

## **INCLUSÃO SOCIAL DO ÍNDIO E PROTEÇÃO DO DIREITO À SAÚDE\***

### **INDIGENOUS SOCIAL INCLUSION AND PROTECTION OF RIGHT TO HEALTH**

**Fernando de Brito Alves  
Marcia Cristina Altvater Vilas Boas**

#### **RESUMO**

A questão indígena e a problemática que a envolve vem sendo discutida há tempos e sob diversos matizes, desde a criteriosa análise antropológica à ação política indigenista. No entanto, ainda que inegável a importância de todos os trabalhos e investigações realizados até aqui, o enfoque ao Direito Indígena torna-se premente, haja vista que na prática, pouco se avançou no que diz respeito a inclusão dos povos indígenas sob o enfoque da saúde, ainda mais se considerarmos que as doenças e os problemas de saúde são considerados o primeiro fator de decréscimo das populações indígenas. Desta feita, o presente trabalho tem por objeto fazer uma análise da evolução dos direitos dos índios e o tratamento constitucional dado ao longo de nossa organização política, dando ênfase aos avanços e retrocessos da norma legal, demonstrando, no que for possível, a existência de um completo abismo entre essas normas e a sua praticidade efetiva em nosso país.

**PALAVRAS-CHAVES:** DIREITO INDÍGENA; INCLUSÃO SOCIAL; TUTELA DO DIREITO À SAÚDE

#### **ABSTRACT**

The native question and the problematic which evolves it have been discussed for a long time and in various shades, since the carefully anthropological analyzes to the political native action. However, even with a undeniably importance of all this works and investigations made until now, the focus in Indigenous Law becomes urgent, considering that in practice, there is few advances about inclusion of the native people in a health care, even more if we consider that illness and other health problems are the first factor which causes the native population decrease. Therefore, the present article have as objective make an analyze about the evolution of the native rights and their constitutional treatment given along our political organization, emphasizing the advances and setbacks of the law, demonstrating, in what is possible, the existence of a full and complete abyss between these laws and their effective practicality in our country.

**KEYWORDS:** INDIGENOUS LAW; SOCIAL INCLUSION; PROTECTION OF RIGHT TO HEALTH

---

\* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

# 1 – TRATAMENTO CONFERIDO AOS ÍNDIOS EM NOSSA ORGANIZAÇÃO POLÍTICA

## 1.1 NO PERÍODO COLONIAL BRASILEIRO

Importante observar já de início que a política colonial em relação às sociedades indígenas baseava-se na preparação educacional desses povos através da catequese, a fim de submetê-los aos ditames assimilacionistas da Metrópole Portuguesa, subjugando o povo indígena inclusive, por meio de violência física, escravização, alterando suas práticas sociais tradicionais.

O antropólogo C. R. Brandão, ainda que tenha posição um pouco diferente da aqui adotada – embora convergente –, explica como o problema da igualdade e da diferença se articulam nas práxis de dominação e de exclusão.

*A história dos povos repete seguidamente a lição nunca aprendida de que os grupos humanos não hostilizam e não dominam o “outro povo” porque ele é diferente. Na verdade, tornam-no diferente para fazê-lo inimigo. Para vencê-lo e subjugar-lo em nome da razão de ele ser perversamente diferente e precisar ser tornado igual: “civilizado”. Para dominá-lo e obter dele os proveitos materiais do domínio e, sobre a matriz dos princípios que consagram a desigualdade que justifica o domínio, buscar fazer do outro: o índio, o negro, o cigano, o asiático, um outro eu: o índio cristianizado, o negro educado, o cigano sedentarizado, o asiático civilizado. Todos os que são a minoria dos diferentes ou a maioria dos dominados, revestidos do verniz civilizatório daquilo que às vezes se simplifica enunciando que equivale a penetrar na cultura ocidental, o lugar social adequado à identidade mais legítima.*

*O artifício do domínio – aquilo que é real sob os disfarces dos “encontros de povos e culturas diferentes” – é o trabalho de tornar o outro mais igual a mim para colocá-lo melhor a meu serviço. Ao escravo trazido nas caravelas se batizava no porto de chegada. A consciência ingênua acreditava com isso salvá-lo. Mas o senhor que atribuía ao negro servo um nome de branco, cristão, em troca do nome tribal do lugar de origem, sabia que a água do batismo era apenas uma porta líquida de entrada na redução necessária das diferenças que tornam eficazes os usos da desigualdade. É importante que o escravo fale a língua do senhor para compreendê-lo e saber obedecer. É preciso que possua a mesma fé, para que no mesmo templo faça e refaça as mesmas promessas de obediência e submissão aos poderes ocultos da ordem social consagrada. Promessas que o senhor paga com a festa e o servo com o trabalho.*

*Assim, aos filhos dos índios abriam escolas e sobre os seus corpos punham roupas de algodão. E se louvava deixarem de comer carne humana, enquanto as cifras geométricas do morticínio dos índios eram civilizadamente escondidas dos assuntos da*

*“vida nacional”. Aos índios se “reduzia”, se “aldeava”, se “civilizava”. Não para serem iguais aos brancos, sendo índios, mas para serem desiguais sem tantas diferenças e assim servirem melhor, mortos ou subjugados, aos interesses dos negócios dos brancos. [...] (BRANDÃO, 1986, p. 7-9)*

Naquela época, tamanho o vigor da agressão física aos indígenas, que muitos religiosos ficaram estarecidos com a barbárie cometida a eles. Assim, alguns abnegados passaram a assumir posições francas em defesa desses povos, como foi o caso de Bartolomé de las Casas (1999). Essa defesa, na verdade, ocorria em forma de aproximação à comunidade indígena, para que confiantes, pudessem os missionários catequizá-los e subjugá-los aos domínios portugueses.

Em Portugal, frente a essa “defesa” por parte de alguns missionários, passa a surgir uma legislação que enfocava os povos indígenas como “humanos”. Então, na primeira metade do século XVI, os índios eram reconhecidos como “entes humanos”. No entanto, entre a lei positiva e a realidade há um profundo abismo. Abismo em relação a todas as classes menos favorecidas, entre as quais as comunidades indígenas, e realidade para a minoria dominante que tem na lei o escopo para a prática de seus interesses nefastos.

De certa forma, a lei foi usada como instrumento de espoliação aos povos indígenas, solucionando o “problema” de mão de obra, escravizando e capturando-os em prol da Coroa portuguesa. Frise-se que esta escravização humana encontrava-se permitida pelo Regimento de Tomé de Souza, outorgado por D. João III em 1548, sendo que este documento fazia alusão a um tratamento amistoso aos indígenas, mas ao mesmo tempo, permitia as “guerras justas” como alternativa para garantir a submissão dos índios resistentes ao domínio dos brancos. Havia a referência do reconhecimento à humanidade indígena por parte dos exploradores.

Em 1537 o Papa Paulo III, no âmbito da igreja, declarou que os indígenas “eram entes humanos como os demais homens” (SANTOS FILHO, 2008, p. 96). Em 1611, através de uma Carta Régia, Felipe III afirmava o direito dos índios sobre seus territórios, dando ênfase a sua não molestação. Porém, na prática isto estava muito aquém da realidade. No ano de 1680, houve o reconhecimento da Coroa Portuguesa do direito dos índios sobre seus territórios. No entanto, na realidade, este território para eles é mais nato do que a qualquer outra pessoa dita “civilizada”.

Teoricamente e no “papel”, radicalmente dissociada da realidade brasileira, fora reconhecida a condição de humanos aos indígenas, assim como a condição de legítimos detentores de seus territórios; porém, a par de tudo isto, ocorria a exploração de madeiras nas terras indígenas.

Então, do que se tem notícia, o direito dos índios aos territórios que ocupavam foi reconhecido no Alvará Régio de 1º de abril de 1680, confirmado por uma Lei de 6 de Junho de 1775, a qual previa: “observância do Breve de Benedicto XIV, de 20 de Dezembro de 1741, assim como várias leis do Reino, sobre a liberdade das pessoas e bens e comércio dos índios do Pará e Maranhão.”

É de se observar, que este dispositivo não teve nenhuma eficácia no sentido prático; porém, mesmo assim, é considerado como o ponto de partida para o direito indígena brasileiro, ainda que tivesse validade apenas para os índios do Pará e Maranhão.

Mais tarde, através de Alvará Régio, de 1755, a regra anteriormente editada se aplicaria a todo território brasileiro.

Com a chegada da Família Real portuguesa ao Brasil em 1808, D. João VI, tornou referido Alvará em letra morta e instituiu o princípio da “guerra justa”, pelo qual se poderia escravizar os índios em conflito com os colonos.

Também deve ser anotado que a legislação indigenista do século XIX, sobretudo até 1845, era flutuante.

O Decreto n° 426, de 24.07.1845 (conhecido como Regulamento das Missões) regulamentou as missões de catequese e civilização dos índios e, assim, procurou-se estabelecer as diretrizes sérias, mais administrativas do que políticas, para o governo dos índios aldeados. Por ele, prolongava-se o sistema de aldeamentos, entendendo-o como uma transição para a assimilação completa dos índios.

A partir daí fixou-se a dicotomia: índios colonizados e hordas selvagens, terminologia esta que apareceria explícita na Lei de Terras, n° 601, de 18/09/1850 e no seu respectivo regulamento, Decreto n° 1318, de 30/01/1854. O índio colonizado seria o índio aldeado, já atingido pela catequese e próximo dos civilizados, enquanto as hordas selvagens seriam os índios ainda arredios à catequese e à civilização, que viviam nômades, errantes a vagar pelo território nacional, para os quais deveriam ser constituídas reservas a partir de terras devolutas.

Portanto, essa era toda a legislação relativa aos índios no Império: o Regulamento das Missões (Decreto n°. 426), a Lei de Terras, n°. 601, e o decreto que a regulamentava, o Decreto n°. 1318.

## **1. 2 AS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS**

As Constituições Brasileiras até a de 1988, invariavelmente, quando trataram da questão indígena, relegaram a abordagem e o enfrentamento da questão ao direito de posse sobre as terras ocupadas.

A Constituição de 1824, simplesmente omitiu qualquer norma com respeito aos índios.

A primeira Constituição republicana, de 24/02/1891 também ignorou o índio, não lhe reconhecendo qualquer direito. Em seu art. 64, consta apenas a previsão

de passar a posse e domínio das terras devolutas provenientes do Império, aos respectivos Estados Federados. Vejamos:

*Art. 64 Pertencem aos Estados as minas e terras devolutas situadas nos seus respectivos territórios, cabendo à União somente a porção de território que for indispensável para a defesa das fronteiras, fortificações, construções militares e estradas, de ferro federais.*

*Parágrafo único. Os parques nacionais, que não forem necessários para serviço da União, passarão ao domínio dos Estados, em cujo território estiverem situados.*

As normas que havia até então, eram aquelas que constavam na “Lei de Terras” e no seu Regulamento (Decreto nº 1.318, de 30.01.1854, arts. 72 a 75).

A Constituição Federal de 1934 não chegou a trazer alteração substancial, conforme se vê:

*Art. 20 São do domínio da União:*

*I - os bens que a esta pertencem, nos termos das leis atualmente em vigor;*

*II - os lagos e quaisquer correntes em terrenos do seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países ou se estendam a território estrangeiro;*

*III - as ilhas fluviais e lacustres nas zonas fronteiriças.*

*Art. 21 São do domínio dos Estados:*

*I - os bens da propriedade destes pela legislação atualmente em vigor, com as restrições do artigo antecedente;*

*II - as margens dos rios e lagos navegáveis destinados ao uso público, se por algum título não forem do domínio federal, municipal ou particular.*

Relativamente às terras ocupadas pelos indígenas, em seu art. 129, limitou-se a garantir aos silvícolas a posse das terras por eles ocupadas:

*Art. 129 Será respeitada a posse de terra de silvícolas que nela se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las.*

Vale observar, neste passo, o fato de os índios, tratados como “silvícolas”, já naquela época, terem a posse das terras que nelas estavam permanentemente localizados.

A Constituição de 1937 apenas fez transcrever no art. 154 o mesmo teor contido no art. 129 da Carta de 1934, anteriormente transcrito, dispondo que:

*Art. 36 São do domínio federal:*

*a - os bens que pertencerem à União, nos termos das leis atualmente em vigor;*

*b - os lagos e quaisquer correntes em terrenos do seu domínio ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países ou se estendam a territórios estrangeiros;*

*c - as ilhas fluviais e lacustres nas zonas fronteiriças.*

*Art. 37 São do domínio dos Estados:*

*a - os bens de propriedade destes, nos termos da legislação em vigor, com as restrições do artigo antecedente;*

*b - as margens dos rios e lagos navegáveis, destinadas ao uso público, se por algum título não forem do domínio federal, municipal ou particular.*

Pouco antes da entrada em vigor da Carta de 1946, foi editado o Decreto-Lei nº 9.760/46. Então, por força de emenda constitucional, em face do regime de exceção vivido, acabou sendo alijado do cenário político pela Carta de 1946, isso no que veio a emprestar novo tratamento aos bens públicos de domínio da União.

Sob a vigência da Constituição Federal de 1946, dispôs-se:

*Art. 34 Incluem-se entre os bens da União:*

*I - os lagos e quaisquer correntes de água em terrenos do seu domínio ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limite com outros países ou se estendam a território estrangeiro, e bem assim as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países;*

*II - a porção de terras devolutas indispensável à defesa das fronteiras, às fortificações, construções militares e estradas de ferro.*

*Art. 35 Incluem-se entre os bens do Estado os lagos e rios em terrenos do seu domínio e os que têm nascente e foz no território estadual.*

Ainda, no art. 216, reproduziu-se o texto da Carta de 1934, apenas substituindo a expressão “ vedado aliená-las“ por “com a condição de não a transferirem”.

A Constituição Federal de 1967 mostrou-se mais explícita, relativamente aos bens da União e, então, foi incluído preceito quanto às terras ocupadas pelos silvícolas. De qualquer forma, mais uma vez considerou-se a ocupação, em si:

*Art. 4º Incluem-se entre os bens da União:*

*I - a porção de terras devolutas indispensável à segurança e ao desenvolvimento nacionais;*

*II - os lagos e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, constituem limite com outros países ou se estendam a território estrangeiro; as ilhas oceânicas, assim como as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países;*

*III - a plataforma continental;*

*IV - as terras ocupadas pelos silvícolas;*

*V - os que atualmente lhe pertencem; e*

*VI - o mar territorial.*

Através do contido no art. 186, restou garantida a posse permanente das terras em que habitavam os silvícolas, reconhecendo-lhes o direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais.

Já o preceito contido n artigo 5º, revelou incluírem-se entre os bens dos Estados e Territórios "os lagos em terrenos de seu domínio, bem como os rios que neles têm nascente e foz, as ilhas fluviais e lacustres e as terras devolutas não compreendidas no artigo anterior".

A Emenda Constitucional nº 1, de 1969, não introduziu modificação na regência da matéria, contemplando, tal como a Carta anterior, as terras ocupadas pelos "silvícolas" como sendo da União - artigos 4º e 5º.

A Constituição Federal de 1988, considerada um marco no tocante aos direitos indígenas, será objeto de estudo em item próprio. No entanto, entre a Constituição de 1969 e a de 1988, tivemos a edição da Lei nº 6.001/73, o ESTATUTO DO ÍNDIO, que passaremos a tratar adiante.

### **1.3 O ESTATUTO DO ÍNDIO – LEI Nº 6001/73**

Como os direitos indígenas ainda continuam sendo regulados pela Lei nº 6001/73 (Estatuto do Índio), cumpre-nos fazer uma análise do problema ora enfocado, ou seja, a problemática da inclusão do índio, a partir da análise da conceituação expressa na referida Lei, onde se vê,

*Art. 3º Para os efeitos de lei, ficam estabelecidas as definições a seguir discriminadas:*

*I - Índio ou Silvícola - É todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional;*

*II - Comunidade Indígena ou Grupo Tribal - É um conjunto de famílias ou comunidades índias, quer vivendo em estado de completo isolamento em relação aos outros setores da comunhão nacional, quer em contatos intermitentes ou permanentes, sem contudo estarem neles integrados.*

*Art 4º Os índios são considerados:*

*I - Isolados - Quando vivem em grupos desconhecidos ou de que se possuem poucos e vagos informes através de contatos eventuais com elementos da comunhão nacional;*



*II - Em vias de integração - Quando, em contato intermitente ou permanente com grupos estranhos, conservam menor ou maior parte das condições de sua vida nativa, mas aceitam algumas práticas e modos de existência comuns aos demais setores da comunhão nacional, da qual vão necessitando cada vez mais para o próprio sustento;*

*III - Integrados - Quando incorporados à comunhão nacional e reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, ainda que conservem usos, costumes e tradições característicos da sua cultura.*

A definição de índio, portanto, consta no inciso I do art. 3º, que o considera como *todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional.*

O art. 4º, por sua vez, classifica o índio em três categorias, sendo: *isolados, em vias de integração e integrados.*

É justamente neste ponto, de acordo com o entendimento ora esposado, que reside a grande problemática no sentido de se reconhecer o ponto de partida para inclusão social dos índios, ou seja, se aqueles “integrados” na forma prevista no art. 4º, inc. III, do Estatuto do Índio, encontram-se integrados de fato na sociedade.

Para chegar a condição de integrado, o índio deve cumprir os requisitos estabelecidos no art. 9º do Estatuto em foco, que disciplina o seguinte,

*Art. 9º. Qualquer índio poderá requerer ao Juiz competente a sua liberação do regime tutelar previsto nesta Lei, investindo-se na plenitude da capacidade civil, desde que preencha os requisitos seguintes:*

*I - idade mínima de 21 anos;*

*II - conhecimento da língua portuguesa;*

*III - habilitação para o exercício de atividade útil, na comunhão nacional;*

*IV - razoável compreensão dos usos e costumes da comunhão nacional.*

*Parágrafo único. O Juiz decidirá após instrução sumária, ouvidos o órgão de assistência ao índio e o Ministério Público, transcrita a sentença concessiva no registro civil.*

O art. 10, por sua vez, disciplina que,

*Art. 10. Satisfeitos os requisitos do artigo anterior e a pedido escrito do interessado, o órgão de assistência poderá reconhecer ao índio, mediante declaração formal, a condição de integrado, cessando toda restrição à capacidade, desde que, homologado judicialmente o ato, seja inscrito no registro civil.*

A condição de *integrado*, portanto, era feita apenas em caráter formal para fins de cessação do regime tutelar previsto no art. 7º, § 1º da Lei 6015/73. Assim, na prática, ainda que o índio seja considerado *integrado* e investido da plenitude da capacidade civil, a sua inclusão na sociedade não ocorre de forma automática.

Oportuno o esclarecimento de Luiz Fernando Villares (2009, p. 64), ao comentar o art. 4º do Estatuto do Índio:

*Classificar os índios em relação ao seu grau de integração com a sociedade é uma questão superada pela antropologia atual, ainda que alguns argumentem que possa ter alguma utilidade jurídica. Essa classificação importava principalmente sob dois aspectos: no campo da aplicação do Direito Penal, já que os índios isolados e em vias de integração não seriam responsabilizados pelos seus atos tipificados como crimes, numa aplicação do conceito de inimputabilidade; em relação à tutela, em razão da qual seriam também os índios isolados e os em via de integração assistidos em certos casos pelo órgão indigenista federal. A interpretação atual das normas previstas no Estatuto com os ditames da Constituição Federal de 1988 e da Convenção 169 da OIT levam a outro caminho.*

O citado autor, diante dessas ponderações, recomenda:

*que o Estatuto do Índio seja lido com grandes ressalvas, atentando-se ao fato de que muitas de suas normas são inconstitucionais ou foram revogadas, nenhuma expressamente, produzindo algumas delas os efeitos, mas de acordo com uma interpretação sistemática de outros instrumentos normativos.*

Conclui-se, assim, que atualmente, após a promulgação da CF/88, tivemos uma completa mudança de paradigma a respeito do tema “integração”. O paradigma de “integração” proposto contemporaneamente como bem enfatiza Helder Girão Barreto (2008, pág. 35) é assumido pela CF/88 a partir do momento em que assegura aos índios o “direito à diferença” (arts. 231 e 232).

Um das principais críticas tecidas ao Estatuto do Índio foi bem enfocada pela antropóloga Manuela Carneiro da Cunha, citada por Helder Girão Barreto (2008, p. 36),

*A antropóloga afirma que a lei confunde índio com silvícola, como se todo índio fosse habitante da selva, desconsiderando a possibilidade, se não o fato, de que existem índios sobrevivendo nas periferias das pequenas e grandes cidades. Aliás, nosso imaginário – e, por que não dizer, nosso entendimento – está repleto desta correlação:*

*índio é aquele ser que vive na selva, anda nu, é feroz, primitivo, ou, ao contrário, está em um museu, é o bom selvagem...*

É justamente por isso, que não se pode atualmente, analisar os dispositivos constantes da Lei 6001/73 sem se ater ao disposto na CF/88.

#### **1.4 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

Chega-se, então, à Constituição promulgada em 05.10.88, a qual, em contraste com as Cartas anteriores que reservaram apenas um artigo para tratar dos direitos dos índios, especificamente no que diz respeito às terras por eles ocupadas, consagrou-lhes capítulo todo, o Capítulo VIII, com os arts. 231 e 232.

Dispõe o art. 231, que:

*Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.*

*§ 1º. São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.*

*§ 2º. As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.*

*§ 3º. O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.*

*§ 4º. As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.*

*§ 5º. É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, ad referendum do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantindo, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.*

*§ 6º. São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a*

*exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito à indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé.*

§ 7º. *Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, §§ 3º e 4º.*

Por sua vez, o art. 232 estabelece:

*Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.*

A finalidade do disposto no art. 231, além de reconhecer aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, é disciplinar a proteção as terras indígenas. Então, ao que se vê, o legislador constituinte reconheceu, num primeiro plano, os direitos originários dos índios sobre as terras por eles ocupadas tradicionalmente e, num segundo momento, passou a definir o conceito de terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.

Além dos dispositivos constitucionais transcritos, os direitos indígenas ainda encontram-se especificamente regulamentados no art. 20, inc. XI, art.22, inc. XIV, art. 109, inc. XI e art. 67 dos ADCT.

De acordo com Helder Girão Barreto (2008, p. 100), quando aos direitos indígenas, é possível identificar dois momentos:

*antes da CF/88, os ‘direitos indígenas’ reconhecidos eram basicamente restritos ao direito de posse sobre a terra, isto é, estritamente de natureza civil; a partir da CF/88, houve uma significativa ampliação destes direitos, sobretudo como consequência do reconhecimento de sua organização social, costume, línguas, crenças e tradições e da legitimação processual para a sua garantia e efetivação.*

É justamente por isso, que o mencionado autor, entre outros, reconhece que a CF/88, especificamente no que se refere aos “direitos indígenas”, representou uma verdadeira “mudança de paradigma”.

Ao discorrer sobre a história do Direito Brasileiro, Orlando Villas Boas Filho (2003, p. 289), diz que,

*o artigo 231 da Constituição de 1988 é de fundamental importância, visto romper abertamente com a orientação integracionista de toda a legislação anterior que, embora reconhecesse os valores culturais, as tradições, os usos e costumes das comunidades indígenas, sempre teve por meta a integração dos índios na sociedade nacional.*

Segundo Luiz Fernando Villares (2009, p. 19, passim), o texto constitucional (1988) representa “*uma escolha de relações e aspirações de uma sociedade em seu tempo histórico*”, sendo que “*numa outra sociedade, que não a*

*brasileira, o índio sequer é mencionado no respectivo ordenamento [...]”, “quando existe um tratamento legal específico dele, como nos demais países americanos, as regras são diferentes das brasileiras, pois diversas foram e são as realidades que amparam a idealização feita pelo direito.”*

Roberto Lemos dos Santos Filho, por seu turno, ao discorrer sobre a importância da CF/88 no que diz respeito aos direitos indígenas, fala sobre ter sido a mesma reconhecida como marco do direito constitucional indígena por ter influenciado a concepção de várias Constituições americanas (Colômbia/1991, México e Paraguai/1992, Peru/1993 e Bolívia/1994).

Evidente que a Constituição Federal de 1988 não esgotou todo o conteúdo dos direitos a que fazem jus os povos indígenas, mas é indiscutível ter sinalizado de forma espetacular um conteúdo mínimo necessário, para que a partir deles, viesse o reconhecimento de outros direitos que direta ou indiretamente, decorram daqueles expressamente previstos nos arts. 231 e 232.

### **1.5 CONVENÇÃO 169 DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO e a AGENDA 21 DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS:**

Através do Decreto Legislativo 134/2002, foi aprovado o texto da Convenção 169 da OIT sobre os povos indígenas tribais em países independentes. Em 19/04/2004, o Decreto 5.051 promulgou a Convenção 169 adotada em Genebra, em 27/06/1989, a qual é constituída por quarenta e três artigos distribuídos em dez seções: política geral, terras, contratação e condições de emprego, indústrias rurais, seguridade social e saúde, educação e meios de comunicação, contratos e cooperação através de fronteiras, administração, disposição final e transitórias.

A Convenção 169/OIT, assim, define a política geral para o tratamento dos povos indígenas, obrigando os governos a assumirem a responsabilidade de desenvolver ação coordenada e sistemática no intuito de proteger os direitos desses povos, garantindo o respeito pela sua integridade (art. 2º), o gozo pleno dos direitos humanos e liberdades fundamentais, sem obstáculos nem discriminação.

Constata-se que a referida Convenção visa a promoção de maior eficácia das obrigações assumidas pelos Estados.

Neste ínterim, ou seja, após a promulgação da CF/88, também foi elaborado um documento intitulado AGENDA 21 DA ONU/1992, durante a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento Humano, realizada no Rio de Janeiro, que também veio a ampliar e integrar o sistema especial de proteção dos direitos humanos, sendo que um capítulo inteiro desse documento foi dedicado para o reconhecimento e fortalecimento do papel das populações indígenas e suas comunidades, ficando expressamente previsto que as populações indígenas devem desfrutar a plenitude dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, sem impedimentos ou discriminações, devendo ser fortalecido o papel dessas populações para a implementação de um desenvolvimento saudável e sustentável.

Vale anotar que a Agenda 21/ONU-Rio-1992 e a Convenção 169/OIT são considerados os principais documentos internacionais que devem servir de base para a prática de políticas sociais, bem como para a formulação de políticas públicas, elaboração de leis e para as soluções de litígios.

## **1.6 NA CONTEMPORANEIDADE**

A Constituição Federal de 1988 trouxe, no plano prático, a necessidade de revisão da legislação ordinária, bem como a inclusão de novos temas no debate jurídico relativo aos índios.

É notória a existência de impasses entre a Constituição Brasileira e o Estatuto do Índio, nascendo daí a necessidade de se buscar soluções para questões baseadas nas interpretações normativas, especialmente no que diz respeito ao tema da capacidade civil plena dos indígenas e no reconhecimento do direito que estes têm de ingressarem em juízo, na defesa dos seus interesses e direitos, deixando de ser apenas uma pendência legislativa passando também a ser uma questão hermenêutica. O impasse que ora se apresenta apenas a título de ilustração reside no fato de que o Estatuto do Índio (Lei 6015/73) foi elaborado em pleno regime de ditadura militar e, sob este aspecto, a questão da tutela do índio não se coaduna com as normas expressas na CF/88.

Então, sob este viés, quando ocorre uma mudança Constitucional, como a de 1988, faz-se necessário a observância da validade de todas as normas existentes no ordenamento jurídico. Para que estas sejam consideradas válidas, tem de se considerar como estando em harmonia com a norma de escalão superior. Explícita é a necessidade de reformulação, atualização do Estatuto, para que aí sim, este possa estar em completa harmonia com a Constituição vigente.

Com a entrada em vigor da CF/88 e sentindo a necessidade dessa reformulação das normas especificamente aplicadas aos índios, passaram a tramitar no Congresso Nacional desde 1991 diversos Projetos de Lei que foram elaborados para a aprovação de um novo Estatuto, muitos deles oriundos do próprio Governo Federal, outros do CIMI (Conselho Indigenista Missionário), do Núcleo de Direitos Indígenas entre outras entidades.

Observa-se, neste passo, que encontra-se em trâmite na Câmara dos Deputados uma proposta de Estatuto das Sociedades Indígenas, representada pelo Projeto de Lei 2057/91 apresentado pelo Deputado Aluizio Mercadante (PT-SP) em 23/10/91. No entanto, a tramitação dessa proposta está paralisada desde 1994, quando foi aprovada por uma comissão especial. Segundo consta, o objetivo deste novo Estatuto é normatizar direitos e obrigações em áreas como demarcação de terras, uso de recursos florestais, proteção ambiental, saúde, educação, atividades produtivas, além de normas penais e punições para crimes contra índios. A última notícia sobre o andamento do referido Projeto de Lei 2057/91, data de 20/08/2009, quando foi apresentado o Requerimento nº 5359/2009, pelo Deputado Eduardo Valverde (PT-RO), pedindo a sua inclusão na Ordem do Dia do plenário da Câmara dos Deputados, considerando que a

matéria nele regulamentada tramita naquela Casa por mais de 17 anos e que, segundo o Parlamentar, já reúne condições políticas para sua votação.

A proposta do Estatuto das Sociedades Indígenas representa o anseio de regulamentar dispositivos constitucionais que já não estão adequados à velha legislação (Estatuto do Índio), pautando-se pelos princípios da integração dos índios “comunhão nacional” e da tutela, aos termos da Constituição Federal.

No entanto, hoje, os direitos dos povos indígenas ainda continuam sendo são regulados pela Lei 6.001/73 e arts. 231 e 232 da Constituição Federal, embora as entidades que representam comunidades indígenas alegam que aquela lei (6001/73) já esteja defasada, por apresentar uma visão discriminatória dos povos indígenas.

Evidente que o Projeto de Estatuto das Sociedades Indígenas, por ser ainda um “projeto” poderá sofrer muitas modificações até que seja definitivamente aprovado, mesmo porque pesa sobre ele diversas críticas. No entanto, o grande diferencial talvez resida no fato de que o Estatuto do Índio fora elaborado em um período de autoritarismo e de exclusão das minorias, o que, em tese, é diferente em tempos atuais, considerando as grandes inovações trazidas pela própria CF/88.

Desta forma, hoje, não se pode falar em direitos indígenas, sem pensar na problemática da inclusão social e o direito a igualdade, partindo da premissa de que o índio é um cidadão brasileiro como qualquer outro, pois faz parte do povo brasileiro. Sendo assim, goza de todos direitos e garantias fundamentais expressamente previstas na Constituição Federal.

É de se observar que a base legal das reivindicações mais fundamentais dos índios no Brasil foi construída pela Constituição Federal/88 e vem sendo presentemente ampliada.

O desafio que se apresenta, no entanto, é assegurar plena efetividade ao texto constitucional, cabendo não só aos índios, mas também às suas organizações, entidades de apoio, universidades, Ministério Público e a sociedade como um todo. Como se trata de um processo lento, pois condicionado à própria conscientização da sociedade, o êxito dependerá necessariamente do grau de comprometimento diário nessa direção por parte de todos os que atuam na questão.

## **2 - A PROBLEMÁTICA DA INTEGRAÇÃO DOS ÍNDIOS A PARTIR DO SISTEMA DA SEGURIDADE SOCIAL E DA SAÚDE - NECESSIDADE DE SE EFETIVAR AS CONQUISTAS OBTIDAS A PARTIR DA CF/88 E A CONVENÇÃO 169 DA OIT**

Não se objetiva abordar aqui sobre a necessidade de se atribuir mais direitos do que aqueles já consagrados aos índios, como discorrido anteriormente, mas na necessidade imperiosa de efetivá-los.

O art. 2º da Declaração Universal dos Direitos Humanos ressalta que:

*Todas as pessoas têm capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidas nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.*

*Não será tampouco feita qualquer distinção fundada na condição política, jurídica, ou internacional do país ou território a que pertença uma pessoa, quer se trate de um território independente, sob tutela, sem governo próprio, quer sujeito a qualquer outra limitação de soberania.*

O Direito Indígena, como ramo autônomo do Direito, inserido na pluridimensionalidade dos direitos humanos, também sofre com a falta de efetividade e aplicabilidade desses direitos, e na transposição desse conjunto de leis para o seu dia-a-dia (BARRETO, 2008, p. 95).

A Constituição Federal/1988, ao tratar dos princípios fundamentais, estabelece no art. 1º, inc. III, a dignidade da pessoa humana, como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. E, ainda, como objetivos fundamentais, estatui no art. 3º, inc. III: “*erradicar a pobreza e a marginalidade e reduzir as desigualdades sociais e regionais*”.

## **2.1 DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE**

O tema da igualdade interessa ao direito por razões de várias ordens, mas principalmente porque está relacionado com a problemática da justiça e da inclusão.

De acordo com Jorge Miranda, atualmente

*Há três pontos firmes, acolhidos quase unanimemente pela doutrina e pela jurisprudência: que igualdade não é identidade e que igualdade jurídica não é igualdade natural ou naturalística; que igualdade não significa intenção de racionalidade e, em último termo, de justiça; e que igualdade não é uma “ilha”, encontra-se conexas com outros princípios, tem de ser entendida – também ela – no plano global dos valores, critérios e opções da Constituição material (2003, p. 290)*

A idéia de igualdade teve tratamentos diversos ao longo da história do direito. No constitucionalismo clássico a igualdade era concebida como meramente formal e abstrata. O paradigma liberal reconheceu direitos individuais, mas ainda permaneceu atrelado a noção formalista do constitucionalismo clássico. Com a inauguração do paradigma social, houve um amplo movimento que procurou sustentar a igualdade em direitos econômicos e sociais, principalmente trabalhistas e previdenciários.



O art. 5º da Constituição Federal afirma de forma peremptória:

*Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, [...]*

Sobre o princípio da igualdade pondera o constitucionalista português Jorge Miranda:

*O princípio da igualdade é um princípio estruturante ou conformador das ordens jurídicas desde o constitucionalismo moderno (e, de uma maneira ou outra, de todos os ordenamentos ao longo dos tempos, dentro dos seus quadros próprios).*

*Todavia, a experiência histórica mostra:*

*a) Que são coisas diferentes a proclamação do princípio da igualdade e a sua aceitação e aplicação prática; ou a consagração constitucional e a realização legislativa – até porque o princípio comporta manifestações diversas consoante os sectores e os interesses em presença e sofre as refacções decorrentes do ambiente de cada país e de cada época;*

*b) Que, a par da construção jurídica a fazer e refazer constantemente, importa indagar da cultura cívica dominante na comunidade, das idéias preconcebidas e dos valores aí assentes, da “Constituição viva”, da realidade constitucional;*

*c) Que a conquista da igualdade não se tem conseguido tanto em abstracto quanto em concreto, por meio da eliminação ou da redução de sucessivas desigualdades; e que tem sido fruto quer da difusão das idéias quer das lutas pela igualdade travadas por aqueles que se encontravam em situações de marginalização, opressão e exploração;*

*d) Que, embora a supressão destas ou daquelas desigualdades nunca seja definitiva e, por vezes, até venha acompanhada do aparecimento de novas desigualdades, o ideal de uma sociedade alicerçada na igualdade (ou na justiça) é um dos ideais permanentes da vida humana e um elemento crítico de transformação não só dos sistemas jurídicos, mas também das estruturas sociais e políticas. (2003, p. 289-290)*

Acerta Celso Antonio Bandeira de Mello quando afirma que as normas jurídicas não fazem outra coisa senão discriminar situações (Cf. BANDEIRA DE MELLO, 2002, p. 12-13), deferindo direitos a certa categoria de pessoas e negando a outras, criando regimes jurídicos diferenciados para não reproduzir injustiças. A lei sempre elege algo como elemento diferencial, nas diversas situações qualificadas, a fim de discriminar situações para atribuir-lhes o efeito correspondente.

O ministro do STF Joaquim B. Barbosa Gomes, fazendo referência a Joaquim de Arruda Falcão, afirma que:

*[...] a legislação infraconstitucional deve respeitar três critérios concomitantes para que atenda ao princípio da igualdade material: a diferenciação deve (a) decorrer de um comando-dever constitucional, no sentido de que deve obediência a uma norma programática que determina a redução das desigualdades sociais; (b) ser específica, estabelecendo claramente aquelas situações ou indivíduos que serão “beneficiados” com a diferenciação; e (c) ser eficiente, ou seja, é necessária a existência de um nexo causal entre a prioridade concedida e a igualdade socioeconômica pretendida. (2002, p. 24)*

De qualquer forma, o mais importante para que o reconhecimento da diferença e o tratamento jurídico especial de situações que o justifiquem não se desnature em tirania é que essa diferenciação esteja em consonância com os outros interesses protegidos pela Constituição (Cf. BANDEIRA DE MELLO, 2002, p. 41-43).

Reportando-se novamente ao constitucionalista português, Jorge Miranda, é de se consignar que o mais importante do princípio constitucional da igualdade não é a proibição do privilégio ou de discriminações, mas o seu sentido ativo, de acordo com o doutrinador,

*[...] O cerne do princípio reside no seguinte:*

*a) Tratamento igual de situações iguais (ou tratamento semelhante de situações semelhantes);*

*b) Tratamento desigual de situações desiguais, mas substancial e objectivamente desiguais, e não criadas ou mantidas artificialmente pelo legislador;*

*c) Tratamento desigual que, consoante os casos, se converte para o legislador ora em mera faculdade, ora em obrigação;*

*d) Tratamento igual ou semelhante, em moldes de proporcionalidade, das situações desiguais relativamente iguais ou semelhantes;*

*e) Tratamento das situações não apenas como existem, mas também como devem existir, de harmonia com os padrões da Constituição material (acrescentando-se, assim, uma componente activa ao princípio e fazendo da igualdade perante lei uma verdadeira igualdade através da lei);*

*f) Se necessário, admissibilidade de discriminações positivas (ou situações de vantagem fundadas, desigualdades de direito em consequência de desigualdades dos factos e tendentes à superação destas). (2003, p. 290)*

A posição adotada por Jorge Miranda é bem mais interessante que a de Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>[i]</sup>, que afirma ser o *discrimen* aceito pela Constituição em virtude dos valores que ela adota, é preciso ter cautela no levantamento dos valores e interesses

constitucionalmente protegidos, na medida em que a Constituição não é inocente, e muitas vezes traduz o conservadorismo das elites.

É de se consignar, por fim, a necessidade de organização de um sistema especial de proteção ao índio, especialmente do ponto de vista assistencial (assistência social em sentido estrito, saúde e previdência), que possibilite sua inclusão efetiva e a plenificação de seus direitos de cidadania.

## 2.2 OS REGIMES DE SEGURIDADE SOCIAL

De acordo com o previsto no art. 24 da Convenção 169 da OIT: “*Os regimes de seguridade social deverão ser estendidos progressivamente aos povos interessados e aplicados aos mesmos sem discriminação alguma.*”

Conforme bem observa Luiz Fernando Villares (2009, p. 276), a saúde mais do que um regime de seguridade social se constitui como política pública fundamental para a inclusão do índio tendo em vista as dificuldades de atendimento e socorro, e a mortalidade acima da média,

*Ao lado da proteção das terras tradicionais, o serviço de saúde é a política pública mais importante de proteção dos povos indígenas, pois a alta letalidade das doenças e a dificuldade no atendimento e socorro causam aos índios mortalidade acima da média da população brasileira. As doenças e os problemas de saúde se apresentaram como o primeiro fator do decréscimo das populações indígenas.*

Do relato de um índio (Belmiro Lourenço) extraído do Processo Administrativo nº 08620.002582/2004-DV-13 da FUNAI, que tem por objeto a Revisão dos Limites da Terra Indígena Laranjinha, localizada nos municípios de Abatia, Ribeirão do Pinhão, Santa Amélia e Bandeirantes (Paraná), denota-se a situação ora em comento,

*...Depois deu a maleita aqui, lá também. E eles tomaram remédio forte e não guardava dieta. (...) Morreram tudo desse jeito. Tudo numa vezada assim. Por isso que acabou lá. Não ficou nenhum lá. Ficou só uma mulher, essa teve um pouco de tempo aqui, depois foi lá para o Pinhal (Pinhalzinho). Lá morreu. Acabou tudo, fechou. (...) (grifos nossos)*

Ora, se as doenças e os problemas de saúde são considerados o primeiro fator de decréscimo das populações indígenas, talvez seja o tempo de rever a ordem de prioridades estabelecidas tanto pelo Governo Federal quanto pela própria Funai e Conselhos Indigenistas, que muitas vezes têm se preocupado mais como a luta pela demarcação de terras do que com a saúde da população indígena brasileira.

De que adianta ter uma vasta extensão de terras demarcadas se os índios estão desassistidos em um de seus direitos primordiais!

Segundo dados do levantamento realizado,

*A saúde indígena é um sistema central na luta dos povos indígenas pela conquista de seus direitos, dada a precária situação, em termos de acessos aos serviços, a que eles estão submetidos no Brasil. [ii]*

Em pesquisa pela internet, obtivemos alguns dados preocupantes de que muitos índios estão sendo esquecidos pelo FUNASA, órgão responsável pela saúde dos índios no Brasil [iii].

É de se registrar que o regime de saúde pública previsto na forma do art. 198, da CF, foi implementado aos povos indígenas e materializado através do Decreto 3.156, de 27.08.1999, trazendo mudanças na prestação de assistência à saúde indígena, passando da FUNAI para a FUNASA – Fundação Nacional de Saúde, que é um órgão do Ministério da Saúde. Depois da publicação do citado Decreto, foi aprovada a Lei 9.836, de 23.10.1999, que veio a acrescentar à Lei 8.080/90, dispositivos que instituem o Subsistema de Atenção à Saúde Indígena. O art. 19-F da Lei 8.080/90 estabelece que deverá ser levado em consideração no modelo a ser adotado para a saúde indígena a realidade local e as especificidades da cultura dos povos indígenas. No ano de 1993 ocorreu a segunda Conferência Nacional de Saúde Indígena, momento em que diversas organizações indígenas debateram amplamente as propostas que estavam sendo gestadas em todas as regiões do Brasil sobre a perspectiva de criação de um sistema de saúde específico e diferenciado para as populações indígenas. Das resoluções desta conferência se originou a Lei Arouca (Lei 9836/99), que cria o Subsistema de Atenção a Saúde dos Povos Indígenas tendo por base os Distritos Sanitários Especiais Indígenas. De acordo com a lei, o subsistema deverá: “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. Outras normas foram editadas, como o Decreto 3.156/99, além da Portaria da Funasa 852/99.

Observa-se, no entanto, a par de todas as normas editadas, que “há um descompasso visível entre a normatização que é minuciosa e bastante avançada, e a implementação da política” (Villares, 2009, pág. 280).

É indiscutível que a saúde é um direito fundamental do ser humano. Se a população indígena não tiver esse direito efetivado na prática, cai por terra toda a preocupação no sentido de garantir o direito às terras, educação, etc. A saúde tem que ser vista como preocupação primária, a fim de estancar a alta taxa de mortalidade entre os índios, por problemas quase que ultrapassados pela grande maioria da população.

Também merece destaque uma notícia relatada pela JOCUM<sup>[iv]</sup> (Jovens com Uma Missão):

***Morre de desidratação, dentro da área indígena, a pequena Tititu Suruwahá.***

*Muitos de vocês conheciam este rostinho alegre e sapeca e acompanhavam sua trajetória. Seus pais, Naru e Kusiumã, procuraram a equipe da JOCUM e pediram ajuda para salvar a vida de sua filha em 2005. A menina nasceu com uma má formação no órgão genital e por conta disso deveria ter sido abandonada para morrer na floresta logo depois do parto. Mas, contrariando a tradição, seus pais lutaram para que ela recebesse tratamento médico e passasse por uma cirurgia corretora do órgão genital.*

*Quem nos acompanha desde aquele tempo sabe da luta que este casal enfrentou. Conseguimos a autorização da FUNAI e levamos a família para São Paulo, onde ela foi acompanhada na USP e a cirurgia foi marcada. Devido a uma denúncia feita por antropólogos ultra-relativistas a FUNASA não concedeu a autorização para a cirurgia e os pais entraram em desespero. Tudo que eles queriam era a cirurgia e o tratamento médico de sua filha, e então retornariam para a aldeia. O assunto chegou ao conhecimento de uma jornalista da Rede Globo e o impasse foi parar no Fantástico. Em alto e bom som, em rede nacional, Naru fez um apelo desesperado:*

***Se o médico operar minha filha, meu coração vai ser só sorriso. Se o médico não operar eu vou ter que dar veneno para ela. Meu coração vai ser só tristeza. Eu também acabaria tomando veneno, eu iria me matar.***

*Envergonhada e pressionada com a repercussão do fato, a FUNASA autorizou a cirurgia na mesma semana. O coração de Naru voltou a ser “só sorriso.” Em poucos meses a família estava de volta para a área indígena onde Tititu foi recebida com alegria, e foi totalmente aceita e amada pelo seu povo. Tudo levava a crer que Tititu tinha vencido - ela estava crescendo feliz e se tornando uma menina esperta e levada.*

*Mas Naru e Kusiumã tinham consciência que a doença de Tititu era grave e que ela precisaria de acompanhamento médico pelo resto da vida. Eles aprenderam a administrar as doses diárias de hormônios e sempre colaboraram quando chegava a época de ir a Manaus para que Tititu fizesse os exames de sangue para o controle hormonal. A FUNASA assumiu o compromisso público de acompanhar Tititu e garantir que os exames não se atrasassem e que o remédio não faltasse nunca. Vários relatórios médicos indicavam que sem o medicamento na dose certa, Tititu sofreria uma desidratação súbita e poderia vir a óbito em poucos dias.*

*A morte recente de Tititu por desidratação precisa ser explicada. A equipe da JOCUM não estava na aldeia por conta de uma determinação da FUNAI, que alega que os índios confiam mais nos missionários que nos funcionários, e que isso atrapalharia o trabalho das equipes de saúde. É verdade que os índios confiam mais nos missionários, que trabalham com eles desde 1985, falam a língua e respeitam a cultura do povo. Não é verdade que os missionários atrapalham o tratamento médico - pelo contrário, eles servem como intérpretes para as equipes da FUNASA e ajudam os funcionários a*

*entender os melindres da cultura indígena para que os procedimentos médicos sejam compreendidos e aceitos pelo povo.*

*Sem a equipe de missionários, os Suruwahá ficam a mercê de funcionários que não falam a língua nem entendem a cultura. Na verdade, o enfermeiro nem estava na aldeia quando Tititu passou mal, mas num posto de saúde afastado. Naru teve que caminhar horas na mata com a Tititu doente nos braços. Ela já chegou no posto com desidratação avançada e não resistiu.” (grifos nossos).*

Extraí-se do relato acima que, muitas vezes, a própria FUNASA corrobora com fator limitador do que deveria ser atuação de sua exclusiva competência.

De fato, as notícias sobre a precariedade, senão omissão no atendimento dos povos indígenas são cada vez mais frequentes, tanto que o Ministro da Saúde José Gomes Temporão chegou a cogitar sua pretensão de tirar o atendimento às comunidades indígenas da responsabilidade da FUNASA. Segundo assessoria do Ministério da Saúde, os técnicos e recursos daquele órgão para a questão indígena seriam centralizados no próprio ministério.

Muitas lideranças indígenas nacionais, especialmente da região amazônica, têm cobrado uma atitude do Ministério da Saúde, pois segundo essas lideranças, ao permitir a execução de serviços de atendimento à saúde indígena por organizações não-governamentais, a Fundação Nacional de Saúde (Funasa) transfere indevidamente a responsabilidade que lhe cabe. Desta forma, a omissão da FUNASA é latente.

É de se consignar que a União tem se valido de critérios demasiado restritivos para prestar atendimento de saúde aos indígenas, pelo que o Ministério Público tem buscado pronunciamentos do Poder Judiciário, para fazer tutelar o direito à saúde garantido aos indígenas em todo o território nacional, independentemente de estar aldeados ou não. A propósito é o julgado:

#### *ACP. INDÍGENA. ASSISTÊNCIA. SAÚDE. LEGITIMIDADE.*

*In casu, o MPF propôs ação civil pública (ACP) fundada em procedimento administrativo no qual se apurou a recusa de atendimento odontológico a uma indígena por não mais residir na aldeia, pleiteando a condenação da União e da Funai, dentro do subsistema do SUS, a garantir à família dela o acesso às ações de assistência à saúde prestadas pela Funasa, aos demais indígenas independentemente do local de sua residência, bem como a todos os indígenas que estiverem residindo fora da reserva. O juízo de 1º grau julgou procedentes os pedidos e cominou multa diária em caso de descumprimento da sentença, decisão confirmada em grau de apelação, advindo daí os REsps da União e da Funasa. Para o Min. Relator, a alegação de ilegitimidade ativa do MP para a causa não prospera, ressaltou que a tutela buscada na ação não alcança apenas uma pessoa, mas assegura assistência médica e odontológica a todos os indígenas que se encontram na mesma situação constatada no caso concreto, que evidenciou a postura da Administração de limitá-la aos habitantes do aldeamento*

*específico. Na verdade, conforme a legislação vigente, deve ser assegurada a assistência aos indígenas em todo o território nacional, coletiva ou individualmente, inexistindo respaldo jurídico para o critério excludente defendido pela União de que os serviços de saúde alcançam apenas os índios aldeados. Desse modo, é infundado o argumento de que o acórdão recorrido impõe uma obrigação desproporcional à União, priorizando os indígenas não aldeados (ou seja, já integrados à sociedade) em detrimento de outras tantas realidades mais carentes de proteção, isso porque a tutela judicial buscada pelo Parquet, assegurada na sentença e no acórdão, não acarreta prioridade alguma; ao contrário, impõe um tratamento igualitário dos indígenas, afastando-se o ilegítimo discrimen utilizado pela União e pela Funasa, para que o acesso ao serviço de saúde, que já vem sendo prestado, seja assegurado também aos que não residam no aldeamento. Quanto à multa diária, já está consolidado, na jurisprudência do STJ, o entendimento de que essa é cabível contra a Fazenda Pública e a aferição de sua necessidade, bem como eventual redução de valor competem às instâncias ordinárias. Com esses fundamentos, entre outros, a Turma conheceu em parte dos REsp's, mas lhes negou provimento. Precedentes citados: AgRg no Ag 1.040.411-RS, DJe 19/12/2008; REsp 776.065-SP, DJe 25/9/2008, e REsp 987.280-SP, DJe 20/5/2009. REsp 1.064.009-SC, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 4/8/2009.*

O ministro Herman Benjamin foi bastante incisivo ao afirmar que a assistência, individual ou coletiva, deve ser garantida de forma universal, já que o funcionamento institucional da Funasa visa atender o subsistema de saúde indígena.

## CONCLUSÃO

A consideração do índio como sujeito de direitos com demandas específicas de atendimento por parte do Estado, quer pelo desenvolvimento de políticas públicas, quer pela organização de regimes especiais de seguridade social, ou ainda, do aparelhamento dos órgãos do Estado, especialmente as autarquias já existentes para promover o atendimento adequado aos indígenas especialmente no que diz respeito à saúde e a previdência, é necessária para a consolidação de um Estado Democrático de Direito pautado no princípio da dignidade da pessoa humana e na igualdade material.

Isto porque na área específica da saúde, os grupos mais oprimidos e discriminados são os que mais sofrem e, dentre estes grupos, estão os índios.

Urge, desta forma, a rediscussão do Estatuto do Índio que atualmente vigora, para adequá-lo à ideologia constitucional hodierna e, sobretudo, harmonizá-lo aos objetivos fundamentais da República, ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e ao princípio da igualdade.

## BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BARRETO, Helder Girão. *Direito Indígenas – Vetores Constitucionais*. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

BASTOS, Celso Ribeiro. MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*, 8º vol., São Paulo: Editora Saraiva, 1998.

BRANDÃO, Carlos Rodrigues. *Identidade e Etnia*. São Paulo: Ed. Brasiliense, 1986

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Tourinho. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2004.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. São Paulo: Editora Saraiva, 2ª edição, 1996.

FACHIN, Zulmar. *Direitos Fundamentais e Cidadania*. São Paulo: Editora Método, 2008.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. *O debate constitucional sobre as ações afirmativas*. Rio de Janeiro, 2002. Disponível em <http://www.mundojuridico.adv.br>, acesso em 24 de outubro de 2006.

MARQUES, Benedito Ferreira. *Direito Agrário Brasileiro*. Goiânia: AB Editora, 1996.



MARQUESI, Roberto Wagner. *Direitos Reais Agrários & Função Social*. Curitiba: Juruá Editora, 2001.

MIRANDA, Jorge. *Constituição e Cidadania*. Coimbra (Portugal): Coimbra editora, 2003.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 17ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2005.

LAS CASAS, Bartolomé de. *Brevíssima relación de la desctrucción de las índias*. Madrid: Editorial Castalia, 1999.

NERY, Nelson Junior e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

SANTOS FILHO, Roberto Lemos dos. *Apontamentos Sobre o Direito Indigenista*. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: 6.ed., Editora do Advogado, 2006.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990.

SOUZA FILHO. Carlos Frederico Marés de. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. Curitiba: Juruá Editora, 1998.

VILLARES, Luiz Fernando. *Direito e Povos Indígenas*. Juruá: Curitiba, 2009

---

[i] O referido autor entende que uma norma transgride o princípio constitucional da isonomia toda vez que o critério especificador está em “*desconformidade ou contradição com os valores transfundidos no sistema constitucional ou nos padrões ético-sociais acolhidos neste ordenamento*” (op. cit., p. 42)

[ii] Para melhor compreensão acerca da realidade brasileira, é necessário resgatar alguns princípios sobre saúde e o entendimento do processo saúde e doença, levando-se em conta as especificidades culturais de cada uma das etnias presentes no País. Segundo os princípios que constam no relatório da III Conferência Nacional de Saúde Indígena, realizada em 2001, “... cada povo indígena tem suas próprias concepções, valores e formas próprias de vivenciar a saúde e a doença. As ações de prevenções, promoções, proteção e recuperação da saúde devem considerar esses aspectos, ressaltando os contextos e o impacto da relação de contato interétnico vivida por cada povo...”. Foi dessa compreensão, que emergiu a necessidade de entender que o processo saúde e doença é parte integrante de contextos socioculturais e, portanto, deve ser abordado, no âmbito das políticas de saúde, de forma a contemplar a participação social, a intersetorialidade, a integralidade das ações e, sobretudo, a diversidade cultural, em se tratando das populações indígenas. A necessidade imperiosa de se construir um hospital que contemplasse as especificidades dos povos indígenas se deu pela profunda precariedade das condições de saúde, com taxas de morbimortalidade muito superiores às da população brasileira em geral. Destacam-se nesse quadro que o perfil epidemiológico dos povos indígenas é marcado por altas taxas de incidência e letalidade por doenças respiratórias, diarreicas, doenças imunopreveníveis, malária e tuberculose, cardiopatia, doenças hemofílicas, doenças renais, câncer e outros. Conforme os dados estatísticos quanto à saúde indígena, é possível compreender e analisar melhor a situação da saúde dessas populações. Toda a precariedade da saúde indígena se revela nas estatísticas. A FUNAI reconhece que a mortalidade infantil entre os povos indígenas é superior à média nacional. Segundo levantamento do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o coeficiente de mortalidade infantil no Brasil em 2004 alcançou 25,1 para cada mil, e no caso dos indígenas ele alcançou, no mesmo ano, 47,48 para cada mil. No Acre, o IBGE divulgou um estudo que mostra que o nível de mortalidade de crianças indígenas é vinte vezes maior que o indicado pela Organização Mundial de Saúde (OMS), que é de três mortes para cada mil nascidos vivos. Considerando a distribuição por faixas etárias, vemos que, entre os menores de um ano, a causa mais freqüente de morte, no período de 2001 a 2003, está relacionada às afecções pré-natais, as quais estão intimamente ligadas às condições de saúde e nutrição, ao nível de escolaridade e de vida das mulheres, como também à qualidade da atenção no pré-natal e no parto. Os dados mostram que, para cada mil nascidos vivos, 60 acabaram morrendo devido à falta do exame pré-natal, à falta de higiene e a questões culturais. Quase 50% das mortes são registradas entre menores de cinco anos de idade. As causas mais freqüentes são doenças transmissíveis, principalmente infecção respiratória, parasitose intestinal, malária e desnutrição. As principais causas dos óbitos na população indígena adulta, em 2003, foram externas, seguidas das doenças do aparelho circulatório, respiratório e as doenças infecciosas e parasitárias. Estes e outros se apresentam como grandes desafios neste momento histórico que vive as comunidades indígenas no Amazonas, na caminhada já iniciada há tempo pela garantia dos direitos e pela melhoria da vida das famílias. O Instituto e Centro de Referência e Apoio à Saúde Indígena,

através de vários atendimentos médico realizado nas comunidades indígenas e na casa de saúde do índio (CASAÍ), têm contribuindo a este processo. A partir das necessidades que foram surgindo nas comunidades e no contexto da caminhada da organização indígena. A necessidade da oferta deste projeto é fruto dos debates e discussões desenvolvidos no seio das organizações indígenas junto a outras entidades que apóiam a caminhada destes povos, entre as quais destaca o Movimento Nacional de Direitos Humanos – MNDH da Arquidiocese de Manaus, parceira direta na elaboração e execução desta proposta, e Casa de Saúde Indígena (CASAÍ), aonde, o Instituto vem prestando atendimento médico e realizando articulações na rede de atendimento do SUS. Para tanto vale a pena consultar o relatório consolidado da III Conferência Nacional dos Povos Indígenas, disponível em <http://dtr2004.saude.gov.br/dab/docs/geral/3cnsi.pdf> com acesso em 14 de Setembro de 2009.

[iii] Amarante do Maranhão - Os índios da etnia Gavião, das aldeias Governador e Riachinho, situadas a 20 km da sede de Amarante do Maranhão, denunciam que estão sendo esquecidos. O sistema de saúde indígena não está contemplando a comunidade indígena da região. A informação foi prestada pelo cacique da Aldeia Riachinho, Joel Gavião. Segundo ele, uma mulher e oito crianças morreram vítimas de doenças como tuberculose, hepatite e até diabates. Doenças que poderiam ter sido evitadas ou tratadas se os índios tivessem mais assistência, ressaltou o cacique. Para tentar solucionar o problema, Joel Gavião enviou um ofício ao Ministério Público denunciando o descaso com a saúde indígena. A situação é precária, não temos unidade de saúde, remédios e nem médicos para nos atender, criticou o índio, acrescentando que foi solicitado ao Ministério Público a construção de uma unidade de saúde para atender às aldeias. Joel Gavião informou que o registro inadequado de óbitos e a falta de vacinação de crianças e adultos são graves problemas da região. Ele diz que, por causa da situação, três mulheres que não fizeram pré-natal, por falta de transporte, perderam seus filhos no dia do parto. Outro problema grave no estado apontado pelo líder indígena é o aumento dos casos de Aids entre índios. Um levantamento extra-oficial da aldeia mostrou que há pelo menos 18 índios infectados. Estatística - Segundo o relatório final da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI), da Subnutrição de Crianças Indígenas, embora de 2000 a 2006 a mortalidade infantil entre índios tenha diminuído 34,8%, em 35% dos 34 distritos sanitários indígenas há casos de óbitos infantis. No Vale do Javari, a oeste do Amazonas, onde vivem 3,7 mil índios, a taxa chega a 158,3 mortes por mil nascidos vivos. Em 2006, 67 crianças indígenas com até 5 anos morreram de desnutrição. Entre a população não indígena o número de óbitos no período foi 822. A população não-indígena, contudo, é cerca de 300 vezes maior que a indígena. Comparado com 2005, houve queda no número de mortes por desnutrição tanto entre índios (passou de 86 para 67) quanto entre não índios (1.052 para 822). Ainda não há dados fechados relativos a 2007. De acordo com a Fundação Nacional da Saúde (Funasa), somente 32% das 4.095 aldeias brasileiras dispõem de acesso a um sistema de tratamento de água. Recomendação - O relatório da CPI faz 34 recomendações ao Congresso Nacional, Governo Federal, Ministério Público Federal, Tribunal de Contas da União e conselhos de Saúde Indígena. Entre as medidas propostas, está o fim dos convênios firmados entre a Funasa e Organizações Não-Governamentais para a contratação de recursos humanos. O documento solicita ainda que a Presidência da República crie a Secretaria Especial para Assuntos Indígenas, com status de Ministério. Os deputados da CPI visitaram

quatro estados onde foram relatados problemas relacionados à saúde dos índios: Maranhão, Mato Grosso do Sul, Acre e Tocantins. "No Maranhão, detectou-se elevado nível de desnutrição entre crianças e problemas de confiabilidade dos dados de registro de óbitos", disse o relatório. Além disso, os parlamentares vêem irregularidades na cobertura vacinal, suspeita de elevação na ocorrência de casos de Aids e de tuberculose, falta de transporte e condições adequadas de trabalho para os profissionais, além de pouco controle dos recursos. Disponível em >  
*<http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/clipping/setembro-2009/indios-gavioes-denunciam-sistema-de-saude-precario>* acesso em 14 de setembro de 2009.

[iv] Notícia extraída do no site: [http:// lagoinha.com](http://lagoinha.com)