

RECEBIDO EM: 22/08/2017

APROVADO EM: 03/10/2017

O ACESSO À SAÚDE DOS POVOS ORIGINÁRIOS: A CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS ATRAVÉS DE TUTELAS JURÍDICAS

*ACCESS TO INDIGENOUS HEALTH: THE REALIZATION OF RIGHTS
THROUGH LEGAL ACTIONS*

Marcos Alcará

Doutorando pela ITE em Bauru/SP.

*Mestre em Processo Civil pela UNIPAR de Umarama/PR. Professor do curso de
Direito da UEMS em Dourados/MS.*

Sérgio Tibiriça Amaral

*Doutor e Mestre em Sistema Constitucional de Garantias pela Instituição Toledo de
Ensino – ITE de Bauru. Professor do Mestrado e Doutorado da mesma instituição.*

*Mestre em Direito das Relações Sociais pela Unimar. Especialista em interesses
difusos pela Escola Superior do Ministério Público-SP. Coordenador da Faculdade
de Direito de Presidente Prudente / FDPP da Associação Educacional Toledo e
professor titular da disciplina de Teoria Geral do Estado e Direito Internacional e
Direitos Humanos da FDPP.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Direito Fundamental à Saúde - Evolução Constitucional; 2 O Acesso à Saúde do Indígena; 3 A Concretização de Direitos Por Meio de Tutelas Jurídicas de Acesso à Saúde Para os Povos Originários; 4 O Poder Judiciário e a Concretização do Direito à Saúde aos Povos Originários; 5 Considerações Finais; Referências.

RESUMO: Referido artigo aborda o direito à saúde enquanto direito fundamental garantido pela Constituição Federal de 1988 aos brasileiros, o qual é estendido às populações indígenas, o dever do poder público em propiciar o atendimento devido para concretizar o direito fundamental à saúde e o uso de tutelas jurídicas coercitivas e a intervenção judicial nos casos de omissão.

PALAVRAS-CHAVE: Saúde Pública. Indígena. Tutela Jurídica.

ABSTRACT: This article addresses the right to health as a fundamental right guaranteed by the Federal Constitution of 1988 to Brazilians, which is extended to indigenous populations, the duty of the public power to provide due care to realize the fundamental right to health and the use of legal guardians And judicial intervention in cases of omission.

KEYWORDS: Public Health. Indigenous. Legal Protection.

INTRODUÇÃO

A saúde é um direito de todos, garantido na Constituição Federal de 1988, assim, estende-se às populações dos povos originários ou indígenas no Brasil, devendo o Estado propiciar o atendimento devido à referida minoria, no anseio de concretizar o direito previsto na Carta Constitucional de universalização do atendimento à saúde. Além de grupos minoritários de várias etnias, esses povos que habitavam a América pré-colombiana também são vulneráveis e precisam de ações afirmativas do Estado.

Apesar de constar na citada norma fundamental, como um direito de todos e um dever do Estado, em diversas situações o atendimento referente à saúde não tem sido oferecido espontaneamente, ou, quando fornecido, não tem sido a contento, sendo necessário que, aos que forem negado este direito, ou no caso de negligência, que procurem efetivá-lo por meio de tutelas jurídicas, visando o fornecimento de remédios, cirurgias, exames, consultas entre outros procedimentos.

Lastreado no princípio fundamental constante na Constituição que determina a universalização do atendimento à saúde, esse norma programática apresenta problemas de eficácia jurídica e social. O mandamento constitucional culminou com a implantação do Sistema Único vigente no Brasil, e que prevê a inclusão de todos os cidadãos ao sistema, propõe-se a discussão do tema atinente à evolução constitucional do direito à saúde vivenciada com o advento da CF/88.

Será abordada ainda, a extensão deste direito aos povos originários indígenas e a busca de tutelas jurídicas em caso de não atendimento ou do não acesso à saúde e assistência a esta minoria como previsto no texto Constitucional. Por fim, será abordada a atuação do Poder Judiciário na efetivação do direito à saúde, quando provocado em casos concretos.

1 DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE – EVOLUÇÃO CONSTITUCIONAL

O direito à saúde, previsto como direito fundamental na Constituição Federal de 1988, juntamente com outros direitos essenciais ao cidadão desponta como um dos grandes avanços desta Carta Republicana, que culmina com o momento social e democrático vivido pelo país. São direitos prestacionais, de segunda dimensão, que exigem condutas positivas por parte do Estado. Segundo a doutrina são direitos ligados à igualdade, que vem complementar os direitos de liberdade. Norberto Bobbio chamava de segunda geração de direitos na sua obra “A era dos direitos” (BOBBIO, 2004, p. 13).

Os direitos fundamentais da chamada segunda geração vieram complementar os da primeira geração, conforme a lição de Celso Lafer:

Daí a complementaridade [...] entre os direitos de primeira e de segunda geração, pois estes últimos buscam assegurar as condições para o pleno exercício dos primeiros, eliminando ou atenuando os impedimentos ao pleno uso das capacidades humanas. (LAFER, 2006, p. 127)

Os direitos humanos correspondem ao conjunto de direitos, tidos como inerentes ao ser humano, que têm como objetivos principais: a proteção do homem contra o arbítrio do poder estatal e a garantia de condições mínimas de vida e de desenvolvimento ao ser humanos, incluindo à saúde.

Para Antonio Enrique Pérez Luño os direitos humanos são definidos como:

[...] un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional” (LUÑO, 2003, p. 43).

Assim, os Direitos Humanos correspondem aos “pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana” (BONAVIDES, 2003, p. 514) em um determinado momento histórico da humanidade. Isso porque se as próprias noções de vida, liberdade e dignidade variam de acordo a evolução do pensamento humano, há de variar também o conteúdo dos direitos que buscam protegê-las.

Para Norberto Bobbio, “os direitos ditos humanos são o produto, não da natureza, mas da civilização humana; enquanto direitos históricos, eles são mutáveis, ou seja, suscetíveis de transformação e de ampliação” (BOBBIO, 2004, p. 32). Portanto, o conteúdo dos direitos fundamentais é, portanto, resultado de um processo histórico ainda em construção, por meio do qual novos direitos são criados em resposta às novas necessidades e às novas maneiras de se compreender a condição humana, sempre com o objetivo de propiciar melhores condições para uma vida humana digna, incluindo o direito a estar vivo, que passa pela saúde.

Tanto os direitos humanos, como os direitos fundamentais portanto possuem essa mesma característica de valorização da dignidade da pessoa humana, através do reconhecimento de direitos a ela inerentes. Diferem

contudo na origem de sua positivação, pois enquanto os direitos humanos constam de documentos de direito internacional, os direitos fundamentais encontram-se positivados através das Constituições.

O Constituinte alocou esse direito em um local específico (Seção II, no Título VIII, da CF/88), onde estabelece as diretrizes e a organização do Sistema Único de Saúde, evidenciando sua relevância em relação aos seus destinatários.

Acerca do direito à saúde, estabelece a Constituição vigente:

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

Conforme preconiza o texto constitucional, o dever em garantir a todos os cidadãos o direito à saúde vincula os órgãos públicos, os quais atuam como gestores da coletividade (PANSIERI, 2012, p. 206).

Mas o panorama anterior à CF/88 não era tão explícito assim no tocante à saúde, tanto que nas Constituições que antecederam à vigente, a proteção do direito à saúde era restrito a algumas normas e regras direcionadas ao público de um modo geral, a exemplo do art. 179, XXXI, da Constituição de 1834, que previa a garantia de socorro público.

Já a Constituição de 1934, dispunha no art. 113, *caput*, garantia a inviolabilidade do direito à subsistência, demonstrando a evolução política legislativa vivida no momento em prol do desenvolvimento e proteção do ser humano.

Acerca da Constituição de 1934, destaca-se os dizeres de Bonavides:

Trouxe por conseguinte a Constituição de 1934 a admirável marca social dos direitos do homem. Posto que efêmera, foi a confirmação, mais uma vez de nossa capacidade de transplantar para o direito público brasileiro princípios e instituições já abonadas pela experiência política de outros povos. (BONAVIDES, 2002, p. 330)

A Constituição de 1937, por sua vez, no art. 16, XXVII, e art. 18, “c” e “e”, previam normas de proteção à saúde do trabalhador e normas sobre a garantia de assistência social.

Na Constituição de 1946, no art. 5º, XV, “b” e no art. 6º, continham regras destinadas à saúde do trabalhador; o que também se observa na Constituição de 1967, que no art. 8º, XIV, e XVII, “c”, tutelavam a saúde do trabalhador e dispunham sobre a assistência social.

O texto atual da CF/88 apresenta normas que preveem proteções direcionadas diretamente à saúde, demonstrando a preocupação do legislador em abranger todos os cidadãos brasileiros, tendo sido destacado tal assunto, que antes era atrelado com outros temas, em especial a assistência social; evidenciando-se o avanço da Carta atual em relação à saúde pública.

Esta elevação do direito à saúde como norma constitucional, desvinculada da assistência social, verificada na CF/88, que ultrapassou o previsto nas constituições anteriores, veio a atender às necessidades da coletividade e coadunar-se com o desenvolvimento legislativo ordinário vivenciado no país, que foi antecedida pela Lei nº 6.229/1975, que tratava do Sistema Nacional de Saúde; e, em 1987, pelo Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde – SUDS (O Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde – SUDS, que antecedeu o INAMPS, foi instituído por ocasião da 8º Conferência nacional de Saúde Realizada em março de 1986, em Brasília).

Sendo que referidas normas foram superadas com o advento da CF/88, que refletindo a redemocratização vivida em 1988, que moldou o direito à saúde na nova Carta, desvinculando-o de outros institutos, demonstrando a evolução social vivenciada, já que evidente a preocupação com o ser humano, no tocante à saúde.

Observe-se, que o direito à saúde apresenta-se com um direito social fundamental tratado não só por sua essência, mas também pela maneira como foi positivado na Constituição Federal, eis que encartado no Título II que trata “dos direitos e garantias fundamentais”.

A este respeito Sarlet ressalta que:

A acolhida dos direitos fundamentais sociais em capítulo próprio no catálogo dos direitos fundamentais ressalta, por sua vez, de forma incontestável sua condição de autênticos direitos fundamentais, já que nas Cartas anteriores os direitos sociais se encontravam positivados no capítulo da ordem econômica e social, sendo-lhes, ao menos em princípio e, ressalvadas algumas exceções, reconhecido caráter meramente programático. (SARLET, 2010, p. 66)

Assim, marcado pela nota da fundamentabilidade, seja pela forma como foi positivada em nossa Carta Maior, seja pelo conteúdo que encerra – pressuposto da própria vida, o direito à saúde apresenta-se com uma garantia constitucional que não pode ser relegada a um segundo plano, notadamente quando a questão vier a se tratar de minoria, qualquer que seja.

2 O ACESSO À SAÚDE DO INDÍGENA

Não obstante o processo civilizatório da América do Sul, que acabou por dizimar boa parte da população dos povos originários ou indígenas, observa-se que no Brasil os primeiros habitantes foram protegidos por legislações ordinárias (O Código Civil de 1916, tutelava o índio como relativamente incapaz, o qual deveria ser protegido por órgão estatal. A Lei federal nº 6001/73, dispõe sobre o Estatuto do Índio, regulando as relações do Estado e da sociedade brasileira com os índios) e pelo Constituinte de 1988, onde constam determinações legais que protegem os povos originários.

A Lei n.º 6001, de 19 de dezembro de 1973 definiu esses grupos originários “os povos que habitavam a América Pré-Colombiana”. Na verdade são 206 ou 240 povos ou etnias(mais de mil nações), com cerca de 170 a 180 línguas, que podem ser divididos em quatro grupos, levado em conta o idioma: Caraíba ou Cariba, Naruaki ou Naipure, tronco macro “G” e Tupy-Guarani. Além disso, existem línguas isoladas que não fazem parte desse grupo, como os Ianomâmis, que estão numa reserva de 9,4 milhões de hectares, maior que Portugal. Sessenta por cento está na Amazônia Legal e ocupam 12,33 do território nacional. Alguns guardam afinidades comuns entre si.

São 547 áreas demarcadas, algo em torno de 94,3 milhões de hectares, ocupando cerca de 11 por cento do território brasileiro, com uma população estimada pelo IBGE em 380 mil pessoas.

O amparo aos povos originários ou indígenas, que num primeiro momento foi feito por missões religiosas; e, posteriormente (na primeira metade do século passado) passou a ser feita pelo Serviço de Proteção ao Índio (SPI), a qual apresentava-se como Agência Governamental que atuou entre 1910 a 1967, evidenciando que Estado brasileiro tinha uma preocupação com tal minoria, não os deixando apenas aos cuidados de entes não governamentais.

Neste sentido:

O SPI não tinha uma estrutura organizada e abrangente de assistência à saúde e atendia basicamente às situações de surtos epidêmicos advindos da perda do isolamento. Ainda em sua época surgia a experiência pioneira de Noel Nutels, através de Unidades Sanitárias Aero-transportadas, ligado ao Ministério da saúde. Este, embora se propondo inicialmente apenas a controlar a tuberculose em áreas indígenas, na prática ampliou o espectro das ações de saúde desenvolvidas. (COSTA, 1986, p. 388-401)

A atuação de órgãos governamentais ligados à saúde do índio, em especial a Fundação Nacional do Índio (FUNAI) que sucedeu o SPI, à partir de 05/12/1967 e a Secretaria Especial de Saúde Indígena (SESAI), criada em outubro de 2010, bem como Organizações não governamentais ligadas à proteção dos índios, entre outros deram continuidade a defesa estatal dos interesses dos povos originários aqui residentes, na busca de melhorias e a implantação de políticas públicas em seu favor.

João Pacheco De Oliveira explica como essas duas concepções distintas repercutem na noção que se tem do que eram chamados de “índios” e hoje devem ser nominados como povos originários:

Na primeira aceção, ‘índio’ constitui um indicativo de um estado cultural, claramente manifestado pelos termos que em diferentes contextos o podem vir a substituir - ‘silvícola’, ‘íncola’, ‘aborígene’, ‘selvagem’, ‘primitivo’, entre outros. Todos carregados com um claro denotativo de morador das matas, de vinculação com a natureza, de ausência dos benefícios da civilização. A imagem típica, expressa por pintores, ilustradores, artistas plásticos, desenhos infantis e chargistas, é sempre de um indivíduo nu, que apenas lê no grande livro da natureza, que se desloca livremente pela floresta e que apenas carrega consigo (ou exhibe em seu corpo) marcas de uma cultura exótica e rudimentar, que remete à origem da história da humanidade. (OLIVEIRA, 1995, p. 78)

Sobre a concepção antropológica, o mesmo autor afirma que:

[...] o que conta efetivamente ‘é que uma dada coletividade se auto-identifique como indígena, sendo índios todos os indivíduos que são por ela reconhecidos enquanto membros desse grupo étnico’ (vide Oliveira, 1994:126). Para essa conceituação, que se reflete no plano jurídico-administrativo, não tem importância alguma saber se tal população apresenta características ‘primitivas’, se mantém os traços físicos ou a carga genética de populações pré-colombianas, ou ainda se preserva os elementos de sua cultura original. Não se trata portanto

de resgatar um uso ‘adequado’ (no sentido do dicionário) da palavra ‘índio’, mas exclusivamente de verificar a aplicação de um ‘status jurídico’. O qual, por sua vez, não se articula com critérios biológicos nem com a persistência de padrões culturais, mas tão somente com a continuidade de uma auto-definição coletiva. (OLIVEIRA, 1995, p. 79)

O que também estendeu-se quanto à saúde, demonstrando-se que ao longo do tempo, referida minoria tem sido protegida, conduzindo-se tais condutas numa melhoria significativa às populações aborígenes, traduzindo-se como num respeitar coletivo a tais comunidades, que passaram a ser menos agredidas e protegidas pelo Estado, apresentando-se tais proteções em diminuição de transgressão aos povos originários aqui residentes.

Acerca desta melhoria de conduta do ser humano com seu semelhante, destaca-se o disposto por Steven Pinker:

Dois aspectos do declínio da violência têm implicações profundas para nosso entendimento da natureza humana: 1) a violência; 2) o declínio. A violência se encontra ao longo da história e da pré-história de nossa espécie, sem dar sinais de ter sido inventada em determinado lugar, difundindo-se para os outros. (PINKER, 2013, p. 650)

Observe-se que essa melhoria de tratamento ou proteção a comunidade indígena decorre da evolução do processo civilizatório da humanidade, sob a ótica dos direitos humanos descritos por Lynn Hunt (HUNT, 2009, p. 53), assim, observa-se a preocupação do ente público com esta minoria, em especial com sua permanência do em sua terra originária e com seu bem estar, o que estendeu-se à saúde desta minoria, pois o Sistema Único de Saúde (SUS – Lei nº 8.080/90) brasileiro direciona-se também a esta parte da população.

O SUS, por determinação da CF/88, possui a responsabilidade de organizar e implementar à saúde pública brasileira, direcionada a todos os cidadãos brasileiros que habitam o país, incluindo-se os indígenas, os quais tem amplo acesso à saúde pública, atenuando-se as desigualdades vividas por tal população, bem como a dominação e as consequências desta ocorrida por eras.

Cita-se o descrito por Homi K. Bhabha, acerca do tema dominação:

A perspectiva pós-colonial nos força a repensar as profundas limitações de uma noção “liberal” consensual e conluiada de comunidade

cultural. Ela insiste que a identidade cultural e a identidade política são construídas através de um processo de alteridade. (BHABHA, 2003, p. 281)

O acesso à saúde dos povos originários, quando inserido na sociedade passou então a ser feita pelo SUS, onde aquele, enquanto beneficiário, deve buscar o atendimento à demanda que tenha, junto à rede pública de saúde no local mais próximo em que resida; sendo que nos casos em que não encontre respaldo quanto ao devido atendimento, poderá buscar via judicial, o mandamento para que tenha acesso ao procedimento que necessário.

3 A CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS POR MEIO DE TUTELAS JURÍDICAS DE ACESSO À SAÚDE PARA OS POVOS ORIGINÁRIOS

A Constituição Federal de 1988 define a saúde como um direito fundamental social, ao tempo que prevê mecanismos jurídicos aptos a viabilizar coercitivamente sua execução e aplicação em face de eventual omissão ou negativa de atendimento por parte do Poder Executivo.

Dentre as tutelas processuais existentes à disposição dos jurisdicionados, destaca-se a ação de mandado de segurança, ação de obrigação de fazer, a ação coletiva, a ação civil pública, entre outras, as quais, após intentadas serão analisadas pelo Poder Judiciário, de modo a atender ao jurisdicionado que precise de determinado procedimento na área da saúde que lhe tenha sido negado pelo ente responsável.

Oportuno é colacionar as palavras de Kildare Gonçalves Carvalho acerca da exigibilidade do direito à saúde:

São direitos de *status positivus*, já que permitem ao indivíduo exigir determinada atuação do Estado, como o objetivo de melhorar suas condições de vida, garantindo os pressupostos materiais para o exercício da liberdade. Envolve a melhoria de vida de vastas categorias da população, mediante a instituição e execução de políticas públicas. (CARVALHO, 2010, p. 749-750)

Referidas medidas interventivas ao serem intentadas pelos legitimados em favor dos beneficiários, em especial para que o poder público forneça remédios, exames, tratamentos médicos, cirurgias, internações, enfim, para que faça o determinado pelo constituinte, atendem o ideal maior da Constituição, pois concretizam direitos que, apesar de existentes, não foram

atendidos espontaneamente pelo Poder Público; os quais são aplicáveis aos cidadãos como um todo, abrangendo assim, os indígenas.

A concretização de direitos violados, mesmo que pelo uso de ações judiciais coercitivas, traduz-se no respeito ao contido na Constituição de um estado, destacando-se aqui, o respeito à saúde para os cidadãos; que deve atender e visar o ser humano, compreendido este ser humano, como sendo todos os integrantes do país, sejam os povos originários ou os demais habitantes que tenham chegado posteriormente e que também tem direito à efetiva saúde.

Cita-se a doutrina de Luís López Guerra:

Confrontado com a constituição, enquanto norma cuja validade deriva de uma decisão de poder constituinte, todos os outros membros regras de direito são regras secundárias, porque a sua validade é baseada na própria Constituição, a ser preparadas de acordo com os requisitos da isso tanto em relação ao com método com conteúdo material. (GUERRA, 2000, p. 44)

Nas situações em que os indígenas não conseguirem atendimento por parte do poder público, no tocante à saúde, seja pelo não fornecimento de remédio, de consultas médicas, cirurgias, internações, estes devem socorrer-se da falha do próprio Estado na busca do atendimento necessário e concretização do direito à saúde; isso, por determinação do legislador ordinário e Constitucional.

Neste caso de não atendimento espontâneo do procedimento necessário à recuperação da saúde dos povos indígenas, este poderá acessar o Poder Judiciário pleiteando medida coercitiva em desfavor do ente violador, para conseguir o atendimento devido.

O que se dará, no caso dos membros dos grupos originários, em especial pela atuação da Defensoria Pública da União onde esteja instalada, ou, por meio de advogados dativos onde àquela não exista, os quais encaminharão a ação judicial necessária para a busca da tutela necessária ao fornecimento do atendimento não fornecido espontaneamente.

Nesse sentido, cabe destaque à crítica tecida por Dirley da Cunha Júnior:

Num Estado em que o povo carece de um padrão mínimo de prestações sociais para sobreviver, onde pululam cada vez mais cidadãos socialmente excluídos [...] os direitos sociais não podem ficar reféns

de condicionamentos do tipo da reserva do possível. Não se trata de desconsiderar que o Direito não tem a capacidade de gerar recursos materiais para sua efetivação. Tampouco negar que apenas se pode buscar algo onde este algo existe. Não é este o caso, pois aquele “algo” existe e sempre existirá só que não se encontra – este sim, é o caso – devidamente distribuído! Cuida-se, aqui, de se permitir ao Poder Judiciário, na atividade de controle das omissões do poder público, determinar uma redistribuição dos recursos públicos existentes, retirando-os de outras áreas (fomento econômico a empresas concessionárias ou permissionárias mal administradas; serviço da dívida; mordomias no tratamento de certas autoridades políticas, como jatinhos, palácios residenciais, festas pomposas, seguranças desnecessários, carros de luxo blindados, comitivas desnecessárias em viagens internacionais, pagamento de diárias excessivas, manutenção de mordomias a ex-Presidentes da República; gastos em publicidade, etc.) para destiná-los ao atendimento das necessidades vitais do homem, dotando-o das condições mínimas de existência. (CUNHA, 2009, p. 734-735)

O Poder Judiciário, diante da pretensão apresentada, apreciará a demanda deduzida em juízo nos moldes do artigo 5º, XXXV, da CF/88, devendo agir ao ser provocado e constatar que o Estado deixou de observar seu dever de adotar políticas públicas capazes de viabilizar o acesso igualitário e universal aos atendimentos na esfera da saúde, deverá o fazer coercitivamente, em especial, se tratar-se de minoria, proporcionando o acesso à saúde no caso em concreto.

4 O PODER JUDICIÁRIO E A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE AOS POVOS ORIGINÁRIOS

As diferenças de paradigmas contribuem para o distanciamento entre o indígena e a sociedade atual, os quais vivem a mercê do mundo capitalista, que por vezes são privados da saúde pública, ou acabam por não ter o devido atendimento, pois, apesar de constar na Norma Constitucional que a saúde pública é em favor de todos, muitos ficam a mercê do sistema excludente.

Nos casos de não atendimento ou atendimento deficitário, a concretização do direito à saúde se materializará por medidas coercitivas advindas do Poder Judiciário que, em verdade, acabam por concretizar o direito à saúde desta minoria, mesmo que em situações pontuais, atenuando as consequências e distâncias entre os paradigmas culturais.

Anthony Giddens, trata deste descompasso de mundos modernos:

Em vários aspectos fundamentais, as instituições modernas apresentam certas discontinuidades com as culturas e modos de vida pré-modernos. Uma das características mais óbvias que separa a era moderna é um “mundo em disparada”: não só o ritmo da mudança social é muito mais rápido que em qualquer sistema anterior; também a amplitude e a profundidade com que ela afeta práticas sociais e modos de comportamento preexistentes são maiores. (GIDEENS, 2002, p. 22)

Destaque-se que a concretização de direitos, tal qual prevista na Constituição Federal de 1988, há de ser feita com a implementação de políticas públicas em favor das minorias e grupos vulneráveis, visando equilibrar as distorções advindas do tempo, da exploração do homem pelo homem, de terras, de povos, de riquezas e culturas, isso, para que esta Constituição seja considerada efetivamente válida e geradora de direitos concretizados.

Entretanto, apesar do atuar do poder público para minimizar as diferenças entre a população considerada normal e que atende aos comandos do mundo moderno e as minorias que por vezes são excluídas da sociedade, a exemplo dos indígenas, quando o Estado não propiciar o devido atendimento (que deve ser oferecido por órgãos públicos vinculados ao Poder Executivo), ocorrerá a intervenção do Poder Judiciário para corrigir as falhas, que determinará a implementação de atendimentos específicos ou mesmo a implementação de ações afirmativas para solucionar determinadas situações.

Sobre a sanção no caso de não atendimento espontâneo, colaciona-se a doutrina:

Mas o que é mais importante do que os direitos humanos ou se a pessoa quer todos os direitos de todos os homens, cada um direito de cada homem. Diz-se então, por que este direito de direitos humanos dissociação-fundamental. Os direitos humanos que redutíveis, por considerações técnicas ou legais, só para constitucionalmente direitos ou direitos protegidos cujos violação podem ser objeto de uma sanção. (AMOR, 1996, p. 31)

O agir positivo do Estado, em especial na área da saúde, atendendo as determinações constitucionais de amparo a uma minoria, especialmente no que dizem respeito à vida, à saúde, à dignidade da pessoa humana, visam a garantir o já mencionado mínimo existencial, cuja efetivação deve ser alvo prioritário dos gastos públicos e da atuação estatal, sob pena de intervenção de um poder no outro, para a correção de eventual desrespeito.

Acerca do direito à saúde, Germano Schwartz esclarece que:

A saúde, como direito público subjetivo e fundamental do ser humano, quando lesionada, não pode ser excluída da apreciação do Poder Judiciário. Essa é, no constitucionalismo contemporâneo, a tarefa mais elevada do Poder Judiciário: garantir a observância e cumprimento dos direitos fundamentais do homem. (SCHWARTZ, 2001, p. 163)

Nessa quadra, considerando que a ação é um direito garantido a todos e sendo o direito à saúde um direito social constitucionalmente assegurado (art. 6º, da CF/88), conferindo-se a ele, ainda, um caráter universal (art. 196 do Texto Maior), pode-se concluir simplesmente pela absoluta liberdade de atuação do Poder Judiciário na efetivação desse direito.

O fundamento da judicialização da saúde reside no reconhecimento de que trata-se de um direito subjetivo do cidadão, o qual pode exigir do Poder Público ações no sentido de efetivar o acesso a esse direito em casos excepcionais, em que não se possa esperar a fila normal de atendimento do sistema público, ou nos casos em que este não tenha sido fornecido a contento.

Acerca da judicialização da saúde:

Não há discricionariedade para não agir. A não ação discricionária resulta em omissão inconstitucional, tendo o Judiciário, como um dos poderes vinculados à efetivação dos direitos fundamentais sociais prestacionais, obrigação de agir [...]. (QUEIROZ, 2011, p. 144)

Apresentam-se vários argumentos em favor do Estado, na tentativa de se atenuar a intervenção dos cidadãos junto ao Poder Judiciário almejando soluções pontuais, entre eles, o da limitação orçamentária do Estado, o qual tem sido rechaçado por não ter força equiparativa em relação ao direito à vida, o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial.

Neste sentido, Boaventura de Souza Santos comenta:

O conceito de direitos humanos assenta-se em um bem conhecido conjunto de pressupostos, todos eles tipicamente ocidentais: existe uma natureza humana universal que pode ser conhecida racionalmente; a natureza humana é essencialmente diferente e superior à realidade restante; o indivíduo possui uma dignidade absoluta e irredutível que tem de ser defendida da sociedade ou do Estado. (SANTOS, 2001, p. 16)

Sob tal orientação é que o Estado deve agir, de modo que, embora haja liberdade de conformação do legislador e discricionariedade do gestor público, esta não deve ser ilimitada, pois o acesso à saúde deve ser oferecido, espontaneamente, ou pela intervenção de um Poder do Estado em outro, para garantir o mínimo tutelado pela Constituição.

A comunidade indígena ou o indígena interessado, acaso não tenha o tratamento médico atendido pelos órgãos pertinentes (de regra vinculados ao Poder Executivo), poderá socorrer-se perante o Poder Judiciário, que, intervirá quando provocado, atenuando pontualmente o direito à saúde violado, determinando o procedimento adequado a ser implementado pelo ente violador.

Na abordagem do referido tema, recorre-se à Constituição Federal vigente, que no artigo 5º, inciso XXXV, dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Observa-se que sempre que houver violação de direitos, o Poder Judiciário poderá ser provocado no intuito de tutelar e garantir o direito da parte lesada; sem que essa intervenção de um poder em outro, seja considerada ilegal ou prejudicial a coexistência do outro.

Acerca do tema, destaca-se o entendimento do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso:

Aqui se chega ao ponto crucial do debate. Alguém poderia supor, a um primeiro lance de vista, que se está diante de uma colisão de valores ou de interesses que contrapõe, de um lado, o direito à vida e à saúde e, de outro, a separação de Poderes, os princípios orçamentários e a reserva do possível. A realidade, contudo, é mais dramática. O que está em jogo, na complexa ponderação aqui analisada, é o direito à vida e à saúde de uns *versus* o direito à vida e à saúde de outros. Não há solução juridicamente fácil nem moralmente simples nessa questão. (BARROSO, 2007, p. 61)

Observa-se a colisão de valores ou interesses que contrapõem-se no enfrentamento do interesse do particular, que apresenta-se a mercê do serviço público, já que o Estado vê-se na obrigação ou não de fornecer o medicamento, ou tratamento solicitado em face do risco de prejudicar o regular desenvolvimento das demais atividades estatais.

Tal discussão apresenta-se diante da confrontação de interesses, onde não há um consenso ou solução singela, por envolver questões de magnitude constitucionalmente protegidas, seja enquanto direito fundamental do ser

humano (por exemplo, direito à saúde), seja por envolver a organização e estruturação do Poder Público (programação do orçamento público); mas, que ao serem enfrentadas pelo Poder Judiciário, representam a efetivação de direitos em casos concretos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na busca de efetivar o direito de acesso à saúde, o Brasil tem utilizado de práticas consistentes em implementar políticas públicas por meio de ações afirmativas que tendem a diminuir as desigualdades entre as minorias e também dos chamados grupos vulneráveis.

Esses povos são duplamente titulares das ações afirmativas, que visam levar ao princípio da igualdade ao extremo, buscando a inclusão dos hipossuficientes. A saúde é direito de toda a população como um dever prestacional do Estado Democrático e Social de Direito. Cabe ao poder público, em especial ao grupo citado, prover à saúde por meio do Sistema Único de Saúde.

É dever do Estado à adequação ao disposto na CF/88 que prevê o acesso de todos à saúde e a proteção das minorias, em especial a indígena como aqui tratada, fornecendo o devido atendimento ou procedimento à saúde.

Sendo que nos casos de omissão no atendimento ou fornecimento de procedimento médico, deverá o interessado intentar perante o Poder Judiciário a medida necessária visando a compelir o Poder Público a proceder ao atendimento devido, a fim de garantir o mínimo existencial ao cidadão, corrigindo a deficiência da atuação estatal na concretização de sua missão constitucional.

O Poder Judiciário, ao analisar os casos concretos que lhe forem apresentados na área da saúde, em especial no concerne ao desrespeito de acesso à saúde de minorias, tem a oportunidade de balizar o eventual desvirtuamento à Constituição, ajustando-o ao ideal pretendido pelo legislador originário.

REFERÊNCIAS

AMOR, Abdelfattah. *Les droits fondamentaux*. Bruxelas/Bélgica: Bruylant, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Revista de Interesse Público*, 2007; 46:31-61. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

BHABHA, Homi K. *O local da cultura*. tradução de Myriam Avila, Eliana Lorenço de Lima Reis, Glaucia Renate Gonçalves. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2003.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. Brasília: OAB, 2002.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

BRASIL. *Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990*. Institui o Sistema Único de Saúde. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional. Teoria do Estado e da Constituição. Direito Constitucional Positivo*. 16. ed. revisada, atualizada e ampliada. Del Rey, 2010.

COSTA, D.C. *Política indigenista e assistência à saúde*. Cad. Saúde Pública. 4 (3), 1986.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: JusPODIVM, 2009.

GIDDENS, Anthony; tradução: Plínio Denzien. *Modernidade e Identidade*. Rio de Janeiro: Zahar, 2002.

OLIVEIRA, João Pacheco. Muita terra para pouco índio? Uma introdução (crítica) ao indigenismo e à atualização do preconceito. In: SILVA, Aracy L. da, GRUI\PIONI, Luís D. B. (Orgs.). *A temática indígena na escola: novos subsídios para professores de 1º e 2º graus*. Brasília: MEC; MARI: UNESCO, 1995.

QUEIROZ, Maria do Socorro Azevedo de. *Judicialização dos Direitos Sociais Prestacionais: A efetividade pela Interdependência dos Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira*. Curitiba: Juruá, 2011.

GUERRA, Luís López. et. al. *Derecho Constitucional. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*. v. I. 4. ed. Valencia. Espanha: Tirant lo Blanch, 2000.

HUNT, Lynn. *A invenção dos direitos humanos*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 8. ed. Madri: Tecnos, 2003.

PANSIERI, Flávio. *Eficácia e vinculação dos direitos sociais: reflexões a partir do direito de moradia*. São Paulo: Saraiva, 2012.

PINKER, Steven; tradução de Bernardo Joffily e Laula Teixeira Motta. *O anjos bons da nossa natureza: Porque a violência diminuiu*. São Paulo: companhia das Letras, 2013.

SANTOS, Boaventura de Souza. Para uma concepção multicultural dos direitos humanos. *Revista Contexto Internacional*, Rio de Janeiro, v. 23, n. 1, Jan./jun. 2001, p. 7-34.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SCHWARTZ, Germano André Doederlein. *Direito à Saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.