



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA 3ª REGIÃO

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR DESEMBARGADOR FEDERAL DO EGRÉGIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO**

AGRAVO DE INSTRUMENTO N.º 5001146-97.2022.4.03.0000/MS
AGRAVANTE: UNIÃO FEDERAL
AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
RELATOR: DES. FED. SOUZA RIBEIRO – 6ª TURMA
AUTOS ORIGINÁRIOS: 5000863-35.2021.4.03.6006 – 1ª Vara Federal Naviraí/MS

REF.: Fornecimento de água potável à Terra Indígena Cerrito (Laguna Piru)

Egrégio Tribunal,
Douto Relator,

O **Ministério Público Federal**, pela Procuradora Regional da República subscritora, vem, tempestivamente, com fulcro no artigo 1.019, II, do Código de Processo Civil, oferecer **CONTRAMINUTA ao recurso de agravo de instrumento**, requerendo sua juntada aos autos eletrônicos, e conhecimento pela E. Turma, obedecidas as prescrições legais.

São Paulo, data da assinatura eletrônica

(assinado digitalmente)

MARIA LUIZA GRABNER
PROCURADORA REGIONAL DA REPÚBLICA

DPM

AGRAVO DE INSTRUMENTO N.º 5001146-97.2022.4.03.0000/MS

AGRAVANTE: UNIÃO FEDERAL

AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RELATOR: DES. FED. SOUZA RIBEIRO – 6ª TURMA

AUTOS ORIGINÁRIOS: 5000863-35.2021.4.03.6006 – 1ª Vara Federal Naviraí/MS

REF.: Fornecimento de água potável à Terra Indígena Cerrito (Laguna Piru)

CONTRAMINUTA DE AGRAVO DE INSTRUMENTO

**Colenda Turma,
Doutos Julgadores,**

Trata-se de agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo interposto pela União Federal contra a r. decisão de ID Num. 186921450 - Pág. 1 (dos autos subjacentes) prolatada pela 1ª Vara Federal de Naviraí/MS que, nos autos da ação civil pública movida pelo Ministério Público Federal em face da União Federal e da Fundação Nacional do Índio/FUNAI, objetivou seja “a UNIÃO condenada a implantar, por meio da SESA, em caráter permanente, água potável suficiente a todos os indígenas que vivem na comunidade indígena Cerrito, de forma igualitária, em especial, aos residentes na área adjacente e ainda não demarcada, mediante b.1) ampliação da rede de abastecimento de água da área já demarcada para que passe a atender também a área remanescente; ou b.2) caso, no cumprimento da decisão judicial, não seja possível a simples ampliação, seja a UNIÃO obrigada a perfurar tantos poços quanto necessários de modo implantar acesso à água perene na área.”



Consigne-se que o Ministério Público Federal requereu em sede de tutela provisória de urgência *“a disponibilidade imediata e manutenção de uma fonte de água potável a todos os indígenas de Cerrito que ainda não possuem o fornecimento regular de água, em especial àqueles residentes na área ainda não demarcada, que é adjacente à Aldeia, o que pode ser feito, a critério da União nessa fase processual, por intermédio de caminhões-pipa ou meio equivalente, ou mediante a expansão do sistema de abastecimento e distribuição existente.”* (ID Num. 118240487 - Pág. 26).

Foi deferida a medida liminar pela 1ª Vara Federal de Naviraí/MS à ID Num. 186921450 - Pág. 1 (dos autos subjacentes) para *“determinar à UNIÃO FEDERAL, para que no prazo de 30 (trinta) dias, providencie o fornecimento de água potável, da forma que entender mais eficiente, a todos os membros da Aldeia Cerrito que estejam sob a área demarcada ou sob a área adjacente reivindicada, sob pena de multa de R\$ 3.000,00 (três mil reais) diários.”*

Inconformada, a União Federal alega, em suas razões recursais, a ausência dos requisitos autorizadores da tutela provisória de urgência; o não cabimento da tutela de urgência (exaurimento do objeto da lide); a ausência da probabilidade do direito; a competência dos estados e municípios; a impossibilidade legal, pela União, de investimentos públicos fora de terras indígenas; a afronta aos princípios da legalidade, isonomia e separação dos poderes; e a inexecutabilidade da decisão liminar.

O i. Relator Des. Fed. Souza Ribeiro primeiramente determinou a intimação da parte agravada para resposta no prazo legal (art. 1.019, II, CPC) e após vista ao Ministério Público Federal.

Os autos vieram a este órgão ministerial para contrarrazões de agravo de instrumento.

A celeuma posta em juízo não é nova nesta Procuradoria Regional da República e, nesse sentido, valemo-nos dos excelentes argumentos expendidos pela Exma. Procuradora Regional da República Dra. Samantha Chantal Dobrowolski, no parecer lavrado na Remessa Necessária em Ação Civil Pública n.º 0001318-95.2015.4.03.6006/MS que tratou sobre o fornecimento de água potável pela União Federal na T. I. *Pyelito Kue*; bem como dos fundamentos expostos pelo Exmo. Procurador Regional da República Dr. Sergio Fernando das Neves, no parecer lavrado na Apelação Cível n.º 0000667-09.2014.4.03.6003 que trata da perfuração de poços artesianos na T. I. *Ofayé-Xavante*.



1. Breve introdução sobre a área em questão

Como afirmado na petição inicial da ação civil pública subjacente, a Aldeia Cerrito, localizada no município de Eldorado/MS, com cerca de 1.950 ha, foi reconhecida como de ocupação tradicional e permanente indígena, tendo o respectivo processo administrativo de demarcação sido homologado por meio de Decreto Presidencial, de 21 de maio de 1992.

Existe uma **área contígua à Aldeia Cerrito**, ocupada pela mesma comunidade indígena e reivindicada por ela como um "remanescente", que está com estudos em estágio avançado pela FUNAI, já teve o RCID (Relatório Circunstanciado de Identificação e Delimitação) entregue e analisado pela Coordenação Geral de Identificação e Delimitação (CGID/DPT), que solicitou ajustes e complementações na peça técnica, ainda pendentes de entrega.

Essa área, que a União em documentos denomina de **Laguna Piru**, é ocupada **em caráter permanente pelos índios**, assim como o restante da Aldeia Cerrito, da qual consideram ser apenas uma parte remanescente que a FUNAI teria "demarcado a menor", recebendo tratamento diferente apenas por alguns órgãos que, como a SESAI, insistem em exigir o título da área em nome da União para considerá-la como terra indígena.

Atualmente, os indígenas de Cerrito detêm a posse da totalidade da área do território de seu *tekoha* e de modo permanente: não se trata de posse sob ameaça. Entretanto, os indígenas continuam a padecer a falta de acesso a toda sorte de direitos, inclusive de direitos fundamentais.

2. Da impropriedade das alegações da União Federal

Na época da instauração do referido inquérito civil, esse problema, que já era antigo e apurado em outro procedimento mais abrangente, não era exclusivo dos moradores da área contígua da Aldeia, atingindo Cerrito como um todo, já que o sistema era bastante precário: contava apenas com um poço que funcionava de forma ineficaz, tendo sido identificado que diversas famílias residentes e não residentes na Aldeia não eram atendidas pelo sistema de abastecimento de água.



Em diligência realizada, ainda no ano de 2009, foi possível apurar que o único poço artesiano existente, perfurado quando a saúde indígena ainda pertencia à alçada da FUNASA, atendia apenas cerca de 15 famílias, sendo que os demais indígenas tiveram que fazer as conexões tubulares por conta própria.

Tendo em vista tantos problemas, no bojo do processo administrativo 25048001523/2016-23, conforme Parecer 110/2017, foi aprovado um projeto de melhoria no sistema de abastecimento de água (Contrato 13/2019), o qual, entretanto, somente contemplava o fornecimento de água aos indígenas residentes na área já demarcada.

Apresentado o projeto definitivo aos indígenas de Cerrito, **estes foram enfáticos no sentido de que ele não atendida aos interesses de toda a comunidade, já que, além de problemas quanto ao local escolhido, as famílias da área retomada, que possui aproximadamente 68 casas com 300 pessoas, não seriam contempladas pela obra, sendo que a água que consomem foi considerada imprópria para consumo humano, mormente diante do rompimento da barragem de Foz do Rio Dinarte.** (Ofícios nº 01 e 02/2019, assinados por Elmo Benites, Certidão 478/2019).

Mesmo cientes de tal problema, conforme relatado no Ofício nº 302/2020/MS/DSEI/SESAI/MS, o Distrito Sanitário Especial Indígena de Mato Grosso do Sul informou aos indígenas que não poderiam contemplar as famílias da área adjacente à aldeia, no território ainda não demarcado, pois aquela área não se trataria de Terra Indígena no entender da administração.

Não obstante tenha o *Parquet* federal expedido a Recomendação n.º 04/2021 à SESAI – Serviços de Edificações e Saneamento Ambiental Indígena, para *“RECOMENDAR ao Coordenador do Distrito Sanitário Especial Indígena em Mato Grosso do Sul, que, no prazo de 60 (sessenta) dias, adote as medidas necessárias para implantar e manter abastecimento de água potável constante e suficiente para todos os indígenas da Aldeia Cerrito, inclusive dos que vivem na área cuja demarcação ainda não está concluída”*, nenhum efeito surtiu, pois, a **recomendação não foi acatada, novamente sob o fundamento de que não se trata de uma terra indígena regularizada, o que afastaria a atribuição da DSEI.**

Assim, mostrando-se a União, por meio da SESAI, reiteradamente displicente em relação ao cumprimento das mais básicas normas sobre a vida, saúde e dignidade desses indígenas, desrespeitando frontalmente os direitos fundamentais da pessoa humana previstos na Constituição Federal de 1988, foi



ajuizada a ação civil pública de origem, para compelir o poder estatal a cumprir seus deveres legais e constitucionais.

No caso em tela ficou devidamente comprovada nos autos a precária situação sanitária em que se encontram os indígenas da parte baixa da Terra Indígena Cerrito (*Laguna Piru*).

Pois bem.

O acesso à água confunde-se com o próprio direito à vida; qualquer pessoa impossibilitada de ter acesso à água está impossibilitada de alcançar condições dignas de vida. Trata-se de vilipêndio inadmissível aos direitos fundamentais e aos direitos humanos, consagrados, respectivamente, no plano nacional e internacional.

Realmente, há se destacar que na Declaração de Direitos Humanos de 1948, em seu artigo 25, ficou asseverado que *“toda pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar”*. Referida ideia restou complementada pela inclusão, no Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, especificamente em seu artigo 11, da garantia de *“alimentação, vestuário e alojamento suficientes bem como (d) o melhoramento constante das condições de existência”*.

Visto em sua ampla e devida dimensão, o direito fundamental em tela compreende a prerrogativa de todo ser humano de não ser privado de sua vida e de ter os meios adequados de subsistência e um padrão de vida decente (preservação da vida, direito de viver). Desta forma, abrange não só a proteção contra qualquer privação arbitrária da vida mas também, e indissociavelmente, o dever dos Estados de buscar políticas destinadas a assegurar o acesso aos meios de sobrevivência da pessoa.

No âmbito pátrio, o direito à vida se revela intimamente relacionado aos fundamentos da República Federativa do Brasil, mormente à dignidade da pessoa humana esculpida no artigo 1º, III, da Constituição Federal. Neste sentido, uma vez petrificado o direito no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988, remanesce impedida qualquer possibilidade de o legislador e o administrador criarem alguma situação que implique o esvaziamento de seu conteúdo constitucional.



A dignidade da pessoa humana surge, por conseguinte, como núcleo essencial dos direitos fundamentais, constituindo mesmo fonte ética que confere unidade de sentido, de valor e de concordância prática a todo o sistema. No Brasil, o direito à existência digna é refletido, entre outros aspectos, pela obrigação atribuída ao Estado e à sociedade de realização de ações integradas para a implementação da ordem social (artigo 194), contexto no qual foram inseridas as medidas no campo da saúde.

O direito à saúde — além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas — representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional." (RE 271.286-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 12-9-00, DJ de 24-11-00).

De fato, o artigo 196 da Constituição Federal preocupou-se em estabelecer que 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 igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”*.

Não obstante o artigo 198, §1º, do Texto Maior, determinar que a saúde será financiada com recursos de todas as esferas governamentais, o subsistema de saúde indígena encontra-se inserido no âmbito federal, mantendo, com isso, observância aos preceitos constitucionais de proteção aos direitos e interesses indígenas, mormente no quanto expresso no artigo 231.

Em consonância com as disposições constitucionais, a nova configuração trazida pela Lei nº 8.080/1990, alterada pela Lei nº 9.836/1999, afastou o modelo geral de responsabilidade concorrente e solidária das esferas de governo antes consagrado no artigo 2º da Lei nº 6.001/73¹, que trazia competência

¹ Art. 2º *Cumprir à União, aos Estados e aos Municípios, bem como aos órgãos das respectivas administrações indiretas, nos limites de sua competência, para a proteção das comunidades indígenas e a preservação dos seus direitos:*
I - estender aos índios os benefícios da legislação comum, sempre que possível a sua aplicação;
II - prestar assistência aos índios e às comunidades indígenas ainda não integrados à comunhão nacional;
III - respeitar, ao proporcionar aos índios meios para o seu desenvolvimento, as peculiaridades inerentes à sua condição;
IV - assegurar aos índios a possibilidade de livre escolha dos seus meios de vida e subsistência;
V - garantir aos índios a permanência voluntária no seu habitat, proporcionando-lhes ali recursos para seu desenvolvimento e progresso;
VI - respeitar, no processo de integração do índio à comunhão nacional, a coesão das comunidades indígenas, os seus valores culturais, tradições, usos e costumes;
VII - executar, sempre que possível mediante a colaboração dos índios, os programas e projetos tendentes a beneficiar as



concorrente da União, aos Estados e ao Município, bem como aos órgãos das respectivas administrações indiretas, nos limites de sua competência, para a proteção das comunidades indígenas e a preservação de seus direitos.

Nesse sentido, a Lei nº 8080/90 é clara a atribuir competência e obrigação à União e seus Órgãos, no que diz respeito a “ações e serviços de saúde voltados para o atendimento das populações indígenas”, sempre visando a proteção e a recuperação da saúde individual e coletiva dos índios, e a promoção de políticas públicas nessa direção:

CAPÍTULO V

Do Subsistema de Atenção à Saúde Indígena (Incluído pela Lei nº 9.836, de 1999)

Art. 19-A. As ações e serviços de saúde voltados para o atendimento das populações indígenas, em todo o território nacional, coletiva ou individualmente, obedecerão ao disposto nesta Lei. (Incluído pela Lei nº 9.836, de 1999)

Art. 19-B. É instituído um Subsistema de Atenção à Saúde Indígena, componente do Sistema Único de Saúde – SUS, criado e definido por esta Lei, e pela Lei no 8.142, de 28 de dezembro de 1990, com o qual funcionará em perfeita integração. (Incluído pela Lei nº 9.836, de 1999)

Art. 19-C. Caberá à União, com seus recursos próprios, financiar o Subsistema de Atenção à Saúde Indígena. (Incluído pela Lei nº 9.836, de 1999)

Art. 19-D. O SUS promoverá a articulação do Subsistema instituído por esta Lei com os órgãos responsáveis pela Política Indígena do País. (Incluído pela Lei nº 9.836, de 1999)

comunidades indígenas;

VIII - utilizar a cooperação, o espírito de iniciativa e as qualidades pessoais do índio, tendo em vista a melhoria de suas condições de vida e a sua integração no processo de desenvolvimento;

IX - garantir aos índios e comunidades indígenas, nos termos da Constituição, a posse permanente das terras que habitam, reconhecendo-lhes o direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades naquelas terras existentes;

X - garantir aos índios o pleno exercício dos direitos civis e políticos que em face da legislação lhes couberem.

(...)



Art. 19-E. Os Estados, Municípios, outras instituições governamentais e não-governamentais poderão atuar complementarmente no custeio e execução das ações. (Incluído pela Lei nº 9.836, de 1999)

Art. 19-F. Dever-se-á obrigatoriamente levar em consideração a realidade local e as especificidades da cultura dos povos indígenas e o modelo a ser adotado para a atenção à saúde indígena, que se deve pautar por uma abordagem diferenciada e global, contemplando os aspectos de assistência à saúde, saneamento básico, nutrição, habitação, meio ambiente, demarcação de terras, educação sanitária e integração institucional. (Incluído pela Lei nº 9.836, de 1999)

Art. 19-G. O Subsistema de Atenção à Saúde Indígena deverá ser, como o SUS, descentralizado, hierarquizado e regionalizado. (Incluído pela Lei nº 9.836, de 1999)

§ 1º O Subsistema de que trata o caput deste artigo terá como base os Distritos Sanitários Especiais Indígenas. (Incluído pela Lei nº 9.836, de 1999)

§ 2º O SUS servirá de retaguarda e referência ao Subsistema de Atenção à Saúde Indígena, devendo, para isso, ocorrer adaptações na estrutura e organização do SUS nas regiões onde residem as populações indígenas, para propiciar essa integração e o atendimento necessário em todos os níveis, sem discriminações. (Incluído pela Lei nº 9.836, de 1999)

§ 3º As populações indígenas devem ter acesso garantido ao SUS, em âmbito local, regional e de centros especializados, de acordo com suas necessidades, compreendendo a atenção primária, secundária e terciária à saúde. (Incluído pela Lei nº 9.836, de 1999)



Art. 19-H. As populações indígenas terão direito a participar dos organismos colegiados de formulação, acompanhamento e avaliação das políticas de saúde, tais como o Conselho Nacional de Saúde e os Conselhos Estaduais e Municipais de Saúde, quando for o caso. (Incluído pela Lei nº 9.836, de 1999)

Se até recentemente, nos termos do artigo 3º do Decreto nº 3.156/1999 e dos artigos 1º e 10 da Portaria do Ministério da Saúde nº 2.656/2007, a atenção à saúde indígena era atribuída à Fundação Nacional de Saúde – FUNASA, hoje, com o advento da Lei nº 12.314/10, foi criado, no âmbito do Ministério da Saúde, a Secretaria Especial de Saúde Indígena - SESAI, atualmente regulamentada pelo Decreto nº 8.901/2016. **Não há dúvida, portanto, de que foi a Secretaria Especial de Saúde Indígena- SESAI, órgão do Ministério da Saúde, criada para coordenar e executar o processo de gestão do subsistema de saúde indígena em todo o território nacional.**

De fato, dentre as atribuições legalmente conferidas à SESAI, verifica-se como missão a de “*coordenar o processo de gestão do Subsistema de Atenção à Saúde Indígena para a promoção, a proteção e a recuperação da saúde dos povos indígenas*”, bem como “*orientar o desenvolvimento das ações de atenção integral à saúde indígena e de educação em saúde segundo as peculiaridades, o perfil epidemiológico e a condição sanitária de cada Distrito Sanitário Especial Indígena – DSEI*”.

Uma vez que não mais compete à FUNASA o dever de tornar eficaz o abastecimento de águas às populações indígenas, resta inquestionável a figuração da União no polo passivo desta ação civil pública.

Como visto, a alegação da União Federal de que os índios estão em áreas ainda não “regularizadas”, o que seria, por conseguinte, impedimento para a adoção das medidas de fornecimento de água para na comunidade Cerrito - em especial aqueles que vivem na área adjacente “*Laguna Piru*” – mostra-se completamente equivocada.



Primeiramente, porque o procedimento administrativo de demarcação, a que alude o Decreto n.º 1.175/96, tem cunho **meramente declaratório**; além disso, embora o procedimento que trate da área em questão não esteja formalmente concluído, encontra-se em estágio bem adiantado, valendo ressaltar, inclusive, que a área é de incontestável ocupação tradicional.

Assim, razão assiste ao magistrado *a quo*, ao asseverar que tais circunstâncias não devem impedir a adoção de políticas públicas em favor dos indígenas.

Neste sentido, a manutenção de provimentos judiciais que privilegiam a saúde em detrimento da burocracia estatal encontra respaldo nos nossos Tribunais Superiores. A respeito do tema, pontificou o Min. CELSO DE MELLO, do Supremo Tribunal Federal (STF), no RE n. 267.612/RS, *verbis*:

"Na realidade, o cumprimento do dever político-constitucional consagrado no art. 196 da Lei Fundamental do Estado, consistente na obrigação de assegurar, a todos, a proteção à saúde, representa fator, que, associado a um imperativo de solidariedade social, impõe-se ao Poder Público, qualquer que seja a dimensão institucional em que atue no plano de nossa organização federativa. (...) Tal como pude enfatizar, em decisão por mim proferida no exercício da Presidência do Supremo Tribunal Federal, (...), entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela Constituição da República (art. 5.º, caput, e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema – que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana, notadamente daqueles, como os ora recorridos, que têm acesso, por força de legislação local, ao programa de distribuição gratuita de medicamentos, instituído em favor de pessoas carentes.



Também merece destaque o voto proferido pelo Min. Marco Aurélio de Mello em relação à necessidade de o Estado assumir seus deveres constitucionais quanto à prestação do serviço de saúde, não podendo utilizar, como impeditivo, problemas de ordem orçamentária. A respeito desse tema, veja-se ainda a transcrição do voto proferido pelo Min. Celso de Mello nos mesmos autos:

"O sentido de fundamentalidade do direito à saúde – que representa, no contexto da evolução histórica dos direitos básicos da pessoa humana, uma das expressões mais relevantes das liberdades reais ou concretas – impõe ao Poder Público um dever de prestação positiva que somente se terá por cumprido, pelas instâncias governamentais, quando estas adotarem providências destinadas a promover, em plenitude, a satisfação efetiva da determinação ordenada pelo texto constitucional.

*Não basta, portanto, que o Estado meramente proclame o reconhecimento formal de um direito. **Torna-se essencial que, para além da simples declaração constitucional desse direito, seja ele integralmente respeitado e plenamente garantido, especialmente naqueles casos em que o direito – como o direito à saúde – se qualifica como prerrogativa jurídica de que decorre o poder do cidadão de exigir, do Estado, a implementação de prestações positivas impostas pelo próprio ordenamento constitucional"*** (RE 195.192-3/RS, j. 22.02.2000). (os grifos são nossos).

No âmbito deste E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região já se decidiu:

“PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITO À SAÚDE. FUNASA. LICITAÇÃO. EXIGÊNCIAS. PRAZO RAZOÁVEL. MULTA. 1. Os direitos fundamentais à vida e à saúde são direitos subjetivos inalienáveis, constitucionalmente assegurados, cujo primado, em um Estado Democrático de Direito, que reserva especial proteção à dignidade da pessoa humana, há de superar quaisquer espécies de



restrições legais. 2. A Fundação Nacional de Saúde - FUNASA é uma fundação pública instituída pela Lei nº 8.029/90, com a finalidade de promover ações e serviços dirigidos à saúde pública, mormente a saúde dos povos indígenas. 3. A Lei nº 8.080/90, instituindo e regulamentando o Sistema Único de Saúde - SUS, reafirmou tal dever, estabelecendo a responsabilidade solidária dos entes federativos, bem como de seus respectivos órgãos, em promover ações e serviços de saúde. 4. É cediço que a água potável é um elemento essencial à saúde, razão pela qual a sua escassez coloca, indiscutivelmente, em perigo a vida de qualquer ser humano. 5. Se de um lado é certo que ao Judiciário não é permitido interferir em questão de cunho discricionário da Administração, também é certo que o Judiciário pode e deve interferir quando a saúde de toda uma comunidade, como é o caso dos autos, estiver em risco. 6. **O Estado tem a obrigação de concretizar medidas com a finalidade de assegurar os direitos fundamentais constitucionalmente garantidos, como é o caso da saúde.** 7. Cabe ao Julgador baseado no princípio da razoabilidade interferir quando constatar que a omissão da Administração está violando direitos fundamentais. 8. **Consoante se depreende dos autos, a magistrada proferiu decisão nos seguintes termos: "... Em virtude da extrema urgência da medida pleiteada e da farta documentação que instrui a petição inicial, comprovando a verossimilhança das alegações do Ministério Público federal, entendo razoável deferir a medida "inaudita altera pars". Com efeito, os documentos que instruem aos autos demonstram os vários atos engendrados pela parte autora, no sentido de instar a FUNASA ao cumprimento de seu dever-poder constitucional de assistência aos indígenas... No caso em análise, o fato de os indígenas, incluindo crianças, estar fazendo uso para dessedentar e elaborar alimentos de água suja, atinge o coração do direito à saúde, logo a hipótese concreta se subsume ao conceito de mínimo existencial, pois o**



núcleo essencial do direito à saúde corresponde ao mínimo existencial sem o qual a Pessoa Humana não pode viver. Nessa linha, considerando que o mínimo existencial, mínimo necessário e indispensável é prontamente sindicável pelo Poder Judiciário, a fim de evitar que a pessoa Humana venha a perder a sua condição de humanidade, entendo que o caso apresentado exige a pronta atuação jurisdicional no sentido de determinar a Ré que imediatamente proceda à construção dos poços artesianos. A negação da garantia do núcleo fundamental do direito à saúde aos indígenas pela União já se demonstra grave, mas a gravidade ganha maior robustez, quando a negligência é perpetrada pela Fundação Instituída por Lei com a finalidade precípua de promover e executar ações e serviços de saúde pública aos povos indígenas. De fato, além de violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, a Ré ainda incorre em flagrante desvio da finalidade prevista na lei n. 8.029/90, que a instituiu coma função precípua de promover e executar ações e serviços de saúde pública das populações indígenas. Nessa ordem de idéias, o direito dos substituídos resta patente e tem seu fundamento último no art. 1º, inciso II, da CR'88, ou seja no Princípio da dignidade da Pessoa Humana, da qual as normas dos artigos 6º e 196 da CR'88 são corolários. Já o perigo de dano irreparável decorre da agressão o núcleo básico do direito à saúde dos substituídos que atualmente se dessedentam, com água suja e não potável, fato que pode ceifar a suas vidas e de suas crianças". 9. Considerando que por se tratar de uma empresa pública a agravante necessita de prévia dotação orçamentária para realização de obras e serviços, bem como de sujeitar-se a exigências legais, como a licitação, o prazo estabelecido pela MM. Juíza "a quo" é exíguo. 10. A exigência de licitação somente pode ser afastada nos casos expressamente previstos em lei. Ademais, no caso, não restou demonstrado o requisito da urgência, tendo em conta o fornecimento de água por meio de caminhões pipa, consoante informa o



próprio membro do Ministério Público Federal. 11. A decisão agravada merece reforma tão somente no tocante ao prazo fixado para seu cumprimento, levando em conta a complexidade na realização da obra que necessita, antes da execução propriamente dita, de projeto e licitação. 12. Para a elaboração de projeto faz-se necessário um prazo de pelo menos 90 (noventa) dias e para a licitação mais 90 (noventa) dias. Quanto à execução das obras deve ser fixado um prazo suficiente para sua realização, para a qual pede a agravante que seja fixado em 120 (cento e vinte) dias, que entendo razoável. 13. Relativamente à multa de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) aplicada para cada dia de descumprimento da ordem, entendo que o valor não se revela exorbitante, uma vez que a sua fixação não tem por objetivo obrigar o réu a pagá-la, mas a cumprir a obrigação na forma específica, sendo, portanto, apenas inibitória. 14. Agravo de instrumento parcialmente provido.” (TRF 3ª Região, AI 00054049520094030000, Quarta Turma, Relator Des. Fed. ROBERTO HADDAD, e-DJF3 03/02/2011).

Irrelevantes, ainda, os argumentos levantados no sentido de que haveria uma indevida ingerência judicial em questões de política interna da Administração Federal. O que ocorre, efetivamente, **é a necessidade de uma pronta resposta judicial, no sentido de fazer valer os direitos básicos, legalmente estabelecidos, à saúde e à dignidade, e que se encontravam seriamente violados pela omissão perpetrada.** Mais ainda, e principalmente, a atuação judicial mostra-se premente frente à clara situação de risco em que se encontrava a comunidade indígena.

A jurisprudência pátria é pacífica em relação ao pleno direito dos índios ao acesso aos serviços públicos essenciais:

**CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA.
OMISSÃO DO PODER PÚBLICO. POLÍTICAS
PÚBLICAS. SAÚDE INDÍGENA. LEI 8.080/90.
POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO.
PRELIMINAR AFASTADA. DIREITOS**



FUNDAMENTAIS: VIDA, SAÚDE, SERVIÇOS PÚBLICOS. RESERVA DO FINANCEIRAMENTE POSSÍVEL. SEPARAÇÃO DOS PODERES. LIVRE CONVENCIMENTO DO JUÍZO NA APRECIÇÃO DO CONJUNTO PROBATÓRIO. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. *As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Nesse sentido, não prospera a invocação da reserva do financeiramente possível para justificar excessiva mora no que tange à implementação de políticas públicas constitucionalmente definidas.*

2. ***A demora excessiva e injustificada do poder público à realização de direitos fundamentais justifica a intervenção do Estado-juiz para impor obrigação de fazer, não se devendo falar, em violação do princípio da separação dos poderes.***

3. *A etnia Maxakali tem direito de acesso ao subsistema especializado de saúde indígena, em sua comunidade local, seja pela proteção constitucional dos índios seja pelas normas que protegem o subsistema de saúde indígena previstas na Lei 8.080/90.*

4. *Apelação desprovida.*

(TRF 1ª Região, Processo AC 200538000036464, AC - APELAÇÃO CIVEL – 200538000036464, Relator(a) JUIZ FEDERAL GLÁUCIO FERREIRA MACIEL GONÇALVES (CONV.), Órgão julgador QUINTA TURMA, Fonte e-DJF1 DATA:04/02/2011 PAGINA:120)

Assim, não se desincumbiu a agravante de justificar a enorme demora na solução de um problema que já era demasiadamente conhecido - desde 2009, mais precisamente.

Portanto, a **probabilidade do direito** alegado pelo Ministério Público Federal emerge da narrativa fática e das razões expostas no bojo da petição inicial da ação civil pública, bem como dos documentos que a instruíram, os quais denotam, em síntese, que a agravante incorre em conduta ilícita, por omissão, ao deixar de prestar serviço essencial de abastecimento de água à comunidade indígena de Cerrito. O **perigo de dano**, por seu turno, decorre da própria natureza dos direitos lesados: vida e saúde.



Como se vê, o Ministério Público Federal requereu, à título de tutela antecipada, *“a disponibilidade imediata e manutenção de uma fonte de água potável a todos os indígenas de Cerrito que ainda não possuem o fornecimento regular de água, em especial àqueles residentes na área ainda não demarcada, que é adjacente à Aldeia, o que pode ser feito, a critério da União nessa fase processual, por intermédio de caminhões-pipa ou meio equivalente, ou mediante a expansão do sistema de abastecimento e distribuição existente.”*

Por sua vez, a decisão ora recorrida deferiu o pedido de tutela de urgência para determinar à UNIÃO FEDERAL que no prazo de 30 (trinta) dias, providencie o fornecimento de água potável, **da forma que entender mais eficiente**, a todos os membros da Aldeia Cerrito que estejam sob a área demarcada ou sob a área adjacente reivindicada, sob pena de multa de R\$ 3.000,00 (três mil reais) diários.

À toda evidência, percebe-se que a União Federal tem uma margem grande de discricionariedade quanto à forma de cumprimento da liminar, de modo que a recalcitrância apresentada, além de não encontrar suporte jurídico, não encontra nenhum respaldo fático.

Com efeito, deve ser mantida a decisão de 1º grau que houve por bem determinar, sob pena de multa diária, o fornecimento de água potável à Comunidade Indígena Cerrito, de maneira suficiente ao atendimento das necessidades diárias de todos os seus membros.

Finalmente, não há que se falar em **irreversibilidade da medida** imposta, uma vez que seu cumprimento pode ser, a qualquer momento, modificado ou cessado, acaso a situação fática assim indique.

Ante todo o exposto, o **Ministério Público Federal** requer o **não provimento** do agravo de instrumento interposto pela União Federal, mantendo-se *in totum* a r. decisão agravada, conforme fundamentos aduzidos nestas contrarrazões, por ser esta medida de JUSTIÇA!

São Paulo, data da assinatura eletrônica.

(assinado digitalmente)
MARIA LUIZA GRABNER
PROCURADORAREGIONALDAREPÚBLICA

dpm

