
A NECESSIDADE DA JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS REVELADA NA PANDEMIA: O CASO DE INDÍGENAS

THE NEED FOR THE JUDICIALIZATION OF PUBLIC POLICIES REVEALED IN THE PANDEMIC: THE CASE OF INDIGENOUS

ANDRÉ AUGUSTO SALVADOR BEZERRA

Realiza estágio pós-doutoral em Gestão de Políticas Públicas na Universidade de São Paulo; Doutor pelo programa de Pós-Graduação Humanidades, Direitos e outras legitimidades da Universidade de São Paulo; Professor do curso de mestrado da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados.

RESUMO

Objetivo: O artigo reflete se o fenômeno da judicialização das políticas públicas é apto para resolver democraticamente o persistente problema das violações de direitos no Brasil. Foca a judicialização das políticas públicas durante a pandemia da COVID-19, envolvendo os povos indígenas, as primeiras populações colonizadas no país e que ainda perduram entre os estratos mais vulneráveis da sociedade brasileira.

Metodologia: Trata-se de trabalho interdisciplinar que promove um diálogo entre o Direito e as Ciências Sociais. O Direito faz-se presente no exame de normas em vigor e de decisões judiciais. Os estudos das Ciências Sociais encontram-se na menção a uma definição mínima de democracia a partir da participação popular e à noção de colonialidade do poder para a compreensão da vulnerabilidade dos povos indígenas. Utilizam-se as técnicas de revisão bibliográfica e análise de decisões judiciais.

Resultados: A pandemia da COVID-19 evidencia a necessidade da judicialização das políticas públicas para a preservação dos direitos de populações vulneráveis, cujas necessidades nem sempre são interessantes eleitoralmente para titulares de mandatos eletivos. O trabalho alcança essa conclusão a partir da realidade vivida por indígenas durante os primeiros meses de isolamento decorrente da pandemia. As especificidades de tal estrato da população são frequentemente desconsideradas em opções políticas governamentais, levando indígenas (ou quem os represente) a



procurar o Judiciário para garantir sua própria existência, mais uma vez ao longo da História, ameaçada de genocídio pela contaminação viral.

Contribuições: O trabalho aponta a judicialização das políticas públicas como fenômeno que não necessariamente enfraquece a democracia. Pelo contrário, pode fortalecê-la, tendo em conta que Poderes de Estado formados por eleitos pelo voto popular nem sempre se revelam prontamente permeáveis a demandas das minorias.

Palavras-chave: Judicialização; Políticas públicas; Povos indígenas; Democracia; Pandemia (COVID-19).

ABSTRACT

Objective: *The article reflects whether the phenomenon of judicialization of public policies is able to democratically solve the persistent problem of rights violations in Brazil. It focuses on the judicialization of public policies during the COVID-19 pandemic, involving indigenous peoples. This is the first populations colonized in the country and still remaining among the most vulnerable strata of Brazilian society.*

Methodology: *It is an interdisciplinary work that promotes a dialogue between law and social sciences. The law is present in the analysis of existing rules and judicial decisions. The studies of the Social Sciences are found in the mention of a minimum definition of democracy from popular participation and the notion of coloniality of power to understand the vulnerability of indigenous peoples. The study uses the techniques of bibliographic review and analysis of judicial decisions.*

Results: *The COVID-19 pandemic highlights the need for the judicialization of public policies for the preservation of the rights of vulnerable populations, whose needs are not always electorally interesting for elective mandate holders. The work reaches this conclusion from the reality experienced by indigenous peoples during the first months of isolation resulting from the pandemic. The specificities of such a stratum of the population are often overlooked in governmental political options, leading indigenous people (or those who represent them) to seek the judiciary to ensure their own existence, once again throughout history, threatened with genocide by viral contamination.*

Contributions: *The work points out the judicialization of public policies as a phenomenon that does not necessarily weaken democracy. On the contrary, it can strengthen it, given that State powers formed by popular vote are not always readily permeable to the demands of minorities.*

Keywords: *Judicialization; Public policy; Indigenous peoples Democracy; Pandemic (COVID-19).*



1 INTRODUÇÃO

Tramitam no Brasil quase 80 milhões de processos, conforme dados publicados pelo Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2020, online). Uma soma dessa revela, por si só, que o país vivencia o fenômeno, nominado por Boaventura Santos (1986, p. 16), de *explosão da litigiosidade*.

De fato, testemunham-se tribunais e varas judiciais abarrotados de processos, instaurados para que o Judiciário outorgue a palavra final em conflitos oriundos das mais diversas relações sociais regradas, direta ou indiretamente, pelos direitos consagrados na Constituição de 1988. Dentre as relações debatidas, encontram-se aquelas que dizem respeito a atuações estatais que, em princípio, deveriam advir do Poder Executivo: é neste quadro que se situa a *judicialização das políticas públicas*.

Por políticas públicas, entendem-se os “[...] programas de ação governamental visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados” (BUCCI, 2006, p. 38). Decisões judiciais que determinam, a entes ou órgãos da Administração Pública, o fornecimento de medicamentos gratuitos; que ordenam a ampliação de abertura de vagas em creches ou que garantem a habitação de populações tradicionais em determinados pedaços de terra, configuram alguns exemplos que, dentre tantos outros que poderiam ser mencionados, expressam a realidade que vigora.

Uma possível questão que advém do quadro acima descrito é se a judicialização das políticas públicas resolve democraticamente o persistente problema das violações de direitos no Brasil. O presente texto procurará refletir essa questão, focando, a partir de pesquisa teórica interdisciplinar promotora do diálogo entre o Direito e as Ciências Sociais, a temática indígena no âmbito do combate à COVID-19, a pandemia que em 2020 surpreendeu a humanidade pela transmissão do novo coronavírus.

Partir-se-á da hipótese de que a situação de acentuada gravidade trazida pela doença evidencia que, apesar de não ser a alternativa perfeitamente democrática, a



judicialização das políticas públicas é excepcionalmente necessária. Tal circunstância manifesta-se mais intensamente em favor de estratos populacionais minoritários, como os indígenas, cujas demandas não são eleitoralmente interessantes aos demais Poderes de Estado, comandados por titulares de funções eletivas.

Os povos indígenas serão os focados por representarem, dramaticamente, o que Aníbal Quijano (2005, p. 118) intitula *colonialidade do poder*: a situação latino-americana de violações históricas raciais e de gênero, lideradas pelo homem branco, europeu ou de ascendência europeia, que se coloca no ápice da pirâmide social. Enquanto habitantes originários pré-colombianos, os indígenas foram os primeiros explorados pelas práticas colonialistas iniciadas sobre o Brasil em 1500.

Trata-se de situação que se mantém ao longo de todos os anos posteriores à independência política sucedida em 1822. Para se ter ideia da gravidade do problema, segundo a Comissão Econômica para América Latina e Caribe, neste século XXI, a pobreza extrema atinge seis vezes mais os indígenas do que o restante da população (CEPAL, 2016, online).

Procurando alcançar seu objetivo consoante o foco acima mencionado, o artigo será dividido em cinco seções, incluindo esta primeira introdutória. Na seção seguinte à presente, o problema da judicialização das políticas públicas será contextualizado globalmente, a partir de uma definição mínima de democracia, sem que sejam desconsideradas peculiaridades jurídicas e políticas do Brasil. Na terceira seção, serão confrontadas a situação dos direitos em vigor de titularidade dos indígenas, em escalas nacional e internacional, com a realidade colonialista ainda sofrida pelo mesmo estrato populacional neste século XXI. Na quarta seção, haverá descrição de quatro decisões judiciais relativas a políticas públicas sobre povos indígenas, todas proferidas nos primeiros meses de pandemia da COVID-19 no Brasil. Na derradeira seção, o estudo apresentará suas conclusões.



2 DO MÍNIMO DEMOCRÁTICO À REALIDADE DA PANDEMIA

O desenvolvimento do texto é iniciado procurando-se externar uma resposta preliminar à questão provocada nas linhas introdutórias, que ora se recorda: é a judicialização das políticas públicas uma solução democrática perante as violações de direitos?

O alcance da almejada resposta impõe esclarecer o que aqui se entende por democracia. Afinal, pretende-se verificar o caráter *democrático* ou *não democrático* da solução apresentada pelo fenômeno em debate.

Diante das especificidades entre os diversos países que adotam ou, por seus representantes, dizem adotar o sistema democrático, é importante ressaltar, desde logo, que aqui não se tem a pretensão de estabelecer um *tipo ideal weberiano*¹ de democracia. As origens, os processos de formação, os conflitos e os acordos que dão ensejo à instituição de cada realidade estatal moldam sistemas políticos distintos e dotados de peculiaridades de nem sempre singela compreensão.

Essa circunstância não impede, porém, que se aluda a uma *definição mínima* de regime democrático, a partir da admissão de certos requisitos a serem considerados indispensáveis à efetiva influência dos anseios populares nas decisões governamentais. Trata-se de opção metodológica adotada coerentemente com o sentido etimológico da democracia como *governo do povo*.

Para isso, faz-se menção à *definição procedimental* estabelecida por Norberto Bobbio (2009, p. 22), no sentido de a democracia consistir minimamente em "[...] um conjunto de regras de procedimento para a formação de decisões coletivas, em que está prevista e facilitada a participação mais ampla possível dos interessados."

¹A adoção do modelo do tipo ideal configura um recurso metodológico, difundido por Max Weber, de análises sociológicas da realidade empírica mediante o confronto com objetos idealizados. Nas palavras do autor: "Qual é, em face disso, a significação desses conceitos de tipo ideal para uma ciência empírica, tal como nós pretendemos praticá-la? Queremos sublinhar desde logo a necessidade de que os quadros de pensamento que aqui tratamos, 'ideais' em sentido puramente lógico, sejam rigorosamente separados da noção do dever ser, do "exemplar". Trata-se da construção de relações que parecem suficientemente motivadas para a nossa imaginação e, conseqüentemente, 'objetivamente possíveis', e que parecem adequadas ao nosso saber nomológico" (WEBER, 2004, p. 107).



Sem embargo de especificidades locais, não há como deixar de reconhecer que a existência de procedimentos que prevejam e facilitem a ampla participação dos cidadãos seja indispensável à sobrevivência do regime democrático. Tal circunstância, por sua vez, exige “[...] a estratégia de compromisso entre as partes através do livre debate [...]” (BOBBIO, 2009, p. 22), acessível a todos os setores da população.

Baseado nessas noções, é possível responder o questionamento introdutório, afirmando-se, *em princípio*, que chamar o Judiciário para atuar em políticas públicas socialmente demandadas, que deveriam ser de alçada do Executivo, não resolve democraticamente o problema das violações colonialistas prevalentes. Judicializar significa inserir as demandas sociais nos recintos fechados das varas e dos tribunais, retirando-as dos debates públicos.

No Brasil, ainda se tem o agravante de a transferência das reivindicações populares para salas fechadas suceder perante um Poder Judiciário que, conforme apurado pela Organização Não-Governamental Artigo 19 (POLETTI, 2016, online), é a menos transparente dentre as funções estatais². Acrescentando-se à opacidade, tem-se o problema da composição racial, reflexo da colonialidade do poder: Censo Judicial, promovido pelo Conselho Nacional de Justiça (2018, online), indicou que 80,3% dos magistrados do país não se declaram índios, pretos ou pardos, sendo que os indígenas ocupam apenas 0,01% da magistratura, proporção consideravelmente inferior ao 0,47% do mesmo estrato sobre a totalidade da população que vive no Brasil (IBGE, 2010, online).

A despeito dessas circunstâncias, há um fato que não se pode deixar de considerar. A judicialização das relações políticas é uma realidade no Brasil. Assim como o é em considerável parcela dos Estados constitucionais contemporâneos.

² É certo que a situação da atividade jurisdicional brasileira é melhor do que a de países vizinhos. Apurou-se em pesquisa formulada por Sandra Elena que, dentre Costa Rica, Chile, Argentina, Uruguai e México, o Brasil é o que apresenta o Judiciário mais transparente em termos de disponibilização de dados. Contudo, a própria autora ressalva que a realidade brasileira continua a apontar que “[...] o Poder Judiciário está um passo atrás do Executivo” (ELENA, 2015, p. 5).



Em estudo acerca do tema, Ran Hirschl (2009, p. 140) indica uma tendência de crescente intromissão do Judiciário em questões políticas em mais de cem países ao redor do mundo, muitas vezes em torno de temas institucionalmente sensíveis. Casos como validade das eleições presidenciais estadunidenses de 2000 e mexicanas de 2006, a legitimidade da guerra na Chechênia levada a efeito pelo governo russo ou a juridicidade de políticas econômicas promovidas por governos variados como o húngaro e argentino tiveram o seu mérito recentemente apreciado pelo Judiciário dos respectivos países.

É preciso, então, buscar os fundamentos à situação sucedida. Para os escopos deste trabalho, merecem novamente menção as observações de Ran Hirschl (2011, p. 263-271), cujas pesquisas apontam, nos países envolvidos, a presença de fatores jurídicos e políticos comuns que tornam possível a ocorrência do fenômeno.

Segundo o professor canadense, há, primeiramente, ambientes normativos favoráveis, baseados na supremacia da Constituição, a vincular as escolhas políticas estatais e a garantir a independência da função jurisdicional. Em segundo lugar, tem-se o uso estratégico do Judiciário por entidades sindicais, associações patronais, movimentos sociais, organizações não-governamentais, igrejas, dentre outros representantes da sociedade civil, que, por intermédio do ajuizamento de ações, inserem temas da arena política para apreciação pela atividade judicante. Partidos e lideranças políticas assim também o fazem, abrangendo-se tanto os grupos opositores quanto os governistas: os primeiros, para obstruir ações governamentais, ao passo que os segundos, para garantir a manutenção de suas práticas para o futuro, independente de períodos de mandatos eleitorais. Por fim, há, em todos os países alcançados, um corpo de juízes responsáveis pela construção de jurisprudência que consolida a possibilidade do julgamento do mérito de temas que, em princípio, caberiam aos demais Poderes decidir.

No Brasil, a essas circunstâncias soma-se o caráter extenso e detalhista do texto constitucional de 1988, composto de 245 artigos, tendo somente um deles (o artigo 5º), 78 incisos. Em tais dispositivos, o estabelecimento de direitos individuais e



transindividuais cuja amplitude e diversidade terminaram, segundo Maria Tereza Sadek, embaçando as fronteiras entre o Direito e a Política:

A Constituição brasileira de 1988 levou ao extremo as potencialidades do constitucionalismo característico dos processos de redemocratização, incorporando ao máximo o paradigma normativo. Efetivamente, além de garantir os direitos individuais, típicos do liberalismo, consagrou uma ampla gama de direitos sociais e coletivos e definiu metas. Trata-se de texto essencialmente programático, com os direitos e deveres individuais e coletivos aparecendo antes mesmo da organização do Estado. A versão final, com seus 245 artigos, acrescidos de setenta em suas disposições transitórias, resultou de quase dois anos de trabalho, muitas negociações, árdua composição de ideias, interesses divergentes e costuras políticas. Somente um texto detalhista poderia sacramentar tantas demandas e garantir formalmente a reconstrução da sociedade e do Estado, tendo por metas o desenvolvimento e a igualdade social (SADEK, 2004, p. 80).

Sob tal embaçamento de limites, verificou-se o ingresso da Política no Judiciário, justamente o Poder de Estado detentor da atribuição de analisar os conflitos sob a perspectiva do Direito.

O peculiar quadro brasileiro é ainda impulsionado pela definição, expressamente estabelecida na Constituição, do princípio do acesso incondicional à justiça (art. 5º, inciso XXXV), abrindo-se, a partir da promulgação do documento, as portas do sistema jurisdicional às demandas plurais da sociedade em torno dos direitos. No âmbito das instituições, igualmente estimulando o fenômeno, tem-se a definição constitucional do Ministério Público e da Defensoria Pública como entes autônomos do Sistema de Justiça, levando-os à função de catalisadores da judicialização de reivindicações sociais por intermédio do ajuizamento de ações coletivas.

No momento da pandemia da COVID-19, duas outras circunstâncias se agregam a aludidos fatores.

De um lado, há a instabilidade política por que o país atravessa desde a derrubada da presidenta Dilma Rousseff em 2016, sendo em 2020 insuflada pela negativa do governo federal em apoiar as medidas de isolamento social defendidas por cientistas e organizações de saúde como imprescindíveis à redução de perdas



pela doença. Foi, por exemplo, necessária a tomada de uma decisão judicial da cúpula do Judiciário brasileiro, o Supremo Tribunal Federal (STF), para, em resposta à ação ajuizada pelo partido Rede Sustentabilidade (REDE), impedir o Executivo central veicular propaganda incentivando os cidadãos a sair às ruas e submeter-se aos riscos do contágio (BRASIL, 2020a).

Na ocasião, o relator do caso, Ministro Roberto Barroso, chamou de “desinformativa” a atuação governamental:

Nessa linha, uma campanha publicitária, promovida pelo Governo, que afirma que “O Brasil não pode parar” constitui, em primeiro lugar, uma campanha não voltada ao fim de “informar, educar ou orientar socialmente” no interesse da população (art. 37, §1º, CF). Em momento em que a Organização Mundial de Saúde, o Ministério da Saúde, as mais diversas entidades médicas se manifestam pela necessidade de distanciamento social, uma propaganda do Governo incita a população ao inverso. Trata-se, ademais, de uma campanha “desinformativa” (BRASIL, 2020a).

Por outro lado, em meio à crise da pandemia, tem-se o agravamento das violações de um país desigual – um dos cinco países mais desiguais do mundo (ONU, 2017, online) - e secularmente carente de direitos básicos, essenciais ao combate da moléstia, como saúde, moradia e, como decorrência da colonialidade do poder, respeito às especificidades raciais. Tal como no caso acima mencionado, foi preciso que a Defensoria Pública da União e a organização da sociedade civil Instituto Luiz Gama ajuizassem ação civil pública pedindo a inclusão de informações atinentes às raças dos infectados nos dados oficiais divulgados sobre os casos de COVID-19.

Atendendo a tal pretensão, o Juiz Federal 1ª instância da Justiça Federal do Rio de Janeiro, Dimitri Vasconcelos Wanderley, apontou, como fundamento decisório, o que deveria ser óbvio em um Estado de Direito: a “necessidade permanente de que os gestores adotem medidas realmente condizentes com as necessidades da população, especialmente a que se encontra em situação de maior vulnerabilidade” (BRASIL, 2020c).



3 A QUESTÃO INDÍGENA: DIREITOS E VIOLAÇÕES

É do quadro dos direitos e das violações às especificidades raciais, como a acima apontada e judicialmente reparada, que se alcança a temática referente aos povos indígenas em tempos de pandemia. Para a adequada compreensão do problema, é preciso voltar às recentes conquistas de tal estrato populacional na luta pelos direitos e às históricas opressões colonialistas.

A Constituição de 1988, complementada por documentos internacionais como a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (1989) e a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (2007), trouxeram o reconhecimento de uma série de direitos que validaram as múltiplas formas de vida de cada comunidade ou etnia indígena.

Em tais termos, a essas populações é legitimado o direito de habitar os territórios que tradicionalmente ocupam e neles adotar modelos econômicos, medicinais, educacionais, culturais e jurídicos próprios. Não precisam integrar-se à sociedade de consumo, à exploração da natureza no dia a dia, ao uso da terra pela divisão da propriedade privada, ao ensino e ao arcabouço do direito do não-índio. Da mesma forma, não precisam sequer aguardar o ato demarcatório do Executivo para exercerem as suas formas próprias de vivências, ficando garantido o território que habitam como direito originário (art. 231, §§ 1º e 2º da Constituição): a demarcação de terras ostenta, assim, a mera função de declarar, para a segurança jurídica, uma situação fática previamente existente³.

Superaram-se com todas essas garantias, ao menos normativamente, as políticas integracionistas, de origem colonial, baseadas na ideia de que os povos indígenas deveriam incorporar-se à sociedade impostas pelos colonizadores brancos

³ Esse derradeiro direito encontra-se fundado na natureza jurídica do vínculo das populações originárias com a terra que tradicionalmente ocupam, o *instituto do indigenato*. Conforme João Mendes Júnior já advertia no início do século XX, com base na então legislação em vigor não alterada pela realidade constitucional pós-1988, trata-se de um direito de título congênito, isto é, um fato que independe de legitimação, distinto da *ocupação* que, “como factio posterior, depende de requisitos que a legitimem” (MENDES JUNIOR, 1998, p. 58).



a partir de 1500, como se suas especificidades de viver revelassem inferioridade. Há de se trazer à memória que a integração colonialista resultou em um dos maiores genocídios da História da humanidade, inclusive no período ditatorial pós-1964, cujas práticas econômicas expansionistas sobre todo o território brasileiro - expandindo para o mesmo espaço doenças infectocontagiosas desconhecidas de comunidades locais - foram responsáveis pela morte de mais de 8 mil indígenas, consoante apurado pela Comissão Nacional da Verdade (BRASIL, 2014, online).

A despeito dessas consequências e do sistema normativo em vigor, a autonomia das populações originárias é, por vezes, ignorada no plano fático das atuações concretas governamentais. Há, inclusive, frequentes retornos aos normativamente anacrônicos discursos e práticas favoráveis à integração ao viver do não índio. Conforme resumido em reportagem publicada pelo diário *El País* (JUCÁ, 2020, online), recentemente o governo brasileiro alcançou o estágio de equiparar a defesa dos direitos dos povos indígenas em vigor ao pensamento marxista (como se o Estado de Direito, que faz o Executivo ter de se vincular à ordem jurídica, inclusive aos direitos originários, não tivesse origem burguesa), negando-se a homologar demarcações, impedindo visitas de agentes governamentais a terras indígenas não demarcadas e expressamente considerando tais populações inferiores, conforme consta em afirmação presidencial, mencionada na matéria: “cada vez índio é um ser humano igual a nós”.

Como se vê, nem sempre é do Executivo central, eleito pelo voto de uma população brasileira 99,53% não-indígena (IBGE, 2010, online), que se pode esperar a garantia dos direitos que conferem os povos originários a autonomia a suas múltiplas formas de vivência. Ainda mais quando essa situação é acrescida ao momento de instabilidade política e pandemia, tudo mesclado nas opções do governo em se negar a apoiar medidas de isolamento, na forma acima aludida, colocando em risco pelo contágio, mais uma vez ao longo de uma História de genocídios, a vida de milhares de indígenas.



A busca pelo Judiciário por parte dos atores sociais envolvidos, por vezes em conjunto ou por intermédio de Defensoria Pública ou de Ministério Público, torna-se o efeito imediato desse quadro.

4 A JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS EM QUATRO ATOS

Para ilustrar a situação acima descrita, mencionam-se quatro decisões judiciais proferidas em favor de comunidades indígenas nos primeiros meses da crise decorrente da pandemia da COVID-19. Verifica-se, em todas elas, a inserção do Poder Judiciário, por setores da sociedade civil ou das instituições do Sistema de Justiça, como o lugar institucional necessário para a garantia de direitos básicos em favor de tais estratos populacionais.

A escolha das decisões acima referidas não sucede aleatoriamente. Cada uma, de instância diversa (mostrando a judicialização sucedida nos vários graus de jurisdição do Brasil) e a focar desde problemas locais (Rio Grande do Sul e Amazônia) a questões de todo o país (indígenas que vivem em áreas não demarcadas). Todas, contudo, igualmente revelam a escolha pelo caminho da judicialização na forma de resposta ao temor vivido diante do novo coronavírus.

Inicia-se a análise com menção a ato decisório proferido nos autos de ação civil pública, movida pela associação União dos Povos Indígenas do Vale do Javari (UNIVAJA) em face da entidade estadunidense Missão Novas Tribos Brasil. O objetivo da ação foi impedir o ingresso de missionários religiosos em comunidades indígenas isoladas.

As tragédias reveladas pela História da integração ao viver do não índio, acima lembradas, deveriam tornar patente, ao Poder Executivo, a promoção de políticas públicas de vedação do contato de missões lideradas por homens brancos a tais comunidades. O sarampo, a catapora e a varíola dos séculos passados, que



chegaram com os mesmos brancos evangelizadores, podem ser agora tragicamente substituídos pelo novo coronavírus.

A resposta política e jurídica que o governo federal proporcionou ao problema, contudo, não foi a proibição. Pelo contrário, o que se teve foi o incentivo ao contato colonialista, estampado, em fevereiro de 2020, pela nomeação ao cargo de chefe do Setor de Coordenação de Índios Isolados da Fundação Nacional do Índio (FUNAI), de Pastor Evangélico que trabalhou para a própria entidade inserida como ré na ação civil pública examinada.

Diante da conduta antijurídica por quem foi empossado jurando fidelidade à Constituição, a resposta judicial à reivindicação social de associação de defesa dos direitos dos povos indígenas. O Juiz Federal Fabiano Verli, da Vara Federal de Tabatinga, acolheu o pedido liminar, deduzido na referida demanda, proibindo o contato da missão evangelizadora com indígenas isolados, anotando, para isso, que:

Mas estamos num Estado-laico e temos outras prioridades. Até estados semi-teocráticos e tirânicos como a Arábia Saudita esvaziaram seus tempos pela COVID. Assim, não há que se falar em liberdade religiosa aqui. Não é esse o problema relevante. Também não se fala em direito constitucional de ir e vir, pois é o caso de terra indígena e surto de epidemia – *concomitantemente*. [...] Os territórios indígenas do Brasil não pode ser uma terra em que qualquer um chega, brasileiros ou não, fazendo o que quer sem monitoramento (BRASIL, 2020b).

Não são apenas os indígenas que nunca tiveram contato com não-índios que podem necessitar do Judiciário em tempos de elevada transmissão viral. A necessidade pode advir de comunidades que estabelecem maior interação econômica com não-índios, mas que, em razão da pandemia, tiveram de se isolar, levando-os a carecer de assistência estatal para a própria sobrevivência

É o caso de povos indígenas do Rio Grande do Sul, impossibilitados, na pandemia, de vender artesanato e desenvolver adequadamente a agricultura nos reduzidos espaços de terra que possuem (muitos dos quais deveriam ter sido demarcados). Diante da ausência de políticas públicas do Executivo central como resposta ao drama vivido, ajuizou a Defensoria Pública da União ação civil pública,



alegando haver ameaça à vida e à saúde das mencionadas populações em razão de situação de desabastecimento alimentar, falta de produtos de higiene e insumos médicos.

Importante perceber-se que, ao contrário do caso anterior relatado (indígenas isolados), a demanda ajuizada no Rio Grande do Sul não decorreu de uma política pública do Executivo que se mostrava contrária ao ordenamento jurídico. Decorreu da completa ausência de política pública. Concedeu-se, por isso, medida liminar determinando-se, à União e à Funai, a adoção de providências objetivando garantir o abastecimento alimentar, o fornecimento de insumos e equipamentos de proteção e prevenção e a inserção no Cadastro Único do Governo Federal para todas as comunidades indígenas do Rio Grande do Sul, incluindo as não aldeadas.

A prolatora da decisão, a Juíza Federal Substituta Clarides Rahmeier sublinhou a iminente violação de direitos dos povos indígenas como, nos termos do acima mencionado, produto da desídia governamental, cabendo, então, ao Judiciário agir em substituição. Nas palavras da magistrada:

Em que pesem as alegações dos réus de que estão desempenhando suas funções institucionais, que não estão omissos no enfrentamento da pandemia, bem como das limitações impostas aos gestores públicos quando se trata da alocação dos já escassos recursos públicos, certo é que as ações noticiadas são poucas ante o tamanho das dificuldades enfrentadas por essas comunidades, não podendo o Poder Judiciário aceitar o desamparo de princípios constitucionais, entre os quais o direito à saúde, a medidas sanitárias e à segurança alimentar (BRASIL, 2020c).

A procura pelo Judiciário pode ainda advir da situação de membros de comunidades que pretendem isolar-se durante a pandemia, mas que, por peculiaridades locais, têm de continuar a se deslocar para as cidades. Submetem-se, assim, aos riscos decorrentes da negativa de adoção de medidas sugeridas por cientistas e organizações de saúde, em conjunto com a política integracionista sobre indígenas, ambas, no ano de 2020, adotadas pelo Poder Executivo federal.

Eis a importância da terceira decisão mencionada, proferida nos autos da ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal (MPF). O objetivo da ação



foi possibilitar a concessão de prazos diferenciados para que indígenas do Amazonas recebessem auxílio emergencial, instituído no mesmo ano de 2020 pelo governo federal para todo o Brasil, como forma de compensação pelos prejuízos à subsistência, resultantes da redução da atividade econômica gerada pela pandemia.

O ajuizamento da ação foi reflexo da preocupação de populações indígenas em ter de se deslocar para centros urbanos a fim de sacar o benefício em agências bancárias, enfrentando aglomerações e submetendo-se ao contágio. A situação descrita também deveria parecer óbvia aos responsáveis pela formulação de políticas públicas de saúde indígena do governo federal, o que, contudo, não os sensibilizou.

Repare-se que uma necessidade peculiar de dadas localidades alcançou o MPF, que, por sua vez, fez chegá-la ao Judiciário, tendo sido, enfim, atendida por decisão de 2ª instância da Desembargadora Federal Daniele Maranhão Costa, do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1). A concessão de prazo diferenciado a comunidades indígenas para o saque do auxílio emergencial deu-se sob fundamentação aplicável à judicialização das políticas públicas como um todo, conforme trecho abaixo:

Em verdade, o que o Ministério Público Federal busca com o ajuizamento da ação é suprir suposta omissão do Poder Público em propiciar busca equilibrada pelo auxílio emergencial, evitando um dano maior decorrente da aglomeração que se mostra como fato notório. Em questões de políticas públicas, a atuação do Judiciário so/mente se justifica quando houver omissão configurada por quem deveria adotar as medidas de suporte, sob pena de caracterizar ofensa ao princípio da separação de poderes. No caso concreto, segundo análise perfunctória própria do momento processual, essa omissão se evidencia [...] (BRASIL, 2020f).

Finalmente, a busca pelo Judiciário pode decorrer de violações ainda mais amplas, envolvendo, por exemplo, todas as comunidades espalhadas pelo país que habitam tradicionalmente terras não demarcadas por inação do Executivo. Tal omissão agrava-se, ainda mais, com o frequente tratamento oficial sobre essas comunidades como invasoras e, portanto, sujeitas a medidas de reintegração de posse.



Diante dessa situação, ainda mais lesiva quando comunidades precisam isolar-se para não serem atingidas pela pandemia, a estratégia da Comunidade Indígena Xoblenq da Terra Indígena Ibirama La Klaño, conjuntamente com parceiros processuais, em peticionar nos autos do Recurso Extraordinário nº 1.017.365, interposto pela FUNAI, com o intuito de suspender processos judiciais nacionalmente em curso envolvendo direitos territoriais das populações originárias.

A determinação foi obtida pela derradeira decisão mencionada neste trabalho, tendo sido proferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Por intermédio do relator do caso, o Ministro Edson Fachin, a corte proibiu a expulsão de indígenas das terras que habitam (mesmo as não demarcadas), enquanto perdurarem as medidas de isolamento para conter a COVID-19. Percebeu-se que:

A manutenção da tramitação de processos, com o risco de determinações de reintegração de posse, agrava a situação dos indígenas, que podem se ver, repentinamente, aglomerados em beiras de rodovias, desassistidos e sem condições mínimas de higiene e isolamento para minimizar os riscos de contágio pelo coronavírus (BRASIL, 2020e).

Com uma decisão da cúpula do Judiciário brasileiro, encerra-se a menção a quatro atos jurisdicionais que, mesmo quando submetidos à pronta reforma (casos das decisões de instância inferior), escancaram, pelo quadro fático apreciado, a situação dramática de indígenas em tempos de pandemia. Tempos em que os seculares casos de genocídio pelo contágio de moléstias, oriundos do contato com o colonizador, parecem estar de volta sob a ação ou omissão governamental.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após todo o exame formulado, cabe refletir se a ilação provisória, exposta no início deste texto, no sentido de a judicialização da política não resolver o problema das violações por retirar as demandas sociais dos debates públicos, pode tornar-se uma conclusão final.



De fato, nenhuma das quatro decisões judiciais, mencionadas no item anterior, foi submetida a um amplo debate prévio entre todos os envolvidos. Na verdade, até mesmo os atos proferidos em tribunais (TRF1 e STF), cujas decisões deveriam ser prevalentemente discutidas em colegiados, foram tomados por um único julgador.

Não há, contudo, como deixar de considerar que as questões levadas ao Judiciário dizem respeito a necessidades de sobrevivência de uma minoria historicamente colonizada, cujos apelos permanecem ignorados pelo Poder Público eleito pelo voto da maioria. Com todos os limites e déficits democráticos anteriormente apontados, o Judiciário (em todas as instâncias) tem se mostrado como um importante setor estatal a perceber, com a necessária urgência, as especificidades dos indígenas para conter o contágio da COVID- 19.

É patente, repita-se, que não se tem o princípio democrático do debate público. Mas não se tem o mínimo democrático de poderes estatais eleitos pelo voto popular permeáveis prontamente, em seu dia a dia, à participação e às demandas das minorias. Déficit democráticos estruturais, ao que parece, não são peculiaridades da atividade jurisdicional.

A judicialização das políticas públicas configura, pois, um problema para a democracia, mas que, por vezes, mostra-se inevitável para garantir os direitos de estratos populacionais vulneráveis. Todo o drama sofrido em decorrência da COVID-19 evidencia que se trata de verdadeiro mal necessário, estimulando, ao final, o alcance dos quase 80 milhões de processos em trâmite no Judiciário brasileiro.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. 11 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2009.

BRASIL. **Comissão Nacional da Verdade. Textos Temáticos: violações de direitos humanos dos povos indígenas**. Vol. II. Brasília, 2014. Disponível em: http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/images/pdf/relatorio/volume_2_digital.pdf. Acesso em: 15 fev. 2021.



BRASIL. **Censo do Poder Judiciário**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/censo-do-poder-judiciario/>. Acesso em: 10 jan. 2021.

BRASIL. Justiça em números. Brasília: **Conselho Nacional de Justiça**, 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 669 Distrito Federal**. Requerente: Rede Sustentabilidade. Requerido: União Federal. Julgador: Ministro Roberto Barroso. Brasília, 31 mar. 2020 (2020a).

BRASIL. Justiça Federal. **Processo 1000314-60.2020**. Requerente: União dos Povos Indígenas do Vale do Javari. Requeridos: Missão Novas Tribos do Brasil e Outros. Julgador: Juiz Federal Fabiano Verli. Tabatinga, 16 abr. 2020 (2020b).

BRASIL. Justiça Federal. **Processo 5023708-84.2020**. Requerente: Pública da União. Requeridos: União Federal e Outros. Julgadora: Juíza Federal Substituta Clarides Rahmeier. Porto Alegre, 17 abr. 2020 (2020c).

BRASIL. Justiça Federal. **Processo 5023907-46.2020**. Requerente: Defensoria Pública da União e outro. Requeridos: União Federal e Outros. Julgador: Juiz Federal Dimitri Vasconcelos Wanderlei. Rio de Janeiro, 4 maio. 2020. (2020d)

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 1017365 Santa Catarina**. Recorrente: Funai. Recorrido: Instituto do Meio Ambiente de Santa Catarina. Julgador: Ministro Edson Fachin. Brasília, 6 maio. 2020 (2020e).

BRASIL. Tribunal Regional Federal (1. Região). **Agravo de instrumento 1012930-67.2020**. Agravante: MPF. Agravado: Funai e outros. Julgadora: Desembargadora Federal Daniele Maranhão. Brasília, 8 maio 2020. (2020f).

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 1-50.

CEPAL. COMISSÃO ECONÔMICA PARA AMÉRICA LATINA E CARIBE. **La matriz de la desigualdad social en America Latina**. Santiago: CEPAL, 2016. Disponível em: <https://www.cepal.org/pt-br/node/39134>. Acesso em 10 fev. 2021.



ELENA, Sandra. *Open data for open justice: a case study of Judiciaries of Argentina, Brazil, Chile, Costa Rica, Mexico, Peru and Uruguay*. **Open Data Research Symposium**, Ottawa, 27 maio 2015. Disponível em: <http://www.opendataresearch.org/dl/symposium2015/odrs2015-paper10.pdf>. Acesso em: 16 fev. 2021.

HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, 251, p. 139-188, maio 2009. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7533>. Acesso em: 11 fev. 2021.

HIRSCHL, Ran. *The judicialization of politics*. **The Oxford handbook of political Science**. Oxford, p. 1-23, jul. 2011. Disponível em: <https://www.oxfordhandbooks.com/view/10.1093/oxfordhb/9780199604456.001.0001/oxfordhb-9780199604456-e-013>. Acesso em: 11 fev. 2021.

IBGE. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Censo Demográfico 2010. In: IBGE. **Sidra: sistema IBGE de recuperação automática**. Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: <https://sidra.ibge.gov.br/pesquisa/censo-demografico/demografico-2010/inicial>. Acesso em: 25 set. 2020.

JUCÁ, Beatriz. De Trotski a Marx, o discurso ideológico inflama os documentos oficiais da Funai e de Bolsonaro. **El País**, São Paulo, 7 fev. 2020. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2020-02-07/de-trotski-a-marx-o-discurso-ideologico-inflama-os-documentos-oficiais-da-funai-de-bolsonaro.html>. Acesso em: 7 fev. 2021.

MENDES JÚNIOR, João. **Os indígenas do Brasil: seus direitos individuais e políticos**. São Paulo: Comissão Pró-Índio, 1988.

ONU. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **The concentration of income at the top of Brazil**. Brasília: Nações Unidas do Brasil, 2017. Disponível em: http://www.ipcig.org/pub/eng/WP163_The_concentration_of_income_at_the_top_in_Brazil.pdf. Acesso em: 10 fev. 2021.

POLETTI, Luma. Judiciário é o poder menos transparente, aponta levantamento. **Article 19**, São Paulo, 23 maio 2016. Disponível em: <https://artigo19.org/blog/2016/05/23/judiciario-e-o-poder-menos-transparente-aponta-levantamento/>. Acesso em: 10 fev. 2021.

QUIJANO, Aníbal. **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais; Perspectivas latino-americanas**. Buenos Aires: CLACSO, 2005.



SADEK, Maria Tereza. Judiciário: mudanças e reformas. **Estudos avançados** [online]. 2004, vol. 18, n. 51, p. 79-101. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142004000200005. Acesso em 8 dez. 2020.

SANTOS, Boaventura Sousa. Introdução à sociologia da administração da justiça. **Revista crítica de ciências sociais**, Coimbra, n. 21, p. 139-18811-37, nov. 1986. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/handle/10316/10797>. Acesso em: 16 fev. 2021.

WEBER, Max. A “objetividade” do conhecimento nas Ciências Sociais. In: COHN, Gabriel. (Org.). WEBER, Max. **Sociologia**. São Paulo: Ática, 2004.

