

**O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E AS SENTENÇAS ESTRUTURANTES:
ANÁLISE CRÍTICA DA ADPF 709 (ENFRENTAMENTO DA PANDEMIA ENTRE
OS POVOS INDÍGENAS ENQUANTO GRUPO VULNERÁVEL)***

*THE BRAZILIAN FEDERAL SUPREME COURT AND STRUCTURAL INJUNCTIONS:
CRITICAL ANALYSIS OF ADPF 709 (FACING THE PANDEMIC AMONG INDIGENOUS
PEOPLE AS A VULNERABLE GROUP)*

Mônia Clarissa Hennig Leal¹

Fernando Roberto Schnorr Alves²

Resumo: O trabalho aborda os aspectos teóricos das sentenças estruturantes a partir da análise da emblemática decisão cautelar proferida nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 709/DF, que versa sobre o vácuo normativo-protetivo dos direitos da população indígena em razão da pandemia da COVID-19. A problemática da pesquisa questiona: considerando as características das sentenças estruturantes e que a própria decisão estudada indica tratar-se de uma decisão com essa natureza, quais características e elementos nela contidos se enquadram nestes aspectos? Como hipótese, tem-se que a decisão apresenta, se não todos, muitos elementos característicos das sentenças estruturantes. O trabalho será construído e elaborado a partir do método de abordagem dedutivo, do método procedimental analítico e da técnica bibliográfica. Como resultado, demonstra-se a parcial confirmação da hipótese estabelecida, reconhecendo que a decisão possui potencialmente as características para

*Artigo submetido em 10/09/2022 e aprovado para publicação em 30/08/2023. Este trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001, e é resultante das atividades do projeto de pesquisa “‘Fórmulas’ de aferição da margem de apreciação do legislador” (Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers) na conformação de políticas públicas de inclusão social e de proteção de minorias pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, financiado pelo CNPq (Edital Universal – Edital 14/2014 – Processo 454740/2014-0) e pela FAPERGS (Programa Pesquisador Gaúcho – Edital 02/2014 – Processo 2351-2551/14-5). A pesquisa é vinculada ao Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta” (CNPq) e desenvolvida junto ao Centro Integrado de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas – CIEPPP (financiado pelo FINEP) e ao Observatório da Jurisdição Constitucional Latino-Americana (financiado pelo FINEP), ligados ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC

¹ Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos (com pesquisas realizadas junto à Ruprecht-Karls Universität Heidelberg, na Alemanha). Estágio de Pós-Doutorado pela Ruprecht-Karls Universität Heidelberg, Alemanha. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, onde ministra as disciplinas de Jurisdição Constitucional e de Controle Jurisdicional de Políticas Públicas, respectivamente. Coordenadora do Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta”, vinculado ao CNPq. Bolsista de produtividade em pesquisa do CNPq. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6628165246247243>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3446-1302>. E-mail: moniah@unisc.br.

² Advogado. Doutorando no Programa de Pós-Graduação em Direitos Sociais e Políticas Públicas pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), na linha de pesquisa Dimensões Instrumentais das Políticas Públicas. Bolsista PROSUC/CAPES, modalidade I. Mestre no Programa de Pós-Graduação em Direitos Sociais e Políticas Públicas da UNISC, na linha de pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo. Bolsista PROSUC/CAPES, modalidade II. Pós-Graduado em Direito Público na Escola Superior da Magistratura Federal no Rio Grande do Sul – ESMAFE. Integrante do grupo de pesquisa Jurisdição Constitucional aberta, coordenado pela Prof.ª Dr.ª Mônia Clarissa Hennig Leal. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0483602345250103>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4714-7697>. E-mail: fernadorsalves@hotmail.com.

um caso estrutural, embora as medidas cautelares adotadas não sejam propriamente de natureza estrutural.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal; Sentenças estruturantes; Discriminação estrutural; Povos indígenas; Grupos vulneráveis.

Abstract: This paper approaches the theoretical aspects of the structural injunction based on the analysis of the emblematic interim order in the Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 709/DF, which deals with the normative-protective vacuum of the rights of the indigenous population in the context of the COVID-19. The research problem asks: considering the characteristics of the structural injunction and that the studied decision itself indicates that it is a decision of this nature, which elements contained in that decision fit into these aspects? As a hypothesis, the decision presents many elements characteristic of structural injunction. The work will be constructed and elaborated from the deductive approach method, the analytical procedural method, and the bibliographic technique. The research demonstrates the partial confirmation of the established hypothesis and recognizes that the decision potentially has the characteristics of a structural case, although the preliminary measures adopted are not properly of a structural nature.

Keywords: Brazilian Federal Supreme Court; Structural Injunction; Structural discrimination; Indigenous people; Vulnerable groups.

Introdução

Em determinados casos, onde se enfrentam problemas estruturais causadores de discriminação estrutural e violações sistemáticas contra determinados grupos, percebe-se que a simples reparação é insuficiente para resolução de conflitos onde o Estado sistematicamente vem falhando na proteção de direitos fundamentais. Constata-se, nesses casos, causas enraizadas na sociedade e na estrutura do Estado que requerem a atuação conjunta de uma multiplicidade de órgãos para combater tais problemas. Surge, então, a noção de sentenças estruturantes no âmbito da jurisdição constitucional como um instrumento útil no esforço de se proteger os direitos humanos e fundamentais, especialmente buscando-se evitar novas violações.

Nesse cenário, tem-se a emblemática decisão cautelar proferida nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 709/DF (ADPF 709), proferida pelo Supremo Tribunal Federal, que versa sobre o vácuo normativo-protetivo dos direitos da população indígena em razão da pandemia da Covid-19. Observa-se a adoção de premissa que envolve um diálogo institucional entre o Poder Judiciário e o Poder Executivo em matéria de políticas públicas e uma expressa menção no julgado de que o feito apresenta índole estrutural.

Assim, a problemática da pesquisa se debruça sobre o seguinte problema: considerando-se o conceito e as características das sentenças estruturantes e que a própria decisão da ADPF 709 indica tratar-se de uma decisão com essa natureza, quais características e elementos nela contidos se enquadram nestes aspectos? Como hipótese de pesquisa, tem-se que a decisão (ADPF 709 MC-Ref/DF) proferida em 05/08/2020 apresenta, se não todos, muitos aspectos e elementos característicos das sentenças estruturantes.

Parte-se, em um primeiro momento, para a análise dos problemas estruturais que possam conformar a ADPF 709 como sendo uma decisão com traços de uma sentença estruturante, especialmente diante da discriminação estrutural dos povos indígenas enquanto grupo vulnerável. Em um segundo momento, traça-se uma relação entre os aspectos das sentenças estruturantes e as medidas determinadas pela decisão liminar datada de 05 de agosto de 2020. O trabalho será construído e elaborado a partir do método de abordagem dedutivo, do método procedimental analítico e da técnica bibliográfica.

1. A discriminação estrutural dos povos indígenas enquanto grupo vulnerável e o dever espacial de proteção do estado no enfrentamento da pandemia na ADPF N° 709/DF

A Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (doravante APIB), juntamente com seis partidos políticos³, ingressaram no Supremo Tribunal Federal com uma ação de controle concentrado de constitucionalidade tendo como objeto um conjunto de atos comissivos e omissivos do Poder Público relacionados à pandemia do COVID-19. A discussão na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 709/Distrito Federal (doravante ADPF 709) trata desses atos e omissões do Estado que implicariam alto risco de contágio e de extermínio de diversos povos indígenas, violando assim direitos fundamentais desse grupo, mais especificamente violação à dignidade da pessoa humana, direito à vida, à saúde e direito de esses povos viverem em seu território, de acordo com suas culturas e tradições.

Os requerentes ressaltaram a situação de vulnerabilidade desses povos por diversas razões. Dentre elas, citaram a vulnerabilidade imunológica, pois historicamente os indígenas são mais suscetíveis a doenças infectocontagiosas. Também mencionaram sua vulnerabilidade sociocultural, decorrente de seu modo de vida, que possui intenso contato comunitário, com o

³ Partido Socialista Brasileiro (PSB), Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), Partido Comunista do Brasil (PCdoB), Rede Sustentabilidade (REDE), Partido dos Trabalhadores (PT) e Partido Democrático Trabalhista (PDT).

compartilhamento de habitações e utensílios, além do fato de viverem, muitas vezes, em locais remotos. Tais características favoreceriam uma maior mortalidade desses indivíduos em relação ao restante da população brasileira. Por fim, ainda destacaram a vulnerabilidade política dos povos indígenas, por se tratar de grupos minoritários, cuja cultura e condições geográficas não favorecem a viabilidade de uma devida representação pelos meios reconhecidos pelo Estado (Brasil, 2020, p. 09-10).

Em suma, o pleito da ação requeria a correção dos atos e omissões do Poder Público, uma vez que esse não estava contendo as invasões às terras indígenas, nem removendo seus invasores, os quais praticam nessas terras atos ilícitos (grilagem, garimpo ilegal, extração ilegal de madeira), forçando contato com os índios, expondo-os ao risco até mesmo de extinção com a disseminação do vírus. Além disso, as equipes de saúde que vinham ingressando no território indígena não cumpriam a quarentena ou observavam as medidas de prevenção ao contágio. Reclamaram, igualmente, uma assistência especializada de saúde a povos indígenas (realizado pela SESAI – Secretaria Especial de Saúde Indígena) para os índios não aldeados (urbanos) e para aqueles aldeados em terras ainda não homologadas. Por fim, pleitearam barreiras sanitárias e um plano pormenorizado e concreto, com uma estratégia de proteção de suas comunidades, além de um cronograma para sua implementação por parte dos órgãos estatais (especialmente SESAI e FUNAI – Fundação Nacional do Índio), buscando a participação dos seus representantes em sua elaboração e a instalação de uma Sala de Situação para abordar a política de enfrentamento da pandemia. Interessante perceber que a própria petição inicial já continha pedidos de natureza estruturante.

Diante do caráter de urgência da pandemia, foi apreciada medida cautelar, a qual foi submetida ao referendo do Plenário, originando a decisão ora analisada (ADPF 709 MC-Ref/DF), datada de 05/08/2020, cujo relator é o ministro Luiz Roberto Barroso. A medida cautelar restou parcialmente deferida, sendo referendada pela maioria do plenário do Supremo Tribunal Federal, havendo sido vencidos, parcialmente, o ministro Edson Fachin, que deferia a liminar em maior plenitude, e o ministro Ricardo Lewandowski, que pretendia estabelecer prazos para seu cumprimento.

O voto do relator se preocupou em ressaltar, desde o início, a necessidade de um diálogo institucional (Brasil, 2020, p. 39), pois as medidas pleiteadas pelos requerentes exigem a mobilização de múltiplas instituições e agentes, destacando a necessidade de expertise técnica e experiência em suas respectivas áreas de atuação. O reconhecimento da complexidade do caso e da necessária interação entre as instituições demonstra a compreensão da limitação da

capacidade institucional⁴ do Supremo Tribunal Federal para, sozinho, sanar o problema apresentado.

Observa-se, pois, a necessidade de implantação de uma política pública voltada para a saúde dessa comunidade (tanto para protegê-la do contato de invasores, como para um adequado tratamento especializado), o que exige um “especial dever de proteção”⁵ por parte do Estado para com essa parcela da população. Desse modo, foi reconhecida a vulnerabilidade⁶ das comunidades indígenas e a necessidade de um plano de enfrentamento voltado especificamente para as mesmas.

Veja-se que a inexistência de políticas voltadas para essa comunidade em específico, em que pese atendesse ao critério de neutralidade da igualdade formal ou da noção de igualdade como não-discriminação (visão liberal e individualista do princípio da igualdade), violaria o princípio da igualdade em seu sentido material ou, ainda, como leciona Roberto Saba (2016, p. 27-28), da noção de igualdade como não submissão. O referido autor propõe, com o referido conceito, um olhar estrutural que incorpora dados históricos e sociais acerca do fenômeno de submissão e de exclusão sistemática a que estão submetidos amplos setores da sociedade. Sob tal perspectiva, constata-se que há coletivos de pessoas dentro da sociedade que, por

⁴ Nesse sentido, importante destaque merece o trabalho de Sunstein e Vermeule (2002, p. 2-3), que abordam a análise da capacidade institucional do magistrado, criticando os debates sobre interpretação legal focados na questão de “como, em princípio, deveria ser o texto interpretado?”, centrados em uma figura heroica da capacidade do julgador, negligenciando a sua capacidade institucional, propondo uma abordagem que considere “como certas instituições, com suas distintas habilidades e limitações, interpretam determinados textos?”.

⁵ Gilmar Mendes (Brasil, 2020, p. 135) destaca que o Ministério Público Federal chamou a atenção para o descaso das autoridades Brasileiras e outros órgãos internacionais (como o Alto Comissariado das Nações Unidas, a Secretaria-Geral da OEA e a Corte Interamericana de Direitos Humanos) para a necessidade de proteção especial dos povos indígenas no contexto da pandemia. Ainda no mesmo voto (Brasil, 2020, 156), o ministro destaca que as comunidades indígenas fazem jus à proteção estatal específica, exemplificando com o art. 231, §5º, da CF/88, que prevê um nível de proteção especial e individual aos grupos indígenas em casos de epidemia. O termo “proteção especial” volta a aparecer no voto de Luiz Fux (Brasil, 2020, p. 170 e 177), inclusive com tópico específico sobre “Diretrizes internacionais e constitucionais para a proteção dos povos indígenas durante a pandemia de Covid-9 [Sic]”.

⁶ Para uma melhor compreensão do termo vulnerabilidade, Siqueira e Castro (2017, p. 110-115) trabalham com a ideia de que “grupos vulneráveis” é um gênero do qual uma de suas espécies denomina-se “minorias”. Essa espécie se subdivide em minorias étnicas, raciais, religiosas, sexuais, silvícolas, deficientes, mulheres, crianças, entre tantos outros que formam as minorias existentes na sociedade. Para se constatar uma minoria, indicam quatro elementos: (I) posição de não-dominação junto ao corpo social; (II) vínculo subjetivo de solidariedade entre seus membros para a proteção de sua identidade cultural; (III) demandam uma especial proteção estatal; e (IV) sofrem uma opressão social. Já os grupos vulneráveis abrangem grupos mais amplos que estão em posição social inferior, ou seja, seria uma minoria *lato sensu*. Do mesmo modo, são grupos que não estão totalmente inseridos no corpo social e por isso demandam peculiar proteção (logo, sofrem exclusão, em menor ou igual grau que as minorias) para o respeito e o exercício de suas garantias. Urge destacar ainda que os grupos vulneráveis buscam exercer seus direitos, já as minorias buscam primeiramente o reconhecimento de que também possuem direito e concomitantemente o seu exercício. Como exemplo de grupos vulneráveis que não são propriamente uma minoria em *stricto sensu*, os autores citam consumidores, sindicatos, deficientes, acusados penais, etc. Já minorias possuem traços culturais comuns presentes em todos os indivíduos, como indígenas, homossexuais, negros, crianças, idosos, etc.

pertencerem a determinados grupos, carecem de acesso a certos empregos, funções, atividades, espaços físicos ou à prática de autogoverno, dada a situação de submissão de que padecem, aspecto fundamental para a compreensão de discriminação estrutural que se buscará trabalhar na análise aqui proposta.

Para estudar uma situação que demanda uma sentença de natureza estruturante, é necessário compreender, antes, o que caracterizam as violações nestes casos. Deve-se ter em consideração que a organização do Estado (como instituição) é que permitiu, facilitou ou mesmo diretamente incorreu na violação de direitos e liberdades fundamentais a determinados grupos, esses caracterizados por sua exclusão e marginalização em relação ao restante da sociedade (Rojas, 2015, p. 127), resultando em uma cultura discriminatória. Isso porque a sociedade funciona com base em uma estrutura social, jurídica e política que culturalmente mantém certas práticas que violam os direitos dessas “minorias vulneráveis”⁷, cujos direitos não são observados, sendo invisíveis para a sociedade. E, para enfrentar essa generalizada e sistematizada discriminação estrutural, faz-se necessária a correção das condições jurídicas, políticas, econômicas e culturais que tornam essas violações recorrentes.

Soma-se à vulnerabilidade dos povos indígenas o histórico da relação do Estado com os mesmos, pois, além de padecerem com as doenças trazidas pelo “homem branco”, esse tomou seus territórios, aprisionou índios e impôs um processo de aculturação, dizimando povos inteiros, como ressaltado no voto do ministro Edson Fachin (Brasil, 2020, p. 98). Para ele, não se trata de mera política governamental, mas de dever do Estado brasileiro a tutela da vida e da saúde dos índios e de suas comunidades, consoante prevê o próprio texto constitucional. Além disso, Fachin destacou que a situação calamitosa dos povos Yanomami e Ye’kwana foram discutidas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que emitiu a Recomendação n.º 35/2000 para o Estado brasileiro atuar na sua proteção, devendo adotar as medidas necessárias para proteger os direitos à vida, à saúde e à integridade pessoal dos seus membros, por meio de medidas adequadas para prevenção da COVID-19 (Brasil, 2020, p. 108).

Igualmente, a decisão também cita a Recomendação n.º 01/2020 sobre a Pandemia e Direitos Humanos nas Américas da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que faz menção específica ao dever de proteção dos Estados com relação aos povos indígenas em situação de especial vulnerabilidade, pois “[...] sentem mais fortemente os impactos do vírus, dada a realidade desigual e da violência generalizada a que estão submetidos” (Brasil, 2020, p.

⁷ Reforça-se aqui a conceituação da nota de rodapé anterior.

178). Tal documento recomenda medidas de respeito de forma irrestrita ao não contato com os povos e segmentos de povos indígenas em isolamento voluntário, medidas de proteção com o direito de receber atenção à saúde com pertinência cultural e abster-se de promover iniciativas legislativas e/ou avanços na implementação de projetos produtivos e extrativos nos seus territórios durante o tempo que durar a pandemia.

Porém, antes de adentrar nas características de uma sentença estruturante em um processo de natureza estrutural, impende compreender que uma das situações em que se identifica a necessidade desse tipo de ação decorre da discriminação estrutural. O Comitê dos Direitos das Pessoas com Deficiência (ONU, 2016), em sua Observação Geral n.º 3 sobre direitos da mulher com deficiência, definiu discriminação estrutural (ou sistêmica), para esse determinado grupo vulnerável, da seguinte forma:

17. e) a discriminação estrutural ou sistêmica oculta padrões claros de comportamento institucional discriminatório, tradições culturais discriminatórias, normas e/ou regras sociais, de gênero e os estereótipos preconceituosos que podem levar a tal discriminação, deficiência intrinsecamente ligada à falta de políticas, regulamentação e prestação de serviços especificamente para as mulheres com deficiência [...].

Veja-se que a discriminação estrutural pode estar fortemente vinculada a elementos culturais e históricos que a sustentem (como no caso da discriminação racial ou de gênero), assim como, em outros casos, esses elementos podem não se fazer necessariamente presentes (como por exemplo no caso colombiano da população de deslocados em razão do conflito armado interno no país). Não há, portanto, uma definição do conceito de discriminação ou quais grupos são submetidos à discriminação, por isso o juiz Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, em seu voto no Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde Vs. Brasil⁸ (Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2016, p. 151-152), aponta alguns elementos que devem ser considerados (mas não se limitando a eles) para identificar uma discriminação estrutural:

(I) A discriminação estrutural exige a presença de um grupo ou grupos de pessoas, tratando-se de uma situação coletiva. O grupo deve apresentar (a) características imutáveis ou

⁸ Foi determinante para configurar a discriminação estrutural por situação econômica derivada da pobreza tanto o histórico do fenômeno de trabalho escravo em uma região geográfica que limitava a liberdade dos trabalhadores em razão do difícil acesso a centros urbanos por sua distância e precariedade dos acessos como, a situação de vulnerabilidade das vítimas (com perfil específico, muitas analfabetas, extremamente pobres a ponto de aceitar condições de trabalho precárias, trazidas de regiões pobres do país), o domínio e influência dos fazendeiros nas diferentes instâncias do poder nacional (direta e indireta) e a impossibilidade das 85 vítimas de obterem condições básicas de desenvolvimento humano mediante o seu trabalho.

imodificáveis por vontade própria (b) ou que estejam relacionadas a fatores históricos de práticas discriminatórias; (c) e que este grupo seja de minorias ou maiorias.

(II) Que esse grupo se encontre em uma situação sistemática e histórica de exclusão, marginalização ou subordinação que lhes impeça de alcançar as condições básicas de desenvolvimento humano. Este é o núcleo central da noção de discriminação estrutural: constatar uma situação generalizada de desvantagem, exclusão, subordinação, marginalização ou submissão como obstáculo ao gozo dos direitos fundamentais.

(III) Que a situação de exclusão, marginalização ou subordinação se centre em uma zona geográfica determinada, ou generalizado em todo o território do Estado, podendo ser ainda uma situação intergeracional.

(IV) Que a discriminação estrutural afete grupos de vítimas de discriminação indireta ou de discriminação de fato, por atuações, aplicações de medidas ou ações implementadas pelo Estado. Ou seja, independe da intenção da norma, da neutralidade ou da menção expressa de alguma distinção ou restrição explícita, devendo ser apurado se há violação à igualdade material para determinado grupo vulnerável.

As ferramentas que instrumentalizam o ordenamento jurídico contra a discriminação estrutural podem ser concebidas como uma espécie de reparação histórica ou como um instrumento de transformação social, com políticas afirmativas, que visam a uma sociedade mais justa e inclusiva, mas não se esgota com os grupos historicamente excluídos, pois o princípio *antisubjugation* se projeta para todas as ordens sociais. Assim, o elemento determinante da adoção dessas sentenças estruturantes é a exigência de sistematicidade: uma “disfunção sistêmica inadmissível” ou ainda problema de projeção generalizada da marginalização, subordinação ou exclusão que atua como obstáculo do gozo dos direitos fundamentais, ou seja, não há necessidade do elemento temporal prolongado (ou histórico) de subordinação (Sagües, 2018, p. 138-140).

Logo, para o caso da ADPF 709, percebe-se que restam presentes muitas das características acima trabalhadas para configurar a situação dos povos indígenas como uma situação de discriminação estrutural. Ou seja, a decisão sob análise tem como objeto a proteção de grupos de diversas comunidades indígenas, tratando-se de uma circunstância coletiva. O grupo apresenta características imutáveis ou imodificáveis por vontade própria, uma vez que o que os caracteriza é a sua origem étnica. Não obstante isso, trata-se de grupo minoritário, cuja vulnerabilidade imunológica, sociocultural e política resta evidente.

Os povos indígenas encontram-se em uma situação sistemática e histórica de exclusão, marginalização e subordinação que lhes impede de alcançar as condições de representatividade para tutelar seus interesses, bem como são constantemente ameaçados pelos invasores de suas terras e pelas doenças transmitidas pelo “homem branco” para o seio de suas comunidades. Esses fatores e o contexto social acabam por causar um distúrbio na igualdade, a ponto de, sob os mesmos critérios de tratamento pelo Estado, esses indivíduos pertencentes ao grupo social em questão (povos indígenas) apresentarem condições insuficientes para assegurar as suas particularidades e singularidades enquanto grupo, o que caracteriza a desigualdade sob o viés de não submissão (Saba, 2016, p. 128). Soma-se a isso todo o histórico da relação que dizimou sua população há séculos, como destacado no voto de Fachin (Brasil, 2020, p. 98), o que torna a situação intergeracional. Cabe ao Estado, então, garantir a pluralidade e o reconhecimento da diferença com a proteção desse grupo vulnerável.

A situação de exclusão, marginalização ou subordinação se centra em uma zona geográfica determinada (com relação aos povos aldeados), e mesmo generalizado em todo o território do Estado (considerando os povos não aldeado/urbanos). Outrossim, a discriminação estrutural afeta as vítimas de discriminação de forma indireta, caracterizando a violação ao princípio da igualdade sob o olhar de não submissão acima já tratado, ao passo que uma visão de igualdade meramente formal tenderia a desconsiderar a necessidade de uma política pública especializada para a saúde dos indígenas diante das condições peculiares de vulnerabilidade desse grupo, tal como destacado pela decisão.

Desse modo, pode-se afirmar que o caso pode, sim, ser enquadrado como sendo de discriminação estrutural, embora não tenha restado expresso o uso da expressão na decisão. O Documento do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (Brasil, 2020, p. 123) confirma que “a pandemia da COVID-19 tem afetado os povos indígenas de modo desproporcional ao agravar a desigualdades estruturais subjacentes e a discriminação generalizada”. Uma vez constatado isso⁹, parte-se, na sequência, para a análise do tipo de

⁹ Não obstante o enquadramento do caso na perspectiva da discriminação estrutural que se extrai da fundamentação da decisão, tendo-se em vista o destaque para a vulnerabilidade dos indígenas na pandemia, poderiam ser implementadas medidas estruturantes com base em um outro viés de justificação, qual seja, o “estado de coisas inconstitucional” (cuja origem advém da Corte Constitucional Colombiana), diante da ausência de ação estatal ou ainda de um bloqueio institucional na elaboração do plano e adoção de medidas de enfrentamento da pandemia para os povos indígenas. Osuna (2015, p. 112-113) cita alguns parâmetros determinantes para o reconhecimento do “estado de coisas inconstitucional”, apontando que o mesmo decorre (I) da vulneração massiva e generalizada de vários direitos constitucionais que afetam um número significativo de pessoas; (II) da prolongada omissão (ou a insuficiência/ineficiência) das autoridades no cumprimento de suas obrigações para garantir esses direitos; (III) da adoção de práticas inconstitucionais, como a exigência de incorporar a ação de tutela como parte do procedimento para garantir o direito violado; (IV) da não expedição de medidas legislativas, administrativas ou

controle jurisdicional empregado e se a decisão possui características de um processo de natureza estrutural, uma vez que expressamente mencionado, pelos ministros, que se estavam adotando medidas de índole estrutural¹⁰.

2. O (im)provável relação entre as sentenças estruturantes e as medidas implementadas pela decisão liminar na ADPF N° 709/DF

Destaca-se que sentenças estruturantes requerem a compreensão do juiz como intérprete máximo e defensor dos direitos fundamentais, assumindo um papel de coordenador das ações estatais e definindo como devem atuar as autoridades (mas sem retirar delas, *a priori*, a competência do planejamento e execução das medidas a serem adotadas) com a finalidade de garantir o exercício efetivo desses direitos em questões que foram gravemente descuidadas pelas mesmas (Osuna, 2015, p. 93). Em consequência, o julgador expede ordens que excedem a relação *inter partes* do caso que originou a sentença, apontando para medidas que buscam resolver o problema generalizado identificado.

Cabe fazer a ressalva de que as sentenças estruturantes são instrumento legítimo para casos excepcionais, em que uma tutela ordinária (não estrutural) não seria suficiente para proteção dos direitos fundamentais, em especial os direitos prestacionais (Bazán, V.; Armijo, G.; Nash, C., 2014, p. 21). Percebe-se que nessas decisões, o julgador não se limita a reconhecer a violação do direito e determinar sua reparação, pois ele parte para determinações que direcionam os demais órgãos estatais a adotarem ações que visem ao enfrentamento das causas estruturais presentes na sociedade que levaram à situação de violação massiva, sistemática e generalizada constatada. Sua atuação, como coordenador, tem como objetivo criar condições

orçamentárias necessárias para evitar a vulneração dos direitos; (V) da existência de um problema social cuja solução envolve a intervenção de várias entidades, para a adoção conjunta e articulada de um conjunto de medidas multissetoriais, medidas essas complexas e que requerem ações institucionais coordenadas para o enfrentamento e superação da situação, bem como exigem um nível de recursos que demanda um esforço orçamentário adicional importante para o cumprimento e atingimento desses objetivos; e (VI) se todas as pessoas afetadas pelo mesmo problema buscassem a tutela judicial para obter a proteção de seus direitos, se produziria um maior congestionamento do tribunal. Assim, seria possível a adoção de uma sentença estruturante também por meio do reconhecimento da omissão estatal para a proteção da saúde dos indígenas no cenário pandêmico e dos bloqueios institucionais para uma atuação que preserve o isolamento dos grupos aldeados de recente contato ou em isolamento, uma vez que configuraria violações sistemáticas a esse grupo da população Brasileira.

¹⁰ Destaca-se a menção no voto de Luiz Fux (Brasil, 2020, p. 182) de que as medidas cautelares propostas pelo relator são “medidas judiciais estruturais”. A ministra Rosa Weber, por sua vez, destacou que a causa tinha “índole estrutural” (Brasil, 2020, p. 122-123). Por fim, destaca-se a fala do Roberto Barroso em plenário ao apontar as invasões das terras indígenas como questão antiga “complexa e estrutural” (Brasil, 2020, p. 80)

para que institucionalmente possa haver uma evolução com reformas sociais, a fim de que essas violações deixem de acontecer.

Portanto, para que se possa analisar até que ponto a decisão da ADPF 709 se constitui em uma decisão de caráter estruturante, é preciso, primeiro, elencar as determinações contidas na decisão, que deferiu, em parte, os pedidos cautelares requeridos, dividindo a análise quanto aos pedidos voltados para os povos indígenas em isolamento e de contato recente e, em um segundo momento, quanto aos povos indígenas em geral.

Para os primeiros, restou determinada a criação de barreiras sanitárias, cujo plano de execução deveria ser apresentado pela União, ouvidos os membros da Sala de Situação (BRASIL, 2020, p. 45). Outra medida foi a instalação da referida Sala de Situação, para gestão de ações de combate à pandemia quanto aos povos indígenas em isolamento e de contato recente. Neste último ponto, acresce-se a determinação para a inclusão da participação de representantes das comunidades indígenas, da Procuradoria-Geral da República e da Defensoria Pública da União (Brasil, 2020, p. 49).

Para o segundo grupo, restou indeferido o pedido de retirada de invasores cautelarmente, uma vez que exigiria a remoção de dezenas de milhares de pessoas, o que acarretaria em risco de conflitos e necessidade de ingresso das forças policiais e militares nas terras indígenas, agravando risco de contágio daquelas comunidades. Por outro lado, determinou-se à União desenvolver um plano de desintrusão, além das medidas emergenciais de contenção e isolamento dos invasores para evitar o contato (Brasil, 2020, p. 51).

Foi determinado também que os indígenas aldeados (independente se a terra for homologada ou não) tivessem acesso ao serviço do Subsistema Indígena de Saúde, porém sem estender para os indígenas não aldeados (salvo em caso de indisponibilidade do SUS geral) (BRASIL, 2020, p. 53 e 56). Por fim, foi determinada a elaboração e monitoramento de um Plano de Enfrentamento e Monitoramento da COVID-19 para os Povos Indígenas Brasileiros que contasse com a participação das comunidades indígenas em sua deliberação (Brasil, 2020, p. 58).

Como afirmado anteriormente, as sentenças estruturantes não se limitam à mera declaração da violação do direito e sua reparação, mas procuram enfrentar aspectos estruturais (ou seja, as múltiplas causas) relacionados à sociedade e que tendem a perpetuar as violações massivas e generalizadas dos direitos humanos e fundamentais. Isso porque a situação requer medidas multissetoriais, medidas essas complexas e que envolvem ações institucionais coordenadas entre os diversos órgãos citados na decisão.

Contudo, a decisão objeto de estudo se refere de uma decisão cautelar, o que limita a análise dos julgadores com maior profundidade sobre as causas estruturais para o enfrentamento da discriminação contra os povos indígenas e as medidas empregadas neste momento processual. De todo modo, não é ignorada a complexidade da questão sob julgamento, em especial no que tange aos invasores das terras indígenas. Como exposto pelo relator, trata-se de problema que vai além da crise sanitária, envolvendo questão indígena, ambiental e fundiária (Brasil, 2020, p. 25-26). Logo, mesmo declarada como inaceitável a inação do Governo Federal, especialmente na repressão dos crimes praticados pelos invasores, Barroso expõe que se constitui em um problema social gravíssimo, que requer o planejamento para o enfrentamento do problema que envolve grande contingente de pessoas e elevado risco de conflito armado.

Além disso, o Judiciário não possui capacidade institucional para formular as medidas necessárias para o combate à crise sanitária por meio de uma decisão judicial, muito menos condições de enfrentar as causas estruturais que levam ao reconhecimento da vulnerabilidade dos povos indígenas, motivo pelo qual a proposta de diálogo institucional se mostra uma solução adequada. Soma-se a isso a rápida evolução dos conhecimentos sobre a pandemia desde sua eclosão, sendo razoável manter a flexibilidade na tomada de decisões por parte dos órgãos competentes conforme o transcorrer do enfrentamento à COVID-19.

A decisão em análise, portanto, assemelha-se à proposta de decisões dialógicas (Garavito, 2011, p. 1.676) que estabelecem metas amplas e caminhos de implementação claros (ainda que não fixe prazos, como discorrido no voto do ministro Lewandowski), mantendo-se com os órgãos governamentais as decisões substantivas e os resultados detalhados. Ao menos é o que se constata em relação às determinações voltadas ao planejamento da execução das barreiras sanitárias e elaboração do Plano de Enfrentamento da COVID-19 para os Povos Indígenas Brasileiros.

Esse modelo de controle judicial pode ser compreendido, por sua vez, como controle “fraco” (Tushnet, 2009, p. 248), pois adota remédios e medidas tais como a requisição para que o órgão governamental desenvolva um plano que elimine a violação de direitos, bem como o estímulo judicial de negociação entre as partes afetadas, além de determinar a participação dos representantes das comunidades indígenas na elaboração da sua execução.

Percebe-se que as barreiras sanitárias são medidas criativas da decisão, embora fundamentadas (Brasil, 2020, p. 40-43) em normas constitucionais (art. 231 da Constituição) e dispositivos internacionais (art. 2º, 1; 4º, 1 e 2, 5º e 7º da Convenção 169 da OIT, Diretrizes do Alto Comissariado da Organização das Nações Unidas para Enfrentamento da Pandemia e

Resolução n.º1/2020 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos sobre Pandemia e Direitos Humanos nas Américas). Trata-se de diretrizes não vinculantes, mas importantes orientações para a atuação da Corte brasileira, que intervém na elaboração da política pública voltada ao combate à pandemia com a exigência de sua implementação.

Contudo, a instalação de barreiras sanitárias não tem o condão de atacar as causas estruturais que levam os povos indígenas à discriminação estrutural. Trata-se de medida pontual em razão da pandemia, motivo pelo qual a tutela concedida, não necessariamente, deve ser vista como medida estrutural.

De todo modo, a atuação do STF, visando ao diálogo institucional, não chega a ser impositiva e arbitrária, aspecto que conformaria a característica de um controle “forte”, pois deixa ao encargo da União o planejamento da execução das referidas barreiras. Tal aspecto vai, por sua vez, na direção do “ativismo dialógico” citado por Garavito (2011, p. 1.676) – cuja perspectiva implica em uma atuação intermediária entre o modelo de contenção judicial e a juristocracia, ou seja, um modelo de cooperação entre Cortes e parlamentares na concretização de direitos fundamentais, onde as intervenções suscitam a colaboração entre os Poderes e promovem a deliberação de questões públicas – mas não necessariamente caracteriza uma medida estrutural.

Quanto à determinação para assegurar acesso dos indígenas aldeados em terras não homologadas ao Subsistema Indígena de Saúde, percebe-se uma atuação mais incisiva. Tal medida assemelha-se mais ao controle jurisdicional “forte” de Tushnet, devidamente justificado pelo relator diante das dificuldades impostas às comunidades indígenas nos últimos anos para a homologação de suas terras, cujos processos não avançam por razões políticas (destacando a contrariedade do Chefe do Executivo com a demarcação e homologação de terras indígenas em seu mandato). Tal medida contribui para uma maior proteção dos povos afetados, podendo indicar um efeito de desbloqueio nas instituições para a tomada de ações mais concretas que impliquem em reformas estruturais para a comunidade, mas não ocorre por meio do diálogo institucional (aspecto característico de uma sentença estruturante), mas sim por meio de ordem judicial.

Outro ponto que merece destaque é a determinação para a convocação da Sala de Situação. Embora apresente semelhança, *a priori*, com as medidas de monitoramento de cumprimento da decisão do exemplo implantado com a Corte Constitucional Colombiana, como no caso da Sentencia T-25, de 2004, onde restou reconhecido o “estado de coisas inconstitucional” em relação aos direitos da população deslocada pelo conflito armado em seu

território¹¹, há diferenças marcantes que distinguem o caso brasileiro (no ponto específico tratado) das características de um processo estrutural identificadas no presente texto. Isso porque a Sala de Situação não corresponde a uma sala especial de monitoramento integrada à própria Corte¹², mas sim de uma política desenvolvida pelo Poder Executivo, por meio da Portaria Conjunta n.º 4.094/2018 do Ministério da Saúde e da Funai, em seu art. 12. Logo, há norma federal criando o instituto da Sala de Situação e disciplinando a medida, cabendo ao STF mera implementação judicial da norma federal.

Observa-se também que não houve exigência de informes periódicos à Corte sobre o conteúdo das deliberações da Sala de Situação, nem mesmo menção à necessidade de audiências públicas. Tais considerações são importantes, pois no processo estrutural a Corte pode manter uma postura de coordenação¹³ na execução das medidas, acompanhando os resultados e até mesmo emitindo novas decisões para ajustar o desempenho das instituições, sem ter de início um objetivo final concreto previamente planejado.

Impende destacar que, no caso das sentenças estruturantes, o julgamento propriamente dito não necessariamente põe fim ao litígio. O propósito do remédio empregado pela decisão é não apenas encerrar o incidente que perturba o *status quo*, mas ter a capacidade de mudar o estado de coisas atual e criar um novo *status quo* (Fiss, 2022, p. 41), o que revela o potencial transformador da decisão.

Por se tratar de uma medida cautelar proferida em um primeiro momento (08/07/2020) e referendada quase um mês depois (05/08/2020), evidente que, no curso do processo, surgiram problemas com a implementação da Sala de Situação¹⁴. A Sala de Situação foi criada em

¹¹ Osuna (2015, p. 98-101) aponta que a Corte Colombiana declarou o estado de coisas inconstitucional após fazer um estudo sistêmico da situação das vítimas de deslocamento interno forçado no país, tendo reconhecido uma especial condição de vulnerabilidade, exclusão e marginalidade dessa população. A gravidade da situação os impedia de ter acesso às garantias mínimas para alcançar efetivamente a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais. Em razão disso, proferiu uma sentença que transmitiu ordens concretas para responder aos pleitos dos demandantes e, destaca-se, ordens de caráter geral que a Corte denomina de execução complexa, dirigidas para garantir os direitos de toda a população deslocada (para além dos 17 casos selecionados para julgamento). Essas últimas possuíam a finalidade de impulsionar as autoridades encarregadas a atender à população deslocada, de acordo com suas competências, as medidas corretivas necessárias para superar os problemas identificados na política estatal de atenção à essa população.

¹² Importante deixar claro que a criação de uma sala especial de monitoramento não é um pré-requisito para se ter uma sentença estruturante. O que se ressalta, neste ponto, é a possível confusão que se possa gerar entre a Sala de Situação e a sala especial de monitoramento do caso colombiano, pois ambos possuem origens e funções diferentes.

¹³ Este ponto é controverso. Uma das discussões acerca das sentenças estruturantes reside, justamente, em qual seria o papel do Judiciário – articulação, fiscalização, implementação – não significando, portanto, que as sentenças estruturantes necessariamente demandem uma atuação de coordenação. Não se trata, pois, de uma característica intrínseca das sentenças estruturantes, embora seja a posição defendida por alguns autores como Garavito.

¹⁴ As adversidades encontradas na Sala de Situação dificultaram as deliberações pelos seus integrantes, tendo sido relatada uma postura de intimidação, de pouca abertura para o diálogo com os indígenas, utilizando-se do espaço

17/07/2020, contando com mais de 60 participantes. Porém, chama a atenção o protagonismo das forças militares, o que, segundo Godoy, Santana e Oliveira (2021, p. 2.185), conferiu a ela, desde o início, um tratamento pouco técnico, bem como acarretou na impossibilidade de diálogo, o que motivou o ministro relator da ADPF 709 a nomear observadores para as reuniões, a fim de arrefecer os debates e permitir análises de caráter mais técnico (Godoy, Santana e Oliveira, 2021, p. 2.185).

Em outras palavras, percebe-se uma grande diferença do instituto da Sala de Situação da sala especial e autos de monitoramento do caso colombiano, no qual há maior participação do Judiciário, não só com observadores na sala, mas como órgão coordenador dos trabalhos (Osuna, 2015, p. 103).

Todavia, cabe ressaltar que, dentre as medidas cautelares, há a determinação, dirigida à União, para desenvolver um Plano de Enfrentamento da COVID-19 para os Povos Indígenas Brasileiros, o qual deveria contar com medidas emergenciais de contenção e isolamento dos invasores, para evitar o contato, além de prever um plano de desintrusão dos invasores. Aqui, com base no estudo acima citado, percebe-se um direcionamento da tutela judicial para as causas do problema estrutural.

Novamente, percebe-se uma medida dialógica do Judiciário, envolvendo o Poder Executivo e diversos órgãos necessários para a sua execução, evidenciando um modelo de controle “fraco”, mas visando a desbloquear a máquina pública e retirá-la da inércia. A

para convalidar as ações governamentais previamente decididas. As dificuldades foram confirmadas pelo advogado da Articulação dos Povos Indígenas do Brasil, sendo que os indígenas não veem o espaço como um local de diálogo intercultural, conforme se evidenciou na entrevista concedida ao trabalho de Godoy, Santana e Oliveira (2021, p. 2.188-2.189): “*Não houve diálogo. Até hoje não há um espaço democrático de fato (...) tanto é que o próprio Supremo vem tendo que ratificar as suas decisões para vê-las cumpridas. Até agora, a Sala de Situação nada mais é do que um distensionamento entre o Governo e o Movimento Indígena, mas não uma instância de participação de fato dos indígenas. É meio que uma obrigação que foi criada e foi ocupada pelos militares no sentido de intimidar o movimento e de demonstrar e convalidar os interesses do governo. É uma instância de intimidação também. [...] Virou uma instância de atualização de informes do governo. É desanimador ver os especialistas convidados por nós tendo que esclarecer coisas que o governo nem sabia, porque não havia interesse pela política de isolados.*” Também foi constatado o descumprimento da decisão (Godoy, Santana e Oliveira, 2021, p. 2.195- 2.196), seja pela ausência de indígenas em reuniões da Sala de Situação, seja com o descumprimento da instalação de barreiras sanitárias. Embora a APIB tenha apontado em mapas georreferenciados os locais onde as barreiras eram urgentes, a União desconsiderou o documento. As barreiras sanitárias não eram instaladas de forma permanente, apresentavam deficiências nos protocolos sanitários e não contavam com a atuação orquestrada da Fundação Nacional do Índio (FUNAI) e da Secretaria Especial da Saúde Indígena (Sesai). Não foram efetivados os Planos de Contingência para eventuais situações de Contato com Povos Isolados, sendo que sequer treinamento especializado das equipes médicas foi realizado. Os pesquisadores (Godoy, Santana e Oliveira, 2021, p. 2.186-2.187) também relataram problemas com a falta de preocupação com a inclusão digital (uma vez que as reuniões eram online) e com acusações por parte do Chefe do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República, responsável por coordenar as reuniões, em sua conta na rede social Twitter, onde escreveu que uma das representantes da Articulação dos Povos Indígenas do Brasil cometeu crime de lesa pátria, tensionando as relações.

complexidade é notória, pois, conforme lembrado pelo ministro Alexandre de Moraes (Brasil, 2020, p. 74), exige todo um aparato de servidores da área da assistência social, de psicologia, educacional, conselhos tutelares, médicos, enfermeiros, polícia federal, forças armadas, entre outros.

Nota-se que, em relação ao plano de contenção e isolamento dos invasores em relação às comunidades indígenas, na decisão, há menção (no final do parágrafo que acolhe parcialmente a medida cautelar) de que, caso não seja apresentado nenhum plano a respeito da desintrusão, o relator voltará a apreciar o tema (Brasil, 2020, p. 51), indicando, assim, um monitoramento da sua execução.

Percebe-se, com a experiência colombiana, por exemplo, que a criação de mecanismos (as salas e os autos de monitoramento) para vigiar o cumprimento efetivo das ordens emanadas por sentenças estruturantes (Osuna, 2015, p. 113) cumpre importante papel na execução das referidas decisões. Ou seja, a Corte permanece monitorando ativamente a execução das medidas, o que evita o efeito *slippage*¹⁵ (Fiss, 2022, p. 42) e deixa de sobrecarregar as vítimas da incumbência de uma atuação (ou seja, da iniciativa de nova provocação judicial) como agente efetivo para assegurar o cumprimento da decisão.

Com a sentença estruturante há um fator adicional que torna a personificação ainda mais acentuada: o juiz mantém uma relação contínua com as instituições por um período significativo de tempo, pois é inevitável uma série de intervenções (decisões novas de tempo em tempo), implicando em um processo de interação contínua (Fiss, 1978, p. 28).

Como visto anteriormente, compete ao julgador planejar e, também, coordenar uma série de reformas das instituições dentro da lógica do processo estrutural, buscando um remédio efetivo para adequar as práticas às exigências da Constituição. Para formular esses remédios para o problema estrutural, é importante que prevaleçam julgamentos instrumentais com base no conhecimento especializado ou no pensamento estratégico (Fiss, 2022, p. 45-46), razão pela qual é fundamental compartilhar o desafio de remediar a situação (diante da complexidade do litígio estrutural) e criar instituições auxiliares, coordenando o cumprimento da decisão.

Quanto às medidas de abertura de participação de mais atores (como, por exemplo, a participação do Conselho Nacional de Direitos Humanos, dos representantes das comunidades indígenas, o apoio técnico da Fundação Oswaldo Cruz e do Grupo de Trabalho de Saúde

¹⁵ Quando se tolera que práticas análogas àquela vedada pela decisão até a determinação do juiz sobre a sua legalidade, criando um efeito semelhante ao jogo de pingue-pongue, uma vez que novas violações similares surgirão enquanto o problema estrutural persistir.

Indígena da Associação Brasileira de Saúde Coletiva – ABRASCO) no planejamento do Plano de Enfrentamento da COVID-19 para os Povos Indígenas Brasileiros, da execução das barreiras sanitárias e na Sala de Situação, tais medidas contribuem *a priori* para gerar maior a eficácia da decisão (embora não seja objeto deste trabalho a análise da sua eficácia). Como ressaltou Garavito (2011, p. 1.683-1.688), decisões estruturantes possuem seis principais efeitos. Desses, percebe-se que a inclusão de mais atores na deliberação das decisões potencialmente pode gerar o *efeito participativo*, com o estímulo à participação de organizações da sociedade civil no acompanhamento do cumprimento da decisão, e o *efeito setorial* (considerado simbólico), pois seus membros e organizações passam a adotar a linguagem da lei para enquadrar suas reivindicações.

De todo modo, as medidas cautelares deferidas pelo STF causam imediato *efeito de desbloqueio*, pois suas determinações motivam alterações burocráticas para atender aos indígenas, quebram a inércia estatal e promovem ações governamentais, seja com a implementação da Sala de Situação e da implantação de barreiras sanitárias, seja por compelir o Executivo a elaborar o Plano de Enfrentamento da COVID-19 para os Povos Indígenas Brasileiros, juntamente com um plano de desintrusão dos invasores das suas terras. Do mesmo modo, a decisão coloca o STF em uma postura de coordenador das medidas determinadas pela decisão, o que corrobora o *efeito de coordenação*.

Embora não seja objeto deste trabalho a análise dos fatos posteriores à decisão que concedeu parcialmente a medida cautelar, há, potencialmente, também um *efeito nas políticas públicas*, pois o cumprimento da decisão impacta no desenho de uma política de combate à pandemia para os povos indígenas, gerando enfoque sobre os seus direitos, bem como impacta diretamente na alocação de recursos governamentais. Do mesmo modo, presume-se que a decisão gerará *efeito de reformulação*, mudando o tratamento do Estado com esse grupo vulnerável e tratando o combate à pandemia para essa parcela da população como um problema de direitos humanos, o que demanda uma atuação diferenciada do Estado na sua proteção.

Impende referir, por fim, que mesmo remédios “fracos” podem acabar sendo inefetivos, mas fato é que essas medidas são menos prováveis de gerar oposição política e podem contribuir em certa medida para reformas significativas considerando os efeitos diretos e indiretos, materiais e simbólicos, da decisão. Já remédios fortes funcionam em curto prazo, mas podem ser intensamente controversos (Tushnet, 2009, p. 250). O resultado dependerá do engajamento dos demais Poderes, sobretudo do Poder Executivo, com a efetiva participação no

diálogo institucional, pois é fundamental, no processo dialógico, que as instituições estejam dispostas a dele participar¹⁶.

Considerando as principais características do processo estrutural mencionadas por Garavito (2011, p. 1.671), percebe-se que a presente decisão contém, ao menos, alguns traços marcantes de uma sentença estruturante. A decisão afeta um grande número de pessoas em situação de vulnerabilidade. As falhas institucionais generalizadas que levaram a essa situação residem na (falta de) atuação de vários órgãos governamentais que, de algum modo, contribuíram para tais violações de direitos. Além disso, as medidas de tutela estruturais deferidas pela cautelar instruem vários órgãos governamentais a tomar ações coordenadas para proteger toda a população afetada, cujos efeitos vão além das partes diretamente representadas.

Destaca-se, portanto, a relevância da decisão, por conter características de um processo estrutural, porém só o tempo dirá se a decisão final de mérito será uma sentença estruturante e se resultará em maior efetividade na defesa dos direitos fundamentais. Todavia, percebe-se que ainda há aspectos que distanciam a decisão das características que marcam as sentenças estruturantes.

Tal afirmação decorre, especialmente, da análise das medidas cautelares adotadas na decisão objeto de estudo, uma vez que não possuem propriamente natureza estrutural, por não atacarem as causas estruturais que levaram a população indígena à situação de discriminação estrutural. Soma-se a isso a participação tímida do Judiciário no acompanhamento da execução das medidas a serem adotadas, atuando mais como um observador do que como coordenador dos atores envolvidos, ainda que tenha o STF avocado para si a competência de aprovar o Plano e considerando que esse teve que ser reformulado várias vezes¹⁷.

¹⁶ Com relação ao engajamento do Poder Executivo no presente caso, reitera-se o destacado na nota de rodapé n.º 15.

¹⁷ A União apresentou o Plano de Barreiras Sanitárias em 29/07/2020 nos autos da ADPF 709. O relator proferiu decisão determinando que a União complementasse o Plano de Barreiras Sanitárias em 06/08/2020. Uma segunda versão foi apresentada em 14/08/2020. Este último foi homologado parcialmente pelo relator, com previsão de uma série de ajustes a serem observados, em 31/08/2020. Após oposição de embargos de declaração pela APIB, em 09/09/2020 foi incluída a Terra Indígena Kulina do Rio Envira no referido plano. Com relação ao Plano de Enfrentamento e Monitoramento da COVID-19 para Povos Indígenas Brasileiros, a União apresentou em 07/08/2020 a sua primeira versão. O relator apontou na decisão de 21/08/2020 várias deficiências do documento apresentado, determinando que a União aperfeiçoasse os planos. A nova versão, por sua vez, não foi homologada pelo ministro na decisão datada de 21/10/2020, na qual foram apontadas as exigências para uma nova versão do plano. Apresentada a terceira versão do plano, novamente foi rejeitada pelo relator, que destacou em 18/12/2020 a necessidade de mais ajustes para a homologação, por persistirem deficiências essenciais à sua exequibilidade, efetividade e monitorabilidade. Sobreveio um quarto plano elaborado pela União. Ainda que tenha avançado em alguns detalhamentos, a maior parte das determinações anteriores feita pelo Juízo foram atendidas apenas parcialmente. Por essa razão, a decisão do relator datada de 16/03/2021 homologou parcialmente o Plano Geral, excluindo da decisão a parte relacionada ao isolamento de invasores, para o qual foi aberto novo prazo para apresentação de Plano de Isolamento de Invasores, observando as diretrizes ressaltadas pela própria decisão. O

Considerações finais

Da análise do julgado, percebe-se que se está diante de uma situação que apresenta as características de uma discriminação estrutural, pois a ADPF 709 aborda a proteção de grupos de diversas comunidades indígenas (situação coletiva), os quais apresentam características imutáveis ou imodificáveis por vontade própria e por se tratar de grupo minoritário e vulnerável (conforme terminologia exposta na nota de rodapé n.º 7), cuja vulnerabilidade imunológica, sociocultural e política resta evidente. Igualmente, destaca-se que os povos indígenas se encontram em uma situação sistemática e histórica de exclusão, marginalização ou subordinação que lhes impedem de alcançar as condições de representatividade para tutelar seus interesses.

A situação de exclusão, marginalização ou subordinação se centra em uma zona geográfica determinada (com relação aos povos aldeados), e mesmo de forma generalizada em todo o território do Estado (considerando os povos não aldeado/urbanos). Essa discriminação estrutural afeta as vítimas de discriminação de forma indireta, uma vez que se trata de um grupo vulnerável que requer uma proteção especial, ou seja, um agir diferenciado do estado para garantir a saúde dos indígenas, diante de suas condições peculiares sociocultural e política, além de serem mais suscetíveis a doenças infectocontagiosas. Além disso, evidencia-se uma complexidade para solucionar os problemas apontados, pois esses vão além de uma crise sanitária, envolvendo questão indígena, ambiental e fundiária.

Diante desse contexto, a decisão propõe um diálogo institucional, por meio de medidas cautelares que configuram tanto um controle forte como fraco. Considerando as principais características do processo estrutural, percebe-se que há alguns traços marcantes de uma sentença estruturante, pois a decisão afeta um grande número de pessoas em situação de vulnerabilidade; destaca as falhas institucionais generalizadas que levaram a essa situação, que decorrem da falta de atuação de vários órgãos governamentais, as quais, de algum modo, contribuíram para tais violações de direitos; porém, a Corte expede medidas de tutela que não necessariamente são de natureza estrutural, embora instrua vários órgãos governamentais a tomar ações coordenadas pelo STF, cujos efeitos vão além das partes diretamente representadas.

referido Plano de Isolamento de Invasores restou apresentado e designado Plano 7 Terras Indígenas, sendo que o mesmo corre em sigilo de justiça. Por fim, a União ainda apresentou uma quinta versão do Plano Geral de Enfrentamento à COVID-19 para Povos Indígenas, tendo sido mantido o quarto plano pelo relator e rejeitado o último plano apresentado em 16/06/2021.

Das medidas, a que se mostrou mais próxima das características de uma sentença estruturante, ainda que em sede de cautelar, é a formulação de um plano que promova a desintrusão nas terras indígenas, embora não tenha sido elaborado qualquer planejamento de monitoramento para a referida medida. Afirma-se isso justamente porque, de todas as medidas cautelares proferidas, é a mais direcionada para o enfrentamento dos problemas estruturais que compõem o contexto de discriminação estrutural constatado pelos julgadores, enquanto as demais se voltam mais para o enfrentamento da pandemia de forma emergencial.

Vale lembrar que a decisão analisada se trata de cautelar, sendo essa marcada pela natureza precária do provimento, o que contribui para assimilar eventuais alterações das determinações judiciais até o efetivo exame do mérito. Outrossim, ressalta-se também que, embora haja determinação para a implantação da Sala de Situação, essa não se confunde com o modelo de monitoramento dos processos estruturais, sendo instituto peculiar originário do Poder Executivo por meio da Portaria Conjunta n.º 4.094/2018 do Ministério da Saúde e da Funai. Ou seja, não corresponde a uma sala especial de monitoramento integrada pela própria Corte (ainda que esse não seja um pré-requisito para se contatar uma sentença estruturante), mas sim de um órgão criado a partir da política desenvolvida pelo Executivo. Ainda, urge destacar a participação da Corte com a indicação de observadores, e não uma atuação de coordenação no cumprimento das medidas necessárias para o enfrentamento das causas estruturais.

Por fim, observa-se que a decisão causou imediato *efeito de desbloqueio*, pois suas determinações interromperam a inércia estatal na promoção de ações governamentais, seja com a implementação da Sala de Situação e da implantação de barreiras sanitárias, seja por compelir o Executivo a elaborar o Plano de Enfrentamento da COVID-19 para os Povos Indígenas Brasileiros, juntamente com um plano de desintrusão dos invasores das suas terras. O *efeito de coordenação*, por seu turno, também pode ser constatado, ao passo que a decisão coloca o STF em uma postura de coordenador das medidas determinadas pela decisão (embora o STF não tenha coordenado a ação da Sala de Situação, apenas designando observadores, seu papel de coordenação decorre da medida relacionada ao Plano de Enfrentamento e Monitoramento da COVID-19, pois avocou para si a competência de aprovar o Plano, o qual teve que ser reformulado várias vezes).

A decisão também apresenta potencial *efeito nas políticas públicas* e *efeito de reformulação*, podendo mudar o tratamento do Estado em relação a esse grupo vulnerável no

combate à pandemia. Por fim, a inclusão de mais atores na deliberação das decisões potencialmente pode gerar o *efeito participativo* e o *efeito setorial* (considerado simbólico).

Diante do exposto, conclui-se que a decisão liminar na ADPF 709 possui aspectos e elementos que se enquadram nas características das sentenças estruturantes, embora as medidas cautelares adotadas na decisão não sejam propriamente voltadas a uma transformação das condições estruturais que se encontram na base da violação dos direitos em questão, embora apresentem características de coordenação e de atuação integrada entre diferentes órgãos estatais, a partir de uma determinação dada pela decisão.

Referências

BAZÁN, V.; ARMIJO, G.; NASH, C. Entrevista concedida ao Jornal *Ámbito Internacional* com o apoio de Konrad-Adenauer-Stiftung: *Programa Estado de Direito para América Latina*, [S.l.], 10 a 23 nov. 2014, p. 21.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Referendo na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. ° 709 Distrito Federal*. Rel. Min. Roberto Barroso. Brasília, julgado em 05 ago. 2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde versus Brasil*: sentença de 20 de outubro de 2016 (exceções preliminares, mérito, reparações e custas). São José da Costa Rica, 2016.

FISS, Owen M. *The civil rights injunction*. Bloomington: Indiana University Press, 1978.

FISS, Owen M. To make the Constitution a living truth: four lectures on the Structural Injunction. In: ARENHART, S. C.; JOBIM, M. F.; OSNA, G. (Org.). *Processos Estruturais*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Juspodivm, 2022, p. 35-56.

GARAVITO, César Rodríguez. Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America. *Texas Law Review*. vol. 89 (7). Austin, 2011, p. 1.669-1.698.

GODOY, M. G.; SANTANA, C. R.; OLIVEIRA, L. C. STF, povos indígenas e Sala de Situação: diálogo ilusório. *Revista Praxis e Direito*, vol. 12, n. 3. Rio de Janeiro, 2021, p. 2.174-2.205.

ONU – Organização das Nações Unidas, Comitê para os Direitos das Pessoas com Deficiência, *Observação Geral nº 3 sobre Mulheres e Crianças com Deficiência*, 02 set. 2016, CRPD/C/GC/3.

OSUNA, Nestor. Las sentencias estructurales: tres ejemplos de Colombia. In: BAZÁN, Victor. (Org.) *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. La protección de los derechos sociales. Las sentencias estructurales. Colección Konrad Adenauer. Bogotá: Unión Gráfica, 2015, p. 91-116.

ROJAS, Claudio N. Las sentencias estructurales: tres ejemplos de Colombia. In: BAZÁN, Victor. (Org.) *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. La protección de los derechos sociales. Las sentencias estructurales. Colección Konrad Adenauer. n. 5. Bogotá: Unión Gráfica, 2015, p. 125-143.

SABA, Roberto - *Más allá de la igualdad formal ante la ley ¿Qué le debe el Estado a los grupos desaventajados?* Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2016.

SAGÜES, María Sofía. Discriminación estructural, inclusión y litigio estratégico. In: MAC-GREGOR, Eduardo F.; ANTONIAZZI, Mariela M.; PANTOJA, Rogelio F. (Org.) *Inclusión, Ius Commune y justiciabilidad de los DESCAs em la jurisprudencia interamericana: El caso Lagos Del Campo y los nuevos desafíos*. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Querétaro, 2018, p. 129-178.

SIQUEIRA, D. P.; CASTRO, L. R. B. Minorias e Grupos Vulneráveis: a questão terminológica como fator preponderante para uma real inclusão social. In: *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas*, v. 5, n. 1. Bebedouro, 2017.

SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. *Public Law and Legal Theory Working Paper*, n. 28, 2002.

TUSHNET, Mark V. *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*. Princeton: Princeton University Press, 2009, p. 228-264.

Como citar este artigo:

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; ALVES, Fernando Roberto Schnorr. O Supremo Tribunal Federal e as sentenças estruturantes: análise crítica da ADPF 709 (enfrentamento da pandemia entre os povos indígenas enquanto grupo vulnerável). **Revista Culturas Jurídicas**, V. 10, n. 26, p. 54-76, 2023. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/culturasjuridicas/index>.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; ALVES, Fernando Roberto Schnorr. O Supremo Tribunal Federal e as sentenças estruturantes: análise crítica da ADPF 709 (enfrentamento da pandemia entre os povos indígenas enquanto grupo vulnerável). **Revista Culturas Jurídicas**, V. 10, n. 26, p. 54-76, 2023. Available for access: <https://periodicos.uff.br/culturasjuridicas/index>.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; ALVES, Fernando Roberto Schnorr. O Supremo Tribunal Federal e as sentenças estruturantes: análise crítica da ADPF 709 (enfrentamento da pandemia entre os povos indígenas enquanto grupo vulnerável). **Revista Culturas Jurídicas**, V. 10, n. 26, p. 54-76, 2023. Disponible en: <https://periodicos.uff.br/culturasjuridicas/index>.