinentes à data da resolução da FUNAI e aos números das ações em curso em outros juízos, em que foi determinada desintrusão de invasores, eles não interferem sobre a compreensão do que foi decidido e constituem meras imprecisões materiais, não justificando a oposição de embargos de declaração.

7. *No que se refere à vacinação prioritária de indígenas urbanos*: a decisão foi expressa quanto à vacinação prioritária *apenas* de indígenas urbanos com barreira de acesso ao Sistema Único de Saúde (SUS) e está fundamentada com clareza. Baseou-se nos mesmos critérios estabelecidos pelo Plano Nacional de Vacinação para definição de prioridades na vacinação: “maior vulnerabilidade epidemiológica, modo de vida coletivo e dificuldade de atendimento de saúde in loco”. No contexto de uma pandemia, há diversos grupos vulneráveis (sobretudo quando se vive em comunidade de baixa renda), um universo amplo de pessoas a atender e recursos escassos. Portanto, a menos que demonstrada a desproporcionalidade do critério estabelecido pelo Poder Público, está justificada alguma deferência às prioridades por ele definidas. Nessas condições e por ora, o Juízo entende que tal desproporcionalidade não está demonstrada quanto a povos indígenas urbanos com acesso ao SUS.

ADPF 709 MC-ED-SEGUNDOS / DF

8. Por fim, quanto à disponibilização dos dados do SIASI sobre saúde indígena para acesso ao público em geral, é válido observar que a presente ação não tem por objeto a refundação de todas as políticas públicas em matéria de direito dos indígenas, mas sim assegurar o adequado atendimento de tais povos em face da pandemia por COVID-19, de modo que se o acesso dos assistentes do juízo for suficiente para tal fim e puder minimizar a considerável resistência por parte da União na apresentação dos dados, essa é a medida mais proporcional e que mais favorece ao atendimento do objetivo da ação. De todo modo, o FPCONDISI, entidade representativa de parcela da população indígena em matéria de saúde, que acaba de ingressar nos autos, se opõe à disponibilização de dados. Assim, considerando que a manifestação do FPCONDISI ainda será objeto de exame e enfrentamento em decisão futura deste Juízo, a questão atinente aos dados será reexaminada em nova oportunidade.

9. De resto, determino a intimação da União para que informe, comprovadamente, como está ocorrendo a identificação de povos indígenas urbanos com barreira de acesso ao SUS, tanto para fins de vacinação prioritária, como para fins de atendimento de saúde.

III. RECONSIDERAÇÃO PARCIAL DA DECISÃO AGRAVADA

10. No que respeita ao agravo regimental oposto pela União, este Relator: (i) reconsidera parcialmente o prazo de quarentena; (ii) esclarece o teor da decisão agravada quanto a créditos extraordinários; e (iii) mantém a suspensão da Resolução n. 4/2021 da FUNAI, dado que voltada ao descumprimento da cautelar deferida pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal.

11. Quanto ao prazo de quarentena, o Juízo esclarece que a quarentena de 14 (catorze) dias deverá ser cumprida apenas para ingresso

ADPF 709 MC-ED-SEGUNDOS / DF

em terras indígenas de Povos Indígenas Isolados e de Recente Contato (PIIRC's), obviamente, quanto aos Povos Indígenas Isolados, naquelas situações extraordinárias de prestação de serviços que justifiquem o contato. Quanto às demais terras indígenas e em atendimento às manifestações da APIB, do FPCONDISI, da FIOCRUZ, da ABRASCO, da Procuradoria-Geral da República e da Defensoria Pública da União, o Juízo retira a exigência de quarentena de 14 dias, devendo-se atender ao Protocolo Sanitário de Entrada em Terras Indígenas, 2ª versão, de 10.05.2021, produzido pela Secretaria Especial de Saúde Indígena - SESAI, com cumprimento do item 2.1.6. da quarta versão do Plano Geral de Enfrentamento da COVID-19 para Povos Indígenas, em especial alíneas (a) e (b), pp. 201-205, homologado por este Juízo em 16.03.2021.

12. *Quanto à questão atinente aos créditos extraordinários*, a minuta de Plano Geral apresentada pela União afirma que faltam recursos para cumprir a cautelar plenamente e afirma que há necessidade de abertura de créditos extraordinários. Por essa razão, a decisão que homologou o Plano Geral mencionou tais créditos. Não pretendeu o Juízo interferir sobre atribuições do Presidente da República, tampouco afirmar que há obrigação de abrir créditos. A União pode cumprir a decisão sem abertura de créditos, se for possível. Não tem, contudo, a faculdade de descumprir a decisão judicial, a pretexto de que seriam necessários. Portanto, quanto a créditos extraordinários, fica esclarecido que a decisão não determinou que a União está obrigada a abri-los (ou que não está), mas que o ente está obrigado ao cumprimento da decisão homologatória do plano, que - repita-se - meramente homologa o que foi acordado com a própria União.

IV. MANUTENÇÃO DA SUSPENSÃO DA RESOLUÇÃO N. 4/2021 DA FUNAI VIOLADORA DA CAUTELAR DEFERIDA PELO PLENO DO STF

13. *Quanto à Resolução n. 4/2021 da FUNAI*, a cautelar homologada pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal determinou que o

serviço especial de atenção à saúde indígena deveria ser prestado não apenas aos povos indígenas localizados sobre terras já demarcadas, mas igualmente a povos indígenas aldeados localizados em terras não homologadas. O serviço, em alguns casos, não vinha sendo prestado, sob o fundamento de que só são indígenas os que se localizam em terras indígenas e de que só são terras indígenas aquelas definitivamente identificadas como tal pela União. Ora, trata-se de fato incontroverso e de conhecimento geral as declarações do Presidente da República de que, em seu governo, não se demarcarão terras indígenas. Portanto, *condicionar o atendimento de saúde à demarcação significa abandonar os indígenas à própria sorte em meio à pandemia.*

14. Por essa razão, a cautelar determinou o atendimento de saúde de indígenas localizados em terras não homologadas e observou que o critério fundamental para determinação quanto a se tratar ou não de uma comunidade indígena é o critério da autoidentificação determinado por tratado internacional (art. 1º, 2, da Convenção 169 da OIT)), com status supralegal e de cumprimento obrigatório pelo Brasil. Tal decisão foi homologada pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal. Confira-se o trecho da decisão:

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

.....
...

Além disso, trata-se, como já mencionado, de um estado de coisas em que o Chefe do Executivo declarou que não demarcaria ou homologaria mais 1 cm de terra indígena durante seu mandato. **Nessas condições, portanto, tais indígenas têm todos os seus direitos negados. Recusam-lhes**

seu direito ao território, a seus recursos naturais, à sua cultura e à subsistência tradicional. Como se não bastasse, o Estado nega-se, ainda, a prestar-lhes serviço de assistência à saúde, em meio a uma pandemia mundial, que já matou mais de 60.000 brasileiros, expondo-os a risco de extermínio. A alegação de que podem recorrer ao SUS geral é de viabilidade duvidosa, já que se trata de povos situados em locais de difícil acesso, sem capilaridade de postos de saúde e hospitais, e com práticas culturais, idioma e eventuais particularidades que o SUS geral não está habilitado a atender.

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

15. O que fez, então, a FUNAI, diante de tal decisão? Criou uma Resolução que normatiza a heteroidentificação de indígenas, em conflito com o aludido tratado e com a cautelar, estabelecendo como requisito para tal identificação, entre outros elementos genéricos e indeterminados, a vinculação da comunidade a determinado território. Confira-se:

"Art. 2º Deverão ser observados os seguintes critérios:

I - Vínculo histórico e tradicional de **ocupação ou habitação entre a etnia e algum ponto do território soberano brasileiro**;

II - Consciência íntima declarada sobre ser índio;

III - Origem e ascendência pré-colombiana;

Parágrafo único. **Existente o critério I**, haverá esse requisito aqui assinalado, uma vez que o Brasil se insere na própria territorialidade pré-colombiana;

IV - Identificação do indivíduo por grupo étnico existente, **conforme definição lastreada em critérios técnicos/científicos**, e cujas características culturais sejam distintas daquelas presentes na sociedade não índia." (Grifou-se)

ADPF 709 MC-ED-SEGUNDOS / DF

16. *A consequência de tal norma é fazer depender de reconhecimento estatal a condição de indígena e permitir que tal reconhecimento seja recusado com argumentos baseados no território não demarcado (justamente o que se fazia antes do deferimento da cautelar). Há que ressaltar, ainda, que pretende a FUNAI julgar sobre critérios “técnicos/científicos” que caracterizariam alguém como indígena, sem, contudo, especificá-los, bem como avaliar se a cultura de determinada comunidade é ou não suficientemente “distinta daquela presente na sociedade não índia”, de modo a caracterizar ou não alguém como índio.*

17. Além de favorecer o não reconhecimento de povos indígenas aldeados localizados em terras não homologadas, a resolução cria condições para descartar como indígenas aqueles membros que vivem em meio urbano, dado que, na aparência, sua “cultura” será semelhante àquela da “sociedade não índia”. Indígenas podem ser levados a viver em meio urbano por diversas razões ligadas, a título ilustrativo, ao acesso à educação, saúde e trabalho, circunstância que não os descaracteriza como indígenas (Convenção 169 da OIT), tampouco implica supressão de seu vínculo com sua comunidade, cultura, práticas e ancestrais. Indígenas urbanos sem acesso ao SUS também foram contemplados pela cautelar do STF e pelo direito à vacinação prioritária. Ao descaracterizá-los como indígenas, escapa-se ao cumprimento da cautelar.

18. Está claro, portanto, que a Resolução abre caminho a que a FUNAI e a União, por via transversa, deixem de considerar comunidades e grupos inteiros como indígenas (em especial indígenas de terras não homologadas e urbanos sem acesso ao SUS), exonerando-se do dever de prestar-lhes serviço de saúde, escapando ao cumprimento da cautelar e violando frontalmente o art. 231 da Constituição de 1988. A questão não poderia ser mais afeta à ADPF 709, dado que se relaciona ao aberto descumprimento das medidas nela determinadas.

ADPF 709 MC-ED-SEGUNDOS / DF

19. De qualquer modo, o contraditório e a ampla defesa foi facultado após interposição do agravo regimental pela AGU, tendo a FUNAI reiterado os argumentos já invocados pela AGU e defendido que a heteroindentificação se ajusta ao tratado internacional, o que não se sustenta pelos argumentos já elencados. *Por tais fundamentos, mantenho a suspensão da Resolução n. 4/2021 da FUNAI, já que viola decisão cautelar proferida pelo Supremo Tribunal Federal.*

V. CONCLUSÃO

20. Diante do exposto, rejeito os embargos de declaração, dada ausência de obscuridade, contradição ou omissão. Determino a intimação da União para que informe, comprovadamente, como está ocorrendo a vacinação prioritária e o atendimento de saúde de povos indígenas urbanos com barreira de acesso ao SUS, devendo identificar grupos e quantitativos de indígenas urbanos atendidos.

21. Reconsidero parcialmente a decisão agravada quanto à quarentena para ingresso em terras indígena, nos limites previstos no item 11 da decisão acima, e esclareço o alcance da questão atinente a créditos extraordinários, nos limites do item 12, de modo a explicitar que a decisão não obriga ou exonera a União da abertura de créditos.

22. Mantenho a suspensão da Resolução n. 4/2021 da FUNAI, dado que voltada ao descumprimento da cautelar deferida pelo pleno do Supremo Tribunal Federal e manifestamente violadora do art. 1º, 2, da Convenção 169 do OIT e do art. 231 da Constituição Federal.

23. Esclareço que a ampla manifestação apresentada pelo FPCONDISI e os novos documentos acostados pela União serão apreciados por decisões apartadas. Volto a reiterar que **a 4ª versão do Plano Geral de Enfrentamento à COVID, acordado com a União e representantes indígenas e homologado pelo Juízo, produz efeitos**

ADPF 709 MC-ED-SEGUNDOS / DF

desde a data da homologação (16.03.2021) e está plenamente vigente.

Publique-se. **Intime-se pelo meio mais expedido à disposição.**

Brasília, 17 de maio de 2021.

MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO

RELATOR

[1] Disponível em:
<https://drive.google.com/drive/folders/1NypkAgVkBQU5ztQ4yWVgh1bgxdiBIBhh>. Acesso em 14.05.2021.

Impresso por: 046.122.785-18ADPF 709
Em: 17/05/2021 - 22:32:14